

PERSPECTIVAS ACTUALES DEL

# Derecho Internacional Privado argentino en el Código Civil y Comercial de la Nación

Prólogo de Adriana Dreyzin de Klor

Luciana B. Scotti – Candela N. Villegas  
**DIRECTORAS**

Leandro Baltar  
**COORDINADOR**



INSTITUTO DE  
INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Y SOCIALES "AMBROSIO L. GIOJA"  
Facultad de Derecho UBA

CONICET



Universidad  
Nacional  
de Córdoba

I D E J U S

SIGLO



**PERSPECTIVAS ACTUALES DEL  
DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO ARGENTINO EN EL  
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL  
DE LA NACIÓN**

Luciana B. Scotti – Candela N. Villegas  
Directoras

Leandro Baltar  
Coordinador

**Título:** Derecho Internacional Privado Argentino en el Código Civil y Comercial de la Nación

**Directoras:** Luciana B. Scotti ; Candela N. Villegas

**Coordinador:** Leandro Baltar

---

Scotti, Luciana B.

Derecho Internacional Privado Argentino en el Código Civil y Comercial de la Nación / Luciana B. Scotti ; Candela N. Villegas ; Leandro Baltar ; Coordinación general de Leandro Baltar ; Director Luciana B. Scotti ; Candela N. Villegas ; Prólogo de Adriana Dreyzin de Klor. - 1a edición especial - Córdoba : Universidad Siglo 21 ; Buenos Aires : Instituto de Investigación Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Giogia" Facultad de Derecho UBA ; Córdoba : Instituto sobre Derecho, Justicia y Sociedad (CONICET-UNC), 2025.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-631-90674-8-4

1. Derecho Internacional Privado. 2. Código Civil y Comercial. 3. Derecho. I. Baltar, Leandro, coord. II. Scotti, Luciana B., dir. III. Villegas, Candela N., dir. IV. Dreyzin de Klor, Adriana, prolog. V. Título.  
CDD 346

---

© De todas las ediciones, Universidad Empresarial Siglo 21

© 2021 Universidad Empresarial Siglo 21

1 ° Edición.

ISBN 978-631-90674-8-4

Ninguna parte del presente contenido, incluido el diseño de tapa, puede ser reproducida, almacenada o transmitida de manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o por fotocopia, sin autorización previa.



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Y SOCIALES “AMBROSIO L. GIOJA”  
(Facultad de Derecho – UBA)



INSTITUTO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO,  
JUSTICIA Y SOCIEDAD  
(CONICET- UNC)

UNIVERSIDAD  
**SIGLO 21**  
UNIVERSIDAD SIGLO 21

## Prólogo

Esta obra colectiva que tenemos el privilegio de prologar, es el resultado de un tiempo excepcional y de una experiencia académica igualmente extraordinaria. En medio del aislamiento global provocado por la pandemia de COVID-19, cuando el mundo parecía paralizarse y los vínculos presenciales se vieron abruptamente interrumpidos, la comunidad jurídica encontró nuevas formas de sostener el diálogo, de continuar pensando, debatiendo y construyendo conocimiento.

Así nació este libro, impulsado por la iniciativa, el compromiso y la visión de dos reconocidas especialistas en Derecho Internacional Privado: las profesoras Candela Villegas, de la Universidad Nacional de Córdoba, y Luciana Scotti, de la Universidad de Buenos Aires. Fue a partir de un seminario virtual realizado durante la pandemia —en el que participaron varios de los autores y autoras que hoy integran este volumen— que se gestó este proyecto editorial, que no solo da continuidad a ese espacio de intercambio, sino que lo potencia y lo trasciende.

La obra no es únicamente el fruto de la resiliencia académica frente a la adversidad. Es también testimonio de una transformación profunda en la manera de pensar y enseñar el Derecho Internacional Privado en el siglo XXI. Una disciplina que, lejos de quedar confinada a sus tradicionales compartimentos dogmáticos, se presenta hoy como un campo dinámico, plural y cada vez más comprometido con los valores constitucionales y los derechos humanos.

En este sentido, el libro refleja una concepción contemporánea y posmoderna de la materia, anclada en la necesidad de comprender la complejidad creciente de las relaciones jurídicas internacionales a partir de herramientas que brindan una apertura metodológica abriendo un sistema flexible y orientado por principios sustanciales. El

pluralismo metodológico que atraviesa la asignatura se expresa en una combinación de criterios clásicos y nuevos, en una búsqueda por armonizar los ordenamientos jurídicos diversos haciéndose eco de los principios de razonabilidad, proximidad y adaptabilidad en aras de alcanzar la justicia material en el caso concreto. Esta mirada se inscribe en la tendencia a la constitucionalización del Derecho Internacional Privado, visible tanto en las normas del Código Civil y Comercial argentino, como en la evolución del derecho comparado y en los compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

Una de las riquezas más notables de este trabajo es su carácter internacional. En sus páginas escriben juristas nacionales y extranjeros, lo que permite incorporar perspectivas comparadas y experiencias diversas, y brinda al lector una mirada amplia y enriquecedora sobre los grandes temas que estructuran el sistema actual del Derecho internacional privado. Esa diversidad no es solo geográfica: es también metodológica, generacional y temática, y constituye uno de los mayores aportes de esta publicación.

La obra se organiza en torno a una serie de ejes temáticos que reflejan la vastedad y profundidad de la disciplina. Se abordan, entre otros, los siguientes temas:

- la relación entre Derecho Internacional Privado y derechos humanos, eje transversal a toda la obra;
- las disposiciones generales de la materia, que permiten comprender el sistema en su lógica de conjunto;
- la jurisdicción internacional, la cooperación jurídica internacional y el rol del Estado en la articulación transfronteriza de los procesos;
- las relaciones de familia y la protección de la niñez, áreas especialmente sensibles y en transformación;
- el régimen internacional de las sucesiones, abordado desde claves contemporáneas y prácticas;
- la responsabilidad civil internacional, con atención a los nuevos desafíos tecnológicos y ambientales;

- los contratos internacionales y los contratos de consumo, campos en los que la protección de la parte más débil y la eficacia de los pactos requieren delicados equilibrios;
- el régimen internacional de la forma, que permite pensar la validez de los actos jurídicos en contextos de pluralidad normativa;
- el arbitraje comercial internacional, como herramienta de solución de conflictos en un escenario globalizado;
- y los problemas vinculados a sociedades e insolvencia transfronteriza, cada vez más presentes en la práctica profesional y judicial.

Finalmente, se dedica una sección especial al Derecho Internacional Privado comparado, en reconocimiento a la necesidad de comprender los desarrollos doctrinales y legislativos de otros países como fuente de aprendizaje y diálogo jurídico.

Es válido destacar que esta obra colectiva no es un trabajo más en el campo del Derecho Internacional Privado. Es una verdadera expresión de lo que la materia representa en nuestro tiempo: una disciplina compleja, abierta al cambio, con profunda vocación integradora y atravesada por los valores que inspiran un derecho humanista, comprometido y plural. Cada contribución aquí reunida da cuenta de esa visión: de un Derecho internacional privado que no se limita a resolver conflictos de leyes, sino que asume el desafío de pensar jurídicamente un mundo en constante transformación, sin renunciar a la búsqueda de soluciones justas, razonables y respetuosas de la diversidad.

En un momento en que el Derecho internacional privado se consolida como una disciplina esencial para abordar las relaciones jurídicas en un mundo interconectado, esta obra constituye una herramienta valiosa tanto para quienes lo aplican —jueces, abogados, funcionarios, operadores jurídicos— como para quienes lo enseñan y estudian. Comprender el sistema actual requiere no solo dominar sus reglas, sino también asumir la complejidad de su dinámica y su inserción en una arquitectura jurídica más amplia, en la que el respeto por los derechos fundamentales y la búsqueda de justicia deben ser las guías centrales.

Por todo ello, felicito calurosamente a las profesoras Candela Villegas y Luciana Scotti por haber llevado adelante este ambicioso proyecto colectivo con excelencia académica y sensibilidad institucional. Esta obra deja testimonio de su compromiso con el Derecho Internacional Privado como ciencia jurídica viva, abierta al cambio, y profundamente conectada con los desafíos del presente.

Con este espíritu de diálogo, pluralidad y construcción común, concluyo señalando que en este escenario en que las personas y los vínculos atraviesan fronteras físicas, jurídicas y culturales, el Derecho internacional privado se convierte en un instrumento de reconocimiento, equilibrio y justicia, que expresa una ética del respeto y de convivencia en la diversidad.

Por eso, en el fondo, este libro es también una invitación a mirar más allá de las jurisdicciones y recordar, con H.G. Wells, que: “Nuestra verdadera nacionalidad es la humanidad.”

**Adriana Dreyzin de Klor**

Profesora Emérita – Universidad Nacional de Córdoba  
Miembro de número – Academia Nacional de Ciencias Jurídicas  
Israel, junio de 2025



# Índice

## 1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO Y DERECHOS HUMANOS

- I. NAJURIETA, María Susana: “Los Derechos Humanos en el sistema del Derecho internacional privado argentino y sus proyecciones en el del Derecho internacional privado de la infancia”.

## 2. DISPOSICIONES GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- I. BRODSKY, Jonathan M.: “Espíritu de la legislación iusprivatista en el Código Civil y Comercial de la Nación. Algunas notas esenciales y una especial referencia al pluralismo metodológico y normativo”.
- II. CIURO CALDANI, Miguel Angel: “Comprensión filosófico-estratégica de la teoría del uso jurídico (aportes a la conjetura del derecho extranjero)”.
- III. SCOTTI, Luciana B.: “Desafíos de la flexibilización del Derecho internacional privado argentino”.
- IV. SOTO, Alfredo M.: “Los instrumentos de las normatividades internas del Derecho internacional privado y los problemas generales del derecho aplicable”.

## 3. JURISDICCIÓN Y COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

- I. ARGERICH, Guillermo: “La supresión del arraigo en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

- II. CERDEIRA, Juan J.: "Asistencia Procesal y Cooperación Internacional en el Código Civil y Comercial de la Nación".
- III. HARRINGTON, Carolina: "Cooperación internacional y TIC: la recepción de Comunicaciones Judiciales Directas en el Código Civil y Comercial de la Nación".
- IV. RODRÍGUEZ, Mónica S.: "Jurisdicción directa en el Código Civil y Comercial de la Nación".
- V. STAMPALIJA, Juan Ignacio: "Los acuerdos de elección de foro en el Código Civil y Comercial de la Nación: un paso adelante y un camino por recorrer"
- VI. STOCCO, Roberto: "Avances en el Derecho internacional privado argentino. Inclusión en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, del Deber General de Cooperar y las Comunicaciones Judiciales Directas"
- VII. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo: "El artículo 2610 "Igualdad de trato", Capítulo 2, "Jurisdicción Internacional, Título IV, "Disposiciones de Derecho internacional privado, Libro Sexto, Código Civil y Comercial de Nación, un hito en la evolución regional en el trato al litigante ajeno al foro".

#### **4. RELACIONES DE FAMILIA Y NIÑEZ**

- I. ALBORNOZ, María Mercedes: "Argentina ante la gestación por sustitución transfronteriza".
- II. ANTÓN PÉREZ, Mariana: "La responsabilidad parental internacional y otros institutos de protección de la niñez y adolescencia: desafíos planteados en su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación".

- III. BALTAR, Leandro: "La autonomía de la voluntad como criterio de ley aplicable en las uniones matrimoniales".
- IV. FRANCO, Mariana: "Consideraciones sobre la tramitación de los reclamos de alimentos en el extranjero. algunos aportes del Código Civil y Comercial de la Nación en la materia".
- V. RUBAJA, Nieve: "Las disposiciones de Derecho internacional privado del Código Civil y Comercial de la Nación como vehículo para concretar el interés superior del niño".
- VI. URIONDO DE MARTINOLI, Amalia: "El caso Carolina, mujer argentina atrapada en Egipto".

## **5. RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LAS SUCESIONES**

- I. FEUILLADE, Milton: "Sucesiones en el Derecho Internacional Privado argentino con referencia comparada al derecho comunitario europeo".

## **6. RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

- I. MENICOCCHI, Alejandro A.: "Jurisdicción y derecho aplicable en materia de Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial de la Nación".
- II. SARACHO CORNET, Teresita: "Responsabilidad y reparación de daños en casos multinacionales no contractuales. Regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación".

## **7. CONTRATOS INTERNACIONALES Y CONTRATOS DE CONSUMO**

- I. ALL, Paula M. – IUD, Carolina D.: “Comentarios acerca de algunas soluciones del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de contratos internacionales”.
- II. KLEIN VIEIRA, Luciane: “El consumidor transfronterizo en el Código Civil y Comercial de la Nación: diálogos a partir del Derecho Comparado y del Derecho del MERCOSUR”.

## **8. RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LA FORMA**

- I. GALLINO, Julieta: “La circulación internacional del documento notarial”.

## **9. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

- I. MADRID MARTÍNEZ, Claudia: “Algunos comentarios sobre el arbitraje comercial internacional en Venezuela”.
- II. NOODT TAQUELA, María Blanca: “Otras miradas del orden público internacional en el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros”.
- III. RIVERA, Julio C. (h): “La elección del derecho aplicable al fondo del litigio por las partes en el arbitraje comercial internacional”.

## **10. SOCIEDADES E INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA**

- I. AZAR, María Cecilia: “La insolvencia transfronteriza en el Derecho internacional privado argentino de fuente autónoma”.

- II. VILLEGAS, Candela N.: “Derecho internacional privado de sociedades en Argentina, entre la tradición y la necesidad de revisión”.

## **11. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMPARADO**

- I. FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia: “La Jurisdicción internacional y el derecho de acceso a la justicia efectiva en el Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de la escuela uruguaya de Derecho internacional privado”.
- II. HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: “El Derecho internacional privado en Venezuela: tendencias actuales”.
- III. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Elí: “Pasado y desafíos actuales de la codificación del Derecho internacional privado en México. Una oportunidad de modernización de la legislación nacional”.
- IV. RUÍZ DÍAZ LABRANO, Roberto: “El Derecho internacional privado en Paraguay: tendencias actuales”.

# **CAPÍTULO 1**

## **DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO Y DERECHOS HUMANOS**

I. NAJURIETA, María Susana: “Los Derechos Humanos en el sistema del Derecho internacional privado argentino y sus proyecciones en el del Derecho internacional privado de la infancia”.

# LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO Y SUS PROYECCIONES EN EL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA INFANCIA

**María Susana Najurieta\***

*“...todos sabemos que la ley es, en cierta manera, un mito: debe ser interpretada y completada a fin de que se traduzca en acción real; que, en suma, la interpretación judicial, incluso la interpretación de las leyes escritas es siempre, hasta cierto punto, también creación de derecho”. Mauro Cappelletti, “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado”, Revista de Estudios Políticos N° 13, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL CONTEXTO ACTUAL: ENTRE LA GLOBALIZACIÓN Y LA PANDEMIA; 3. LOS VALORES SUBYACENTES EN LAS DISPOSICIONES DE LAS SECCIONES 5ª A 8ª DEL CAPÍTULO 3 DEL TÍTULO IV; 4. REFLEXIÓN A MODO DE BALANCE.

---

\* Doctora por la Universidad de Buenos Aires. DEA de Droit International Privé et droit du commerce international, Université de Paris I-Sorbonne. Profesora titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la UBA y en la Escuela de Derecho de UTDT. Premio Diploma al Mérito Konex-Humanidades, 2016. Integrante del equipo de colaboradores de la Comisión de Reforma (decreto 191/2011), Área Derecho Internacional Privado.

## 1. Introducción

La gran reforma del derecho privado que se concretó en el Código Civil y Comercial vigente desde el 1° de agosto de 2015 comprendió un Título –el Título IV del Libro Sexto– dedicado a Disposiciones de Derecho internacional privado. Indudablemente la concepción del mundo y del derecho que impulsó el movimiento reformador no responde al modelo del siglo XIX en donde la codificación es la culminación de un proceso de racionalización del derecho y, en nuestro país, el Código Civil de Vélez Sarsfield se convirtió en el cuerpo jurídico central de la vida de la sociedad<sup>1</sup>. Ese modelo aportó coherencia lógica y puso fin a la dispersión de fuentes normativas de la etapa precedente, gozando de estabilidad a lo largo de más de un siglo, pero sin poder evitar –a pesar de su admirable solidez– el efecto del tiempo. A lo largo de los años se advirtió el alejamiento de los valores de una sociedad en constante dinamismo y la formación de un claro consenso en torno a la necesidad de una reforma integral.

Esta reforma del Código de Vélez Sarsfield comportaba la derogación de normas de jurisdicción internacional y de conflicto de leyes que habían sido incluidas por el codificador con marcada orientación savigniana como podía esperarse a finales del siglo XIX, y la necesidad de su sustitución por disposiciones de Derecho Internacional Privado que reflejaran las concepciones del siglo XXI. Sin embargo, la incorporación de un sistema de derecho internacional privado en el Código Civil y Comercial significó la pérdida de la aspiración de autonomía de esta disciplina y la resignación de la expectativa de plasmar los contenidos y objetivos actuales en una ley especial o código de derecho internacional privado<sup>2</sup>. Esta particularidad de la reforma ex-

---

<sup>1</sup> RIVERA, Julio César., “La constitucionalización del Derecho Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en RIVERA, Julio César (Dir.) - Graciela MEDINA (Coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, pp. 1-22.

<sup>2</sup> Como se reflejó en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado argentino de 2003, que constituyó una de las fuentes de inspiración más importante de las nuevas disposiciones.



plica la ausencia de importantes cuestiones de derecho procesal civil internacional y de reconocimiento y efectividad de sentencias y decisiones extranjeras, aun cuando en el Capítulo 2 del Título IV se incluyeron principios fundamentales de la cooperación jurídica internacional.

La concepción que inspiró el Código Civil y Comercial de la Nación se refleja en el Título Preliminar, especialmente en los artículos 1 y 2 del Capítulo 1: “...Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte...” “...la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Esta apertura de fuentes es particularmente rica en la regulación de los casos multinacionales de derecho privado, pues la República Argentina está obligada por numerosas convenciones internacionales sobre temas de derecho internacional privado sustancial y procesal, que tienen preeminencia normativa sobre las disposiciones de la fuente interna de conformidad con el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, tal como lo recuerdan explícitamente los artículos 2594 y 2601 del Código Civil y Comercial. Además, la solución de una situación privada internacional no sólo exigirá la comprensión y aplicación de las normas de *hard law*, sino también la adaptación al caso de los principios contenidos o subyacentes en los convenios internacionales, creando para el caso “una norma a medida para una sentencia a medida”<sup>3</sup>.

A pesar de haber resignado la aspiración de autonomía, la incorporación del Título IV del Libro Sexto del Código Civil y Comercial facilita el acceso de los jueces al conocimiento y a la comprensión del sistema argentino de derecho internacional privado actual, con sus flexibilidades y las metodologías plurales, y la constante exigencia de diá-

---

<sup>3</sup> BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, 7ª edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015, p. XVII de la presentación.

logo entre el derecho de fondo y la regulación específica de los conflictos en el plano internacional. Es la idea que se expresa en el principio de “diálogo de fuentes e interpretación conforme a los derechos humanos” consagrado en el artículo 1.2.a) de los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia: “Los jueces y demás operadores jurídicos interpretarán las normas substantivas y procesales no solo en función de su texto, sino atendiendo también a sus finalidades, teniendo en cuenta estos Principios y su coherente aplicación con los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos y los valores que inspiran la generalidad de las constituciones modernas”.

En el Derecho internacional privado de la infancia existe una marcada flexibilización del método conflictual, una clara tendencia a la obtención de objetivos sustanciales y el aprovechamiento de las líneas jurisprudenciales de los tribunales argentinos<sup>4</sup>, especialmente en el ámbito del acceso a la justicia y en la protección de la parte vulnerable.

Una década de vigencia de un Código es un plazo todavía breve, pero una mirada sobre la práctica de los tribunales y sobre los razonamientos de los jueces en busca de la justicia del caso, nos permitirá inferir algunas conclusiones finales.

## **2. El derecho internacional privado en el contexto actual: entre la globalización y la pandemia**

El crecimiento exponencial de los casos *iusprivatistas* multinacionales como consecuencia del proceso de globalización –y el aumento de las comunicaciones, los desplazamientos, las relaciones interculturales, la expansión del comercio internacional y la formación de líneas de gobernanza globales, entre otros fenómenos– favoreció la confianza en los principios de uniformidad, universalidad y armonía internacional de las decisiones. Sin embargo, esos mismos principios encie-

---

<sup>4</sup> NAJURIETA María Susana, “La codification du droit international privé dans la République Argentine”, en *Journées franco-sudaméricaines de droit comparé, Colloques Volume 21*, Paris : Société de Législation Comparée, 2014, pp. 65-81.

rran riesgos de exclusión y despersonalización. En palabras de Hans van Loon, “la globalización trae consigo oportunidades, pero también riesgos para las personas, así como para la dignidad humana, el medio ambiente e incluso para todo el planeta. Como resultado, nuevos retos para el Derecho Internacional Privado aparecen en el horizonte...”<sup>5</sup>. Se trata, no obstante, de favorecer la convergencia en lugar de la discordancia, de buscar la sincronización en vez de la oposición o del recelo<sup>6</sup>.

En este escenario, el año 2020 reflejó el impacto en las relaciones internacionales de derecho privado de la terrible pandemia de la covid-19, que afectó trágicamente a todo el mundo y reveló gran fragilidad de las personas humanas, impotencia de las instituciones internacionales y nacionales y reacciones defensivas y autoritarias de los Estados, que aumentaron la desigualdad y la discriminación. En el plano de los derechos de los niños y niñas provocó interrupción de relaciones paterno-filiales, suspensión del pago de obligaciones alimentarias, desconfianza y perturbación en los desplazamientos transfronterizos, suspensión o demora en la tramitación de procesos que requieren presencialidad, disminución o paralización de actividades administrativas o judiciales y la radicalización de las diferencias por motivos de conectividad o habilidades tecnológicas. En la peor de las hipótesis ha provocado muerte en el seno de las familias y orfandad. Aún no hemos superado este flagelo, ni como país ni como sociedad global. En las relaciones de Derecho internacional privado que involucran niños y niñas es urgente utilizar las herramientas de la disciplina para mejorar la cooperación y la solidaridad. Los menores de edad, por su condición de vulnerabilidad, requieren que la familia, la sociedad y el

---

<sup>5</sup> VAN LOON, Hans, “The Global Horizon of Private International Law”, Conferencia inaugural de los cursos de verano de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, *Recueil des Cours*, t. 380, 2015, pp. 9-108.

<sup>6</sup> RABINO Mariela, “La constitucionalización en el Derecho Internacional Privado argentino”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, N° 93, 2016, pp. 3-31, especialmente p. 31.

Estado desplieguen conductas que les garanticen el pleno goce de sus derechos.

## **I. El impacto de los derechos fundamentales en la finalidad y en los principios del Derecho internacional privado**

La Constitución de la Nación Argentina siempre contó con una gran riqueza en cuanto a los derechos y garantías vinculados al acceso a la jurisdicción, al debido proceso y a la defensa en juicio. No solo desde la mirada del eventual afectado sino de la sociedad toda y del Estado, que se denigra y pierde su legitimidad moral y jurídica si soslaya las garantías procesales y sustanciales<sup>7</sup>. El paso del tiempo hizo necesaria la insistencia en la consagración de derechos económicos, sociales y culturales y esa obra fue concretada por la reforma constitucional de 1994, que incorporó los grandes tratados del derecho internacional de los derechos humanos (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), como valores materiales que se encuentran en lo más alto de las fuentes normativas. Desde allí impactan la totalidad del ordenamiento jurídico, orientan la reforma del derecho privado y, obviamente, afectan la finalidad y los principios del Derecho internacional privado.

Sabido es que los derechos humanos cumplen una doble función. Por una parte, en un sentido vertical, como ordenadores estructurales al interior del ordenamiento jurídico nacional, impulsando la reforma de leyes nacionales, reglamentaciones y actos normativos que no están en coherencia con los derechos fundamentales. Por otro lado, cumplen la función de articulación de distintos ordenamientos jurídicos en un plano horizontal<sup>8</sup> pues la base común de valores materiales relevantes permite la compatibilidad de las decisiones sustanciales de distintos tribunales, la circulación internacional de sentencias y la escasa reacción del orden público

---

<sup>7</sup> GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 4a edición, t. I, Buenos Aires: La Ley, p. 276 y ss.

<sup>8</sup> DUBOUT Edouard/TOUZÉ Sébastien, *Les droits fondamentaux charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris: Éditions Pedone, 2010, p. 16 y ss.

internacional frente al derecho extranjero o en ocasión de insertar en el foro una sentencia o decisión extranjera.

En el mundo actual no existe un sistema universal de Derecho internacional privado sino una pluralidad de sistemas nacionales, en articulación entre sí y en relación con otros subsistemas regionales o parcialmente multilaterales. Una mirada global sobre estas interacciones nos permite apreciar el juego de los tradicionales principios del Derecho internacional privado y a constatar que el ideal de la armonía internacional de las decisiones se complementa con la coordinación de ordenamientos jurídicos, muchas veces gracias a la forma más perfecta de la coordinación que es la cooperación jurídica internacional, con sus notas de concreción y bilateralidad. Por lo demás, el principio de justicia no comprende únicamente un razonamiento formal, sino que persigue la satisfacción de soluciones materiales ajustadas al caso. En cuanto al principio del reconocimiento y efectividad de decisiones, enriquece su matriz metodológica gracias a razonamientos holísticos como el llamado método de reconocimiento.

En los institutos típicos del sector de la jurisdicción internacional, los derechos fundamentales han impulsado el acceso a la jurisdicción –la supresión del arraigo, el abanico de foros disponibles a favor de quien reclama la tutela de sus derechos, la regulación expresa del foro de necesidad para evitar, en supuestos excepcionales, denegación internacional de justicia–, además de la sistematización de principios de *soft law* que están inspirados y son aplicaciones particulares de conceptos de *ius cogens*, tal como el principio de “transposición de las garantías procesales al plano transnacional” (artículo 1.1.d de los Principios ASADIP) y el principio de “activismo judicial transnacional” (artículo 1.1.f de los Principios ASADIP) que se formula del modo siguiente: “los jueces y demás operadores de justicia deben asumir un rol activo en la realización efectiva de la justicia, sorteando los formalismos legales que la puedan entorpecer. En el cumplimiento de este deber, se deberá garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las partes, to-

mando las medidas necesarias para proteger los derechos de la parte más débil”.

Como impacto en el sector del derecho aplicable, los derechos fundamentales orientan las flexibilidades de la norma de conflicto para corregir la rigidez de designaciones neutrales, favorecen la aceptación de la autonomía de la voluntad, que es concebida como expresión de la dignidad del hombre y de su derecho a la autodeterminación, y conforman matices en el orden público internacional a fin de permitir que este instituto despliegue variedad de funciones, tanto en la adaptación de los derechos sustanciales como en la inserción en el foro de instituciones creadas y cristalizadas en el extranjero.

## II. Caracteres del Derecho internacional privado de la infancia

Relevantes declaraciones sobre los derechos de los niños y niñas fueron conocidas antes y después de la segunda guerra mundial. La Convención Americana sobre los Derechos del Hombre de noviembre de 1969<sup>9</sup> establece en el artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. La preocupación de los años siguientes no se enfocó tanto en el reconocimiento de derechos, sino en el aseguramiento de su goce efectivo. Una norma de *hard law* imperativa para los Estados Partes, es el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su párrafo 1 sostiene: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

---

<sup>9</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en San José de Costa Rica el 22.11.1969, aprobada en la República Argentina por la ley 23.054.

Para garantizar el goce de los derechos en los casos internacionales, el legislador argentino ha previsto cuatro secciones dentro del Capítulo 3 del Título IV dedicado a las Disposiciones de Derecho internacional privado. Son normas que tratan la jurisdicción internacional, el derecho aplicable y, en algunos casos, la coordinación de sistemas. No sólo comprende la pluralidad metodológica, con predominio de la orientación sustancialista, sino también la pluralidad de fuentes (*hard law* y *soft law*) y el diálogo entre la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia de tribunales supranacionales de derechos humanos.

Además de la compatibilidad entre diversos pluralismos y la recepción explícita de la “adaptación” –artículo 2595, inciso c, del CCCN–, el legislador ha acentuado en la fuente interna la obligación de cooperación jurídica internacional en materia civil, comercial y laboral (artículo 2611 del CCCN). Sin perjuicio de mantener las tradicionales comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras por exhortos, se ha facultado a los jueces argentinos –cuando la situación lo requiera– para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en condiciones de respeto de las garantías del debido proceso (artículo 2612, primer párrafo, del CCCN).

Presentaremos en el apartado siguiente cuáles son los aportes que las actuales normas brindan a los jueces/juezas, abogados/as, integrantes de servicios sociales y cuerpos administrativos y cómo esta contribución ha sido percibida en los tribunales y utilizada para alcanzar soluciones más justas y dignas para los niños y las niñas<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Declaración y Plan de Acción de la Asamblea General de Naciones Unidas, 2002, “Un monde digne d’enfants”, Recuperado de [www.unicef.org/french/specialsession/doc\\_snew/documents/child\\_friendly\\_ssoc-outcome\\_fr.pdf](http://www.unicef.org/french/specialsession/doc_snew/documents/child_friendly_ssoc-outcome_fr.pdf)

### **3. Los valores subyacentes en las disposiciones de las Secciones 5ª a 8ª del Capítulo 3 del Título IV**

La adaptación del marco jurídico a las particularidades del caso, que es relevante en todas las áreas del derecho, es una nota prioritaria cuando se trata de conflictos que involucran niños y niñas pues la concreción de su interés superior sólo puede plasmarse en concreto. En palabras de la Corte Europea de Derechos Humanos, el Derecho internacional privado de la infancia sigue orientaciones materiales que presuponen descartar razonamientos abstractos o conductas que prescindan de las consecuencias en la vida y desarrollo de los niños y la obligación de resolver conforme a las particularidades del caso<sup>11</sup>.

#### **I. Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida: preservar el derecho a la identidad**

Los derechos fundamentales garantizados en la Sección 5ª son, en especial, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la identidad. Debemos destacar que no contábamos con regulación de esta materia en el Derecho internacional privado de fuente interna.

El legislador ha establecido una regla de jurisdicción internacional para las acciones relativas a la determinación y a la impugnación de la filiación, y otra para acciones relativas al reconocimiento (inexistencia de reconocimiento, nulidad del reconocimiento). En cuanto a la impugnación del reconocimiento por no corresponder a la realidad biológica, se supone que la persona tiene su filiación establecida y deberá enfocarse la acción como de impugnación de la filiación. El artículo 2631 del CCCN contempla un abanico de foros concurrentes, todos ellos fundados en conexiones razonables, que no descarta la posibilidad de invocar el foro de necesidad (artículo 2602 del CCCN) en un caso excepcional en que se evidencie el riesgo de denegación internacional de justicia.

La designación del derecho se ha efectuado mediante una norma de conflicto materialmente orientada que permite regir el esta-

---

<sup>11</sup> CEDH, aplicación N° 41615/07, 6/7/2010, "Neulinger y Shuruk c. Suiza". CEDH, aplicación N° 27853/09 "X. c. Letonia", 26.11.2013.



blecimiento y la impugnación de la filiación por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio –si correspondiera a la situación fáctica–, aquél que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.

La Sección se completa por una regla destinada al acto de reconocimiento de hijo (capacidad, forma y condiciones sustanciales) y una norma que hemos llamado de “conflicto de sistemas”<sup>12</sup>, destinada a favorecer la inserción de un emplazamiento filial constituido en el extranjero que se pretenda reconocer o inscribir en la República Argentina. El principio general es el deber de reconocimiento, que debe combinarse con el conjunto de instrumentos de derechos humanos, recordando que el derecho a la identidad se vincula con la dignidad de la persona humana y que el Estado argentino ha asumido la obligación de restablecer todos los elementos de la identidad cuando fuesen menoscabados (artículos 8.1 y 8.2. de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Los tribunales argentinos han tenido ocasión de pronunciarse sobre los artículos 2631 (jurisdicción) y 2632 (derecho aplicable), en casos que no debían ser fundados en las disposiciones de fuente interna, puesto que resultaba aplicable el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 en su ámbito propio. La existencia en la fuente internacional de categorías formuladas con lenguaje inaceptable para nuestro tiempo (“filiación ilegítima”), no impide que el juez deba enfocar el caso de conformidad con el marco jurídico apropiado, aun cuando sea para descartar el juego de la categoría por imposición de los principios constitucionales y convencionales que prohíben la discriminación.

---

<sup>12</sup> NAJURIETA, María Susana, “Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, N° 93, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016, p.159.

En noviembre de 2017, el Juzgado Civil y Comercial de Paraná N° 8<sup>13</sup>, entendió en el reclamo de filiación que formuló el señor N.M.L.S. –domiciliado en la República Argentina– contra los herederos de quien consideró su padre, el señor L.C.S.V. Una de las herederas opuso la caducidad de la acción con sustento en el derecho uruguayo, que estimó aplicable por designación del artículo 2632 del CCCN. El juez ponderó el abanico de opciones contenido en esta norma de conflicto y concluyó que todas ellas designaban el derecho uruguayo, que establecía un plazo de 5 años para el ejercicio de la acción una vez que el hijo alcanzara la mayoría de edad. Esta solución material del derecho extranjero fue descartada por incompatible con el orden público internacional argentino. La solución impresiona como justa pero es indudable que el caso está mal fundado normativamente pues se ha omitido sin justificación la fuente internacional, que es indudablemente el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.

En otro supuesto, la Cámara de Apelaciones de Lomas de Zamora revocó la decisión de incompetencia pronunciada en primera instancia y razonó apropiadamente aplicando los artículos 56 y 22 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940. Afirmó que debía seguir el razonamiento del *forum causae* –en un reclamo de filiación de una persona domiciliada en Argentina dirigido contra una persona domiciliada en Paraguay–, y debía concluir que la actora pretendía efectos de la filiación en la República Argentina –según la norma de conflicto contenida en el artículo 22 del citado tratado–, por lo cual, infiriendo la regla de jurisdicción internacional del derecho aplicable, se abría la jurisdicción del juez argentino<sup>14</sup>. Como argumento coadyuvante, el tribunal afirmó que

---

<sup>13</sup> Juzgado Civil y Comercial de Paraná N° 8, 2.11.2017, “L.S., N.M. c. S.C.; M.T.; S.C.V.; S.M.del R.; S.D.P.; S.G.S. y C.T.”, [www.diprargentina.com](http://www.diprargentina.com).

<sup>14</sup> Cámara de Apelaciones de Lomas de Zamora, Sala 3ª, 30.9.2019, “S.M.B. c. K.R.F.F. s/acciones de reclamación de filiación”, comentado por RUBAJA Nieve, “Actualidad en Derecho Internacional Privado de Familia”, *RDF* 94, 1/2020, p. 179. Cita: AR/DOC/890/2020.

a idéntica solución se llegaba por aplicación del artículo 2631 del CCCN, que establecía la jurisdicción del domicilio del hijo.

## **II. Adopción: derecho a la estabilidad de la vida de familia**

Los derechos fundamentales comprometidos en la Sección 6ª (Adopción), son aquellos enunciados en el artículo 21, inciso 'a' de la Convención sobre los Derechos del Niño y aquellos que surgen del *corpus iuris* de los derechos fundamentales, a saber: el derecho a la identidad, el derecho a la estabilidad del vínculo de filiación, el derecho a la protección frente al delito.

El legislador ha previsto en esta Sección una de las pocas reglas de jurisdicción internacional exclusiva, el artículo 2635 del CCCN que reserva a los jueces argentinos entender en casos de declaración en situación de adoptabilidad, guarda con fines de adopción y adopción respecto de niños y niñas con domicilio en la República Argentina. El juego de los artículos 2635 y 2636 permite que las normas de Derecho internacional privado acompañen la política legislativa de nuestro país respecto del delicado tema de la adopción internacional, en tanto no se decida el levantamiento total o parcial de la reserva formulada por el artículo 2 de la ley 23.849 a los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con esta salvedad, el resto de las disposiciones procura que desaparezca la mirada de disfavor con que los tribunales argentinos han considerado todo tipo de adopción extranjera, facilitando la inserción de una adopción constituida en el país de origen del niño/a –o en el país de la residencia habitual de los adoptantes pero con la aprobación de las autoridades del país de residencia habitual del niño/a– favoreciendo la estabilidad de la vida de familia, con el único control del orden público internacional argentino<sup>15</sup>. Por lo demás, el último párrafo del artículo 2637 del CCCN da una

---

<sup>15</sup> Esta posición se inspira en el caso fallado por la CEDH el 28.6.2007, aplicación N° 76240/01 "Wagner J. y J.M.W.L. c. Luxemburgo", *Revue critique de droit international privé* 2007, p. 807 y ss.

modulación especial a esta reacción pues refuerza la toma en consideración del interés superior del niño y los “vínculos estrechos del caso con la República”. Es decir, aparece el orden público de proximidad, en el sentido de permitir detectar los casos de niños oriundos de nuestro país y víctimas de una conducta delictual en el origen de la constitución de la adopción extranjera.

Finalmente, una norma material de Derecho internacional privado regula la conversión de una adopción otorgada en el extranjero en la forma plena de la adopción argentina, bajo requisitos muy similares a los contemplados en el artículo 340 del Código Civil de Vélez tras la reforma de la ley 24.997. En el Anteproyecto de la reforma se había propuesto una regulación más detallada del consentimiento al tiempo de proceder a la conversión de una adopción simple en una adopción de tipo pleno del derecho argentino, siguiendo la inspiración del artículo 27 del Convenio de La Haya sobre protección de niños y cooperación en materia de adopción internacional de 1993. Sin embargo, en la versión final no aparecen estos matices. Ello no significa que el juez que intervenga no verifique si quienes expresaron el consentimiento para la adopción en el país de origen lo han hecho debidamente ilustrados sobre las consecuencias de una adopción plena y, en su caso, reclame esos consentimientos al tiempo de decidir la conversión, si fuera fáctica y jurídicamente posible. Esta práctica es lo más coherente con las garantías contenidas en el artículo 21, inciso a) de la Convención sobre los Derechos del Niño y con el derecho fundamental a la identidad.

Los jueces argentinos han comprendido la importancia de la cooperación internacional en el resguardo de los derechos fundamentales de los niños/as y, tras algunas vacilaciones, han asumido el compromiso de efectuar un seguimiento pos adoptivo, a fin de posibilitar que personas domiciliadas en nuestro país aspirantes a adoptar un niño/a según la legislación extranjera de origen del menor de edad, puedan satisfacer regularmente las exigencias de ese derecho. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sostuvo que los jueces estaban facultados para realizar este seguimiento

e informarlo al país de origen, no obstante la supresión del último párrafo originariamente contenido en el artículo 2635 del Anteproyecto de la reforma (que fue suprimido en la versión final), y ello con sustento jurídico en el deber de prestar cooperación jurídica internacional en los términos del artículo 2611 del CCCN<sup>16</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó magníficamente el espíritu del artículo 2637 del CCCN, en un procedimiento iniciado y fallado en segunda instancia con anterioridad al Código, el cual había entrado en vigencia cuando el expediente se hallaba a dictaminar por la Procuración General de la Nación. El caso versó sobre una demanda de reconocimiento en Argentina de una sentencia de adopción plena de una niña a favor de adoptantes domiciliados en nuestro país, dictada por un Juzgado de familia de Colima, México, en el año 2009. El juez de primera instancia confirió traslado a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, quien reclamó ciertos requisitos y pidió la intervención de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. El juez rechazó estas peticiones y esta posición fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, tribunal que juzgó inconducen-tes los requerimientos en el contexto de un juicio de exequatur. Incluso, invocando el principio de la recuperación de la jurisdicción, se pronunció por el fondo de la demanda y reconoció fuerza ejecutoria a la sentencia de adopción dictada por el Juzgado de Colima en 2009. La Defensora de Menores e Incapaces interpuso recurso extraordinario federal, que sostuvo en dos motivos, ambos federales: el desconocimiento de las funciones de control de la legalidad

---

<sup>16</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 14.6.2016, “S., A.C. s/información sumaria”. En el mismo sentido se había pronunciado la Sala M, incluso con anterioridad a la vigencia del CCCN, por ejemplo, en la causa “G.S.M. s/información sumaria”, fallada el 28.3.2014. Lamentablemente, se han dictado pronunciamientos en sentido contrario, como: Cám.Nac.Civ., Sala G, 22.9.2017, “M.R.C.M. y otro s/información sumaria”, comentario de RUBAJA Nieve, “Actualidad en Derecho Internacional Privado de Familia”, *RDF* 84, 17.5.2018, 369. Cita: AR/DOC/3031/2018.

del Ministerio Público y la violación del principio de congruencia, habida cuenta que la Cámara se había pronunciado en exceso de la jurisdicción apelada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación encontró procedente el recurso extraordinario por otro fundamento federal: la violación del interés superior del niño consagrado en el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño. Considérese que la Corte se pronunció en el año 2019 en relación a una adopción conferida en el extranjero en el año 2009. Esa vida de familia no podía destruirse por sospechas genéricas, basadas en publicaciones periodísticas, pero sin pruebas concretas que vincularan a la niña como víctima de un delito. La Corte sostuvo que el nuevo artículo 2637 del CCCN establecía el deber de reconocer adopciones extranjeras o internacionales bajo la condición de que hubiera sido constituida por el juez del domicilio del adoptado –o del adoptante bajo ciertos resguardos, pero en el caso era evidente que había intervenido el juez del lugar de origen de la niña–, y el control del orden público internacional. Consecuentemente, confirmó la decisión de la Cámara Nacional en lo Civil y ordenó la inscripción de la adopción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas<sup>17</sup>.

### **III. Responsabilidad parental e instituciones de protección: la tensión entre la no injerencia y la tutela efectiva**

En el texto y en el espíritu de las normas que forman la Sección 7<sup>a</sup> importan los valores materiales contenidos en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, que el niño/a merece protección en atención a la vulnerabilidad que corresponde a su corta edad por parte de la familia, la sociedad y el Estado, en combinación con los artículos 3.2 y 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que imponen la obligación de los Estados Partes de respetar las responsabilidades y obligaciones de los

---

<sup>17</sup> CSJN, 24.9.2019, “S., F.A. c. L., C.L. s/exequatur” comentada por NAJURIETA María Susana, “La inserción de adopción internacional en el ordenamiento jurídico argentino”, *RDF* agosto 2020, p. 5 y ss.

padres, representantes legales, tutores, miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según la costumbre, respecto de la orientación y apoyo en la evolución de las facultades de los niños/as en su autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos. Esto supone el derecho de los niños a gozar de la vida de familia sin injerencias indebidas, como así también el derecho a recibir cuidado, asistencia y educación y a ser formados en la libertad de pensamiento, de expresión y de conciencia (artículos 12, 13 y 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño). El niño/a tiene derecho al relacionamiento con ambos progenitores y a gozar de las garantías del artículo 20 de la citada Convención, cuando deban ser privados de su medio familiar temporal o permanentemente, de conformidad con las leyes y teniendo en consideración su superior interés.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “...la decisión sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños debe basarse sobre una evaluación rigurosa de cada caso realizada por profesionales calificados, habiendo escuchado la opinión de la niña o el niño y de sus padres o tutores legales”<sup>18</sup>.

En la regulación de estos institutos, las disposiciones de Derecho internacional privado de fuente interna se han apartado del paradigma del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, centrado en la persona que ejerce la autoridad parental (artículos 18 y 7), y han seguido las líneas del Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996<sup>19</sup> en cuanto a: i) eliminar las categorías de “relación de pleno derecho” y “medidas de protección”, que tantas dificultades han significado en la práctica; ii) aceptar la tesis del paralelismo entre el derecho y el foro, centrando la localización en la residencia habitual del niño/a, que era la práctica de los tribunales antes de la reforma; iii) flexibilizar la designa-

---

<sup>18</sup> CIDH, sentencia del 9.3.2018, “Ramírez Escobar y otros c. Guatemala”.

<sup>19</sup> Convenio firmado por la República Argentina, que dictó la ley de aprobación 27.237 (B.O. del 23.12.2015) pero no ha presentado aún los instrumentos de ratificación en sede internacional.

ción del derecho mediante una cláusula de excepción especial que habilita al juez, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera, a tomar en consideración otro derecho con el cual la situación presente vínculos relevantes, y iv) abrir una categoría autónoma para medidas urgentes, estableciendo la competencia del juez del lugar donde se encuentra la persona vulnerable a proteger, autoridad que aplicará su derecho interno (artículos 2603, inciso 'b', y 2641 del CCCN).

Si bien las categorías de las normas de conflicto de esta Sección deben ser, en principio, calificadas según la *lex causae*, contamos con una norma del derecho de fondo argentino, inspirada en los tratados de derechos humanos que obligan a nuestro país, que establece como principios fundamentales en los conflictos atinentes a la responsabilidad parental, el principio del interés superior del niño, la autonomía progresiva del menor de edad conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (artículo 639 del CCCN). Esta norma rige en los casos internacionales a los que se aplique el derecho argentino de fondo, pero también tiene una función relevante en la configuración del orden público internacional argentino<sup>20</sup>, ya sea que el conflicto se rija por un derecho extranjero o haya intervenido un juez extranjero y se pretenda que la sentencia despliegue efectos en la República Argentina.

Una novedad metodológica aparece en el segundo párrafo del artículo 2640, concebido en estos términos: "Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño". Como se advierte, no es una norma de jurisdicción internacional ni sigue el método conflictual. Es una norma de transposición en el foro de un instituto de protec-

---

<sup>20</sup> SCOTTI, Luciana, *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho internacional privado*, Buenos Aires: Hammurabi, 2015, p. 205.



ción –que satisface la obligación de cuidado contenida en el artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño– que favorece la inserción en nuestro país porque despliega sus efectos en un sistema jurídico extranjero y es compatible con los derechos fundamentales del niño<sup>21</sup>.

Un juez de familia del fuero civil nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha comprendido y aplicado magníficamente el texto y el espíritu de esta norma en un caso fallado en septiembre de 2020<sup>22</sup>.

Un matrimonio constituido por un señor nativo de Argelia y nacionalizado argentino y una mujer argentina, ambos de religión musulmana y domiciliados en la Argentina, solicitaron el reconocimiento de una sentencia extranjera de kafala y la atribución de la tutela del derecho argentino. El matrimonio se hallaba inscripto en el RUAGA (Registro único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción), sin ser convocados durante años y tomaron conocimiento, a través de la Embajada de Argelia en el país, de la posibilidad de formar familia con una niña nacida en julio de 2018 que se hallaba en situación de ser colocada en kafala. El matrimonio viajó a Meskiana y el señor H. fue designado kafil por decisión de la Corte Judicial de Oum El Boughu Tribunal de Ain El Beida, Meskiana, del 17 de julio de 2019. En Argelia, el apellido del kafil se agregó al documento de identidad de la menor de edad. De regreso al domicilio del matrimonio en la Ciudad de Buenos Aires, solicitaron judicialmente el exequátur de la sentencia dictada el 17 de julio de 2019, la inscripción de la kafala en el Registro del Esta-

---

<sup>21</sup> Una manifestación del método de reconocimiento, con sus matices particulares, tal como hemos señalado al comentar las soluciones de los artículos 2634 y 2637 del CCCN

<sup>22</sup> Juzgado Nacional en lo Civil N° 25, 25.9.2020, “S.A. y otro s/exequátur y reconocimiento de sentencia extranjera”, publicado en [www.victoriafamafamilias.blogspot.com/2020](http://www.victoriafamafamilias.blogspot.com/2020). El fallo fue comentado por RODRIGUEZ Mónica Sofía, “El reconocimiento de la kafala. El difícil equilibrio en la búsqueda del interés superior del niño”. *elDial.com* (AABFD1).

do Civil y Capacidad de las Personas y la designación del señor H. y de su esposa S. como tutores de la niña.

El juez civil admitió la pretensión de los actores. Examinó el instituto de la kafala, como una alternativa de cuidado y protección de los niños de acuerdo con el art. 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Apoyó su decisión en el artículo 2640 del Código Civil y Comercial de la Nación, que permitía reconocer la colocación prescindiendo de un procedimiento específico de exequá-tur. El juez estimó que las reglas de la tutela del derecho argentino podían ser aplicadas a la especie, tal como solicitaban los demandantes. Muy interesantes son las apreciaciones del magistrado en relación a la imposición al kafil –contenida en la sentencia extranjera– de educar a la niña en la fe musulmana. Con sustento en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061, el juez impuso al señor H. la obligación de respetar el principio de capacidad progresiva de los niños y, si bien los actores tenían la facultad y el deber de guiar a la menor de edad en su formación espiritual y religiosa, les recordó que el orden público argentino priorizaba los derechos contenidos en los artículos 14 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño en el sentido de respetar el interés superior de la niña sin coerciones desde el punto de vista religioso. Finalmente, designó al señor H. y a la señora S. tutores de la niña y ordenó la inscripción de la sentencia dictada en Argelia, más el acta de nacimiento y demás documentación de la niña, en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

#### **IV. El fenómeno de los desplazamientos y retenciones ilícitos: cooperación y sustancialismo**

La República Argentina está vinculada por importantes tratados internacionales específicos que instauran procedimientos de cooperación jurídica para combatir el flagelo de los desplazamientos y retenciones ilícitos, a saber: el Convenio de La Haya de 1980

sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños<sup>23</sup>; la Convención Interamericana de Montevideo, 1989, sobre restitución internacional de menores<sup>24</sup>, y el Convenio bilateral entre Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Protección internacional de menores<sup>25</sup>. Mediante esta trama de cooperación internacional que nuestro país ha tejido desde la década de los ochenta, pretende cumplir el mandato contenido en el artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”. El Convenio más antiguo es el convenio multilateral de La Haya, que ha sido la inspiración del esquema de cooperación horizontal de los restantes, y que ha suscitado la elaboración de un riquísimo *soft law*, generado en las Conclusiones y recomendaciones de las reuniones de las Comisiones Especiales, que permiten compartir experiencias entre Autoridades Centrales y expertos convocados.

En estos conflictos, los derechos fundamentales comprometidos son –cuanto menos– los siguientes: el derecho del niño/a de no ser separado de sus padres –o de uno de sus progenitores– excepto cuando tal medida sea necesaria en interés del niño (artículos 9.1 y 9.2. de la Convención sobre los Derechos del Niño); el derecho a la vida libre de violencia, a no ser desarraigado abruptamente de su centro de vida y a que su supervivencia sea asegurada (arts. 6.1, 8.1. y 11 Convención sobre los Derechos del Niño); el derecho a ser escuchado en todo asunto que le concierna y a que su opinión sea

---

<sup>23</sup> Aprobado por ley 23.857, en vigor en la República Argentina desde el 1.6.1991. Cuenta actualmente con 101 Estados Partes.

<sup>24</sup> Aprobada por ley 25.358, fue ratificada por nuestro país el 15 de febrero de 2001. Nos vincula con otros trece Estados Partes.

<sup>25</sup> Aprobado por ley 22.546 y en vigor entre ambos países desde el 10 de diciembre de 1982.

tenida en cuenta en función de su edad y madurez (artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño); el derecho a que su situación sea esclarecida con toda celeridad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en repetidas oportunidades que “...el interés superior del niño debe orientar y condicionar las decisiones judiciales en el cumplimiento del CH 1980, interés que se ve resguardado esencialmente con una solución de urgencia y provisorio que cese la vía de hecho, tal como ha sostenido este Tribunal (Fallos 328: 4511; 333: 604; 335: 1559 y 336: 638)...”. A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al emitir la resolución del 27.7.2017 en el caso del niño M.A.R., ha afirmado: “...la determinación de los derechos del niño debe hacerse atendiendo a su interés superior a la luz del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en armonía con el corpus iuris internacional de protección a los derechos del niño”.

Ciertamente, los tratados internacionales en materia de restitución internacional prevalecen en sus respectivos ámbitos de aplicación sobre las disposiciones de la fuente interna (artículo 75, inc. 22, Constitución Nacional; artículo 2594 CCCN). A esta prelación se refiere el primer párrafo del único artículo de la Sección 8ª. Pero agrega algo más que la preeminencia de las convenciones vigentes: “...fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño”. Esto significa destacar que los tratados deben ser comprendidos e interpretados en el sentido del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, es decir, en su texto y en su contexto, atendiendo a su objeto y fin, y considerando todo acuerdo ulterior de las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones. En la práctica de los tribunales esto significa interpretar de manera uniforme y autónoma –según los tratados– los conceptos utilizados en las convenciones y aprovechar las orientaciones y enseñanzas del *soft law* plasmado en las Guías

de Buenas Prácticas que han sido elaboradas en el seno de la Conferencia de La Haya desde el año 2003 en adelante<sup>26</sup>.

Prestigiosa doctrina ha enunciado cuáles pueden considerarse los principios generales que se infieren de los convenios de restitución internacional<sup>27</sup>, pero, a los fines de destacar los esfuerzos de los tribunales argentinos en estos años de vigencia de las actuales disposiciones, mencionaré: la exigencia de acortar los plazos de los procedimientos judiciales, incluso en ausencia de una ley procesal específica; el respeto a las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina; el principio de interpretación conforme al derecho comparado (artículo 1.2.c de los Principios ASADIP sobre el Acceso transnacional a la justicia), a fin de encontrar herramientas de cooperación eficaces para garantizar la seguridad del niño que regresa. Precisamente, el segundo párrafo del artículo 2642 CCCN recoge la experiencia puesta en práctica por los tribunales con anterioridad a la vigencia del Código y con sustento en las Guías de Buenas Prácticas: “El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión”.

En cuanto al último párrafo del artículo 2642 del CCCN es una aplicación del principio de activismo judicial al servicio de la protección de los sujetos vulnerables, pues da sustento normativo para que los jueces puedan dictar medidas de protección anticipadamente –a pedido de parte interesada, a pedido de autoridad extranjera o incluso de oficio– ante el inminente ingreso al país de un niño/a o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, extendiendo la medida de protección, si correspondiera, al adulto

---

<sup>26</sup> En marzo de 2020 se hizo pública la Sexta Guía de Buenas Prácticas, Parte VI, relativa al artículo 13 (1)(b) del Convenio de La Haya de 1980 (la excepción de “grave riesgo”).

<sup>27</sup> URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de familia. Código Civil y Comercial de la Nación*, Córdoba: Lerner, 2017, p.312/313.

que acompaña al menor de edad o al joven. Son normas materiales que permiten ofrecer y pedir cooperación jurídica reforzada– incluso anticipada o confirmada por comunicaciones judiciales directas (artículo 2612, primer párrafo, del CCCN)– para asegurar los derechos fundamentales comprometidos.

Dos sentencias llaman la atención por el enfoque de los jueces, que se sienten interpelados por el artículo 2642 CCCN. Una de ellas es la decisión del Juzgado Nacional Civil N° 4 de julio de 2017 en la causa “D., H.A. c. L.E.M. s/restitución internacional de menores”<sup>28</sup>. El procedimiento de restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980, que había atravesado tres instancias incluyendo el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido del regreso a España de la adolescente O. y de su hermano menor H., estaba firme y requería proceder a la ejecución. Los jóvenes plantearon suspensión de la orden de regreso y solicitaron una audiencia con presencia del padre reclamante, a quien querían exponer sus argumentos. Durante los meses de marzo a junio de 2017, la jueza, los niños, padre y madre y las Autoridades Centrales de ambos países realizaron negociaciones para lograr un acuerdo voluntario. En una audiencia hubo un principio de acuerdo provisorio por tres meses según el cual el padre dejaría el hogar familiar para la madre y los hijos, apoyándolos con una pensión alimentaria en tanto se celebrara la audiencia de la custodia, con el compromiso del dictado de una decisión espejo por la jueza de España. Sin embargo, los hijos no aceptaron, sino que pidieron al padre un plazo de reflexión, pues no querían dejar sus vidas en la Argentina, y tampoco se logró la cooperación de autoridades españolas en replicar la decisión de la jueza civil argentina. Ante la falta de acuer-

---

<sup>28</sup> Juzgado Nacional en lo Civil N° 4, 10.7.2017, “D., H.A. c. L.E.M. s/restitución internacional de menores”, comentado por SCOTTI Luciana, “Nuevos paradigmas sobre infancia y adolescencia en el marco de un caso de restitución internacional de niños”, en *DFyP* 2017 (diciembre), p. 191. CASTRO Florencia - Nieve RUBAJA, “Las demoras en la etapa de ejecución de las órdenes de restitución internacional de niños: su impacto en el interés superior del niño”, en *RDF* 84, 2018.

do voluntario, el padre solicitó la ejecución de la orden de restitución con coerción si fuese necesario. En ese marco, resolvió la Jueza nacional en lo civil el 10 de julio de 2017 entendiendo que, a pesar de la cosa juzgada, las circunstancias fácticas habían cambiado, la niña O. tenía cerca de 16 años y su hermano H. era un adolescente de gran madurez, y ambos expresaban con coherencia su férrea oposición al regreso. Por tanto, el uso de la coerción significaría un “regreso brutal”, con grave riesgo de daño a la futura relación de los hijos con su padre. Concluyó, por tanto, que no se daban las circunstancias de un regreso seguro y que correspondía suspender el retorno.

Meses más tarde, se dictó una nueva decisión en la larga saga del niño A.R., retenido por su madre en nuestro país desde enero de 2009<sup>29</sup>. Tanto el juzgado de primera instancia como la Sala E de la Cámara Nacional en lo Civil, decidieron la restitución del niño a su país de origen, Estados Unidos de Norteamérica. La madre interpuso el recurso extraordinario, que dio lugar a la primera intervención de la Corte Suprema de Justicia, por sentencia del 21 de diciembre de 2010, que dejó firme la orden de regreso exhortando a los progenitores y a la jueza de familia a cooperar en la ejecución de la orden impartida. La sentencia no pudo ejecutarse y los años transcurrieron hasta una nueva intervención de la Corte Suprema el 22 de diciembre de 2015, donde afirmó la necesidad de ejecutar la orden de regreso, tras el cumplimiento de un período de revinculación del niño con su padre. Esta experiencia no tuvo resultado, el niño sufrió un episodio psiquiátrico y debió ser internado con ideas de muerte, autoagresividad y heteroagresividad. En este contexto, ante el reclamo de la madre, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó la resolución N° 26/2017 del 27 de julio de 2017 por la cual solicitó al Estado argentino la determinación de los derechos de A.R. atendiendo a las circunstancias de ese momento mediante la evaluación de un equipo multidisciplinario. El

---

<sup>29</sup> Juzgado Nacional en lo Civil N° 12, 28.9.2017, “R., M.A. c.F., M.B. s/reintegro de hijo”.

niño continuaba internado con evolución favorable cuando la jueza de familia tuvo la entrevista con él, quien le manifestó su férreo rechazo a regresar a los Estados Unidos de Norteamérica con el padre. Mediante la consideración del interés superior del menor de edad, la jueza estimó que el niño debía avanzar en su rehabilitación y en su proyecto de re inclusión domiciliaria y educativa, y dispuso la suspensión de la orden de restitución emanada del fallo de la Corte Suprema de Justicia del 21 de diciembre de 2010.

De estas sentencias podemos inferir que un procedimiento de restitución internacional que desliza más de ocho o diez años entre la conducta ilícita y la ejecución de la orden de reintegro, ha perdido totalmente su función específica y, por su incertidumbre prolongada, se ha convertido en una amenaza perturbadora a la estabilidad emocional de los niños/as. Esta deformación hace que la situación deba resolverse artesanalmente, evaluando la situación concreta de los menores de edad, evitando automatismos y recordando que el interés superior debe determinarse a la luz de los convenios internacionales de restitución, en armonía con el *corpus iuris* internacional de protección a los derechos del niño (resolución del 27.7.2017 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso del niño A.R.).

#### **4. Reflexión a modo de balance**

Debemos reconocer un gran avance en la capacidad de identificar la naturaleza internacional del conflicto y en los esfuerzos por razonar de conformidad con el marco normativo correcto. La reunión no exhaustiva de las normas de Derecho internacional privado en el Título IV del Libro Sexto del CCCN, incluyendo los problemas de jurisdicción internacional y de derecho aplicable, favorece el enfoque del problema, aun cuando hay dificultades en interpretar la pluralidad de fuentes que pueden tener vocación para la solución del caso. No obstante, los derechos fundamentales comprometidos en cada conflicto deben dar el marco para delimitar el concepto del “interés superior del niño” a fin de que no se convierta en un contenido abstracto y poco relevante.



Además de la jurisprudencia seleccionada para el presente trabajo, existen muchos fallos de tribunales de la Ciudad de Buenos Aires y del interior del país que muestran un esfuerzo de comprensión sistémica de la totalidad de las fuentes (internacionales, nacionales, *hard law* y *soft law*). Consideramos que las disposiciones del Código han sido percibidas por los jueces como herramientas útiles y/o motivadoras y han contribuido a las siguientes notas:

- Mayor equilibrio de certezas y flexibilidades para concretar en el caso el interés del niño/a basado en el goce de sus derechos fundamentales;
- Mejor comprensión de los matices del orden público internacional, adaptándolo a las circunstancias concretas del conflicto;
- Desplazamiento de razonamientos abstractos y/o estereotipados y esfuerzo por concretar la voluntad del legislador en la aplicación del conjunto de normas al caso; y
- Aproximación con respeto –y no con desconfianza– a las realidades sociales cristalizadas en el extranjero, razonando con valores materiales inspirados en los derechos fundamentales y descubriendo que la cooperación es una vía para mejorar el desarrollo de los niños, la convivencia de las personas y, en suma, para contribuir a la pacificación de la comunidad.

## **CAPÍTULO 2**

### **DISPOSICIONES GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

I. BRODSKY, Jonathan M.: “Espíritu de la legislación ius-privatista en el Código Civil y Comercial de la Nación. Algunas notas esenciales y una especial referencia al pluralismo metodológico y normativo”.

II. CIURO CALDANI, Miguel Angel: “Comprensión filosófico-estratégica de la teoría del uso jurídico (aportes a la conjetura del derecho extranjero)”.

III. SCOTTI, Luciana B.: “Desafíos de la flexibilización del Derecho internacional privado argentino”.

IV. SOTO, Alfredo M.: “Los instrumentos de las normatividades internas del Derecho internacional privado y los problemas generales del derecho aplicable”.

**ESPÍRITU DE LA LEGISLACIÓN  
IUSPRIVATISTA EN EL CÓDIGO CIVIL Y  
COMERCIAL DE LA NACIÓN. ALGUNAS  
NOTAS ESENCIALES Y UNA ESPECIAL  
REFERENCIA AL PLURALISMO  
METODOLÓGICO Y NORMATIVO**

**Jonathan M. Brodsky\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. EL FIN Y LOS PRINCIPIOS; 3. ESPECIAL REFERENCIA AL PLURALISMO METODOLÓGICO Y NORMATIVO; 4. REFLEXIONES FINALES.

## **1. Introducción**

El título de este trabajo puede parecer ambicioso, por cuanto analizar en menos de treinta páginas un aspecto tan amplio y complejo como los principios que han inspirado el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de Derecho internacional privado<sup>1-2</sup> (de fuente interna)<sup>3</sup> puede presentarse como una labor demasiado afanosa.

---

\* Abogado (UBA), graduado con Diploma de Honor y Medalla de Oro, Premio "Raymundo M. Salvat" y Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación". Jefe de Despacho - Relator en la Sala "L" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Jefe de Trabajos Prácticos (UBA) y profesor titular y profesor adjunto (UCES) en asignaturas sobre Derecho de las Obligaciones y de Daños, Derecho Internacional Privado, Derecho del Consumidor y Derecho Procesal. Es autor o coautor de capítulos de libros, artículos de doctrina, ponencias y comunicaciones a Congresos sobre temas de su especialidad.

<sup>1</sup> Nos referimos, desde luego, al Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994; en adelante, también "CCCN"), vigente en la República

La reforma es profunda. De una dispersión normativa casi absoluta, con disposiciones amplias e inconexas, escasas y en no pocos casos inexistentes o contradictorias, se ha pasado a una regulación ordenada, coherente, sistemática y relativamente completa<sup>4</sup> de los temas de DIPr, en las esferas civil y mercantil.

De todos modos, asumimos el desafío por lo siguiente: no constituye el propósito de este texto analizar en profundidad la totalidad de las nuevas disposiciones de DIPr –tarea que correspondería a un comentarista del Código, o a un tratadista–. Antes bien, nuestra idea es otra, más modesta: examinar algunos de los aspectos más relevantes del flamante articulado, y deteniéndonos en los principios, esto es, en las cuestiones más generales que lo han inspirado.

Por otra parte, según lo anticipa el subtítulo del trabajo, en dicho estudio se ofrecerá una referencia especial a un aspecto

---

Argentina desde el 1° de agosto de 2015 (Ley N° 27.077), y cuyo Título IV del Libro Sexto contiene las “Disposiciones de derecho internacional privado”.

<sup>2</sup> En adelante, también “DIPr”.

<sup>3</sup> Las normas de DIPr de fuente internacional preexisten al Código y subsisten con su entrada en vigencia, y con toda su prevalencia –según veremos en el acápite II, sección 1–.

<sup>4</sup> Ocurre que ciertos aspectos del ámbito civil y comercial, tales como el societario, el concursal, el relativo a la navegación, a la propiedad intelectual, entre otros, permanecen regulados en leyes especiales y han escapado a la reforma del Código. Otros, como el reconocimiento y la ejecución en nuestro país de sentencias y decisiones extranjeras (grado máximo que puede adoptar la cooperación jurídica internacional), no han sido regulados en consideración a que se trata de una cuestión procesal y, como tal, sometida a las jurisdicciones provinciales. Por último, en atención a que se trataba de la inclusión de normas de DIPr en un Código Civil y Comercial y no de una ley autónoma de DIPr, sólo pudieron contemplarse disposiciones referentes a aquellos ámbitos, y no a otras sub-ramas tales como el Derecho Laboral Internacional, el Derecho Penal Internacional, el Derecho Fiscal Internacional, el Derecho Notarial Internacional, el Derecho Constitucional Internacional, el Derecho Administrativo Internacional, entre otras (cabe aclarar que sobre algunas de estas categorías, y las demás no mencionadas, el grado de consenso en la doctrina en cuanto a que integran el DIPr no es absoluto).

puntual y muy enriquecedor de nuestra disciplina: el pluralismo metodológico y normativo. Aquí sí ejemplificaremos los diversos tipos de normas del DIPr captadas en el Código, echando mano de algunos artículos representativos de cada uno de ellos. Y en último lugar, como es de estilo, se ofrecerán unas últimas reflexiones para concluir el trabajo.

A eso vamos, entonces.

## 2. El fin y los principios<sup>5</sup>

En consonancia con lo ya dicho, excedería con creces los límites del presente texto el intento de un examen profundo de la finalidad del DIPr como disciplina. Esta problemática podría discurrir larga y filosóficamente. Inclusive, cabría preguntarse por el fin del Derecho Internacional, y por qué no, el de la ciencia jurídica en general.

Tomaremos entonces una conocida concepción de Boggiano<sup>6</sup>, con la cual comulgamos: el DIPr se encamina a ordenar normativamente las soluciones justas de los casos iusprivatistas multinacionales. En esta línea de razonamiento, la justicia es la más elevada finalidad, el valor supremo a perseguir. El prestigioso tratadista resalta a su vez determinados aspectos: (i) debe procurar alcanzarse la solución de la *totalidad e integridad* multinacional de los casos jusprivatistas, evitando su mutilación en diversas partes o aspectos nacionales (de allí la importancia de la coordinación y cooperación entre las autoridades nacionales);<sup>7</sup> (ii) lo relevante es *realizar* las soluciones justas, y no decla-

---

<sup>5</sup> Tomamos prestada de Boggiano esta denominación del Capítulo VI de su tratado ("Concepto y sistema del Derecho Internacional Privado"), sección 1 ("Concepto del Derecho Internacional Privado"), punto B ("El fin y los principios"). Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*. 3ª edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991.

<sup>6</sup> BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*. 3ª edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991, pp. 89-94.

<sup>7</sup> Se trata del principio de uniformidad o de armonía internacional de las soluciones, de raíz savignyana, y cuyo ideal sería que la decisión fuera

rarlas meramente;<sup>8</sup> y (iii) nuevamente, es necesario que reine la justicia en la solución sustancial del caso,<sup>9</sup> para así encaminarla al fin del DIPr.<sup>10</sup>

A continuación, presentamos una serie de principios de la disciplina que consideramos relevantes en la regulación de DIPr del Código, y brindaremos un comentario propio o valoración para cada uno.

## **I. Jerarquía del derecho internacional**

La regulación iusprivatista internacional del CCCN parte de una premisa fundamental: el derecho internacional tiene primacía sobre el ordenamiento interno argentino. En efecto, no es casual que tanto la sección relativa al derecho aplicable cuanto la que regula la jurisdicción internacional comiencen precisando justamente este concepto:

Artículo 2594. Normas aplicables. Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.

---

siempre la misma, cualquiera que sea el país donde la sentencia se hubiese pronunciado.

<sup>8</sup> Según el principio de efectividad, la solución uniforme debe ser, además, realizable en el caso concreto; de lo contrario, sería una mera afirmación teórica, sin eficacia alguna.

<sup>9</sup> No obsta a la preocupación por la solución sustancialmente justa del caso, el hecho de que se lo someta mediante una norma de conflicto a un derecho eventualmente extranjero. Así lo ponen de manifiesto instituciones como el fraude a la ley o —en particular— el orden público internacional.

<sup>10</sup> Es decir que, de acuerdo al principio de justicia, tampoco basta realizar efectivamente una solución uniforme, sino que lo decisivo es realizar una *justa solución uniforme*.

Artículo 2601. Fuentes de jurisdicción. La jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación.

Lo así establecido, por cierto, no representa ninguna novedad. Cualquiera que se acerque al estudio de nuestro DIPr, así sea por primera vez, aprende rápidamente que la fuente internacional desplaza a la fuente interna en cuanto tienen vocación para aplicarse a un mismo caso; y no podría ser de otra manera tras la reforma constitucional de 1994, que en el art. 75, inc. 22 *in fine* de la Norma Fundamental estableció más allá de toda duda que “Los tratados y concordatos [con la Santa Sede] tienen jerarquía superior a las leyes”.

En todo caso, los arts. 2594 y 2601 no presentan inconveniente ni reparo alguno; en el peor de los supuestos, constituyen una redundancia o una suerte de verdad de Perogrullo. A esta altura del “estado del arte”, se supone que ningún operador jurídico se estaría anoticiando de nada nuevo tras su lectura. De todos modos, pensamos que no huelgan en tanto “recordatorio” a algunos jueces y abogados que tienden a echar mano inmediatamente del Código Civil o Comercial (o de la ley interna correspondiente) para resolver o plantear casos de la materia, incluso cuando contengan elementos relevantes de internacionalidad, lo que obliga a pensarlos en clave de DIPr y según su lógica particular.

## **II. Aplicación del derecho extranjero: su consideración integral, teoría del uso jurídico y rasgos de forismo?**

Según el artículo 2595, literal “a” del CCCN, “cuando un derecho extranjero resulta aplicable... el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio

de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino”.

Se trata de un precepto sumamente rico y relevante, que regula aquello que tradicionalmente se ha considerado “el” objeto del Derecho Internacional Privado: la resolución del *conflicto de leyes*,<sup>11</sup> o más precisamente, la elucidación del derecho aplicable al caso multinacional. Desde luego, hoy sigue siendo una cuestión esencial en el DIPr, y uno de sus tres grandes sectores junto a la jurisdicción internacional y la cooperación jurídica internacional.

La redacción del art. 2595, literal “a”, resuelve una tradicional discusión acerca del *tratamiento procesal* que corresponde dar al derecho extranjero, tema vinculado a su vez con la *naturaleza jurídica* que se le reconozca. No es éste el espacio para desarrollar en profundidad las diversas escuelas de Derecho internacional privado que han existido a lo largo de los siglos; antes bien, recordamos con Biocca, Cardenas y Basz<sup>12</sup> que para autores como Story el derecho extranjero constituye un mero hecho, cuya invocación y prueba en el proceso depende de las partes interesadas, y su aplicación –facultativa para el juzgador– no encuentra como fundamento razones jurídicas o de justicia sino una mera cortesía internacional (*comitas gentium*) a ser adoptada por utilidad, conveniencia o reciprocidad. También Goldschmidt<sup>13</sup> participaba de una teoría realista, vitalista o fáctica: las normas jurídicas se consideran “derecho” únicamente en el territorio para el cual fueron dictadas, y por fuera de esas fronteras, aquél se transforma en un hecho; mas de manera

---

<sup>11</sup> Así solía denominarse la disciplina, y aunque hoy se haya optado por abandonar esa denominación (SCOTTI, 2015), subsiste con plena vigencia en algunos países anglosajones (con la voz “*conflict of laws*”).

<sup>12</sup> BIOCCA, Stella M. – SARA L. CÁRDENAS - BASZ, Victoria, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. 2ª edición, Buenos Aires: Universidad, 1997.

<sup>13</sup> GOLDSCHMIDT, Werner y PERUGINI ZANETTI, Alicia M. (act.) *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*. 10ª edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.



contraria a la posición de STORY, para el maestro argentino-alemán, el derecho extranjero era un *hecho notorio*, y como tal sólo debía alegarse por las partes del proceso (porque es un hecho) pero no acreditárselo (porque es notorio). Por el contrario, las teorías normativistas o positivistas suponen que el derecho extranjero se aplica como derecho (tal es su naturaleza jurídica, y no la de un hecho), y aquí nuevamente cabe hacer una distinción importante: para ciertos juristas de la escuela americana, como Beale y Lorenzen, ese derecho extranjero requiere para su aplicación en el foro una “nacionalización” (o “incorporación” al ordenamiento nacional) por vía legislativa o judicial, respectivamente. En la concepción de Savigny, en cambio, el derecho extranjero se aplica –incluso extraterritorialmente– como *derecho* y como *extranjero*, con fundamento suficiente en la “comunidad jurídica de Estados”.

No tenemos duda de que en la actualidad la teoría de la *comitas gentium* debería descartarse, y fundamentarse jurídicamente la aplicación extraterritorial de la ley extranjera. En particular, la tendencia normativista de raíz savignyana (la consideración del derecho extranjero *como derecho* y *como extranjero*) es la que más respetuosa resulta de la internacionalidad de los casos con elementos extranjeros, si bien concebirlo como un hecho notorio no conduce de por sí a resultados inconvenientes (así, la posición de Goldschmidt<sup>14</sup> y la teoría del uso jurídico).

El CCCN ha seguido estas dos últimas tendencias, al adoptar la teoría del uso jurídico (interpretación *–rectius:* aplicación– del derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece) y al referirse en términos de deber a la aplicación extraterritorial de ese derecho foráneo por los tribunales argentinos (“el juez *establece* su contenido, y *está obligado* a interpretarlo...”),<sup>15</sup> todo ello

---

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Una opinión más escéptica acerca del principio de oficiosidad que surgiría de esta norma, puede consultarse el comentario de PERUGINI ZANETTI,

sin perjuicio de su alegación y prueba<sup>16</sup> por las partes<sup>17</sup>. En igual sentido, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado celebrada en Montevideo en 1979 (en el marco de la “CIDIP II”) dispone: “Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada” (art. 2); y los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940: “Su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada” (art. 2; se refiere a la aplicación de las leyes de cualesquiera de los Estados contratantes en los territorios de los otros, en los casos que determinen los tratados celebrados sobre las diversas materias del Derecho internacional privado).

---

Alicia, “Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: El Derecho, 2012. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf>.

<sup>16</sup> En rigor de verdad, sería preferible la referencia a la “información” y no a la “prueba” del derecho extranjero, si se entiende que este último no se trata de un mero “hecho” a ser acreditado. Cfr. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Aplicación e información del derecho extranjero en el ámbito interamericano, regional y en el Uruguay”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 2, n° 3, Asunción: Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, 2014, pp. 35-58

<sup>17</sup> Es claro, pues, el apartamiento de lo previsto en el (tan criticado) art. 13 del Código de Vélez Sarsfield, que tomando como fuente a STORY indicaba que “La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial”. Por si cupiese alguna duda, la nota al mismo artículo ampliaba: “La ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba”.

Ahora bien, el artículo bajo examen reza (el destacado es nuestro): “Cuando un derecho extranjero resulta aplicable, *el juez establece su contenido*”. Se refiere, no cabe duda, a los tribunales de la República, a quienes las normas del CCCN están dirigidas. ¿Qué significa que el juez nacional “establezca el contenido” del derecho extranjero? ¿Qué clase de prerrogativa es esa, y en qué consiste? Si el mismo Código adopta la teoría del uso jurídico, ¿el “contenido” del derecho extranjero no debería venir dado precisamente por ese otro ordenamiento jurídico, y el juez argentino limitarse a su aplicación?

Los términos de esta primera parte del literal “a” lucen, pues, vagos cuanto menos, y dan lugar a la preocupación por cuanto algunos jueces bien podrían tomar esa redacción abierta como un *bill* de discrecionalidad para “establecer” (bien de modos y con alcances diversos, bien directamente en términos del derecho del foro) en qué consiste ese derecho extranjero. Entonces: ¿se tiende con esta redacción de la norma a la inseguridad jurídica y/o al forismo en la aplicación extraterritorial de un derecho foráneo?

Y el problema se agrava con la parte final del mismo precepto, en cuanto dispone: “Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino”. Aquí el forismo es claro. Veamos: ¿qué debe entenderse por un supuesto donde “no pueda establecerse” el contenido del derecho extranjero? Si la textura de la fórmula legal es demasiado abierta para la idea de “establecer su contenido”, tanto más lo es aquélla de que *no pueda hacerse* por el juez. Por otra parte, ¿qué tribunal no tiene acceso hoy en día al contenido de una normativa extranjera? El desarrollo tecnológico lo posibilita en la inmensa mayoría de los supuestos, con gran facilidad y rapidez. Finalmente, ¿por qué la solución prevista para estos casos (que, insistimos, deberían ser marginales) es la aplicación directa e insoslayable del propio ordenamiento sustantivo nacional? ¿No habría sido más razonable prever la aplicación del derecho más estrechamente vinculado con el caso (que puede ser tanto el ar-

gentino como algún otro), de manera coherente con el principio flexibilizador y de localización *in concreto* que inspira fundamentalmente el art. 2597 (ver enseguida, sobre este último, la sección subsiguiente de este acápite)?

En resumidas cuentas, dejamos planteado el resquemor de que el art. 2595, literal “a”, en los términos ya examinados de su redacción, termine siendo invocado en exceso (más allá de los supuestos en que esa solución sería lógica) a la hora de resolver con derecho interno un caso iusprivatista multinacional, sin importar sus características particulares. Fuerte tentación de la comodidad ante lo desconocido, mas no así respetuoso de la internacionalidad del caso, de la justicia de la localización, ni de los principios del Derecho Internacional Privado que, como enseñara Goldschmidt, es el “derecho de la tolerancia”<sup>18</sup>.

### III. Aplicación del derecho extranjero: ¿rigidez o flexibilidad?

Es bien sabido que la tradición argentina y, en general, latinoamericana, supone la regulación de las cuestiones que hacen al DIPr a través de conexiones rígidas. Es decir: es el legislador quien determina, *ex ante* y con alcance general, el punto o criterio de contacto del caso con el derecho aplicable “seleccionado” para su resolución. Por ejemplo: cuando Vé-

---

<sup>18</sup> No ponemos en tela de juicio que muchos magistrados, confrontados con un caso de DIPr, sí se esfuercen por investigar, conocer, comprender, interpretar y aplicar adecuadamente un derecho extranjero. Otros, unos pocos, son lisa y llanamente expertos en la disciplina. Pero ocurre que tanto el contacto y la profundización en otros ordenamientos (derecho comparado) como su aplicación de acuerdo a las reglas de nuestra materia (donde se presentan cuestiones como las calificaciones, la cuestión previa, el reenvío, el fraude a la ley, el orden público internacional, las normas internacionalmente imperativas) son frecuentemente temas de alta complejidad, difíciles de aprehender intelectualmente y poco explorados por quienes no se han especializado en la materia. Lamentablemente, quien busque sentencias argentinas de DIPr encontrará algunas (incluso de tribunales de apelación) donde parecen desconocerse siquiera los principios elementales que rigen el DIPr.

lez Sarsfield estableció que la sucesión se regía por el derecho local del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento (art. 3283 del Código originario), o el legislador contemporáneo que las relaciones personales de los cónyuges se rigen por el derecho del domicilio conyugal efectivo (art. 2624 del CCCN), se brindan normas de conflicto rígidas: no se conoce *a priori* la ley aplicable (debe primero indagarse cuál es ese último domicilio del causante o ese domicilio conyugal efectivo para aplicar dicha normativa), pero tampoco puede el juez –en principio– salirse de esos contactos previstas por la norma.

Por el contrario, en países tributarios de la tradición del *common law* se ha tendido a regular en muchas ocasiones los casos de DIPr (acaso con mayor pragmatismo y menor seguridad jurídica) a través de conexiones flexibles, esto es, dando un amplio margen de discrecionalidad al juzgador para localizar cada supuesto de acuerdo a sus características concretas. Aquí se parte de la idea de su resolución de acuerdo a la ley del Estado que presente los vínculos más estrechos o significativos con el caso: la aplicación de la ley adecuada (*the proper law*). Por ejemplo: en la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* de 1995 de Reino Unido, la regla general en materia de derecho aplicable a los hechos ilícitos extracontractuales (según la cual se aplica la ley del Estado en el que se produjeron los eventos generadores del daño –*lex loci delicti commissi*–) resulta desplazada si del conjunto de circunstancias del caso surge que existe otro país que presenta vínculos netamente más estrechos con el caso (arts. 11 y 12, respectivamente). En el mismo sentido, según la Convención de La Haya del 1° de julio de 1985 sobre la ley aplicable a los *trusts* y a su reconocimiento, en defecto de elección de derecho aplicable, el *trust* se rige por la norma con la que esté más estrechamente conectado (art. 7). Por otro lado, en el ámbito del derecho supranacional de la Unión Europea encontramos el art. 4.3 del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones con-

tractuales (“Roma I”) (cuyo antecedente es el art. 4.5 del Convenio de Roma de 1980). Este precepto contiene una cláusula que permite dejar de aplicar la ley establecida bajo las normas de conflicto generales en materia contractual, “si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país”. Similar disposición contiene el art. 4.3 del Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), en dicho ámbito de aplicación material. A su vez, según la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos celebrada en México en 1994 (en el marco de la “CIDIP V”), “si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos” (art. 9, párr. 1). E igualmente se basan en la idea de conexiones flexibles las “cláusulas escapatorias” o excepciones a la aplicación de otro derecho designado, tales como las contempladas en la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987, en su art. 15,<sup>19</sup> y en el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica de 2004, en su art. 19;<sup>20</sup> entre otros ejemplos.

---

<sup>19</sup> “1. The law designated by this Code shall not be applied in those exceptional situations where, in light of all circumstances, it is manifest that the case has only a very limited connection with that law and has a much closer connection with another law. 2. This article is not applicable in the case of a choice of law by the parties”.

<sup>20</sup> “Le droit désigné par la présente loi n’est exceptionnellement pas applicable lorsqu’il apparaît manifestement qu’en raison de l’ensemble des circonstances, la situation n’a qu’un lien très faible avec l’Etat dont le droit est désigné, alors qu’elle présente des liens très étroits avec un autre Etat. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre Etat. Lors de l’application de l’alinéa er, il est tenu compte notamment: - du besoin de prévisibilité du droit applicable, et - de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des Etats avec lesquels cette relation présentait des liens au momento de son établissement”.

Como adelantamos, el codificador decimonónico argentino siguió la tradición de las conexiones rígidas, que era la más difundida por estas latitudes –y lo sigue siendo–. Del mismo modo las encontramos en el Código, pero con una salvedad importantísima: según el art. 2597, que contiene la “cláusula de excepción”:

Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

No cabe ninguna duda –no puede haberla, dada la denominación y el adverbio inicial del precepto– de que esta prescripción debe invocarse de modo excepcional. Sin embargo, la modificación es relevantísima, por cuanto abre la puerta a la flexibilización de un sistema de conexiones rígidas que de otro modo sería absoluta. Máxime cuando se encuentra regulada en la primera sección del Título IV del Libro Sexto del CCCN, “Disposiciones generales”, y por ende aplicables a cualquier causa o institución jurídica de que se tratare<sup>21</sup>. Según Menicocci, “esta norma es una verdadera re-

---

<sup>21</sup> En materia de responsabilidad parental y de contratos existen dos cláusulas escapistas específicas, a cuyos términos debe estarse en la medida en que tienen un mayor grado de especialidad que la contemplada en el art. 2597. La primera está contenida en la oración final del art. 2639: “Todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes”. Según se advierte, la *ratio legis* de la segunda

volución en el DIPr argentino: la posibilidad de que los jueces puedan marginar el derecho que declara aplicable la norma de colisión cuando el caso carece de relación con el derecho del estado cuya aplicación la norma indirecta reclama. Se intenta, de esta manera, abrir nuestro DIPr de conexiones rígidas hacia un sistema de DIPr flexible, con un considerable aumento de la discrecionalidad judicial...". En efecto, según los fundamentos del Anteproyecto, los redactores entendieron que "se han preferido soluciones que sean a la vez sencillas y de cierta flexibilidad, a fin de favorecer el equilibrio entre la certeza y la necesidad de adaptación particular al caso, muchas veces rebelde a encuadramientos rígidos"<sup>22</sup>.

Finalmente, es dable señalar que esta disposición ya ha encontrado ciertos reparos en la doctrina especializada. En tal sentido, All y Albornoz manifiestan que: "...esta cláusula de excepción siembra dudas sobre la razonabilidad de la elección hecha por el autor de la norma de conflicto. De un lado, se muestra como algo excepcional, como una eventualidad que, debido al conjunto de circunstancias de hecho del

---

oración viene dada por la preocupación de satisfacer el interés superior del niño, concepto sobre el que volveremos más adelante. La segunda figura en el art. 2653: "Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos". En este caso, amén de insistirse en la excepcionalidad con la que debe aplicarse esta cláusula de escape, la prohibición de considerar *ex officio* otro derecho al designado por las partes o por las normas subsidiarias (con aquel otro, el caso debe presentar los vínculos más relevantes) se justifica por cuanto el terreno contractual es una típica *sede* de la autonomía de la voluntad de las partes.

<sup>22</sup> MENICOCCI, Alejandro A., "Codificación de Derecho Internacional Privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Relato presentado al XXVIº Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, San Miguel de Tucumán, 2014, p. 29. Recuperado de <http://www.aadi.org.ar/index.php?acc=4>.



caso, permite ver que gravita hacia un derecho distinto, aunque previsible, y bajo cuyas reglas la relación se ha 'establecido' válidamente. De otro, parece una especie de confesión del legislador, quien reconoce la falibilidad de su juicio cuando en abstracto valora la importancia de las vinculaciones del caso al momento de elabora la norma general"<sup>23</sup>. Agregan, por otra parte, que la norma omite mencionar si la excepción funciona a pedido de parte o puede el tribunal, de oficio, instalar el caso de un derecho diferente al previsto.

#### IV. El flagelo de la denegación internacional de justicia y la recepción del *forum necessitatis*

El foro de necesidad no había sido receptado en el Código Civil de Vélez Sarsfield ni en sus reformas sucesivas, aunque sí estaba prevista en el Proyecto de Código de DIPr de 2003, muy significativo entre nosotros<sup>24</sup>. En el derecho comparado, legislaciones de avanzada como la Ley Federal Suiza de DIPr de 1987<sup>25</sup> y el Código Belga de DIPr de 2004<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> ALL, Paula M. y ALBORNOZ, Jorge R., "Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 1: Disposiciones generales", en RIVERA, Julio C. - Graciela MEDINA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: La Ley, 2014, p. 787.

<sup>24</sup> La redacción del precepto era la siguiente: "Artículo 19. Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente código no atribuyan jurisdicción internacional a los tribunales argentinos, éstos pueden intervenir con la finalidad de evitar la denegación de justicia, cuando no sea posible iniciar la demanda en el extranjero, siempre que la causa presente vínculo suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz".

<sup>25</sup> *Lorsque la présente loi ne prévoit aucun for en Suisse et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétentes* (art. 3).

<sup>26</sup> *Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, les juridictions belges sont exceptionnellement compétentes lorsque la cause présente des liens étroits avec la Belgique et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger* (art. 11).

ya mencionados, por ejemplo, contemplan desde hace años la figura.

Ahora bien, en una disposición que consideramos afortunada, el Código consagra con toda claridad el *forum necessitatis*:

Artículo 2602. Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

Ocurre que en un sistema de criterios rígidos de atribución de la competencia judicial internacional<sup>27</sup>, la jurisdicción internacional de un tribunal depende únicamente de la normativa vigente aplicable. Es decir: si según un precepto legal, supongamos el art. 2621, “las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio, así como las referentes a los efectos del matrimonio, deben interponerse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado”, entonces se siguen dos consecuencias: (i) que ningún juez argentino podría declararse competente en la materia, de no encontrarse en su jurisdicción el último domicilio conyugal efectivo o el domicilio o la residencia habitual del cónyuge demandado; y (ii) que de verificarse tal conexión, entonces ningún tribunal podría *rehusar* o *declinar* su propia CJI para entender en el caso.

La solución contraria a la planteada en segundo término viene dada por el *forum non conveniens*; resulta –es claro–

---

<sup>27</sup> En adelante, también “CJI”.

mucho más flexible en los términos expuestos en el subacápite anterior, y es típica de la tradición del *common law*. El foro no conveniente es un correctivo de los criterios atributivos de jurisdicción existentes<sup>28</sup>, e implica que aquéllos tribunales que tienen jurisdicción, porque así lo indican sus normas atributivas de jurisdicción, se niegan o se rehúsan a conocer y resolver la controversia planteada, puesto que consideran que son los tribunales de otro Estado (en casos de jurisdicción concurrente) los que lograrían satisfacer de manera correcta y justa el caso en particular<sup>29</sup>.

Ahora bien, la institución que analizamos en esta sección es el *forum necessitatis*, frecuentemente denominada la “contracara” del *forum non conveniens*. Y es que si éste supone la declinación del juez de su propia CJI cuando le vendría atribuida según la norma jurídica, aquella figura implica el supuesto contrario: la asunción de jurisdicción internacional sin un expreso precepto atributivo de CJI que la autorice.

El fundamento del foro de necesidad es claro y de enorme importancia. Con su precisión característica lo explica el prestigioso profesor Fernández Arroyo<sup>30</sup>: Ninguna norma flota en el ordenamiento desvinculada de los cimientos de éste... Las normas de jurisdicción internacional argentinas no son más que la concreción de los principios y valores consagrados en la Constitución y en la normativa internacional de derechos humanos. Por ello, con el objetivo de garantizar un acceso efectivo a la justicia, el legislador deja abierta una puerta que le permita cubrir los supuestos en los

---

<sup>28</sup> PÉREZ PACHECO, Yaritza, *La jurisdicción en el Derecho Internacional Privado*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2008.

<sup>29</sup> GUERRA, Víctor H., “Forum non conveniens”, *Derecho Procesal Civil Internacional*. In memoriam Tatiana B. de Maekelt, Serie Estudios n° 88, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 2: Jurisdicción internacional”, en RIVERA, Julio C. – Graciela MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: La Ley, 2014, p. 805.

cuales el ejercicio de la jurisdicción resulta indispensable pese a no estar previsto en las normas vigentes. Queda fuera de toda duda que el cumplimiento de los principios constitucionales esenciales no puede encontrar un obstáculo insalvable en la carencia de una norma de jurisdicción internacional positiva. La ‘necesidad’ del título del artículo se refiere, precisamente, a la exigencia de no dejar al actor en situación de indefensión.

Empero, hay que aclarar que el hecho de que no existiera el *forum necessitatis* en el DIPr argentino vigente de fuente interna, no había sido óbice para su reconocimiento jurisprudencial (solución también plausible, dados los derechos fundamentales en juego). Insistimos: la denegación internacional de justicia es un flagelo que afecta principios constitucionales y de derechos humanos básicos, entre ellos –notoriamente– el acceso a la justicia. Por supuesto, el fallo de cabecera en esta materia es el famosísimo precedente “Cavura de Vlasov c/ Vlasov”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 25 de marzo de 1960 (¡hace más de 60 años!). Entre otras relevantes consideraciones (como la calificación de “domicilio conyugal” –el último lugar de efectiva convivencia indiscutida de los cónyuges– y la naturaleza federal de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos), el Máximo Tribunal rechazó la excepción de incompetencia interpuesta por el demandado (que debía haber prosperado según una interpretación estricta y literal de la norma vigente aplicable al caso –el art. 104 de la vieja Ley de Matrimonio Civil N° 2393–), con fundamento en la garantía constitucional argentina de la defensa en juicio y del acceso a la jurisdicción, evitando así una privación internacional de justicia.

Por último, hay que destacar, no obstante, que es tan plausible la incorporación del foro de necesidad al ordenamiento jurídico argentino, como excepcional y razonable debe ser su aplicación. Nótese el término “excepcionalmente” en el art. 2602, y la previsión de una serie de condiciones acumulativas: (i) no debe ser razonable –entendido como

“viable” y no como “conveniente” – exigir la iniciación de la demanda en el extranjero; (ii) la situación debe presentar contacto suficiente con el país –caso contrario, la asunción de CJI por los jueces argentinos podría ser exorbitante–; (iii) el derecho de defensa en juicio (del demandado) debe quedar garantizado –es éste un derecho constitucional tanto como lo es el de acceso a la justicia que tiene la parte actora– y (iv) ha de atenderse a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz –pues caso contrario, la asunción excepcional de CJI sin norma atributiva de ella no se justificaría en términos prácticos–.

## **V. La igualdad como derecho fundamental y la prohibición expresa del arraigo**

El Código establece lo siguiente:

Artículo 2610. Igualdad de trato. Los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina.

Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado.

La igualdad de trato se aplica a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero.

Si bien no existía una disposición similar en el Código Civil derogado, sí regía en el DIPr argentino de fuente convencional (la Convención de La Haya sobre procedimiento civil) y también en la fuente institucional (pues se trata de un tratado internacional en el marco de un proceso de integración regional como es el Mercosur: el Protocolo de Las Leñas de 1992).

El primer instrumento dispone, en el artículo 17, que:

No podrá serles impuesta ninguna caución o depósito, por su condición de extranjeros o por falta de domicilio o de residencia en el país a los nacionales de uno de los Estados contratantes que tengan su domicilio en uno de dichos Estados y que sean demandantes o parte ante los tribunales de otro de estos Estados.

La misma regla se aplicará al pago exigible a los demandantes o las partes intervinientes, para garantizar las costas judiciales.

Continuarán aplicándose las convenciones por las cuales los Estados contratantes hayan estipulado para sus nacionales, la eximición de la caución “judicatum solvi” o del pago de las costas judiciales sin la condición del domicilio.

A su vez, establece el Protocolo de Las Leñas, en su Capítulo III: “Igualdad de trato procesal”:

Artículo 3. Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses.

El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes.

Y a renglón seguido, de manera concordante,

Artículo 4. Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte.

El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes.

La *ratio legis* reposa, al igual que el acceso a la justicia examinado en la sección anterior, sobre un derecho fundamental: en este caso, se trata del derecho a la igualdad. La expresa disposición del CCCN es importante, porque amplía a cualquier supuesto la exigencia de igualdad de trato procesal (por su ámbito de aplicación espacial o territorial, la Convención de La Haya sólo nos obliga respecto de los Estados parte de dicho tratado, mientras que el Protocolo de Las Leñas es directamente aplicable a casos iusprivatistas multinacionales que nos vinculan con los Estados miembros del Mercosur).

Se presenta en este tema una cuestión de extranjería procesal, esto es, la de las normas vinculadas a la intervención en el proceso de una parte extranjera. Y es que en el ámbito procesal podría verificarse la existencia de un trato diferenciado (normalmente, perjudicial) del extranjero respecto de los nacionales del foro, ya sea restringiendo el goce de ciertas prerrogativas, ya imponiéndose determinados gravámenes que condicionan la viabilidad o el desarrollo del proceso. Así, el art. 348 (“arraigo”) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que desde el 1° de agosto de 2015 podríamos considerar tácitamente derogado (además de inconstitucional, desde antes de esa fecha): “Si el demandante no tuviere domicilio ni bienes inmuebles en la República, será también excepción previa la del arraigo por las responsabilidades inherentes a la demanda”.

Antes bien, se impone la garantía de igualdad de trato y de no discriminación (art. 16, Constitución Nacional) así como la de acceso a la justicia (art. 18, Constitución Nacional), ambas receptadas por instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional conforme el art. 75, inc. 22 de nuestra Norma Fundamental (nos referimos a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención

Americana de Derechos Humanos). Ciudadanos, residentes permanentes del Estado y ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado deben recibir un trato igualitario: todos son titulares del mismo derecho de acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones, en concordancia con aquella cláusula según la cual todos los *habitantes* de la Nación gozan de sus derechos de conformidad con las leyes que los reglamenten, incluso el de peticionar a las autoridades (art. 14, Constitución Nacional), sin distinción entre nacionales y extranjeros. “La administración de justicia no es una prerrogativa del soberano ni un privilegio del nacional; es por el contrario, una garantía de la persona y un deber el Estado fundado además en su interés público en mantener el orden y la tranquilidad sociales, por tanto no corresponde negarle o coartar la administración de justicia al extranjero o someterla a requisitos especiales”<sup>31</sup>.

En suma, la garantía del acceso a la justicia no puede materializarse sino en ausencia de distinciones de nacionalidad o residencia (en caso de personas físicas) o de país de constitución, autorización o registro (en caso de personas jurídicas). De suerte que el litigante que no tiene un vínculo con la Argentina no puede verse desfavorecido en el proceso, o antes de él, respecto de la parte que sí tiene esa conexión. Se trata de un principio general, válido para cualquier tipo de discriminación, de la que el arraigo (indudablemente eliminado de nuestro derecho vigente) es un ejemplo particular.

### **3. Especial referencia al pluralismo metodológico y normativo**

Hoy en día son harto conocidas las alusiones al “pluralismo

---

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ, Mónica S., “Libro Sexto. Disposiciones comunes a los derechos personales y reales. Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, en CALVO COSTA, Carlos A. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, concordado, comentado y comparado con los códigos civil de Vélez Sarsfield y de comercio*. Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 836.



metodológico”<sup>32</sup> y al “pluralismo normativo” como principios relevantes del Derecho internacional privado. Ambas voces son bastante elocuentes: la primera se refiere al recurso a un abanico de métodos diversos para abordar el DIPr –en particular, el sector del derecho aplicable–, mientras que la segunda alude a los distintos tipos de normas que pueden dar solución a los casos iusprivatistas multinacionales.

Así pues, en el marco del pluralismo metodológico, se conocen tres grandes métodos; y correlativamente, existen tres tipos de normas que corresponden a cada uno de ellos.

El primero, clásico y tradicional del DIPr (su exponente moderno más conocido es F. C. von Savigny, quien con su volumen octavo del *Sistema de Derecho Romano Actual*, publicado en julio de 1849, dio nacimiento al paradigma contemporáneo del Derecho internacional privado), es el método denominado de elección,<sup>33</sup> localizador, indirecto o conflictual. Persigue “ubicar” el caso internacional en su sede propia y adecuada, tras elucidar su conexión más esencial con un ordenamiento jurídico, para resolverlo según las consecuencias jurídicas previstas en este último. De tal suerte, el concepto de *proximidad* es crucial en este método, y se persigue una “justicia conflictual” en la resolución del supuesto (aplicarle las normas jurídicas del derecho más conectado con él). A su vez, el método de elección da lugar a la norma indirecta o de conflicto –así denominada, precisamente, por su propósito de “resolver” el “conflicto de leyes” con voca-

---

<sup>32</sup> Cabe apuntar que prestigiosos autores como SÁNCHEZ LORENZO (1994: 155-156) se refieren más bien al “relativismo metodológico”, y ponen el acento en la crisis del paradigma clásico conflictual savignyano en tiempos postmodernistas: “el postmodernismo no sólo rechaza el paradigma savignyano, sino su sustitución por cualquier otro paradigma, medida de todas las cosas y explicación absoluta de la realidad; Defiende, en contrapartida, el valor relativo de todos los métodos, y su necesaria conjugación. Defiende, pues, un eclecticismo que aboga no sólo por tener en cuenta todos los métodos, sino por crear métodos integradores. Realismo frente a los mitos”.

<sup>33</sup> En el DIPr anglosajón, por cierto, es típica la denominación de “*choice of law*”.

ción para aplicarse a un caso de DIPr-, la cual se caracteriza por darle solución mediante la elección indeterminada, abstracta, neutral<sup>34</sup> y genérica de un ordenamiento jurídico determinado, ya sea el propio nacional del juez o bien uno extranjero. De modo que es imposible conocer el derecho sustancial que resolverá el supuesto iusprivatista multinacional sin antes “conectarlo” (a través, justamente, del “punto de conexión” que contienen este tipo de normas) con su hipótesis o tipo legal (de allí el carácter de “indirecto” del método).

En segundo lugar, está el método directo o de creación, que supone en la elaboración de la misma norma la previsión de la solución material aplicable al caso. A diferencia del método indirecto, el derecho material a ser considerado para resolver el supuesto iusprivatista multinacional no se deriva de un ordenamiento *ab initio* desconocido y sólo asequible a través de la localización del problema vía un punto de conexión; por el contrario, la solución de fondo está contenida en la misma norma, que “crea” la solución misma para el caso de DIPr de que se trate. Precisamente, el tipo de normas que se correlacionan con este método se denominan normas directas o materiales, y tienen como nota característica esa especialidad o especificidad, en el sentido de que son disposiciones expresamente elaboradas para los casos multinacionales, y acorde a su particular naturaleza. Cuando los Estados, en los convenios internacionales que ratifican, logran acordar no sólo la elección de un derecho nacional dado a través de un punto de contacto, sino la solución del caso en sentido sustancial, entonces se produce una verdadera unificación material, que arroja un muy alto grado de previsibilidad y seguridad jurídica (no es sorpresivo entonces encontrar este tipo de normas, por ejemplo, en el ámbito del comercio internacional moderno). El principio de uniformidad de

---

<sup>34</sup> La neutralidad en este contexto significa que la *lex fori* y el derecho extranjero están en pie de igualdad para la elección indeterminada de la norma de conflicto. En otras palabras, no existe preferencia por el contenido de los derechos materiales que pueden ser objeto de elección (GARCÍA MARTÍN ALFÉREZ, 2012).

las soluciones es lógicamente más asequible (o al menos, con un mayor grado de probabilidad) a través del método de creación. No obstante, la unificación material sólo resulta practicable en determinadas materias, en las que no se verifican grandes resistencias nacionales basadas en ideas de justicia inconciliables (orden público), sino que se comparten los principios subyacentes a esas soluciones<sup>35</sup>.

Finalmente, el método de autolimitación se caracteriza por determinar por sí mismo la aplicación del derecho material propio a un caso multinacional, con fundamento en los intensos contactos del caso con el foro, y el propósito de salvaguardar relevantes intereses nacionales (económicos, sociales, etc). Las normas que arroja este método son denominadas con diversas voces: Boggiano cita las de *lois d'application immédiate, norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia, specially conditioned internal rules, peremptory norms, normas rígidas, lois de police*, entre otras denominaciones; exuberante terminología, con variaciones entre diversos autores, que ya da la pauta de las dificultades para la precisa conceptualización de esta clase de normas<sup>36</sup>. En efecto, es bien conocido el aporte decisivo que ha realizado Antonio Boggiano en la introducción de estas normas en el DIPr argentino: su concepción amplia de la disciplina puede encontrarse en su primera edición del tratado “Derecho Internacional Privado” de 1978, con referencias a la pluralidad metodológica y normativa que venimos examinando, y que comprendían, junto a las normas del conflicto y a las normas materiales, las expresiones parciales del unilateralismo que llamó “normas de policía”, siguiendo la tradición francesa<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José C. y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, Madrid: Civitas, 2007.

<sup>36</sup> BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado. En la estructura jurídica del mundo actual*. 6ª edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, pp. 205-206.

<sup>37</sup> NAJURIETA, María Susana, “El pluralismo metodológico en el Derecho Internacional Privado actual”. *El Derecho*, t. 161, 1995, pp. 1064-1070.

En las normas de policía, a pesar de la complejidad de su definición, cabe partir de la base de se limitan a declarar aplicable exclusivamente la *lex fori*, a través de la delimitación de su ámbito de aplicación especial<sup>38</sup>. A su vez, a partir de su regulación en importantes instrumentos normativos del derecho comparado,<sup>39</sup> podemos extraer las notas características de las normas internacionalmente imperativas: (a) la solución territorialista prevalece sobre la norma de conflicto que podría resultar aplicable a esa categoría de casos de la materia, e incluso sobre las normas directas que pudieran entrar en juego y la autonomía de la voluntad de las partes en los ámbitos en que fuera viable su ejercicio –por ejemplo, típicamente, el de los contratos internacionales–; (b) por lo anterior, el grado de imperatividad de las normas de policía es máximo: se aplican de manera exclusiva al caso jusprivatista multinacional que contemplan, y exclu-

---

<sup>38</sup> UZAL, María Elsa, “El pluralismo en el Derecho Internacional Privado como una necesidad metodológica”. *El Derecho*, t. 161, 1995, pp. 1056-1063.

<sup>39</sup> Así, la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, que establece la reserva de “las disposiciones imperativas del derecho suizo que, en razón de su objetivo particular, son aplicables cualquiera fuese el derecho designado en la presente ley” (art. 18); la Convención de Roma de 1980, que contempla las “disposiciones imperativas que, según la voluntad del legislador que las ha dictado, son aplicables cualquiera que fuese la ley que normalmente rige el caso” (art. 7); en la actualidad, desde luego, debe considerarse en el marco de la Unión Europea el Reglamento “Roma I”, cuyo art. 9 refiere a las “leyes de policía” entendidas como disposiciones “cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento” (apartado 1). Finalmente, el antecedente normativo más cercano en nuestro país lo encontramos en el Proyecto de 2003, cuyo art. 15 establecía: “El ejercicio de la autonomía privada y el funcionamiento de las normas de conflicto quedan excluidos por las normas argentinas dictadas para preservar el interés público. Los tribunales deben atender a las normas dictadas por Estados extranjeros para preservar el interés público si su finalidad y las consecuencias que se derivan de su aplicación, fuesen compatibles con los principios de la legislación argentina y la razonable previsión de las partes”.

yen cualquier otra norma que pudiera resultar aplicable según su propio tipo legal; (c) en presencia de una norma internacionalmente imperativa, el operador jurídico –usualmente, el juez– debería acudir apriorística y directamente a la *lex fori* (pues aunque el caso reclamara la extraterritorialidad del derecho extranjero, prevalecería siempre la aplicación de la *lois de police*); por esta razón, se las conoce también como *normas inmediatamente aplicables* (o *de aplicación inmediata*); (d) lo que justifica una solución legal con semejante nivel de imperatividad y *forismo* es la intención del legislador de preservar importantes intereses políticos, sociales, económicos (lo que incluye políticas fiscales, aduaneras, cambiarias, etc.), de evidente orden público<sup>40</sup>; (e) por lo anterior, las normas de policía son generalmente de fuente interna, creadas por cada legislador nacional según la realidad y circunstancias de su propio Estado, y revisten ese carácter de absolutamente imperativas *únicamente en el foro en el que han sido dictadas*. Las normas de policía del Estado cuyo derecho es aplicable –según la *lex indirecta fori* o la elección de derecho acordada por las partes–, o más aún, la de un tercer Estado que guarde vínculos estrechos con el caso, suelen ser de aplicación condicionada, facultativa, posible o incluso inaplicables<sup>41</sup>.

## **I. El pluralismo metodológico y normativo en el Código Civil y Comercial de la Nación**

El Título IV del Libro Sexto del Código, como corresponde a un ordenamiento moderno de Derecho Internacional Privado, hace uso de métodos de razonamiento de diversa

---

<sup>40</sup> Referido a cuestiones en las que está comprometido el interés de la comunidad, y no al “orden público internacional”, figura que también opera como límite a la aplicación del derecho extranjero, pero no debe confundirse con las normas de policía.

<sup>41</sup> SCOTTI, Luciana B. – Jonathan M. BRODSKY, “Los clásicos problemas del Derecho Internacional Privado relativos al derecho aplicable en el nuevo Código Civil y Comercial”, *Revista En Letra*, año II, n° 4, t. I “Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación”, agosto de 2015, pp. 72-126. Recuperado de <https://enletra.files.wordpress.com/2015/09/en-letra-4-tomo-i.pdf>.

índole, y arroja en consecuencia diferentes tipos de normas, según lo hemos analizado. Es decir que encontramos allí tanto normas de conflicto, como normas materiales y normas de aplicación inmediata.

Respecto de estas últimas, cabe hacer una aclaración. El CCCN contiene una regulación general en cuanto a las normas de policía, en dos párrafos, con la siguiente redacción:

Artículo 2599. Normas internacionalmente imperativas. Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes.

Cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso.

Como puede observarse, la disposición regula separadamente la aplicación de las normas de policía del foro (que son absolutamente inderogables: priman sobre cualquier elección de un derecho diverso ya sea por la norma indirecta o por las mismas partes), las del sistema jurídico extranjero cuyo derecho se declare aplicable (cuya aplicación prevalente queda también establecida) y las de un tercer Estado con el cual el caso tenga vínculos indubitadamente estrechos (en este supuesto, el verbo “pueden” brinda un claro margen a la apreciación judicial a la hora de considerar o no los efectos de dichas normas).<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Critica este punto Perugini “si bien resulta fácil de hablar de tolerancia en relación al derecho privado extranjero, se estima difícil pensarla en la

Ahora bien, es evidente que este precepto no constituye una norma de policía, a pesar de su título; antes bien, contiene una regulación general acerca del funcionamiento y los efectos de las normas de policía en distintos supuestos. En este acápite nos dedicaremos a detectar y comentar brevemente distintos tipos de normas de conflicto, materiales y de policía que se encuentran en la “Parte Especial” (Sección 3ª del Título IV) para diversos ámbitos del Derecho Civil y Comercial en particular.

Así, por ejemplo: dispone el art. 2616 que:

“La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio.

El cambio de domicilio de la persona humana no afecta su capacidad, una vez que ha sido adquirida”.

El primer párrafo es una típica norma de conflicto, donde el punto de contacto es el domicilio de la persona humana<sup>43</sup>.

---

misma medida con el derecho público de carácter protector (...) Si de políticas públicas de protección se trata, no resulta fácil aplicar una disposición extranjera que no colisione con la nuestra. La salvaguarda que aparece en el artículo es que se aplicará las disposiciones de terceros Estados cuando intereses legítimos lo exigen. En realidad, la aplicación de las normas de policía, de aplicación inmediata, o internacionalmente imperativas se contraponen, en principio, con normas extranjeras del mismo o semejante tenor”. Cfr. PERUGINI, Alicia M. “Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*, Buenos Aires: El Derecho, 2012, p. 675.

Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf>.

<sup>43</sup> El domicilio y la residencia habitual, por cierto, se califican de manera autárquica en el art. 2613 del CCCN: “A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene: a. su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él; b. su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo.

Se ha seguido la longeva tradición velezana y de los Tratados de Montevideo de regir la capacidad de las personas humanas por la ley de su domicilio (criterio diverso al de la nacionalidad, típico de los países de Europa continental y heredada en su momento, en América del Sur, por Brasil)<sup>44</sup>. El segundo párrafo es una norma directa, y recepta el principio de “irrevocabilidad de la capacidad adquirida”: la *ratio legis* es la consideración como inconveniente de minorar la capacidad de quien ya la adquirió en otro Estado, haciéndolo retornar a un *status* de incapacidad o de capacidad menos plena. El Código derogado ya contenía esta solución en el art. 138 (“El que mude su domicilio de un país extranjero al

---

En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia”.

<sup>44</sup> Según lo explican Menicocci y Rabino, “La nacionalidad tuvo gran difusión debido al éxito de la escuela italiana (Mancini) y fue adoptada pacíficamente por los sistemas iusprivatistas de Europa continental. Desde el punto de vista metodológico, ésta parece brindar mayor previsibilidad que la conexión domiciliaria. A favor de la nacionalidad milita la concepción publicista del DIPr., con la finalidad de extender la aplicación de la propia ley por los países de emigración, sea cual fuere el lugar de radicación de la persona. En una oposición casi irreconciliable entre los sistemas iusprivatistas internacionales (la “cortina de hierro del derecho internacional privado”, según Ballarino), los países americanos acogieron la conexión domiciliaria. Estos últimos —históricamente Estados de inmigración— construyeron sus sistemas sobre la ley domiciliaria, aplicando derecho local a una población integrada principalmente por extranjeros. No es casual que los Estados europeos, al revertir su rol de emigración a inmigración, hayan revitalizado el reenvío en las materias relativas al estatuto personal (Fernández Arroyo). Axiológicamente, el domicilio es más afín que la nacionalidad a las cuestiones de naturaleza privada (Goldschmidt). El derecho internacional privado es un instrumento por el cual la humanidad defiende su unidad y diversidad cultural más allá de las divisiones políticas de los Estados (tan caras a los cartógrafos, como decía Borges). La idoneidad de la aplicación de la ley domiciliaria radica en mantener al hombre dentro del derecho que le impone su circunstancia próxima”. MENICOCCI, Alejandro A. – Mariela RABINO, “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 3: Parte Especial. Sección 1ª: Personas humanas”, en RIVERA, Julio C. y Graciela MEDINA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: La Ley, 2014, pp. 833-834.



territorio de la República, y fuese mayor o menor emancipado, según las leyes de este Código, será considerado como tal, aun cuando sea menor o no emancipado, según las leyes de su domicilio anterior”) y en el art. 139 (“Pero si fuese ya mayor o menor emancipado según las leyes de su domicilio anterior, y no lo fuese por las leyes de este Código, prevalecerán en tal caso aquéllas sobre éstas, reputándose la mayor edad o emancipación como un hecho irrevocable”).

A su vez, en materia alimentaria, el primer párrafo del art. 2630 establece:

“El derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario”.

Aquí se advierte una técnica interesante: la utilización de una norma de conflicto con *múltiples puntos de conexión*, en este caso dos, y de manera alternativa: el juez puede seleccionar bien el derecho del domicilio del acreedor alimentario, bien el del domicilio del deudor alimentario, para regir la causa regulada; y esa elección se le presenta a modo de opción<sup>45</sup>. Ahora bien, esta última no ha de hacerse discrecional ni arbitrariamente, sino teniendo en cuenta una pauta concreta: debe procurarse la solución más favorable al interés del acreedor alimentario (parte considerada más débil, en general, en la relación jurídica que supone una obligación

---

<sup>45</sup> En el mismo sentido, establece el art. 6 de Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias celebrada en Montevideo en 1989 (en el marco de la “CIDIP IV”): “Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor: a. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor”.

alimentaria, y cuya posición desventajosa la norma busca equiparar a la del deudor). Este tipo de razonamiento procura un resultado material concreto (en el sentido de justicia de fondo en la solución del caso), y una disposición como la citada es una norma indirecta, pero *materialmente orientada* (en el sentido del *favor alimentarii*).

La misma lógica sigue, en materia de filiación, el art. 2632, primer párrafo:

“El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo”.

Donde la orientación material se da, como es lógico y plausible, en el sentido de asegurar las soluciones más favorables a los derechos fundamentales del hijo, que frecuentemente realizarán el principio del interés superior del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3; Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, art. 3).<sup>46</sup> La comparación no debe efectuarse en abstracto sino en concreto tomando en cuenta las especiales circunstancias de cada caso.

---

<sup>46</sup> Inclusive, se ha hablado del Derecho Internacional Privado del siglo XXI como *puerocéntrico*, donde el principio del “interés del menor” sirve tanto de base a las normas de aquella rama relativas a los niños, como de criterio interpretativo del ordenamiento en general. El menor es el sujeto a proteger, aun frente a intereses de los padres, los terceros o el Estado; los intereses de éstos pasan a un segundo plano, y prevalecen los del niño Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso – Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid: COLEX, 2004.

A su vez, encontramos numerosas normas materiales de DIPr en el Código, que como ya hemos explicado, procuran crear soluciones directas para los supuestos regulados. Así, por ejemplo, el art. 2642, tercer párrafo, prescribe:

“A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente”.

O bien, el artículo 2648:

“El derecho aplicable a la sucesión, en el caso de ausencia de herederos, no atribuye la sucesión al Estado del lugar de situación de los bienes, los bienes relictos ubicados en la Argentina, pasan a ser propiedad del Estado Argentino, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la provincia donde estén situados”.

Según se advierte, se brindan de manera directa soluciones materiales para las hipótesis legales contempladas. Remitimos a las explicaciones ya vertidas respecto de este tipo de normas.

Finalmente, como un ejemplo de normas de policía podemos citar la segunda oración del art. 2644:

“La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino”.

Según se advierte, se opta por la aplicación inmediata del derecho argentino a cierta causa o tipo legal, que el propio ordenamiento nacional de fuente interna “autoelige” para resolver el caso. No es casual que se refiera precisamente a bienes inmuebles, dado que histórica y pacíficamente, a nivel de derecho comparado, ha sido tradicional que los distintos Estados del mundo decidan reservarse la aplicación de su propio derecho (y en ocasiones también la jurisdicción exclusiva) respecto de cuestiones que involucren los bienes raíces situados en su territorio (ya por las razones de soberanía que abonan ese forismo, ya por la riqueza que esa categoría de cosas representan, ya por la previsibilidad de la solución consistente en aplicar a ellos la *lex rei sitae*).

El art. 2644 brinda una solución clara en esa “guerra de trincheras” que refería Goldschmidt<sup>47</sup>, en cuanto a la disputa entre los partidarios de las teorías de la unidad y de la pluralidad sucesorias. La primera gozaba de mayor anclaje en la doctrina, y en el Código Civil de Vélez Sarsfield podía fundarse esencialmente en los artículos 3283 y 3612 para las succiones *ab intestato* y testamentaria, respectivamente. La segunda posición, en cambio, echaba mano del artículo 10 (en su amplísima redacción), de la nota al art. 3283 (que dejaba a salvo lo relativo a inmuebles locales, disponiendo que debían quedar sometidos a la *lex situs*) y en la clara y absoluta recepción del sistema del fraccionamiento en los Tratados de Montevideo (cuya aplicación analógica a supuestos no abarcados por su ámbito de aplicación territorial fue efectuada más de una vez) a la hora de regir la sucesión de bienes raíces situados en la República por la *lex fori*. En todo caso, la jurisprudencia nacional participó de manera mayoritaria de esta última solución, aplicando el derecho argentino a la herencia de inmuebles situados en nuestro país y muebles con situación permanente en él, sin perjuicio del art. 3283 y

---

<sup>47</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, “Guerra de trincheras. (Unidad o pluralidad en el Derecho Sucesorio Internacional)”, *El Derecho*, t. 58, 1975, pp. 541-544.

la regulación de los bienes muebles “trasladables” existentes en la Argentina por la ley del lugar del último domicilio del causante.

El Código, pues, fija en la primera oración del art. 2644 la regla general a través de una norma de conflicto: la sucesión *mortis causæ* se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento (precisión que resuelve, a su vez, el problema del conflicto móvil, fijando en el tiempo un punto de conexión naturalmente mutable). Y en la segunda oración, a modo de excepción (en cuanto a que la hipótesis legal es más acotada, y funciona como *lex specialis* que prevalece sobre la solución anterior; mas no por ello menos importante, pues como se sabe, los inmuebles son una parte relevantísima, muchas veces la más importante, de un sinnúmero de sucesiones por causa de muerte): respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino. Esta última es una norma de policía.

#### 4. Reflexiones finales

La proyección del Título IV del Libro Sexto del hoy vigente Código Civil y Comercial de la Nación supuso un esfuerzo importante por dotar de coherencia, completitud, modernidad y justicia al sistema jurídico de DIPr argentino de fuente interna. Como corresponde a una empresa legislativa del siglo XXI, y a los prestigiosos profesores convocados a trabajar en las disposiciones de DIPr por la Comisión de Reformas encargada de (ante)proyectar el *corpus*, no cabía esperar otra cosa –y así lo hicieron– que aprovecharan los avances que han existido en la disciplina en los últimos tiempos y elaboraran diversos tipos de normas en clave de pluralismo metodológico, procurando alcanzar la justicia del caso con distintas herramientas (localización del conflicto para su solución conforme la ley más próxima; previsión de ciertas consecuencias jurídicas consideradas necesarias y equitativas; normas de policía que, a través de la aplicación inmediata de la *lex fori*, persiguen resguardar ciertos intereses fundamentales de la Nación). También se han hecho

eco de una tendencia flexibilizadora que se observa en el DIPr contemporáneo en todo el mundo, al captar la “cláusula de excepción” que autoriza la resolución de un supuesto, *excepcionalmente*, por otro ordenamiento jurídico que presente vínculos manifiestamente preponderantes con aquél, y bajo ciertas condiciones.

También consideramos que existen determinados inconvenientes, como el temor fundado a una tendencia forista conforme lo ya comentado en cuanto al art. 2595, literal “a” del Código; disposición que, no lo dudamos, no fue pensada con intenciones chauvinistas sino realistas y pragmáticas, pero nos permitimos expresar algún escepticismo acerca de cómo terminará siendo tomada por los jueces y si –en la práctica– no correrá riesgo la integridad del razonamiento iusprivatista que muchas veces puede conducir a la resolución del caso multinacional por un derecho extranjero.

Con todo, opinamos que más allá de salvedades específicas, se ha realizado un buen trabajo, y que, sin lugar a dudas, el Código supone un gran avance en la materia. El tiempo dirá, y con su paso, la labor de los doctrinarios y la jurisprudencia de los tribunales, cómo habrán de ser interpretadas y aplicadas estas disposiciones aún flamantes del Derecho internacional privado argentino.

**COMPRENSIÓN FILOSÓFICO-ESTRATÉGICA  
DE LA TEORÍA DEL USO JURÍDICO (APORTES  
A LA CONJETURA DEL DERECHO  
EXTRANJERO)**

**Miguel Angel Ciuro Caldani\***

*"Aplicamos el Derecho propio: observamos, reme-  
damos e imitamos el Derecho extranjero."  
Werner Goldschmidt\*\* (\*\*)*

SUMARIO: 1. IDEAS BÁSICAS; 2. EL MÉTODO PARA LA  
FUNDAMENTACIÓN Y EL DESARROLLO DE LA CONJE-  
TURA; 3. CONCLUSIÓN.

---

\* Miguel Angel Ciuro Caldani, nacido en Rosario (Argentina) en 1942. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y en Ciencias Políticas y Diplomáticas. Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires y titular de la Universidad Nacional de Rosario. Ex investigador principal (jubilado) del CONICET.

\*\* GOLDSCHMIDT, Werner, *Estudios Jusprivatistas Internacionales*, Rosario: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Rosario, 1969, p. 30.

## 1. Ideas básicas

### I. El Código Civil y Comercial y la teoría del uso jurídico

La sanción del Código Civil y Comercial (CCCN)<sup>1</sup> significó un avance notorio de hondas raíces históricas en el desarrollo del Derecho internacional privado argentino. Consideramos que es un muy relevante progreso en el sendero correcto hacia el dictado de un Código de Derecho Internacional Privado. Entre los aportes de la nueva obra se encuentra la recepción de la *teoría del uso jurídico*, enraizada en la tarea de juristas realistas como Werner Goldschmidt y, de cierta manera, Walter Wheeler Cook<sup>2</sup>.

El CCCN dispuso en su artículo 2595, dedicado a la amplia consagración de dicha teoría, que el juez está obligado a interpretar el derecho extranjero aplicable como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, adoptando así la terminología y los conceptos centrales de la teoría del uso jurídico. Según lo expuesto por Werner Goldschmidt, “la teoría del uso jurídico señala como hecho decisivo la sentencia de fondo que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero sobre el particular sometido a su Derecho en la hipótesis de que le hubiese tocado resolver-

---

<sup>1</sup> Infoleg, ley 26994, Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>, 30-1-2021.

<sup>2</sup> V. GOLDSCHMIDT, Werner, *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado*, 2ª. ed., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, t. I, 1952, pp. 369-395 (“2) lo conectado según la doctrina realista del derecho”, en especial en cuanto a las ideas de Goldschmidt pp 374-395. También vale c. del propio Goldschmidt *La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado*, Barcelona: Bosch, 1935. V. además COOK, Walter Wheeler, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, Cambridge, Massachusetts: Harvard studies in the conflict of laws (5), 1942, también v. en *Yale Law Journal*, vol. XXXIII, N° 5, marzo de 1924, pp. 457-88, <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol33/iss5/1>, 30-1-2021. Las soluciones de Goldschmidt y Cook son aparentemente semejantes, sus significados profundos son *fundamentalmente distintos*.



lo”<sup>3</sup>. El uso jurídico es la *vida concreta* del Derecho del país de referencia, en *toda su complejidad*, culminante en la solución que tendría el caso de manera principal a través de las sentencias a conjeturar. El Derecho de fondo, la organización judicial y el proceso extranjeros han de ser atentamente considerados. “De fondo” no quiere decir ignorar la organización y el proceso, se opone en este caso a de trámite<sup>4</sup>.

Si se tiene en cuenta que cada individuo y cada pueblo solo pueden vivir y aplicar las soluciones de sus *propias vidas*, cabe referirse a la *imitación* del Derecho declarado aplicable.<sup>5</sup> No del “Derecho” en abstracto sino de la sentencia

---

<sup>3</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 10<sup>a</sup>. ed. actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 227 (v. pp. 227-229, en la p. 229 el maestro se hace cargo de nuestra sugerencia de que se remita al equivalente axiológico de la probable sentencia del juez extranjero). Acerca de la obra de Werner Goldschmidt en Derecho Internacional Privado en general v. por ej. SCOTTI, Luciana B., “Werner Goldschmidt: el gran Maestro del Derecho Internacional Privado del Siglo XX”, en ORTIZ, Tulio - Luciana SCOTTI, (coord.), *La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires hacia su Bicentenario*, Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/ind-ortiz-la-facultad-de-derecho-uba-hacia-su-bicentenario.php>, 1-2-2021. Cabe c. GARRIDO CORDOBERA, Lidia - BORDA, Alejandro – ALFERILLO, Pacual (dir.), *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, t. III, Buenos Aires: Astrea, 2015, pp. 750-753.

Vale saber en qué medida *hay* semejanzas o diferencias en las potencias y las potencias (“equiponderancia” o “diponderancia”), en las normas (“equipolencia” o “dipolencia”) y en los valores (equivalencia o “bivalencia”) entre el Derecho del juez y el aplicable y entre la sentencia que dictaría el juez extranjero y lo que hace el juez local. Cabe c. nuestro artículo “Meditaciones acerca de los conceptos jurídicos”, en *El Derecho*, t. 93, p. 831 y ss.

Vale considerar FEUILLADE, Milton, “Aplicación del Derecho extranjero en el Código Civil y Comercial, con especial referencia a los elementos culturales”, en *Prudentia Iuris*, 83, 2017, pp. 169-200.

<sup>4</sup> La conjetura requiere capacidad de imaginación. Se puede v. nuestro artículo “Un aporte a la teoría de la imaginación jurídica”, en prensa en artículo en prensa en *Investigación y Docencia*, N°55.

<sup>5</sup> El concepto debe entenderse en concordancia con los arts. 1 y 2 del referido Código que se ocupan de las fuentes, la aplicación y la interpretación

que en el sentido más *concreto* posible habría dictado el juez que con mayor probabilidad hubiera intervenido. Es más: la solución normativa del Derecho extranjero, incluso a nivel de sentencia, podría estar, por ejemplo, afectada por un cumplimiento desviado por el órgano judicial o en manos de particulares. También es posible que corresponda hacer referencia a la solución concreta *no judicial* que tendría el caso en el Derecho extranjero. La intervención judicial extranjera agrega cierta preferibilidad respecto de la mera conducta de los otros partícipes de la vida jurídica extranjera, pero estimamos que no debería ser del todo excluyente. La judicialidad es característica de la vida que mucho valoramos, pero no está presente en todos los ámbitos sociales. Para que haya juridicidad *no es imprescindible* que haya estatalidad ni judicialidad, basta con que existan repartos.

Conforme a la sabia reflexión de José Ortega y Gasset, cada ser humano es *en su circunstancia*, en consecuencia el Derecho, que es un inherente a lo humano, es también en su circunstancia<sup>6</sup>. El Derecho extranjero es en la circunstancia extranjera.

No se respeta al elemento extranjero en su simple individualidad, sino *en la individualidad de su Derecho* y al fin de su cultura, por esto en cuanto a la invocación y prueba del De-

---

del Derecho. El protagonismo del juez que orienta a todo el CCCN es aplicable también a la parte referida al Derecho Internacional Privado, incluso a esta valiosa consagración de la teoría del uso jurídico.

<sup>6</sup> ORTEGA Y GASSET, José, *Meditaciones del Quijote*, Círculo Filosófico y Literario Demiurgo, <https://demiurgord.wordpress.com/recursos/>, 11-2-2021 ("Hemos de buscar a nuestra circunstancia, tal y como ella es, precisamente en lo que tiene de limitación, de peculiaridad, el lugar acertado en la inmensa perspectiva del mundo. No detenernos perpetuamente en éxtasis ante los valores hieráticos, sino conquistar a nuestra vida individual el puesto oportuno entre ellos. En suma: la reabsorción de la circunstancia es el destino concreto del hombre.", pp. 11-12; "Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo. *Benefac loco illi quo natus es*, leemos en la Biblia. Y en la escuela platónica se nos da como empresa de toda cultura, esta: «salvar las apariencias», los fenómenos. Es decir, buscar el sentido de lo que nos rodea.", p. 12).

recho extranjero no debe regir el principio dispositivo sino el de la *oficialidad*. Si se respetara la simple individualidad, todos los puntos de conexión quedarían sujetos a la autonomía y el proceso se regiría por el principio dispositivo. No negamos ni afirmamos la autonomía, sostenemos que se trata de respuestas distintas porque los aspectos de la realidad de referencia son diversos.

El elemento extranjero no es “El extranjero” de Albert Camus<sup>7</sup>, no es el “bárbaro”<sup>8</sup>, es un ser pleno de significados específicos y de dignidad. Merece *respeto*, que es más que tolerancia<sup>9</sup>, no por ser miembro de la comunidad de “países civilizados”, sino por ser miembro de la *comunidad humana*.

El uso jurídico se refiere al nivel de sentencia porque así se contempla la plenitud de la juridicidad extranjera en la *concreción vital práctica*, la sentencia es resultado del *desarrollo del complejo* del Derecho extranjero. Aplicar una norma, quizás legal, es producir una parcialidad, imitar una sentencia es atender al resultado final del complejo.

Importa aclarar el significado profundo del *método indirecto*, que culmina con la imitación del Derecho declarado aplicable.<sup>10</sup> El empleo del método indirecto para resolver los

---

<sup>7</sup> CAMUS, Albert, *El extranjero*, Círculo Filosófico ... Op. cit., <https://demiurgord.wordpress.com/recursos/>, 11-2-2021; *L'étranger*, París: Gallimard, 1942.

<sup>8</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española, bárbaro*, ra, Del lat. *barbārus*, y este del gr. βάρβαρος *bárbaros* 'extranjero', voz de or. onomat., a partir del sonido *bar*. 1. adj. Dicho de una persona: De alguno de los pueblos que desde el siglo V invadieron el Imperio romano y se fueron extendiendo por la mayor parte de Europa. U. t. c. s. ... 3. adj. Fiero, cruel. Su bárbaro vecino lo golpeó. ... 5. adj. Inculto, grosero, tosco. Su estilo es descuidado y un tanto bárbaro. ...”, <https://dle.rae.es/b%C3%A1rbaro>, 11-2-2021.

<sup>9</sup> Que indica cierta superioridad del tolerante.

<sup>10</sup> El debate metodológico en Derecho Internacional Privado sigue suscitando diversas orientaciones más o menos delimitadas, v. por ej. MUIR WATT, Horatia, “Conflicts of laws unbounded: the case for a legal-pluralist revival”, en *Transnational Legal Theory*, vol. 7, Nº. 3, 2016, pp. 313–353. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1080/20414005.2016.1212585>, 10-2-2021 ;

casos con elementos extranjeros mediante el Derecho con el que éstos más se vinculen es una manifestación superior de *sabiduría*, del socrático *saber que no se sabe* respecto del “extranjero”<sup>11</sup>. A diferencia de la superficial objeción de que es un método abstracto, cuando se lo desarrolla según el uso jurídico es el más *concreto* de los métodos para resolver los casos con elementos extranjeros relevantes. Abstracción es, en cambio, ignorar las particularidades del elemento extranjero sujetándolas a la manera de ser, aunque sea de aplicar, propia del juez “fori”. La posición “aplicacionista” y no “imitativista” respecto del Derecho extranjero es prisionera del “realismo” (de los universales) y del racionalismo que apartan de los casos concretos.

Como en la complejidad de los casos “internacionales” puede haber elementos vinculados a diversos países extranjeros y seguramente los hay también relacionados con el propio país del juez, es posible que se requiera el complemento del método indirecto con el *método analítico analógico* a través de remisiones a diferentes Derechos, distintos usos jurídicos y al propio Derecho del juez.

El reconocimiento de la complejidad de los casos puede llegar a poner en *crisis* ciertos empleos del método indirecto, requiriendo que éste sea complementado con un *análisis mayor* al de la mera construcción general del caso. Por ejemplo, la aplicación de la ley del último domicilio del causante a la sucesión puede hacer crisis ante bienes o patrimonios especiales, v. gr. sepulcros familiares, bienes vinculados al ejercicio de una profesión, etc. respecto de los cuales se deba apli-

---

“Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l’inter-alterité) Cours général de droit international privé”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 389, 2017; SYMEONIDES, Symeon, “Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism General Course on Private International Law”, en *Collected Courses ... Op. cit.*, vol. 384.

<sup>11</sup> Acerca de las ideas de Platón al respecto v. por ej. PLATÓN, “Apología de Sócrates” y “Crítón”, en *Apología de Sócrates y Crítón* (rec.), trad. Esteban Bieda, Buenos Aires: Winograd, 2014.

car el Derecho de situación o de tradición familiar, de desempeño, etc.<sup>12</sup> No se trata de penetrar con los criterios del juez fori en el Derecho declarado aplicable, sino de reconocer que la conexión con éste puede resultar insuficiente para partes del caso o para la totalidad del mismo (resultando necesario en este último supuesto producir una carencia normativa).

La imitación del Derecho extranjero ha de ser entendida como parte de una *complejidad pura* que avanza respecto de la mera aplicación simplificadora y sobre todo respecto de la ignorancia del carácter extranjero en complejidad impura. Hay que reconocer cuidadosamente los distintos contactos profundos nacionales y extranjeros que puede tener el caso. La imitación del Derecho extranjero es más honda que la aplicación o el desconocimiento del despliegue extranjero, pero debe ser encuadrada en la *complejidad de los contactos de los casos*.

En circunstancias excepcionales, el recurso a diferentes Derechos puede hacer necesario el método *intético judicial* o de *adaptación*. No se trata de soluciones materiales ab initio, sino *in fine*.

La imitación del Derecho extranjero corresponde al reconocimiento de la diversidad de las circunstancias jurídicas de diferentes países, pero este reconocimiento se hace viable cuando se supera el normativismo. Aunque las normas del país fori y las del país "*causae*" tuvieran el mismo texto, las condiciones fácticas de uno y otro y las correspondientes valoraciones, necesariamente diversas, exigen atender a lo que el Derecho extranjero "*es*", no solo a la apariencia formal coincidente.

---

<sup>12</sup> Se puede *ampliar* en nuestro artículo "Derecho Internacional Privado acerca de cadáveres y sucesiones especiales", en *Zeus*, t. 11, 1977, pp. 65 y ss.

## I. La estrategia conjetural

La “aplicación”, a nuestro entender mejor expresada como *imitación*, del Derecho extranjero es una parte de la *estrategia* jusprivatista internacional. La recuperación de la conciencia estratégica, ordenadora de medios “tácticos” a fines, es una de las tareas más importantes que debe asumir la juridicidad de nuestro tiempo. Su pérdida se debe en gran medida al logicismo que procuró expulsarla del campo del Derecho. Sin embargo, parece imprescindible recuperarla, sobre todo en el transcurso presente de una *nueva edad* de la historia. Es un nuevo tiempo, signado en general por enormes avances científicos y técnicos y la conciencia de los derechos humanos y, en el campo “internacional”, por la notoria obsolescencia de los modelos estatales tradicionales, la globalización/marginación<sup>13</sup>, la integración y la tal vez momentánea desglobalización. Los modelos estatales de hoy suelen corresponder a condiciones de fuerzas y relaciones de producción muy anteriores.

El “conflictualismo” del Derecho internacional privado tradicional donde se inscribe la imitación del Derecho extranjero, correspondiente a la *extraterritorialidad* del Derecho ajeno declarado aplicable, el *método indirecto* y el *respeto al elemento extranjero*, es un aporte intercultural e interhumano de gran valor que debe ser entendido *estratégicamente*. La comprensión estratégica permite *dimensionar* y *ubicar* el conflictualismo<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Es posible *ampliar* en ALTERINI, Atilio A. – Noemí L. NICOLAU (dir.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani*, Buenos Aires: La Ley, 2005. También v. gr. en CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 24, 2000, pp. 41-56, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/568/472>, 7-2-2021.

<sup>14</sup> En cuanto al Derecho Internacional Privado en general es posible *ampliar* en nuestro trabajo “Concepto del Derecho Internacional Privado”, en *Inves-*

En el Derecho, el objetivo estratégico último ha de ser la más plena realización de cada integrante de la humanidad, como exigencia de justicia. En el Derecho internacional privado el objetivo debe especificarse como la plena realización intercultural y al fin “interval” de quienes viven los casos con elementos “ex – tranjeros”, no ordinarios, “extraños”<sup>15</sup>,

---

*tigación y Docencia*, Nº 41, 2009, pp. 9-29, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org/investigacionydocencia41.htm>, 31-1-2021; también v. gr. en SCOTTI, Luciana B., *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: Thomson Reuters - La Ley, 2017.

<sup>15</sup> V. REAL ACADEMIA, *op. cit.*, *extraño*, “Del lat. *extraneus*. 1. adj. De nación, familia o profesión distinta de la que se nombra o sobrentiende, en contraposición a *propio*. U. t. c. s. 2. adj. Raro, singular. 3. adj. Dicho de una persona o de una cosa: Que es ajena a la naturaleza o condición de otra de la cual forma parte. U. t. c. s. Pedro es un extraño en su familia. 4. adj. Que no tiene parte en algo. Juan permaneció extraño a aquellas maquinaciones. ...”, Recuperado de <https://dle.rae.es/extra%C3%B1o>, 4-2-2021; COROMINAS, Joan con la colaboración de José A. PASCUAL, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid: Gredos, *extraño*, de exterior, ajeno, extranjero, derivado de *extra*, afuera, t. II, 1980, pp. 829-830; *extraño*, Definición, <https://definiciona.com/extrano/>, 2-2-2021 (“Adjetivo. Se refiere de un comportamiento, acción o de una cosa singular, raro, extravagante, misterioso, insólito, sorprendente, enigmático o chocante. De un país, profesión, trabajo, estrato o familia que es diferente que se nombra o significa, como opuesto a lo propio. ...”). Asimismo c. *extraño*, *extraña*, Definiciones de Oxford Languages, (“Voz patrimonial del latín *extraneus* ‘exterior’, ‘ajeno’, ‘extranjero’, derivado de *extra* ‘fuera’. A la misma familia etimológica pertenece *extranjero*.”), [https://www.google.com/search?client=firefox-b-1&sxsrf=ALeKk03KCDM29T85hqhpS0plLodEGV1WCQ%3A1612235540223&ei=FMMYYPONDdjN5OUP28aayAw&q=extra%C3%B1o+etimolog%C3%ADA&oq=extra%C3%B1o+etimolog%C3%ADA&gs\\_lcp=CgZwc3ktYWIQAzICCAA6CQgAELADEAcQHjoJCAAQsAMQCBaEogQIlxAnOgQILhBDOgQIABBDogILJoGCAAQFhAeU-KDOAliE7AJgoIgEaARwAHgAgAHuAogB4AuSAQcwLjEuMC40mAEAoAEBqgEHZ3dzLXdpesgBCcABAQ&scient=psy-ab&ved=0ahUKEwjz56y1ncruAhXYJrkGHVujC8kQ4dUDCAw&uact=5](https://www.google.com/search?client=firefox-b-1&sxsrf=ALeKk03KCDM29T85hqhpS0plLodEGV1WCQ%3A1612235540223&ei=FMMYYPONDdjN5OUP28aayAw&q=extra%C3%B1o+etimolog%C3%ADA&oq=extra%C3%B1o+etimolog%C3%ADA&gs_lcp=CgZwc3ktYWIQAzICCAA6CQgAELADEAcQHjoJCAAQsAMQCBaEogQIlxAnOgQILhBDOgQIABBDogILJoGCAAQFhAeU-KDOAliE7AJgoIgEaARwAHgAgAHuAogB4AuSAQcwLjEuMC40mAEAoAEBqgEHZ3dzLXdpesgBCcABAQ&scient=psy-ab&ved=0ahUKEwjz56y1ncruAhXYJrkGHVujC8kQ4dUDCAw&uact=5), 2-1-2021

extra-ordinarios. Quienes tienen elementos nacionales o extranjeros son partes de la *comunidad jusprivatista internacional*. Decía el gran maestro Savigny: “El punto de vista á donde nos llevan estas consideraciones es el de una comunidad de derecho entre los diferentes pueblos; ...”<sup>16</sup>. Puntualizaba que hay que “...determinar para cada relación jurídica el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación”.<sup>17</sup> La imitación es una táctica con la que *reconocemos* a los otros como distintos en el marco de la comunidad.

Nombrar es en general una táctica muy importante. Tal vez un *nombre* para la rama jurídica que nos ocupa más adecuado por su situación profunda sea Derecho *Intercultural Privado*; al fin, como todo el Derecho es vida, quizás Derecho *Intervital Privado*. Quizás algún día, como lo pretendió Estanislao S. Zeballos<sup>18</sup>, sea adecuado el nombre Derecho *Privado Humano*. Imitar es referirse a la vida. Decía el jurista rosarino, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que “... el Estado no ha sido creado para oprimir al Hombre, ni para excluirlo por no tener su nacionalidad: es el agente natural de su Libertad.”<sup>19</sup> El denominador común del país *fori* con quienes tienen rasgos extranjeros es la humanidad.

En su etapa moderna el Derecho se ha desarrollado entre los Estados, pero consideramos que esa perspectiva limita la profundidad y los alcances de la cuestión, que es parte de la *complejidad multidiversa* de nuestras vidas. Las normativas estatales son mucho más homogéneas que las vidas par-

---

<sup>16</sup> SAVIGNY, F. C. de, *Sistema del Derecho romano actual*, trad. Ch. Guenoux – Jacinto Mesía y Manuel Poley, t. VI, Madrid: Góngora, 1879, párrafo CCCXLVIII, p. 139.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>18</sup> ZEBALLOS, Estanislao S., “Prólogo de la primera edición”, en WEISS, André, *Derecho Internacional Privado*, trad. Estanislao S. Zeballos, t. I, París: Sirey, 1928, p. 4.

<sup>19</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, p. 5.



ticulares, reinado de la heterogeneidad en *unicidad, igualdad y comunidad*.

La *estrategia* requiere en general conocer las *fortalezas*, las *oportunidades*, las *debilidades* y las *amenazas* (se suele utilizar la sigla “FODA”). Las fortalezas y las debilidades provienen del propio realizador de la estrategia, las oportunidades y las amenazas surgen del medio. La decisión correcta exige apreciar los *costos* y los *beneficios* procurando obtener el mayor beneficio con el menor costo. Lo decidido puede ser el *propio fortalecimiento*, el *relacionamiento* pacífico y el *enfrentamiento*, sea éste *ofensivo* o *defensivo*. El relacionamiento y el enfrentamiento pueden ser totales o parciales, frontales o laterales, etc. Toda realización, en este caso estratégica, requiere contar con *logística* adecuada. Se suele decir que como en general en la vida también en la estrategia hay que observar, apreciar, decidir y ejecutar. El despliegue de la estrategia suele requerir importante creatividad y se destaca a menudo que se puede enseñar estrategia, produciendo mejores estrategias, pero al final tienen importante papel las condiciones innatas.

Las situaciones estratégicas pueden ser de *aislamiento* o de *relacionamiento* en condiciones de *coexistencia* de respuestas independientes, *dominación*, *integración* y *desintegración*<sup>20</sup>.

La imitación del derecho extranjero se puede comprender de manera más satisfactoria cuando se la considera parte de una estrategia. De la estrategia iusprivatista internacional de *relacionamiento* en *coexistencia* de respuestas independientes.

Ante un caso con elementos extranjeros *relevantes* (nada es puramente propio o extranjero) la consideración estratégica de Derecho internacional privado exige, por ejemplo,

---

<sup>20</sup> Se puede *ampliar* en nuestro estudio *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976, reedición en *Investigación...* cit., Nº 37, 2004, pp. 83-140, Centro de Investigaciones... cit.,

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/959/793>, 30-7-2020.

reconocer cuál es el despliegue “foda” que encontramos, es decir, de fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas. No es la misma, v. gr., la actitud a asumir ante una empresa trasnacional que *amenaza* la soberanía en un caso de debilidad nuestra que ante quienes simplemente se presentan en términos de convivencia, de modo que tenemos la *fortaleza* y la *oportunidad* para respetarlo. En un caso cabe la estrategia de enfrentamiento, en el otro la de *relacionamiento pacífico*. En diversas circunstancias hemos creído oportuno destacar que por esto la rama del Derecho que nos ocupa recibe el nombre Internacional “Privado”, dirigido de manera principal al bien de los particulares y no abarca los casos en que se ponen en peligro realizaciones de Derecho Público, tendiente al bien común.

Es preciso considerar cuáles son los *costos* y los *beneficios* de referirse, en la situación así reconocida, a un Derecho u otro. La imitación del Derecho del país con el que el caso más se vincula es un despliegue de relacionamiento que tiene alto “costo” vital, pero el beneficio humano que se obtiene nos parece más relevante. La mera aplicación cuesta menos al juez *fori*, porque cuesta más al elemento extranjero. El elemento extranjero merece, como ser humano, con los derechos que le son inherentes, el esfuerzo de su respeto.

La imitación del Derecho extranjero requiere un *complejo táctico* muy diversificado que abarca de maneras muy relevantes:

- a) el empleo de los métodos indirecto, analítico analógico y sintético-judicial;
- b) soluciones apropiadas de las cuestiones principales de las calificaciones, la constitución del problema, el fraude a la ley, los puntos de conexión, lo conectado (incluyendo la calidad del Derecho aplicable y el reenvío) y el orden público;
- c) respuestas a una vasta diversidad de problemas privatistas;

d) el uso de todos los medios de fondo, jurisdiccionales y procesales para llegar respetuosamente a las vidas de las personas concretas.

La imitación requiere que entre los tipos legales y los puntos de conexión haya vinculaciones de *correspondencia* y no de mera yuxtaposición. Para que las tácticas sean de correspondencia hay que satisfacer el carácter personal, real o conductista de los problemas con el carácter recíproco, personal, real o conductista, de los puntos de conexión<sup>21</sup>.

El clima de respeto y relacionamiento coexistencial integra el *complejo estratégico* del que también son parte la cooperación y el reconocimiento y ejecución de decisiones.

Si en lugar de relacionamiento coexistencial se procuran tácticas de relativa dominación por el país que resuelve el caso, las respuestas pueden ser *materialidades* elaboradas por él; cuando el relacionamiento es a través de tácticas de integración pueden avanzar *materialidades* elaboradas por acuerdo entre los países o los interesados. La mera yuxtaposición entre tipos y puntos de conexión puede indicar dominación o desintegración.

Si se admite el *fraude a la ley* hay una táctica de enfrentamiento desintegrador. Cuando el Derecho extranjero es interpretado por el juez según sus propios criterios, el relacionamiento adquiere más carácter de dominación; en cambio cuando el Derecho declarado aplicable es imitado se produce más coexistencia de unidades independientes. El *orden público* a priori se aproxima al aislamiento y puede expresar deseo de propio fortalecimiento pero también de dominación. El orden público a posteriori corresponde al relacionamiento, combinado con cierto fortalecimiento del país que resuelve el caso. El no uso del recurso al orden público puede significar riesgo de desintegración del país *fori*.

El territorialismo extremo, cuando se aplica Derecho local (*fori*) a todos los casos indiferenciadamente, es una situación de

---

<sup>21</sup> Es posible *ampliar* en nuestro artículo "Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión", en *Juris*, t. 80, 1987, pp. 298-301.

aislamiento que implica dominación, el territorialismo mitigado en que se aplica Derecho local hecho para los casos con elementos extranjeros (derecho de extranjería), corresponde a una situación de relacionamiento y dominación.

La realización del relacionamiento, sobre todo si es en coexistencia de unidades independientes, como ocurre en el Derecho Internacional Privado clásico, requiere el *reconocimiento conjetural* de la juridicidad del elemento extranjero que se pretende imitar o aplicar<sup>22</sup>.

Al formular sus ideas sobre el *reconocimiento*, que han adquirido gran desarrollo posterior, por ejemplo en Mead<sup>23</sup> y en Honneth<sup>24</sup>, Hegel dice que cada uno es para sí y para el otro, se reconocen reconociéndose mutuamente<sup>25</sup>.

La *conjetura*, juicio que se forma de las cosas o acontecimientos por indicios y observación,<sup>26</sup> se diferencia de lo solo posible,

---

<sup>22</sup> Se puede *ampliar* el sentido de este trabajo en nuestro libro *La conjetura del funcionamiento de la norma jurídica. Metodología Jurídica*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/961/794>, 2-1-2021.

<sup>23</sup> V. MEAD, George Herbert, "What Social Objects Must Psychology Presuppose?", en *Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods* 7, 1910, pp. 174-180, A George H. Mead source page, [https://brocku.ca/MeadProject/Mead/pubs/Mead\\_1910d.html](https://brocku.ca/MeadProject/Mead/pubs/Mead_1910d.html), 4-2-2021.

<sup>24</sup> HONNETH, Axel, *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, trad. Manuel Ballester, Barcelona: Crítica, 1997 (formas de reconocimiento del amor, el derecho y la solidaridad); v. asimismo SALAS ASTRAIN, Ricardo, "Teorías contemporáneas del reconocimiento", en *Atenea*, 514, II sem. 2016, pp. 79-93, <https://revistasacademicas.udec.cl/index.php/atenea/issue/view/atenea514>, 4-2-2021.

<sup>25</sup> HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del Espíritu*, trad. Wenceslao Roces, México: Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 115.

Cabe c. "Recognition", en *Stanford Encyclopedia of Philosophy Archive*, Recuperado de <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/recognition/>, 4-1-2021.

<sup>26</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª. ed., Madrid, t. I. 1992, p. 542, además <https://dle.rae.es/conjetura>, 5-2-2021; en cuanto al lugar de la conjetura en el conocimiento científico, cabe v. por ej.

donde hay mayor conciencia de que puede o no realizarse<sup>27</sup>. La conjetura es una posibilidad en sentido “fuerte”. Es diversa de la verosimilitud<sup>28</sup>. Difiere también de la suposición en sentido estricto (suposición “débil”) porque tiene más pretensión de realidad. Cabe decir que se trata de una “virtualidad” jurídica intensa.<sup>29</sup>

El *reconocimiento conjetural* reclama que el juez local cuente con buenos *modelos teórico filosófico y jurídico, general y de desempeño judicial*, y efectúe una correcta *aplicación* de los mismos al caso<sup>30</sup>.

El juez local debe partir de la *conciencia filosófica* de la referida *dificultad para conocer* a “los demás”, en este caso especialmente potenciada porque se trata de “ex-tranjeros”<sup>31</sup>. Es relevante que comprenda la afinidad entre los conceptos de extranjero y “extraño” y atienda a que lo extraño causa “extrañeza”; que considere que el extranjero es un “otro”<sup>32</sup>, “dis-tinto”<sup>33</sup>. En su despliegue de las disciplinas filosóficas, la *gnoseología* ha de

---

POPPER, Karl, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, trad. Néstor Míguez, ed. revisada y ampliada, 3ª. reimp., Barcelona: Paidós, 1991, [www.posgrado.unam.mx](http://www.posgrado.unam.mx) › lecturas › epistemología › P, 5-2-2021.

<sup>27</sup> V. ABBAGNANO, Nicola, *Filosofía de lo posible* (rec.), trad. J. Hernández Campos y otros, México: Fondo de Cultura Económica, 1959, por ej. p. 50.

<sup>28</sup> En relación con el tema se puede v. REALE, Miguel, *Verdade e Conjetura*, Río de Janeiro: Nova Fronteira, 1983, p. 25.

<sup>29</sup> ABBAGNANO, op. cit., p. 51.

<sup>30</sup> Entre las conjeturas permanentemente presentes se encuentran las de las voluntades legitimantes de los beneficiarios del porvenir y, tal vez, si la muerte física no concluye la existencia de la persona, por ejemplo, por su obra intelectual o artística, las voluntades legitimantes de los beneficiarios del pasado (beneficiarios “criptoautónomos”).

<sup>31</sup> Quizás éste sea uno de los fundamentos importantes para la especialización judicial en Derecho Internacional Privado.

<sup>32</sup> REAL ACADEMIA, op. cit., *otro*, “Del lat. *alter*, *altĕra*. 1. adj. Dicho de una persona o de una cosa: Distinta de aquella de que se habla. U. t. c. s. ...”, <https://dle.rae.es/otro>, 4-2-2021; Etimología de otro, <http://etimologias.dechile.net/?otro>, 4-2-2021.

<sup>33</sup> REAL ACADEMIA, op. cit., *distinto*, <https://dle.rae.es/distinto?m=form>, 4-1-2021.

tener un lugar muy destacado. El “esencialismo” que impera en metafísicas tradicionales es en cambio muy riesgoso. Es muy relevante el desarrollo de la *eticidad jusprivatista internacional*, incluyendo el respeto al elemento extranjero.

La extrañeza puede conducir a la *empatía*<sup>34</sup>, la *simpatía*<sup>35</sup> o la *antipatía*<sup>36</sup>. La empatía lleva a la imitación, la simpatía a la aplicación y la antipatía al rechazo respecto de la extranjería y el Derecho extranjero. También es posible la *apatía*<sup>37</sup>, que admite el fraude a la ley y no preserva el orden público.<sup>38</sup> La imitación hace que el extranjero, que puede ser representable de manera simplificada con el pronombre personal “él”, resulte próximo y se convierta en “tú”<sup>39</sup>. El “tú” es diverso de “él” y de “ello” donde se “amontona” la información. La imitación reconoce que el extranjero es de cierto modo un *misterio*, algo que más que explicar hay que comprender. “Si fuera posible conocerlo, poseerlo o aprehenderlo, entonces ya no sería otro. Poseer, conocer, aprehender, sinónimos del poder”<sup>40</sup>. En la imitación hay vida plena, no solo rutina o información<sup>41</sup>. Es de algún modo comprensible que en la actual “era del vacío”<sup>42</sup> y de los “no

---

<sup>34</sup> Identificación (ponerse en el lugar del otro).

<sup>35</sup> Inclínación.

<sup>36</sup> Aversión. La extrañeza puede generar admiración pero también rechazo.

<sup>37</sup> Indiferencia.

<sup>38</sup> Es posible v. por ej. *Diccionario de Psicología*, Plethora, <https://consulta-psicologica.com/diccionario-de-psicologia/A.html>, 2-1-2021.

<sup>39</sup> Se puede *ampliar* en nuestro artículo “El lenguaje desde la perspectiva jurídica (Con especial referencia a los pronombres)”, en *Revista del Centro de Investigaciones ... cit.*, N° 31, 2010, pp. 55-99, Centro de Investigaciones ... cit., <http://www.centrodefilosofia.org/revistacentro31.htm>, 4-2-2021.

<sup>40</sup> LEVINAS, Emmanuel, *El Tiempo y el Otro*, trad. José Luis Pardo Torío, Barcelona: Paidós Ibérica, 1993, p. 134.

<sup>41</sup> V. por ej. BUBER, Martin, *Yo y tú*, trad. Horacio Crespo, Buenos Aires: Nueva Visión, 1974, p. 10.

<sup>42</sup> LIPOVETSKY, Gilles, *La era del vacío, Ensayos sobre el individualismo posmoderno*, trad. Joan Vinyoli y Michèle Pendanx, 13ª. ed., Barcelona: Anagrama, 2000.

lugares”<sup>43</sup> haya quienes no adviertan la diferencia honda entre aplicar, como si el otro casi no existiera, e imitar.

Es explicable pero no admisible que haya quienes acusen al método indirecto de “mecanicismo” y “abstracción”. Solo la evolución del *historicismo* savigninano tuvo la grandeza de descubrir la diversidad. Los racionalistas ven a menudo racionalismo en todas partes. La imitación es un sendero profundo de *interalteridad*, mejor expresada en la *interpersonalidad*.

El Derecho Internacional Privado de los últimos tiempos ha tenido un despliegue utilitarista y economicista muy intenso, a nuestro parecer con frecuencia agresivo para la condición humana<sup>44</sup>. Es imprescindible desplegar esas bases de manera más honda. Los humanos tenemos que realizar la utilidad, pero no debemos ser utilitaristas; tenemos capital, pero no debemos ser “tamizados” por él<sup>45</sup>.

Entendemos que el desarrollo utilitarista y economicista ha de ser moderado e integrado por el respeto y el “afecto” personales que se concretan en la imitación del Derecho extranjero; de cierto modo, la imitación es un acto de realización del valor *amor*, que se satisface cuando uno es más plenamente porque el otro lo es<sup>46</sup> y, al fin, una manera de satisfacer el valor *humanidad*<sup>47</sup>. En cuanto reconocemos al extranjero en su casi misteriosa

---

<sup>43</sup> AUGÉ, Marc, *Los “no lugares”. Espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad.*, trad. Margarita M. Mizraji, Barcelona: Gedisa, 1993.

<sup>44</sup> V. por ej. KINSCH, Patrick, “Trois visions de l’avenir d’un droit international privé néolibéral”, en AS. VS., *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, Nápoles: Scientifica 2019, vol. I, pp. 165-193, [https://scholar.google.com.ar/scholar?q=symeonides+recueil+384+pp&hl=es&as\\_sdt=0&as\\_vis=1&oi=scholar](https://scholar.google.com.ar/scholar?q=symeonides+recueil+384+pp&hl=es&as_sdt=0&as_vis=1&oi=scholar), 10-2-2021.

<sup>45</sup> Conserva valor la denuncia de MARCUSE, Herbert, *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, trad. Antonio Elorza, Barcelona: Seix Barral, 1969.

<sup>46</sup> Sobre el valor amor es posible *ampliar* en nuestro libro *Derecho y política*, Buenos Aires: Depalma, 1976.

<sup>47</sup> Cabe *ampliar* en nuestro artículo “La ciencia del valor humanidad (“Praxiología”)", en *Investigación ... cit.*, N° 25, 1995, p. 51 y ss.

profundidad somos más plenamente nosotros mismos. No debemos “tener” elementos extranjeros, hemos de *ser* con ellos<sup>48</sup>.

Cualquier otro método de Derecho internacional privado funciona con más fundamento cuando es *posterior* al método indirecto culminante en la imitación del Derecho aplicable, éste es el único camino idóneo para averiguar cuánto *no sabemos* del elemento extranjero. La diversidad cultural es plenitud de la humanidad.

Como bien reflexionó Giambattista Vico, cada uno conoce (al menos. mejor) lo que hace<sup>49</sup>, quien conoce al Derecho extranjero es el juez extranjero, genéricamente, quien vive el Derecho aplicable, en este caso, el partícipe de la vida extranjera. Al juez que debe imitar Derecho extranjero le corresponde en gran medida la sabia frase con que se suelen formalizar las ideas del maestro Sócrates, *sé que no sé*<sup>50</sup>. No porque no se pueda informar, sino porque tiene gran dificultad para comprender e incluso, hacer. El conocimiento del Derecho extranjero es especialmente conjetural, tal vez de cierto modo afín al “vaihingueriano” como si<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Cabe recordar FROMM, Erich, *¿Tener o ser?*, trad. Carlos Valdés, 3ª reimp., México: Fondo de Cultura Económica, 1981; también MARCEL, Gabriel, *Ser y tener*, trad. Ana María Sánchez, Madrid: Caparrós, 2003.

<sup>49</sup> VICO, Giambattista, “Oraciones inaugurales. La antigua sabiduría de los italianos”, en *Obras* (rec.), ed. y trad. Francisco J. Navarro Gómez, Barcelona: Anthropos, 2002, p. 446.

<sup>50</sup> La expresión, que refleja con acierto las ideas del gran maestro griego, puede fundarse por ejemplo en lo expuesto en diversos textos de su mayor discípulo, por ej. en PLATÓN, *ops. cit.*

<sup>51</sup> VAHINGER, Hans, *Die Philosophie des als ob.*, 7a. y 8a. ed., Leipzig: Meiner, 1922, Recuperado de <https://archive.org/details/DiePhilosophieDesAlsOb>, 1-2-2021. Es posible v. MONTENEGRO BRALIC, Vicente, “Representación e ilusión. El “como si” en Kant, Nietzsche y Derrida”, en *Revista Pleyade*, 7, Vol. IV, No1, 2011, pp 227-240. En el constructivismo cobra valor especial lo *verosímil* (REAL ACADEMIA, *op.cit.*, *verosímil* “De *verisimil*, alterado por infl. de *vero*2. 1. adj. Que tiene apariencia de verdadero. 2. adj. Creible por no ofrecer carácter alguno de falsedad.”, <https://dle.rae.es/veros%C3%ADmil,1-2-2021>).



El respeto al elemento extranjero, culminante en la teoría del uso jurídico, es un aporte *humanista* especialmente afín a la cultura europea de fines de la Modernidad<sup>52</sup> (1453/ ¿1945?). En él confluyen de maneras destacadas el sentido de los *derechos humanos*, vinculado sobre todo en el ámbito continental a la relativa *abstracción* “ilustrada” de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la *conciencia histórica* del Romanticismo y la particularidad del *existencialismo*<sup>53</sup>. La pluralidad de las *bases de la cultura occidental*, griegas, romanas, judeocristianas, germánicas y árabes musulmanas, contribuye a la apertura mental necesaria para la imitación. Es comprensible que –pese a consagraciones tan valiosas como las del Código Civil y Comercial– el hombre *postmoderno*, relativamente “vacío”, sin “domicilio” profundo e inmerso en la globalización/marginación, tenga dificultad para el respeto hondo al elemento extranjero<sup>54</sup>. Vale superarla.

## 2. El método para la fundamentación y el desarrollo de la conjetura

### I. En general

La *posibilidad de la conjetura* se incrementa cuando se utiliza un modelo de pensamiento *jurídico* que abarca la comple-

---

<sup>52</sup> Edades Moderna (de la Razón y la Experiencia) y Contemporánea (¿de la Técnica?).

<sup>53</sup> V. la adhesión de Werner Goldschmidt a la egología cossiana en GOLDSCHMIDT, Werner, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, 2ª. ed., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pp. 8-10.

<sup>54</sup> En cuanto a diversos modelos de pensamiento filosófico se puede *ampliar* en nuestros trabajos *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/1994, Cartapacio, Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico>, 11-2-2021; “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 19, 1995, p. 9-96, Academia de Derecho, Recuperado de [http://www.academiadederecho.org/biblioteca/biblio\\_display\\_cont.cgi?wAccion=down&wid\\_cont=&wFile=Panorama\\_Trialista\\_de\\_la\\_Filosofia\\_en\\_la\\_Postmodernidad\\_Ciuro\\_Caldani.pdf](http://www.academiadederecho.org/biblioteca/biblio_display_cont.cgi?wAccion=down&wid_cont=&wFile=Panorama_Trialista_de_la_Filosofia_en_la_Postmodernidad_Ciuro_Caldani.pdf), 11-2-2021.

alidad de la vida del Derecho como el que dentro del tridimensionalismo (referido a hechos, normas y valores) presenta la *teoría trialista del mundo jurídico*.

La teoría trialista del mundo jurídico (fundada por Werner Goldschmidt) sostiene en general que el Derecho ha de incluir *repartos* de potencia e impotencia (*dimensión sociológica*) captados por *normatividades* (*dimensión normológica*) y valorados (los repartos y las normatividades) por un complejo de valores que culmina en la *justicia* (*dimensión dikelógica*). Esos caracteres comunes a toda la juridicidad se diversifican en sus *alcances*, su *dinámica* y sus *situaciones*<sup>55</sup>. Dentro del trialismo hay diferentes vertientes, por ejemplo, la “objetivista” del fundador y la *constructivista*, que proponemos. *Fundamentar* la referencia a la conjetura y *transitarla* según los despliegues trialistas es de gran relevancia.

El *orden* de consideración de las *dimensiones* jurídicas varía según la tarea que se realiza. En Filosofía y Teoría General, suele ser preferible el que terminamos de señalar: socio-normo-dikelógico. En los despliegues prácticos, como el que nos ocupa en este caso, a menudo es más conveniente el orden normo-socio-dikelógico. Nunca es aceptable un orden que parta de la dimensión dikelógica, porque ésta valora repartos y normatividades que deben ser conocidos. Comenzar por la dimensión dikelógica es una manifestación de

---

<sup>55</sup> V. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª. ed., 5ª. reimp., Buenos Aires: Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Una teoría trialista del Derecho* (2ª. ed. de *Una teoría trialista del mundo jurídico*), Buenos Aires: Astrea, 2020; DABOVE, María Isolina, *Werner Goldschmidt y Robert Alexy: corsi e ricorsi del integrativismo jurídico*, XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, pp. 261-270, Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/werner-goldschmidt-robert-alexey-corsi-ricorsi-integrativismo-juridico-werner-goldschmidt-robert-alexey-corsi-ricorsi-integrativismo-juridico-nv9757-2014-12-05/123456789-0abc-d75-79ti-lpssedadevon>, 8-2-2021.

La tridimensionalidad trialista abre posibilidades de diálogos con lo relativamente “extrajurídico” de horizontes reconocibles desde el conjunto y cada una de las dimensiones y diversidades.

jusnaturalismo apriorista incompatible con el trialismo. El juez fori y el juez del Derecho declarado aplicable (*causae*) han de partir de la dimensión normológica y continuar con las dimensiones sociológica y dikelógica.

La complejidad de posibilidades generales para conjeturar de manera trialista es muy grande y fructífera, de modo que es también muy grande la cantidad de enfoques para construir la sentencia que podría dictar el juez extranjero, pero a su vez los principios que impulsan el respeto a las personas con elementos extranjeros son tan importantes que hay que asumir las dificultades.

Se debe conjeturar la solución extranjera con la mayor precisión posible, asumiendo a su vez el costo de *fraccionar* la construcción cuando no es posible avanzar con suficiente precisión. También, vale recordarlo, hay que considerar la posibilidad de que sea necesaria la *adaptación* entre Derechos es decir, hay que adaptar, la o las conjeturas de los Derechos extranjeros con el funcionamiento que corresponda por los elementos nacionales. La precisión de la mera aplicación del Derecho extranjero por el juez fori es mayor que la de la conjetura imitativa, pero su costo en cuanto a pérdida de respeto al elemento extranjero es más elevado. La racionalidad de la aplicación del Derecho extranjero según lo entiende el juez local es mayor que la de la relativa “historicidad” de la conjetura, pero el elemento extranjero concreto es “histórico”. La aplicación es más *precisa* que la conjetura, la conjetura es más *justa*.

La conjetura de la sentencia que dictaría el juez extranjero debe ser parte de una *actividad* conjetural *permanente de todos los juristas*, sean cuales fueren los casos. Con gran acierto, aunque alguna radicalización que recorta demasiado las posibilidades tridimensionales, Oliver Wendell Holmes llegó a decir que saber Derecho es poder predecir, profetizar, lo que harán los jueces y lograr que hagan lo que se desea<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> V. por ej. PATTERSON, C. Perry, “Jurisprudence of Oliver Wendell Holmes”, en *Minnesota Law Review*, vol. 31, 1947, Recuperado de

## II. Desarrollo

### A) Lo común

#### a) Dimensión normológica

La dimensión normológica abarca el *funcionamiento* de las normatividades, que es un *complejo de tareas* imprescindible, porque en ellas se captan repartos *proyectados* que, como tales, procuran convertirse en repartos *realizados*. El despliegue funcional es el reflejo lógico de ese desenvolvimiento fáctico.

El funcionamiento normativo abarca actividades de *reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación, síntesis y argumentación*. Se trata de tareas y no de etapas, porque a veces se alimentan recíprocamente, por ejemplo, el reconocimiento y la interpretación. Para reconocer hay que interpretar y a la inversa, para interpretar hay que reconocer. Hay un funcionamiento *real* y otro *conjetural*. El juez de Derecho Internacional Privado debe hacer funcionar de manera *común* sus normatividades y *conjeturalmente* las del Derecho declarado imitable.

Al funcionamiento del Derecho Internacional Privado se aplican, en nuestro caso, las reglas respectivas contenidas en los artículos, sobre todo iniciales, del Código Civil y Comercial<sup>57</sup>. Para las normatividades del Derecho extranjero se

---

<https://scholarship.law.umn.edu/mlr/933>, 5-2-2021. Se puede c. HOLMES, Oliver Wendell, *Collected legal papers*, Nueva York, Harcourt, Brace and Howe, 1920. Los argumentos ad hominem contra las ideas de Holmes suelen no ser más que demostraciones de que en muchos aspectos no se tienen argumentos ad rem.

<sup>57</sup> Es posible *ampliar* en nuestros trabajos “El capítulo “Derecho” en el Código Civil y Comercial”, en *Investigación...* cit. Nº 49, pp. 63-94, Centro de Investigaciones ... Op. cit., Recuperado de <http://www.centrodefilosofia.org/investigacionydocencia49.htm>, 1-2-2021; “Nuevamente sobre el Derecho en el Código Civil y Comercial”, en *Investigación ...* cit. Nº 50, 2015, pp 179-193, Centro de Investigaciones ... cit., <http://www.centrodefilosofia.org/investigacionydocencia50.htm>, 1-2-2021. También v. GARRIDO CORDOBERA, op. cit., pp. 1-6.

emplean las reglas funcionales que utilizaría el juez de ese Derecho.

Uno de los *principios* más relevantes del funcionamiento de las normatividades del Derecho Internacional Privado es el respeto al elemento extranjero.<sup>58</sup> En general, la referencia al Derecho declarado aplicable es una expresión de *determinación* del Derecho Internacional Privado.

En cuanto al funcionamiento conjetural del Derecho extranjero, si el juez de la jurisdicción causae utilizaría *modelos* de Derecho de jusnaturalismo, neoconstitucionalismo, razonamiento por principios, rechazo de la injusticia extrema, exégesis, teoría pura, egología, crítica o trialismo hay que conjeturar según esos modelos. La conjetura del pronunciamiento del juez del Derecho extranjero declarado aplicable (mejor la conjetura de la vida jurídica extranjera tomada como referencia) debe iniciarse con la remisión al *funcionamiento* normativo que con el máximo grado de probabilidad produciría dicho juez (en general, los actores del Derecho extranjero).

En el *reconocimiento* normativo se establece que se ha de hacer referencia a cierta normatividad. El reconocimiento abarca una teoría de las *fuentes* formales<sup>59</sup> y materiales<sup>60</sup> y posiblemente una construcción del *ordenamiento normativo*. Según la teoría del uso jurídico, se ha de reconocer como lo haría el juez del Derecho declarado aplicable. Si para él los tratados internacionales tienen un nivel de reconocimiento distinto del que reciben en el país del juez fori, el uso jurídi-

---

<sup>58</sup> Entre los principios generales que influyeron en el Derecho Internacional Privado están también la integración en el bloque cultural latinoamericano y la constitucionalización del Derecho Privado.

<sup>59</sup> Constitución formal, tratados, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etc.

<sup>60</sup> Los repartos y relacionados, incluyendo la planificación y la ejemplaridad, por ejemplo, jurisprudencial.

co indica que hay que emplear ese criterio.<sup>61</sup> El juez *fori* ha de tener muy en cuenta los rasgos de cultura jurídica, por ejemplo, si se refiere a la sentencia probable de un juez de Derecho Occidental, romano-justiniano-germánico o del common law, o de Derecho Musulmán.

En la *interpretación* de la normatividad se le atribuye a ésta un significado. Según el uso jurídico, si en el país del Derecho declarado aplicable los modelos interpretativos difieren de los que emplea el juez *fori*, hay que emplear aquéllos y no éstos. Vale recordar que aunque en el país extranjero se haya recibido Derecho del país del juez, la interpretación según el uso jurídico ha de ser la que emplearía el juez *causae*. Si el juez extranjero hubiera interpretado un tratado vigente entre los dos países de manera diferente a como lo haría el juez local, éste debe atenerse a esa interpretación y no a la propia.

En la *determinación* se completan normatividades que requieren precisión, reglamentación o desarrollo de principios. Como expresamos, la remisión al Derecho declarado empleable para la solución del caso es determinación del Derecho Internacional Privado. Cuando haya que determinar al Derecho extranjero hay que hacerlo de la manera en que lo haría el juez del país de referencia.

En la *elaboración*, necesaria cuando se hallan *carencias* (lagunas) históricas o dkelógicas, se integra mediante recursos al propio ordenamiento (autointegración) o elementos ajenos a él (heterointegración). La actitud ante las carencias depende en mucho de concepciones que se tengan del Derecho. En la conjetura han de tomarse como referencia las del juez del Derecho extranjero. Corresponde destacar que el juez *fori* debe considerar la justicia de la solución del Derecho extranjero bajo el “paraguas” de la justicia de la remisión a ese Derecho. En caso que la eventual sentencia del juez extranjero

---

<sup>61</sup> A nuestro parecer, la sentencia extranjera debe tener el “lugar” que se le asignaría en el complejo conducente a la *solución concreta* del Derecho extranjero.

resultara excepcionalísimamente injusta, el sendero pertinente, que es su adaptación a las exigencias locales (“deputación”), puede ser el del orden público y, en último extremo, la invocación de injusticia (que significaría sostener que el orden público propio es valorativamente insatisfactorio). El Derecho extranjero no puede conducir legítimamente a ignorar el núcleo de los derechos humanos, si éste estuviera en juego el caso ya no sería privatista.

En la *aplicación* se cumplen las subtareas de *subsunción* (encuadramiento) de los casos en las normatividades y de *efectivización* de las consecuencias jurídicas. Vale subsumir y efectivizar como lo haría el juez *causae*, atendiendo a la complejidad de que al fin efectiviza el juez *fori*, a veces con cooperación internacional.

En la *síntesis* (adaptación) se resuelven los conflictos producidos por la pretensión de diversas normatividades con vocación para regir un caso donde no encuentran cabida o, excepcionalmente, se superan incoherencias entre normatividades. En Derecho Internacional Privado es imprescindible considerar la posibilidad de necesidad de adaptación al menos entre el Derecho extranjero y el Derecho nacional. Es posible que la transposición de un medio a otro requiera una tarea de adaptación para que los significados últimos de las adjudicaciones del Derecho Internacional Privado y los Derechos declarados aplicables no se modifiquen<sup>62</sup>. En la realidad del país del juez el caso puede tener un sentido que, para el juez extranjero, resultara diferente del que hubiera considerado en su propio país. Hay que pensar en el juez extranjero actuando en el caso real como ocurre en la internacionalidad.

Aunque nos hemos referido en oportunidades anteriores a la conjetura del equivalente *axiológico* de la sentencia ex-

---

<sup>62</sup> Cabe *ampliar* en nuestro estudio “Filosofía de la doble adjudicación como problema jurídico general y en especial en el marco jusprivatista internacional”, en *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 61.

trajera<sup>63</sup>, en realidad parece más respetuoso de la complejidad de la construcción del Derecho remitirse al *equivalente*

---

<sup>63</sup> Es posible *ampliar* en nuestro trabajo *Aspectos Axiológicos del Derecho Internacional Privado*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979, pp. 49-50). En cuanto a la consideración de equivalentes vale tener presente la admisión de la Kafala de la familia musulmana en el sistema Occidental. V. por ej. Ministerio Público de la Defensa, Jurisprudencia > SAM (causa Nº 98030)

Recuperado de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=3332&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/jurisprudencia/forms/voces.aspx?voces=DERECHO%20A%20SER%20OIDO>, 31-1-2021; RODRÍGUEZ, Mónica Sofía, “El reconocimiento de la kafala. El difícil equilibrio de la búsqueda del interés superior del niño”, Comentario al fallo “S.A.M y otro, s/exequatur y reconocimiento de sentencia extranjera” Juzgado Nacional Civil Nº 25, Recuperado de [https://www.eldial.com/nuevo/lite-tcd-deta-lle.asp?id=13510&base=50&id\\_publicar=&fecha\\_publicar=30/10/2020&indicar=Comentario%20a%20fallo&suple=Privado](https://www.eldial.com/nuevo/lite-tcd-deta-lle.asp?id=13510&base=50&id_publicar=&fecha_publicar=30/10/2020&indicar=Comentario%20a%20fallo&suple=Privado), 31-1-2021; “Un fallo ordenó la inscripción de una sentencia extranjera que otorgó la kafala, una figura del mundo islámico” “La inserción de estos institutos resulta sumamente respetuosa del derecho a la identidad de los sujetos protegidos, puesto que no se requiere, necesariamente, la asimilación del instituto creado en el extranjero a los propios del foro (*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Marisa Herrera-Gustavo Caramelo-Sebastián Picasso. Primera edición, diciembre de 2015, t. VI, p. 403), Comisión Nacional de Acceso a la Justicia, Recuperado de <http://www.cnaj.gob.ar/cnaj/verNoticia?idNoticia=4506>, 31-1-2021; ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso Dr., “La Kafala de Derecho Islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 819-826, Recuperado de <http://www.revista-aji.com/revista-numero-3/>, 31-1-2021; el Manual práctico sobre el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, HCCH, incluye La colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante *kafala* o mediante una institución análoga. Respecto a contactos de culturas v. por ej. SCOTTI, *Manual ...Op. cit.* “El contacto entre culturas diversas genera el contacto entre ordenamientos jurídicos que responden a valores, principios, religiones diferentes.”. C. no obstante RUFINO, Jaime Rufino – Alberto GARCÍA,



*jurídico* (tridimensional, al fin axiológico) de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero sobre el caso en la hipótesis que le hubiera tocado resolverlo. Se requiere, de cierto modo, una tarea de “traducción” jurídica.

En la *argumentación* se dan razones para lograr el funcionamiento. La argumentación respecto del Derecho extranjero debe tener en consideración el desarrollo argumentativo que se produciría en el país de referencia.

En definitiva, el juez encargado del caso debe producir el *funcionamiento* del Derecho Internacional Privado y del Derecho declarado aplicable en complejidad pura, con cierto predominio de la tarea de determinación del Derecho Internacional Privado por la remisión al Derecho declarado aplicable, pero se trata de un *funcionamiento referido al funcionamiento*, con remisión a una solución conjetural del Derecho extranjero<sup>64</sup>. El funcionamiento del Derecho extranjero *no es directo*, es conjetural.

Toda otra referencia a un Derecho extranjero presenta problemas de *asimilación* y *rechazo* en parte semejantes a los

---

“Sistema Kafala, una de las formas de esclavitud estatal más claras de nuestro siglo”, RT, 18 de noviembre de 2019, Recuperado de <https://actualidad.rt.com/actualidad/334055-sistema-kafala-esclavitud-estatal-siglo-21>. 31-1-2021.

<sup>64</sup> Se puede *ampliar* en nuestro libro *La conjetura del funcionamiento de la norma jurídica. Metodología Jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio, Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico>, 30-1-2021. Cabe c. además nuestro trabajo “Comprensión funcional de los problemas generales de la norma de Derecho Internacional Privado”, en *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. I, 1982, pp. 81-86.

Es claro que la ampliación del protagonismo del juez argentino en el Código Civil y Comercial se aparta en cierta medida del rigor y la seguridad normativas que podían imaginarse en el funcionamiento más referido a reglas del *parco* Derecho Internacional Privado anterior, pero si se compara por ejemplo con el control de los principios de orden público parece que la elasticidad de la novedad pierde relevancia relativa.

que plantea la *recepción* del Derecho extranjero, por ejemplo con posible necesidad de soluciones de adaptación, pero la recepción se hace lisa y llanamente para los casos nacionales en tanto la imitación del Derecho extranjero se efectúa para casos que no lo son<sup>65</sup>.

El funcionamiento se produce en el despliegue lógico, pero manejando la realidad social de los repartos captados y en relación con exigencias de valor.

La sentencia del juez extranjero se produciría en un marco *conceptual* que el juez local debe considerar con especial atención, atendiendo a que semejanzas formales, por ejemplo con conceptos de su propio Derecho, pueden albergar contenidos diferentes y diferencias formales pueden envolver contenidos semejantes.<sup>66</sup> Por ejemplo, los conceptos matrimonio o contrato tienen significados muy diversos según se trate de países que tienen o no divorcio vincular o matrimonio homosexual y con mayor o menor control estatal de la autonomía de las partes.

La sentencia extranjera se dictaría en un *ordenamiento normativo*, en un complejo de *relaciones* verticales y horizontales entre normatividades, en cada caso de producción y de

---

<sup>65</sup> Es posible *ampliar* en nuestros trabajos "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", en *Revista de Direito Civil*, 8, 1979, p. 73 y ss.; "Originalidad y recepción en el Derecho", en *Boletín del Centro de Investigaciones...* cit., N° 9, 1987, pp. 33-38. Cartapacio, Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/343/253>, 12-2-2021; *El Derecho Universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1091/995>, 12-2-2021.

<sup>66</sup> V. por ej. MONTAIGNE, *Essais*, Libro I, Capítulo I, "Par divers moyens on arrive a pareille fin", Recuperado de <http://www.bribes.org/trismegiste/es1ch01.htm>, 5-2-2021; ZWEIGERT, Konrad, "Des solutions identiques par des voies diferentes", en *Revue Internationale de droit comparé*, año 18, No 1, p. 5 y ss., Persée, Recuperado de [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc\\_0035-3337\\_1966\\_num\\_18\\_1\\_14471](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1966_num_18_1_14471), 5-2-2021.

contenido. A través de esas relaciones se produciría cierto grado de coherencia que puede ser especialmente orientadora para la conjetura. Un tema especialmente relevante en nuestro tiempo es el de la influencia que tendría en el pronunciamiento judicial extranjero el *bloque de constitucionalidad*.

Los ordenamientos se constituyen con *subordenamientos* reconocibles en gran medida por principios propios. Vale tener en cuenta que el Derecho Internacional Privado es un subordenamiento con esos recursos específicos<sup>67</sup> y saber cuál es el subordenamiento del país de referencia que albergaría el desempeño del juez extranjero.

Según el comportamiento que deba asumir el juez ante una laguna, el ordenamiento normativo puede ser un *mero orden* o un *sistema, material o formal*. En el mero orden, en caso de vacío el juez debe consultar con el legislador, en el sistema el juez ha de resolver, sea como él considere más acertado (según suele ocurrir en el Derecho Privado, por ser un gran “subsistema” material<sup>68</sup>) o aprobando lo que ciertos protagonistas han hecho (según ocurre v. gr. en el Derecho Penal liberal, por ser un “subsistema” formal a favor del reo). Corresponde respetar los caracteres del ordenamiento extranjero. Las fuentes formales habituales de los meros órdenes son las *recopilaciones* y las de los sistemas son las *codificaciones*, de modo que la presencia de un tipo u otro de formalización es indicio para la conjetura en uno y otro sentido.

La sentencia extranjera como normatividad podría tener o no las cualidades de *fidelidad, exactitud, adecuación e impacto*. La fidelidad surge cuando lo expresado corresponde a lo que se quiso decir. La exactitud se produce cuando la voluntad del autor se cumple. La adecuación acontece cuando se emplean los conceptos que más sirven a lo deseado por el

---

<sup>67</sup> Por ej. principios de respeto al elemento extranjero, proximidad, rechazo del fraude, preservación del orden público, formación del orden público, utilidad en el rechazo del foro no conveniente, etc.

<sup>68</sup> Comprensivo del subsistema Derecho Internacional Privado.

autor o necesitado por la sociedad. El impacto ocurre por la proyección que la normatividad tiene en otras normatividades. La conjetura de la sentencia del juez extranjero debe ubicarla en todas estas cualidades. Sobre todo es relevante si se cumpliría o no, es decir si la sentencia se haría vida concreta de los interesados.

El pronunciamiento judicial extranjero se produce en un marco de fuentes de *conocimiento* y excepcionalmente reales que suelen denominarse *doctrina*. Ésta tiene especial valor conjetural, informativo y por la influencia que puede producir en la sentencia. Sobre todo es conjeturalmente relevante la doctrina que se utiliza en el marco de desenvolvimiento del juez extranjero.

#### *b) Dimensión sociológica*

Las normatividades captan *repartos* proyectados, *vidas concretas* de las personas<sup>69</sup>, que son las merecedoras de consideración. El Derecho Internacional Privado, el Derecho extranjero y en el caso particular la sentencia a conjeturar, se constituyen con repartos.

Los repartos son adjudicaciones de lo que favorece o perjudica la vida producidas por la conducta de seres humanos determinables. Estos sentidos de favor o perjuicio se denominan respectivamente *potencia* e *impotencia*. Para conocer los repartos es necesario tener en cuenta que se producen en un complejo de *adjudicaciones* desenvuelto en el curso de *intereses* (no siempre económicos) y *fuerzas* (que no son siempre el poder, la fuerza sobre otros).

Las adjudicaciones son *distribuciones* originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar o *repartos* generados por la conducta de seres humanos determinables. El juez nacional y el extranjero reparten en marcos de distribuciones y de otros repartos que influyen en su conducción

---

<sup>69</sup> La vida es difícil de definir pero, como ocurre por ejemplo en la Medicina, es de imprescindible consideración porque “vivimos”.

y les otorgan significados. El desempeño judicial, como todo comportamiento humano, es *condicionado* y *"significado"*.

En la medida que el marco jurídico sociológico del Derecho del juez sea más complejo, es más fácil suponer que sus adjudicaciones se abrirán a la referencia al Derecho extranjero. La diversidad interna puede abrir camino a la diversidad internacional.

La *naturaleza* puede producir distribuciones a través de las condiciones *geográficas, biológicas, psicológicas*<sup>70</sup>, etc. La sentencia que dictaría el juez de un lugar donde la tierra es pobre podría ser distinta de la que generaría el juez de un espacio donde es rica. Las sentencias que se dictarían por ancianos o respecto de ancianos pueden ser distintas de las que se dictarían tratándose de jóvenes. Las sentencias dictarían por jueces o para beneficiarios impulsivos pueden ser distintas de las que se dictarían por jueces o para beneficiarios apacibles.

Las *influencias humanas difusas* se producen por la *economía, la religión, la lengua, la historia, la ciencia y la técnica, el arte, la educación, la concepción del mundo, la filosofía*, etc. Las sentencias que dictarían jueces integrados en el sistema capitalista son distintas de las que pronunciarían quienes no lo están. Las sentencias que emitirían jueces católicos, ortodoxos, luteranos, calvinistas, musulmanes, agnósticos o ateos pueden ser muy diferentes. Los pronunciamientos de jueces que piensan en español pueden ser distintos de las que producirían jueces que piensan en inglés. Las sentencias de jueces que cuentan con recursos informáticos pueden ser diversas de las de otros que carecen de ellos. Las sentencias que dictarían jueces que admiran el arte abstracto pueden ser diferentes de las que pronunciarían otros que lo detestan. Los pronunciamientos de jueces educados en instituciones estatales podrían ser diversos de las de otros que fueron formados en instituciones privadas. Las sentencias de jueces que

---

<sup>70</sup> Se suele discutir cuánto la vida psíquica es natural o social.

sostienen concepciones antropocéntricas, teocéntricas o cosmocéntricas pueden ser diferentes. Las de jueces que en países como la Argentina participan de la concepción hispánica tradicional, más comunitarista, intervencionista, contrarreformada y romántica, pueden ser por eso diversas de las de quienes son parte de la concepción anglofrancesa, más individualista, abstencionista, afín a la Reforma e ilustrada.<sup>71</sup> Los pronunciamientos de jueces muy referidos a sólidas bases metafísicas suelen ser distintos de los de otros con una remisión metafísica meramente conjetural.

Las sentencias de jueces que ha presenciado o sufrido el *azar* de un grave accidente de tránsito pueden ser diferentes de las de otros que han vivido de manera más normal.

La sentencia del juez extranjero a conjeturar es un *reparto* que, como tal, requiere la consideración de sus elementos: *conductor* o *conductores* (*repartidor* o *repartidores*), *recipiendarios*, *objetos*, *formas* y *razones*. Para conjeturar la sentencia que se dictaría hay que considerar las personas del o los repartidores (jueces) y las relaciones que en su caso haya entre ellos (por ejemplo entre los jueces de un tribunal colegiado); quiénes serían los recipiendarios beneficiados y gravados con las potencias e impotencias repartidas; qué es lo que se adjudicaría (objeto del reparto); cómo sería el camino a recorrer para llegar a la decisión (forma del reparto, v. gr. la audiencia que se brindaría a los interesados) y las razones del reparto, o sea los móviles de los repartidores y las razones alegadas por ellos, en este caso, los jueces, y las razones sociales, que son las atribuidas por la sociedad cuando considera que el reparto es valioso. Las razones sociales eventuales pueden influir en los móviles y las razones alegadas. El

---

<sup>71</sup> Se puede *ampliar* por ej. en nuestro trabajo “Bases culturales del Derecho argentino”, en *Revista del Centro de Investigaciones ... cit.*, Nº 27, 2004, pp. 113-126, Cartapacio, Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/605/485>, 5-2-2021.

logro de la aprobación social puede ser relevante como móvil y línea para la argumentación.

Se trata de elementos de los repartos *interrelacionados*, de modo que en ciertos casos el conocimiento de uno permite conjeturar otro. Si se trata de las potencias e impotencias de la capacidad de una persona o de las correspondientes a la propiedad de un lavarropas es posible conjeturar que en un régimen humanista el primer asunto tendrá más posibilidades de un juicio declarativo ordinario que el segundo.

Según hemos expuesto, el concepto de “juez” es aquí relativamente amplio, abarca por ejemplo a árbitros e incluso a otros repartidores “definitivos”. Siempre es de importancia muy especial saber a quiénes se desearía beneficiar o perjudicar y con qué potencias e impotencias.

Los repartos *funcionan* a través de la adopción de *decisiones* y su *ejecución*. En la imitación en el curso del funcionamiento del Derecho Internacional Privado se conjetura el funcionamiento con que se desenvolverían los repartos extranjeros<sup>72</sup>.

Los repartos pueden ser *autoritarios* o *autónomos*. Los de la primera *clase* se desarrollan por imposición y realizan el valor poder; los de la segunda se desenvuelven por acuerdo de los interesados y satisfacen el valor cooperación. La sentencia es en principio un reparto autoritario. Un aspecto de la conjetura interesante es aproximarse al conocimiento de la autoridad que tiene a su alcance y está dispuesto a ejercer el juez extranjero. También es relevante abrirse a la autonomía que podría desarrollarse en el Derecho extranjero.

Los repartos pueden presentarse en *orden* o en *desorden*, en el primer caso se constituye un régimen y se realiza el valor homónimo orden; en el segundo hay anarquía y se pro-

---

<sup>72</sup> V. por ej. POSNER, Richard A., *Cómo deciden los jueces*, trad. Victoria Roca Pérez, Madrid, Marcial Pons, 2011; FRANK, Jerome: *Courts on Trial*, Princeton, Princeton University Press, 1973; CALABRESI, Guido, *Ideals, beliefs, attitudes and the Law*, Nueva York: Syracuse University, 1985.

duce el desvalor arbitrariedad. El orden puede ser más o menos flexible. En cuanto recurre al Derecho que elaboraría el juez extranjero, el Derecho Internacional Privado es una flexibilización del Derecho del juez. Para conjeturar es relevante saber el lugar de orden o desorden que tendría la sentencia en relación con otros repartos.

El orden de repartos puede constituirse mediante *plan de gobierno* o *ejemplaridad*. El plan de gobierno indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y, cuando está en marcha, realiza el valor previsibilidad. Suele formalizarse en constituciones formales, leyes, decretos, sentencias, etc. La ejemplaridad se produce mediante el seguimiento de repartos considerados razonables y satisface el valor solidaridad entre los repartidores. La ejemplaridad se manifiesta en la jurisprudencia, la costumbre, los usos, etc. El Código Civil y Comercial ha desplegado una importante planificación del suborden jusprivatista internacional y en la Argentina la materia cuenta con sólida ejemplaridad. La sentencia a conjeturar ha de ser situada también en relación con la planificación o la ejemplaridad. Una perspectiva de excepcional valor para la conjetura es la *jurisprudencia*, no solo por la influencia que podría tener en el juez sino por su función indiciaria respecto del eventual pronunciamiento del juez extranjero.

Los repartos pueden encontrar *límites voluntarios*, cuando, aunque se pueda hacer más no se quiere, y límites *necesarios*, donde aunque se quiera más no se puede. Los límites necesarios pueden ser *físicos*, *psíquicos*, *lógicos*, *sociopolíticos*, *socioeconómicos* y *vitales*. Denominamos límites vitales a la fuerza que impulsa a repensar las decisiones cuando están en juego intereses de la vida profunda del sujeto. Límites psíquicos importantes para la referencia al Derecho extranjero son la tendencia al *retorno* al Derecho propio, por ejemplo, encauzando en ese sentido el reenvío, y la búsqueda de soluciones materiales establecidas por el Derecho local. La sentencia a conjeturar se ubica en relación con límites, en cuanto a su dictado y cumplimiento.



La conjetura del Derecho extranjero ha tenido importantes límites físicos de distancia, ahora en gran medida superados por la tecnología, sobre todo de la información y la comunicación. En cambio, posee, también hoy, poderosos límites psíquicos consistentes en las dificultades para penetrar la mente del juez extranjero y en las restricciones para considerar lo extraño que puede tener la mente del juez local. Pese a las respuestas diversamente aceptables acerca de la calidad del Derecho extranjero como derecho o hecho que caracterizan la extraterritorialidad, la idea de que el Derecho pertenece al Estado o al gobierno, en este caso locales, puede ser otro límite, en este caso político, para la conjetura. Además, es posible que existan límites sociopolíticos y socioeconómicos por la situación del ámbito extranjero, v. gr. si éste se encuentra en crisis. La conjetura se hace más difícil cuando se trata de cuestiones vitales para el juez extranjero o el juez local.

Los factores de poder en los ámbitos *fori* y *causae* forman *constituciones materiales*<sup>73</sup> que puede favorecer y obstaculizar la conjetura y su consideración.

La realidad social se desenvuelve de manera destacada en base a las *categorías causalidad, finalidad objetiva* que “encontramos” en los acontecimientos, *finalidad subjetiva, posibilidad y realidad*. Todas, menos la finalidad subjetiva, se remiten a la integridad de sus referencias, es decir son “*pantónomas*” (*pan*=todo; *nomos*=ley que gobierna). Como no podemos abarcar esas plenitudes nos vemos en la necesidad de fraccionarlas donde no podemos saber o hacer más, produciendo *certeza*. La conjetura del Derecho extranjero se desarrolla en el curso de esas categorías y así se puede apreciar el despliegue de las certidumbres e incertidumbres al respecto. En general el conocimiento de la causalidad, la finalidad objetiva, la posibilidad y la realidad e incluso la finalidad subjetiva del juez es particularmente difícil cuando se trata del

---

<sup>73</sup> Siempre vale recordar LASSALLE, Fernando, *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roces, Buenos Aires: Siglo Veinte, 1957.

Derecho extranjero. Cuando afirmamos que tenemos certeza respecto del Derecho extranjero, sea cual fuera su manifestación, debemos considerar especialmente que la poseemos mediante fraccionamientos.

*c) Dimensión dikelógica*

La dimensión dikelógica se constituye con un complejo de valores que culmina en la *justicia*. Uno es el planteo de la dimensión dikelógica del Derecho Internacional Privado, otro el despliegue dikelógico del Derecho extranjero. La conjetura del Derecho extranjero para su imitación enrarece la dimensión dikelógica, porque en su transcurso la referencia al complejo de valores se hace bajo el “paraguas” de la invocación de orientación de justicia del Derecho fori. Una vez que se ha establecido que corresponde la referencia al Derecho extranjero, la pregunta primaria no es si el Derecho extranjero es justo, sino en qué consiste el Derecho extranjero que conjeturamos porque es justo imitar. Al fin, sí, corresponde considerar la justicia de la solución que se alcanza a través del Derecho extranjero. Este relativo “suspense” de la consideración de la justicia del Derecho extranjero llevó en cierto caso a que se sostuviera que el Derecho extranjero es, como tal, bidimensional normosociológico, extremo que no compartimos. Las referencias dikelógicas son por su parte un camino relevante para conjeturar el pronunciamiento del juez extranjero porque él podría tenerlas en consideración.

El complejo de valores culminante en la *justicia* con el que se constituye la dimensión dikelógica es un apoyo relevante para el desarrollo de la teoría del uso jurídico. Sobre todo si se piensa en la justicia como exigencia de brindar *posibilidades de desarrollo* y se la vincula con valores como el *amor*, la *utilidad*, la *verdad*, la *belleza*, etc. y, al fin, el valor supremo a nuestro alcance, la *humanidad*, el deber ser pleno de nuestro ser. Si se entiende al amor como la realización de uno porque el otro se realiza, la imitación de la juridicidad extranjera es una clara expresión de integración con ese valor. Asimismo la imitación habilita para la realización más plena de

los otros valores del elemento extranjero, culminando en la *humanidad*.

La imitación cuesta más esfuerzo y en cierto sentido es menos “útil” que las soluciones directas, pero entendemos que es en resumen más valiosa. En algunas materias, como la constitución de la persona humana, las familias, el trabajo, etc. la limitación del despliegue “utilitarista”, que viene empobreciendo la dignidad humana, es imprescindible. Esto no excluye que la utilidad pueda ser un valor a atender también con la intensidad que le brinde el Derecho a imitar. Cabe considerar la conjetura de una sentencia extranjera con alta carga de utilidad.

La justicia puede pensarse por diversos caminos que, siguiendo la tradición aristotélica, son denominados *clases de justicia*. En una clasificación de despliegue *trialista*, cabe reconocer que la imitación del Derecho extranjero se vincula más con la justicia *con consideración* de personas, distinta de la de meros roles; *polilogal*, diferente de la monologal y *particular* y no general. En cambio, la mera aplicación se relaciona más con la justicia sin consideración de personas (de meros roles), monologal y general. Como la justicia particular es más característica del Derecho Privado y la general es más característica del Derecho Público, cabe afirmar que la imitación del Derecho extranjero es más *privatista* que la aplicación. Conocer los caminos por los que el juez extranjero pensaría la justicia es un aporte relevante para conjeturar su sentencia.

La justicia, como valor, *funciona* a través de su *construcción*, su *asunción* y su *ejecución*. En la imitación el juez *fori* asume y ejecuta el funcionamiento que produciría el juez extranjero.

La justicia es una categoría “*pantónoma*”, referida a la totalidad de sus posibilidades. Como no somos omniscientes ni omnipotentes nos vemos en la necesidad de fraccionarla donde no podemos avanzar más, produciendo *seguridad*. La imitación del Derecho extranjero es un *desfraccionamiento* de las particularidades del elemento extranjero, un avance de la

justicia en su sentido. Se genera así cierta inseguridad para los elementos nacionales, pero mayor seguridad para los extranjeros. Considerar el tratamiento que, consciente o inconscientemente, daría el juez extranjero a la pantonomía de la justicia es una manera relevante para aportar a la conjetura. Valorar el Derecho extranjero es un sendero para conjeturar y comprender la sentencia.

Las valoraciones pueden ser favorecidas por *criterios generales orientadores* que, salvo circunstancias críticas, simplifican su funcionamiento. La referencia al Derecho extranjero es un criterio general orientador de gran relevancia, pero el recurso que en justicia se haga al orden público es un ejemplo de que puede entrar en crisis. El conocimiento de los criterios generales que emplea el juez extranjero puede ser de gran valor para la conjetura.

El material estimativo central de la justicia en el Derecho son las adjudicaciones, en tanto en la *Moral* lo son las virtudes y los vicios. En el horizonte moral importa desarrollar la *eticidad* del respeto al elemento extranjero y de la imitación de su Derecho. Conocer la eticidad que animaría al juez extranjero es de gran valor conjetural.

La consideración de la justicia del *reparto aislado* exige atender al valor respectivo en cuanto a *repartidores, beneficiarios, objetos, formas y razones*.

La justicia básica de la calidad de *repartidor* deriva de su *autonomía*, de las proyecciones, por ejemplo, arbitrales, democráticas, de gestión de negocios sin mandato, y excepcionalmente de la aristocracia por la superioridad moral, científica o técnica. La imitación del Derecho extranjero acerca a la *autonomía* de ese elemento, que es superior a la aristocracia que puede pretender el juez *fori*. Aunque el Derecho extranjero sea hecho autoritariamente, resulta en cierta medida autónomo porque es el marco de los sujetos respectivos.

La legitimidad de los *beneficiarios* puede producirse por los *méritos* de su conducta o los *merecimientos* de su necesidad, por la *fortaleza* o por la *vulnerabilidad*. El elemento extranjero es especialmente *vulnerable*, porque es difícil com-

prenderlo, y este título le brinda legitimidad para obtener la imitación de su Derecho. No se puede establecer a priori si el Derecho extranjero ha de beneficiar al fin al elemento extranjero, pero sí se sabe que lo resguarda de la posible agresión del poder fori.

Los *objetos* de reparto, potencia e impotencia, son justos si se resuelven con acierto la vida, la creatividad, el reconocimiento, la propiedad, la compañía, etc. La imitación del Derecho extranjero enriquece el despliegue de la vida de maneras especialmente calificadas en términos de *reconocimiento* y todo lo que éste conlleva, compañía, creatividad, propiedad, etc. La teoría del uso jurídico conduce a reconocer al elemento extranjero en la concreción de su propia vida.

Las *formas* de los repartos, en cuanto haya *audiencia* por imitación del Derecho referido, brindan más oportunidad de escucha para el elemento extranjero que la juridicidad fori.

La justicia de las *razones* de los repartos surge de la *fundamentación*. Para que ésta exista debe ser comprendida por los beneficiarios. Vale tener conciencia de que la remisión al Derecho extranjero puede exigir una fundamentación especialmente intensa para que sea comprendida por los elementos nacionales. Es claro que los elementos extranjeros pueden entender una fundamentación en *su propio Derecho* más que la que se remite al Derecho fori.

La justicia del *orden de repartos*, o sea del *régimen*, exige que éste tome a cada individuo como un *fin* y no como un medio, es decir, que sea *humanista* y no totalitario. El humanismo ha de ser preferentemente abstencionista y subsidiariamente intervencionista. La imitación del Derecho extranjero es más *abstencionista*, la aplicación es más intervencionista. La conjetura ha de atenerse a la abstención o a la intervención según lo haría el juez extranjero.

La realización del régimen de justicia requiere el empleo de diversos medios de *protección* del individuo. La imitación del Derecho extranjero protege al elemento extranjero contra el avance riesgosamente no comprensivo del Derecho fori. En la mera aplicación el resguardo es menor. Hay que am-

parar al elemento extranjero frente a la ilusión de omnisciencia del juez local.

#### B) *Especificidades de la tarea judicial*

Los rasgos comunes tridimensionales del mundo jurídico se especifican en cuanto a *alcances, dinámica y situaciones*. Estas especificidades particularizan el desempeño del juez local y facilitan la conjetura de la sentencia extranjera.

Los *alcances* se diversifican según sean *materiales, espaciales, temporales y personales*. Las especificidades materiales son *ramas* del Derecho. Las diferencias por los alcances de las respuestas significan particularidades en cuanto a la actividad del juez *fori* y que para poder conjeturar la sentencia extranjera hay que ubicarla en todas estas perspectivas. Es necesario situar la posible sentencia en la *materia* (civil, comercial, laboral, etc.); en cuanto al *espacio* (v. gr. según el sistema jurídico al que pertenezca el juez *causae*, occidental, ruso, musulmán, chino, japonés, etc.), conforme al *tiempo* (por ej. la mayor atención al pasado, el presente o el porvenir) y en cuanto a la *persona* (v. gr. según el modelo de juez Júpiter, Hércules, Hermes<sup>74</sup>, Eróstrato<sup>75</sup>, los 500 de Atenas que juzgaron a Sócrates, Pilatos, Caifás,<sup>76</sup> etc.). Dentro del complejo ju-

---

<sup>74</sup> OST, François "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez", trad. Iabel Lifante Vidal, en *Doxa*, N°14, 1993, p. 169 y ss., Recuperado de <https://doxa.ua.es/issue/view/1993-n14,19-2-2021>.

<sup>75</sup> CHAUMET, Mario Eugenio, "Juez Júpiter, Hércules, Hermes ... ¿y el riesgo de Eróstrato?", en *Investigación ... cit.*, N° 52, 2016/2017, pp. 13-39, Recuperado de <http://www.centrodefilosofia.org/investigacionydocencia52.htm>, 19-2-2021, Academia de Derecho, Recuperado de <https://bdp.academia.edu/MarioEChaumet>, 19-2-2021.

<sup>76</sup> Se puede *ampliar* en CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Una nota histórica sobre la tarea judicial", en *Revista del Centro de Investigaciones ... cit.*, N° 28, 2004/5, pp. 33-37, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/682/534>, 19-2-2021.

rídico, es muy relevante contar con una teoría del desempeño judicial<sup>77</sup>.

Consideración conjetural muy especial merecen las *ramas* jurídicas del Derecho aplicable. Hay que atender no solo al Derecho *de fondo* sino al *de forma* e incluso a la *organización de los tribunales*.

Los jueces a los que se aplican los *paradigmas* Júpiter y Hércules, por su deseo de grandiosidad, y Eróstrato, por su búsqueda “incendiaria” de notoriedad, pueden preferir la mera aplicación o la elaboración propia de soluciones materiales; los jueces que corresponden al modelo de Hermes pueden asumir con más facilidad el paradigma de imitación<sup>78</sup>. Los jueces del tipo de los 500 que condenaron a Sócrates se enojan por la inteligente defensa del acusado, en nuestro caso, los jueces se indignan con la superioridad que ven en la sentencia extranjera. Caifás se empecina en no comprender y procura la aplicación de su Derecho; Pilatos se desentendiendo de la imitación por su complejidad.

La *dinámica* de las respuestas nos indica que la imitación del Derecho extranjero significa una retracción de lo que podría ser la aplicación del Derecho nacional (minusmodelación del Derecho *fori*) y en relación con ésta una expansión del Derecho extranjero (plusmodelación del Derecho *causae*). En cambio, la aplicación del Derecho nacional significa una retracción del Derecho extranjero y una expansión del Derecho *causae*. Es esperable que la percepción de retracción del propio Derecho y la expansión del extranjero provoquen

---

<sup>77</sup> Es posible ampliar en nuestros trabajos *Filosofía de la Jurisdicción - Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1092/996>, 4-1-2021; POSNER, *op. cit.*; FRANK, Jerome, *Courts on Trial*, Princeton: Princeton University Press, 1973; CALABRESI, Guido, *Ideals, beliefs, attitudes and the Law*, Nueva York, Syracuse University, 1985.

<sup>78</sup> Como “comunicación”.

ciertas inseguridades en el juez *fori*, pero seguridad no es justicia.

Las *situaciones* que corresponden a la imitación del Derecho extranjero son de relacionamiento en coexistencia de unidades (Estados, culturas) independientes. La aplicación, según hace funcionar el Derecho extranjero el juez *fori*, corresponde a un relacionamiento en que el Derecho *fori* domina y desintegra al Derecho declarado aplicable.

### **III. Conclusión**

El Código Civil y Comercial resuelve con acierto, según lo sugiere la teoría del uso jurídico, que los jueces están obligados a interpretar el derecho extranjero aplicable como lo harían los jueces del Estado al que ese Derecho pertenece. Deben conjeturar e imitar la solución que el caso tendría en el Derecho declarado aplicable. Esta imitación es parte muy relevante de la estrategia iusprivatista internacional argentina. La teoría trialista del mundo jurídico brinda importantes perspectivas para la conjetura imitativa del Derecho extranjero.



# DESAFÍOS DE LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

**Luciana B. Scotti\***

*L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les  
maximes générales du droit: d'établir des principes fé-  
conds en conséquence, et non de descendre dans le détail  
des questions qui peuvent naître sur chaque matière.  
C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de  
l'esprit général des lois, à en diriger l'application*  
(Jean-Etienne-Marie Portalis, Discours Préliminaire  
sur le Projet de Code Civil de 1804)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. MÉTODO CONFLIC-  
TUAL Y "CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN": HACIA LA FLEXI-  
BILIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO;  
3. LA CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN EN EL DERECHO COM-  
PARADO; 4. LA "CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN EN EL DE-  
RECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO. AL-  
CANCE Y CONDICIONES DEL ARTÍCULO 2597 DEL

---

\* Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Magíster en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires con tesis sobresaliente, recomendada al Premio "Facultad" (Área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Titular de Derecho Internacional Privado y profesora adjunta de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Investigadora Categoría I. Vicedirectora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Secretaria de Investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad. lucianascotti@derecho.uba.ar

CCCN; 5. CLÁUSULAS DE EXCEPCIÓN ESPECIALES. SITUACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO; 6. INTERPRETACIONES DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA. 7. FLEXIONES FINALES.

## **1. Introducción**

El Derecho internacional privado (DIPr) de nuestros días se desenvuelve ante una realidad muy distinta a aquella de sus orígenes en la Edad Media y de su posterior desarrollo en la Edad Moderna. En el Siglo XXI, algunos de los pilares elementales sobre los que se construyó han desaparecido, o se han transformado.

Es una disciplina, sin dudas, más compleja porque tiene que responder a casos pluriconectados cada vez más frecuentes propios de una sociedad global, integrada a la par que multicultural. La pluralidad de sectores y de finalidades; el dialogo de fuentes; el pluralismo metodológico; la dilución entre lo público y lo privado; el inevitable avance de la autonomía de la voluntad, incluso en ámbitos otrora insospechados; la importancia del “conflicto de jurisdicciones” aún por sobre el clásico “conflicto de leyes”; el rol protagónico de la cooperación jurídica internacional, así como la materialización de sus soluciones principalmente como consecuencia del debido respeto a los derechos humanos, son algunas de las características que hoy guían al Derecho internacional privado.

Ese denominador común, configurado por la garantía de los derechos fundamentales, que atraviesa todas las disciplinas jurídicas, pero también la vida de cada persona y de cada familia, ha contribuido a un DIPr más humano, que ha dejado atrás la rigidez inherente a la justicia conflictual y localizadora tradicional así como su apología de la neutralidad, para atender al contenido sustancial de las soluciones en la búsqueda de una justicia material.

El Derecho internacional privado argentino se halla consustanciado con estas tendencias a través de la inclusión de reglas que procuran el acceso efectivo a la justicia, que exigen, cual

deber, la cooperación jurídica internacional así como de soluciones más razonables y justas en el sector de derecho aplicable a través de correcciones al método conflictual como la cláusula de excepción, de alcance general, y especial para algunas materias; las normas materialmente orientadas; la excepción de orden público internacional restringida a la vulneración de principios fundamentales como el interés superior del niño, entre las más destacadas.

En esta oportunidad, nos detendremos en el funcionamiento y alcances de la llamada “cláusula de excepción” prevista en el artículo 2597 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), dado que es una de las innovaciones más notorias que ha aportado la reforma a la Parte General de nuestra disciplina.

En ocasiones, el legislador selecciona puntos de conexión con un elevado nivel de rigidez, pues al pretender minimizar la discrecionalidad judicial provoca que la norma de conflicto tenga especial dificultad para adaptarse a la realidad del caso. Una forma de resolver este inconveniente es la inclusión de una cláusula de excepción, mediante la cual el legislador espera corregir la remisión a una ley que no cumple con el objetivo de la norma de conflicto<sup>1</sup>.

En efecto, en pos de la flexibilización del Derecho internacional privado, a través de una “válvula de escape”, sin abandonar el proceso de localización, se procura hacer frente a esa rigidez de las conexiones de la norma de conflicto, que en determinadas circunstancias pueden designar un ordenamiento jurídico con escasa vinculación con el caso concreto produciendo soluciones indeseables. En tales supuestos, el juez podrá recurrir a otro derecho con el que la situación presente inequívocamente “vínculos más estrechos” respecto del designado por la norma de conflicto. Se encamina hacia la corrección de la

---

<sup>1</sup> MARTÍNEZ LUNA, William F., *La ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección. El artículo 4 del Reglamento Roma I*. Tesis doctoral. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Derecho Social e Internacional Privado, 2002.

norma indirecta desde la propia lógica de la justicia conflictual (principio de proximidad).

Tras diez años de vigencia del CCCN, es de interés analizar la doctrina y la jurisprudencia sobre esta disposición, que lució tan novedosa para el derecho argentino, aunque no lo era para los estudiosos del derecho comparado. Veamos.

## **2. Método conflictual y “cláusula de excepción”: hacia la flexibilización del Derecho Internacional Privado**

El método clásico y característico del Derecho internacional privado es el método indirecto o conflictual que busca soluciones a los casos iusprivatistas internacionales a través de la llamada norma indirecta, de colisión o de conflicto. Sin embargo, en la actualidad existe amplio consenso respecto de la existencia de otros métodos, que sin rivalizar con aquél, lo complementan. Nos referimos, principalmente, al método directo que resuelve aquellos conflictos en forma inmediata a través de normas materiales, sustanciales, directas, así como, por otro lado, a las llamadas normas de policía o de aplicación inmediata y finalmente, a las normas de reconocimiento.

En principio, puede afirmarse que:

si lo que se pretende es dar una ‘solución básica’ o ‘solución general’ se emplearán normas de conflicto; si se pretende dar una ‘solución especializada’ a un aspecto concreto se utilizarán normas materiales especiales o las normas de extensión<sup>2</sup>.

Ahora bien, el método conflictual, de atribución o indirecto, cuyo desarrollo lo debemos a Savigny, no provee una regulación directa de la situación privada internacional, sino que procura localizar territorial, geográfica e idealmente la relación jurídica en uno de los diversos ordenamientos jurídicos razona-

---

<sup>2</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria - Sonia RODRÍGUEZ JIMÉNEZ *Derecho internacional privado. Parte general*, México: Nostra ediciones, 2010, p. 136.

blemente conectados con aquélla. El orden jurídico indicado por la norma indirecta, a través del llamado punto de conexión, será el encargado de brindar la regulación jurídica del caso. Aquél podrá recaer en el derecho local, o bien en el derecho extranjero, cuya aplicación podrá encontrar límites, como cuando se configure un fraude a la ley, o bien cuando se encuentre vulnerado el orden público internacional del foro.

La estructura de la norma indirecta se compone de un supuesto de hecho que es una categoría jurídica (relaciones o situaciones jurídicas) relativamente amplia, de un punto de conexión y de una consecuencia jurídica.

Las categorías, otrora muy abarcativas, en la actualidad tienden a especializarse, fraccionándose en distintos aspectos, para el logro de soluciones más justas y razonables. Es decir, en cambio de generalizar, por ejemplo, con categorías como matrimonio, o sucesiones, se distingue entre la validez, los efectos y la disolución del vínculo matrimonial, o se diferencia entre sucesión *ab intestado* y testamentaria.

A su turno, el punto de conexión es el elemento que identifica a una norma indirecta como tal. Representa un vínculo, una relación entre la situación privada internacional y el derecho de un país que resultará aplicable. Su función es localizar, focalizar, remitir, enviar, conducirnos a un determinado ordenamiento jurídico, del cual se desprenda la solución material del caso. Este sistema jurídico podrá ser el del foro (*lex fori*) o el de otro Estado (un derecho extranjero).

La doctrina ha destacado que:

la inserción de este elemento en la norma de conflicto es el más delicado de los tres desde que debe recoger en sus términos una proximidad entre la situación jurídica internacional y el ordenamiento jurídico estatal señalado. Así las cosas, el Poder Legislativo debe ser cuidadoso y tener como puntos de referencia indiscutibles dos criterios: la proximidad entre el supuesto y el sistema jurídico seleccionado así como la defensa de los distintos

intereses que puedan estar presentes en el supuesto de hecho controvertido<sup>3</sup>.

Cabe señalar que el método conflictual ha recibido a lo largo de los años severas críticas: principalmente se sostiene contra las normas indirectas que suelen estar formuladas en términos muy generales y abstractos, que establecen soluciones excesivamente rígidas y que se remiten ciegamente al derecho de un Estado sin tener en cuenta su contenido, por lo que frecuentemente, mediante su aplicación, se puede llegar a una solución injusta.

Esta crisis del método conflictual llevó a un paulatino proceso de materialización, especialización y flexibilización del Derecho Internacional Privado que ha permitido afirmar un cambio de paradigma, que se caracteriza por el pluralismo metodológico<sup>4</sup>.

En tal inteligencia, Calvo Caravaca y Carrascosa González advierten que la norma de conflicto clásica, caracterizada por ser una norma general, neutra, automática y multilateral, tal como la diseñara Savigny, “ha evolucionado en varios sentidos para poder así proporcionar una mayor Justicia en el caso concreto (...) la norma de conflicto del Siglo XXI ha dulcificado sus caracteres a través de tres procesos: la especialización, la materialización y la flexibilización...”<sup>5</sup>.

Respecto a la tendencia a la flexibilización, que es la nos interesa a los fines de este trabajo, en la segunda mitad del siglo XX se insistió en la justicia propia del DIPr (conflictual), inhe-

---

<sup>3</sup> Ídem, p. 141.

<sup>4</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international Privé”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 287, 2000, pp. 9-426.

<sup>5</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis - JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, decimoctava edición, Granada: Ed. Comares, 2018, p. 206.

rente al procedimiento de localización que se realiza mediante la aplicación de la "ley más próxima" según criterios espaciales<sup>6</sup>.

Paul Lagarde, en su célebre Curso General de la Academia de La Haya de Derecho Internacional: "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", se refería al principio de proximidad como la respuesta europea a la "revolución americana" en los siguientes términos:

"Ce principe exprime simplement l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, du rattachement d'un litige aux tribunaux d'un Etat avec lequel il présente, sinon le lien le plus étroit, du moins un lien étroit, enfin d'une subordination de l'efficacité d'une décision à l'étroitesse des liens qui la rattachent à l'autorité qui l'a prise"<sup>7</sup>.

En efecto, después de la Segunda Guerra Mundial en Estados Unidos se registró una profunda reacción doctrinaria contra el método conflictual, dirigida a:

focalizar la atención en soluciones de naturaleza sustancial que debían ser aplicadas ante un caso dado, priorizando las estrechas vinculaciones del caso con determinado sistema jurídico. Aparece la preocupación por detectar las *most closest connections* o las *most significant relationships* y la recomendación de un cartabón de posibles conexiones flexibles del caso con diversos sistemas jurídicos, que podía ser seguido por el juez para determinar

---

<sup>6</sup> RABINO, Mariela C., "Hacia la flexibilización", en *Sistema Argentino de Información Jurídica*, 2018, Id SAIJ: DACF180126.

<sup>7</sup> LAGARDE, Paul, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain Cours général de droit international privé", en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 196, 1986, p. 25

aquel derecho sobre el que el caso se proyectase mayor número de veces y que, por su estrecha vinculación con la relación jurídica, pudiese ser indicado como el más justificado para brindar su solución, con el consiguiente apartamiento de criterios rígidos predeterminados<sup>8</sup>.

De hecho, existen variantes de esta misma tendencia de flexibilización: desde la previsión legislativa de puntos de conexión abiertos, concretados por el juez en cada caso en particular, pasando por la búsqueda de la “most real connection” o del “lien le plus troit” de las situaciones jurídicas con un determinado sistema jurídico. Este principio de proximidad, en definitiva, puede tener una función atributiva o correctiva. En el primer supuesto, se instituye como regla general que la ley que rige el caso es la que presenta lazos más estrechos con la situación privada internacional. Esta variante puede estar acompañada de una orientación del legislador, en el sentido de señalar la ley que presumiblemente presente los mayores contactos con el caso<sup>9</sup>.

En el segundo supuesto, en cambio, la función es correctiva pues el sistema se sigue cimentando en normas de conflicto con puntos de conexión tradicionales y por ende, rígidos pero el legislador prevé una excepción que habilita al juez a aplicar una ley distinta de la designada por esas normas de indirectas clásicas si el caso tiene vínculos más estrechos con otro ordenamien-

---

<sup>8</sup> UZAL, María Elsa, “El pluralismo en el Derecho Internacional Privado como una necesidad metodológica”, en *El Derecho*, 161, 1995, p. 1058. La doctrina suele asociar a la teoría de los vínculos más estrechos, o teoría de la proximidad con el célebre caso “Babcock v. Jackson” (New York Court of Appeals, 1963), donde resultaba ostensible la insuficiencia de la conexión *lex loci delicti* frente al domicilio común de actores y víctimas en un accidente de tránsito en el que la víctima había sido transportada gratuitamente.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, “Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma en conflicto”, en *Revista española de derecho internacional*, 67 (2), 2015, pp. 83-109.



to jurídico. Opera como una cláusula de excepción o válvula de escape, que podrá tener alcance general o especial para algunas materias determinadas.

En palabras de Bernard Audit,

Le rattachement prédéterminé le mieux conçu peut cependant parfois se révéler mal adapté au cas précis. C'est pourquoi la pratique bilatéraliste contemporaine se montre parfois ouvertement flexible: soit en abandonnant la méthode du rattachement prédéterminé et en se référant directement à la loi des liens les plus étroits; soit en assortissant un rattachement prédéterminé d'une clause de sauvegarde permettant de lui faire exception<sup>10</sup>.

Como bien lo indica su propia denominación, la aplicación es de carácter excepcional, y por ende, su interpretación debe ser restrictiva.

Este alcance restringido exige una fundamentación sólida acerca de que la situación presenta un vínculo más estrecho con otro Derecho diferente del designado por la regla de conflicto, y que, además, tiene lazos muy poco relevantes con el indicado por el punto de conexión de la norma indirecta aplicable al caso.

Un sector importante de la doctrina prefiere desterrar su nominación como “cláusula o válvula de escape”, pues el problema del funcionamiento de esta norma será que los operadores jurídicos comprendan acabadamente su carácter excepcional y no busquen “escapar” del Derecho internacional privado y,

---

<sup>10</sup> BERNARD, Audit, “Le droit international privé à la fin du XXe siècle: progrès ou recul”, en *Revue internationale de droit comparé*, 50 (2), 1998, p. 425.

por ende, eludir el derecho extranjero para recurrir siempre al derecho de foro<sup>11</sup>.

Es importante insistir en que las cláusulas de excepción son una expresión del principio de proximidad dado que la búsqueda de localizar el derecho que tenga los vínculos más estrechos con la situación privada internacional, obedece a la lógica de la justicia conflictual, y en consecuencia, la corrección de la norma de conflicto de aplicación al caso no puede fundarse en la consecución de un resultado material más razonable, sino en la mayor proximidad o vinculación del supuesto con una de las leyes en juego, sin importar (en principio) su resultado material. Volveremos sobre este punto.

### 3. La cláusula de excepción en el Derecho comparado

Varios cuerpos normativos de fuente interna consagran dentro de sus disposiciones de Derecho Internacional Privado, las llamadas cláusulas de excepción. Así, la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987, en su artículo 15 trae la denominada “*exception clause*” en los siguientes términos:

“1. Le droit désigné par la présente loi n’est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l’ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n’a qu’un lien très lâche avec ce droit et qu’elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit. 2. Cette disposition n’est pas applicable en cas d’élection de droit”.

Tal como podemos observar, esta previsión de la ley suiza es muy similar a nuestro artículo 2597 CCCN. En efecto, es una cláusula de excepción general, ya que se aplica a todas las normas de conflicto previstas sin perjuicio de la índole de la situa-

---

<sup>11</sup> FEUILLADE, Milton C., “Aplicación del derecho extranjero en el Código Civil y Comercial, con especial referencia a los elementos culturales”, en *Prudentia Iuris*, 83, 2017, p. 186.

ción o relación jurídica, excepto cuando se admite la autonomía conflictual.

Este modelo de cláusula de excepción de alcance general incluye una doble consideración: 1) que el asunto en cuestión tenga un vínculo muy débil con el Derecho designado por la norma de conflicto y, 2) que cuente con un vínculo mucho más estrecho con otro ordenamiento. Es decir, ambos extremos deben configurarse para poner en marcha su aplicación.

A su turno, el estudio de la jurisprudencia suiza revela que las situaciones en las que se ha aceptado el recurso a la cláusula de excepción constituyen casos de una gran dispersión de vínculos con muchos Estados, ninguno de los cuales puede considerarse predominante.

Así, el primer caso que llegó a los tribunales se trataba del divorcio de cónyuges naturalizados en los Estados Unidos de América que, después de haber vivido de 1960 a 1962 en Texas, se trasladaron diez veces al extranjero y a Estados Unidos. Finalmente se radicaron en Suiza de 1979 a 1984, período en el que el vínculo matrimonial comenzó a deteriorarse. El Tribunal Federal consideró que, de todos los vínculos, el más fuerte era el que tenía con Suiza, donde los cónyuges habían convivido durante cinco años, los últimos de su vida juntos, seguidos de la partida de la mujer a Alemania. El Tribunal Federal descartó la aplicación de la ley texana, en sí misma aplicable como ley nacional común, en favor de la ley suiza<sup>12</sup>.

A esta altura, podríamos preguntarnos: ¿había otro argumento además de la proximidad para aplicar el derecho suizo en este caso?

Andreas Bucher, Profesor Honorario de la Universidad de Ginebra, analiza la jurisprudencia suiza y advierte un objetivo funcional en la aplicación práctica de la cláusula de excepción, en tanto el criterio del “vínculo más estrecho”, no fue determinante en su única función de “localizar” para aportar la solu-

---

<sup>12</sup> II<sup>e</sup> Cour civile, “W. contre dame W”, 27 de enero 1992, ATF 118 II 79.

ción. La apuesta, admite el experto, está en otra parte y está vinculada al derecho material<sup>13</sup>.

En el caso descripto, de hecho, la ley texana no permitía que el juez otorgara una pensión alimentaria a un cónyuge divorciado, mientras que en la ley suiza, la esposa podía obtenerla, en aquel entonces, sin una limitación temporal. Ante el Tribunal Supremo Federal, esta era la cuestión aún en disputa.

Al respecto, Bucher reflexiona que fue ciertamente debido a la tensión entre el contenido respectivo de las leyes de Texas y Suiza que el Tribunal Federal tuvo que reconsiderar la ley aplicable. Cuando se enfrentan a soluciones de derecho sustantivo muy alejadas unas de otras, el “conflicto de leyes” no es solo una cuestión de “proximidad”. La cuestión se articula, de manera más funcional y teleológica, en términos de los respectivos intereses de los Estados involucrados en la controversia para que su derecho se aplique o no<sup>14</sup>.

Por otro lado, el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica de 2004, en su artículo 19 prevé una cláusula de excepción similar a la de la ley suiza:

§ 1er. Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre Etat.

Lors de l'application de l'alinéa 1er, il est tenu compte notamment:

---

<sup>13</sup> BUCHER, Andreas, “La clause d'exception dans le contexte de la partie générale de la LDIP”, en *La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après. Actes de la 21e Journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne*, Ginebra: 2009, pp. 59-74.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

- du besoin de prévisibilité du droit applicable, et
- de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des Etats avec lesquels cette relation présentait des liens au moment de son établissement.

§ 2. Le § 1er n'est pas applicable en cas de choix du droit applicable par les parties conformément aux dispositions de la présente loi, ou lorsque la désignation du droit applicable repose sur le contenu de celui-ci.

Esta disposición presenta dos importantes límites: la cláusula no puede ser empleada cuando las partes han escogido la ley aplicable, ni tampoco cuando la designación de la ley “depende del contenido del Derecho aplicable”.

Oportunamente, la introducción de esta novedad al derecho belga fue objeto de críticas. Sobre todo, son de interés las observaciones que había realizado el Consejo de Estado a propósito de una versión anterior y más liberal del texto que lo llegó a afirmar que la cláusula socava tan seriamente la firmeza de las reglas del proyecto que compromete su utilidad.

La doctrina especializada ha indicado que son pocos los supuestos en los cuales podría recurrirse al artículo 19. Las primeras limitaciones se corresponden con los supuestos en que se admite la autonomía de la voluntad, no solamente en el ámbito contractual, sino también en materia de divorcio, régimen matrimonial, alimentos, sucesiones, obligaciones extracontractuales, obligaciones cuasi contractuales, compromiso por declaración unilateral de voluntad y fideicomiso. La doctrina ha advertido que el alcance de la cláusula de excepción está severamente limitado por esta lista y reflexiona si la cláusula también se

aplicará cuando el tribunal concluya que existe una elección implícita pero cierta de las partes a favor de una ley nacional<sup>15</sup>.

Además de las exigencias clásicas de este tipo de cláusulas, la disposición belga excluye la puesta en marcha de la cláusula de excepción “lorsque la désignation du droit applicable repose sur le contenu de celle-ci”, condición que fue añadida ante las observaciones del Consejo de Estado. Esta limitación se configura principalmente en supuestos de normas de conflicto con conexiones alternativas, materialmente orientadas. Volveremos sobre esta limitación en relación con el derecho argentino.

La válvula de escape también está prevista en el Código Civil de Quebec de 1991, en similares términos a nuestra legislación:

À titre exceptionnel, la loi désignée par le présent livre n'est pas applicable si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre État. La présente disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique (artículo 3082).

Otras modernas legislaciones han incorporado una norma de semejante tenor: el artículo 2 de la Ley de DIPr de Eslovenia de 1999; el artículo 1.11.3 del Código Civil de Lituania de 2000; el artículo 3 de la Ley de DIPr de Macedonia de 2007.

A su turno, en el ámbito del derecho supranacional de la Unión Europea encontramos el artículo 4.3 del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) (cuyo antecedente es el artículo 4.5 del Con-

---

<sup>15</sup> WAUTELET, Patrick, “Chronique de droit international privé: le Code de droit international privé”, en *Recent developments in Belgian private international law: the Code of Private International Law*, 2005, pp. 7-106.

venio de Roma de 1980). Este precepto contiene una cláusula que permite dejar de aplicar la ley establecida bajo las normas de conflicto generales en materia contractual: si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.

Asimismo, el artículo 4.3 del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II") indica que si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la Ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión.

Más recientemente, el Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo dispone en el artículo 21.2 que si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1 (ley de la residencia habitual al tiempo del fallecimiento), la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado.

Tal como podemos apreciar, el derecho comunitario europeo ha optado por incluir cláusulas de excepción de alcance especial, según la materia y siempre que no medie ejercicio de la autonomía de la voluntad.

#### **4. La “cláusula de excepción en el Derecho internacional privado argentino. Alcance y condiciones del artículo 2597 del CCCN**

El Código Civil y Comercial de la Nación incorporó la cláusula de excepción al Derecho internacional privado argentino, en los siguientes términos:

Artículo 2597 CCCN: Cláusula de excepción.  
Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. No obstante, esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

Evidentemente, nuestro legislador también ha procurado flexibilizar el sistema clásico de conexiones rígidas. En efecto, los redactores del Anteproyecto señalaron que “se han preferido soluciones que sean a la vez sencillas y de cierta flexibilidad, a fin de favorecer el equilibrio entre la certeza y la necesidad de adaptación particular al caso, muchas veces rebelde a encuadramientos rígidos”. La norma que analizamos, a todas luces, es el mejor exponente de esta orientación de las disposiciones de Derecho internacional privado del Código Civil y Comercial de la Nación.

Como advierte Menicocci:

esta norma es una verdadera revolución en el DIPr argentino: la posibilidad de que los jueces puedan marginar el derecho que declara aplicable la norma de colisión cuando el caso carece de relación con el derecho del estado cuya aplicación la



norma indirecta reclama. Se intenta, de esta manera, abrir nuestro DIPr de conexiones rígidas hacia un sistema de DIPr flexible, con un considerable aumento de la discrecionalidad judicial (...). La disposición es, quizá, la más esperada por los académicos y la menos aplaudida por los profesionales. Y ello porque mientras una fina intuición puede advertir que la localización espacial designada en la norma indirecta es poco significativa frente a otros elementos que se presentan en el caso, no es de esperar igual reflexión y conclusión por parte de quienes no están familiarizados con el DIPr y no dudan en echar mano a la poca relevancia de la extranjería para aplicar derecho local<sup>16</sup>.

Es de interés advertir que no encontramos ninguna norma equivalente en el Código Civil derogado, ni en el derecho argentino en general. Tampoco hallamos doctrina o jurisprudencia uniforme al respecto. Los anteriores proyectos de reforma de las normas de DIPr no habían previsto una “cláusula de excepción”. Sin embargo, tal como vimos, el panorama en el Derecho comparado nos permite extraer varios antecedentes de nuestro artículo 2597 CCCN.

### **I. Condiciones y límites**

El artículo 2597 CCCN, le brinda al juez una válvula de escape para aquellos casos en los que la norma indirecta lo conduzca a un derecho poco vinculado, en tanto otro ordenamiento jurídico, en cambio, se presenta estrechamente relacionado a la situación jurídica planteada.

---

<sup>16</sup> MENICOCCI, Alejandro A., *Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Relato presentado al XXVIº Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, San Miguel de Tucumán: 2014. p. 29.

Sin embargo, la disposición es rigurosa, pues es una atribución excepcional que tiene a su alcance el juzgador, en tanto: 1) del conjunto de las circunstancias de hecho del caso resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho, 2) presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, 3) la aplicación de este derecho resulta previsible y, 4) bajo las reglas de dicho derecho, la relación se ha establecido válidamente.

Además, el juez no podrá recurrir a esta cláusula de excepción cuando las partes han elegido el derecho aplicable en virtud de la autonomía de la voluntad.

Esta exclusión se podrá configurar, normalmente, en materia contractual. Sin embargo, en la actualidad, el ámbito de la autonomía de la voluntad se ha ampliado notoriamente. En el DIPr argentino, lo podemos advertir en el área de las obligaciones alimentarias (artículo 2630, segundo párrafo, CCCN) y en el régimen patrimonial del matrimonio (artículo 2625 CCCN).

Por otro lado, en principio, en las normas materialmente orientadas, no corresponde aplicar la cláusula de excepción. Las primeras corrigen la excesiva neutralidad y abstracción de la norma indirecta, a través de la lógica de la justicia material. La segunda, como vimos, corrige la extrema rigidez de las normas indirectas clásicas, a través del propio método de la justicia conflictual (proximidad). Prevalece, entonces, la orientación material, sobre la corrección conflictual.

Tampoco corresponde recurrir a la cláusula de excepción para resolver problemas de interpretación de las normas vigentes ni para colmar lagunas del derecho.

*a. La cláusula de excepción no opera como un límite a la aplicación del derecho extranjero*

Ahora bien, se pueden detectar al menos dos confusiones en las que no se debe incurrir. En primer lugar, la cláusula de excepción no debe utilizarse para aplicar el derecho argentino (*lex fori*), pues no opera como un límite a la aplicación de un derecho extranjero. Lo importante es cuál dere-

cho tiene vínculos más estrechos, sin importar que sea el propio o uno ajeno.

La aplicación de la cláusula de excepción no admite la arbitrariedad judicial. El magistrado debe comparar la proximidad de la situación con la ley designada por la norma de conflicto, y la que presenta con otro derecho que pudiera estar mucho más vinculado. Únicamente descartará la ley aplicable en virtud del funcionamiento de la norma indirecta, cuando se han advertido elementos claros que vinculan el caso más estrechamente con otro ordenamiento jurídico. Es necesario evitar cualquier tipo de tendencia legeforista, que tergiversaría el espíritu de este mecanismo correctivo excepcional.

*b. La cláusula de excepción no supone una valoración material*

Existe una segunda confusión muy frecuente en torno al instituto bajo análisis. La válvula de escape exige que el derecho que se aplique sea siempre el que presente vínculos muy estrechos. No presupone una valoración material de contenidos de los ordenamientos vinculados. La cláusula de excepción está desprovista, en principio, de cualquier connotación material o indiciaria hacia la consecución de determinados valores, protección de concretos intereses u obtención de resultados precisos.

No toda la doctrina es pacífica en relación a esta última afirmación. En tal sentido, se sostiene que cuando se habla de la conexión más estrecha, de otra ley más vinculada, de la agrupación de contactos, no se hace referencia a una medición puramente cuantitativa de los elementos de conexión. Si unos valen más que otros, cabe preguntarse acerca de los condicionantes de la valoración. Y la respuesta, admite un sector doctrinario, debe apuntar de manera exclusiva hacia consideraciones de carácter material y no fruto de meras si-

tuaciones de oportunidad. En rigor, deben ser consideraciones de justicia y no de carácter coyuntural<sup>17</sup>.

Sin embargo, cuando el Derecho Internacional Privado busca un determinado resultado ponderado en términos valorativos, tiene otros recursos como el método directo o material, el método de autoelección, o dentro del método conflictual, las normas indirectas materialmente orientadas.

*c. Relación con otras instituciones*

En lo que concierne a otras instituciones clásicas de la Parte General del Derecho Internacional Privado, corresponde realizar algunas consideraciones que permitan una adecuada sistematización con la cláusula de excepción.

Por un lado, la cláusula escapatoria no puede ser invocada ante una norma internacionalmente imperativa del foro que resulte aplicable, ya que estas se imponen e impiden el juego de la norma indirecta y de la lógica conflictual, en la que se inserta en definitiva este tipo de disposición excepcional.

¿Y si por vía de la cláusula de excepción llegamos a un derecho incompatible con los principios fundamentales del derecho argentino? En este caso, estaríamos ante el límite clásico del orden público internacional. Es decir que por vía de la cláusula de excepción se llegaría a un derecho extranjero incompatible con los principios esenciales del foro. En tal caso, se neutralizaría, al menos parcialmente, el funcionamiento de la válvula de escape que conduce a un derecho foráneo más vinculado, pues se impondría el resguardo de nuestro orden público internacional.

En lo que concierne al fraude a la ley, la introducción de una cláusula de escape vuelve prácticamente inoperante el recurso al fraude, pues los interesados ya no tienen a disposición una conexión precisa y previsible, sino que dependen

---

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "Orientaciones del derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 9, 2000, pp. 7-32.

del razonamiento del juez a quien el legislador ha confiado determinar *in concreto* la ley que presente los lazos más estrechos con el caso. En ese supuesto, una “cláusula escapatoria” bastará como correctivo eficaz de todo intento de eludir la normal competencia de la ley “más próxima”<sup>18</sup>.

En relación con el reenvío, cabe señalar que debe prevalecer la finalidad de la cláusula de excepción, y hacer que se abandone la remisión, en todos los casos en que la ley designada por la norma de conflicto del derecho extranjero aplicable (sea la *lex fori* por reenvío de primer grado, o la de un tercer Estado, por un reenvío de segundo grado), tenga vínculos muy débiles con la situación y que, por otro lado, existan vínculos claramente más estrechos con otro Estado. Esto implica que la cláusula correctiva restringiría el alcance del reenvío.

## **5. Cláusulas de excepción especiales. Situación en el derecho argentino**

Las cláusulas de excepción proyectadas a situaciones concretas han gozado de mayor aceptación y han demostrado su operatividad, de ahí su acogida favorable como elemento corrector.

La especialización de las cláusulas de excepción no supone que su función sea similar en todos los casos, pues pueden funcionar o bien en tanto normas reguladoras de situaciones concretas, o bien, más propiamente, como instrumentos correctores.

En ocasiones, son cláusulas de escape sustitutorias de las normas de conflicto, o cláusulas de excepción cerradas, que acuden a la ley que presente los vínculos más estrechos para resolver la imposibilidad material de aplicación del derecho extranjero, o actuando como cláusula de cierre ante la imposibilidad de aplicar otras conexiones al respecto. Varios de estos

---

<sup>18</sup> NAJURIETA, María Susana, “Fraude en el Derecho Internacional Privado”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 4, 1993, pp. 305-321. Cita digital: RC D 2548/2012.

ejemplos los encontramos en el derecho de la Unión Europea, tal como hemos visto.

Además, algunas cláusulas de excepción especiales se combinan con orientaciones materiales. En este sentido, es ilustrativo el artículo 15 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, que si bien prevé como regla la aplicación de la ley de residencia habitual del niño, admite que las autoridades competentes, *en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera*, excepcionalmente apliquen o tomen en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho (el destacado no pertenece).

El Derecho internacional privado argentino, de fuente interna, contiene dos disposiciones de esta naturaleza. Dada su especialidad, debe colegirse que priman por sobre la cláusula de alcance general prevista en el Capítulo 1 (Disposiciones generales) del Título IV del Libro Sexto CCCN.

Por un lado, encontramos el artículo 2639 CCCN sobre responsabilidad parental:

Todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes.

Fácilmente se puede apreciar que, a diferencia del artículo 2597 CCCN, esta disposición contiene una expresa orientación material. Además, exige vínculos relevantes, no “muy estrechos”, y finalmente es una consideración que puede tener el juez. Es una mera facultad judicial. Advertimos la evidente similitud con el artículo 15 del Convenio de La Haya de 1996.

A su turno, el artículo 2653 prevé una cláusula de excepción en materia de contratos:

Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos.

Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso. Es decir que el artículo 2653 complementa al artículo 2652 (Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes), pero nunca al 2651 CCCN (Autonomía de la voluntad). Tal como podemos apreciar, exige expreso pedido de parte y el juez está facultado, no obligado a recurrir a esta vía excepcional.

Al respecto, Adriana Dreyzin de Klor expresa que:

“los vínculos más estrechos” es un concepto esquivo plausible de diversos significados que no puede interpretarse solo atendiendo a índices de proximidad estrictamente geográficos. Así, verbi gratia, la mención de: domicilio o residencia habitual de las partes; lugar de celebración del contrato; lugar de cumplimiento; lugar de situación de los bienes objeto del negocio o derechos objeto de la relación no son conexiones que asumen valor en sí mismas. En todo caso, el alcance depende del grado de vinculación jurídica y económica que ameriten en función de un contrato en particular. Por este motivo la influencia puede variar en relación con el tipo de contrato y su naturaleza. O sea que el entendimiento que cobra significación específica no es la circunstancia geográfica sino la medida en que la vinculación da respuesta a la seguridad del tráfico, a las exigencias de eficiencia eco-

nómica, y al factor previsibilidad de las partes en orden al objetivo económico jurídico de un contrato en el caso concreto<sup>19</sup>.

En relación con los contratos de consumo, respecto de los cuales, está vedada la autonomía de la voluntad en el DIPr argentino, corresponde la aplicación de la cláusula de excepción de alcance general prevista en el artículo 2597 CCCN, dado que no hay previsión especial en la Sección 12 destinada a su regulación en los artículos 2654 y 2655.

## **6. Interpretaciones de la jurisprudencia argentina**

En pocas ocasiones, hasta el momento, nuestros tribunales han recurrido a la cláusula de excepción.

Un primer pronunciamiento recayó en autos “D., C. c. P., M. s/cesación de cuota alimentaria”, resuelto en fecha 23 de diciembre de 2015 por el Tribunal Colegiado de Familia Nº 5, Rosario. En este caso, M. P. y C. D. celebraron matrimonio en Italia, donde luego de varios años se separaron sin disolución del vínculo y estipularon un acuerdo de alimentos a favor de la esposa. El matrimonio, la separación y los alimentos se sometieron a la ley italiana. Concluido el proceso, se radicaron en la República Argentina y, bajo el régimen de la ley 23.515, convirtieron la separación personal en divorcio vincular, por lo cual obtuvieron la disolución del vínculo matrimonial.

En virtud del artículo 2597 CCCN se aplicó, en una decisión criticable, el derecho argentino. Sostuvo el tribunal:

Es un artículo que le brinda al juez una válvula de escape para aquellos casos en los que norma indirecta lo conduzca a un derecho poco vinculado, en tanto otro ordenamiento jurídico, en cambio, se

---

<sup>19</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana, “La contratación internacional desde el nuevo Código Civil y Comercial argentino”, en *Microjuris*, 2014. Cita: MJ-DOC-6940-AR | MJD6940, p. 6.



presenta estrechamente relacionado a la situación jurídica planteada, como se resolvió en el caso de autos, tornado un Derecho Internacional Privado de soluciones rígidas a un sistema más flexible con un considerable aumento de la discrecionalidad judicial<sup>20</sup>.

Sobre este fallo, Menicocci ha advertido que:

No hay juicio alguno en la sentencia –ni podría emitírsele– de que la situación tiene lazos poco relevantes con el derecho italiano cuando este ha sido aquel a la luz del cual se construyó la causa del derecho alimentario y su acuerdo. A partir de allí, poco interesan luego –aunque tampoco se enuncien– los vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado<sup>21</sup>.

El mismo autor, observa que la cláusula de escape exige previsibilidad del derecho que desplaza y:

desde este punto de vista, poco conjeturable era para alimentante y alimentado el cambio de las condiciones del acuerdo alimentario por otro derecho que no fuera el derecho italiano a la luz del cual se había construido.

Por último, Menicocci considera que:

si hubo acuerdo alimentario, hubo elección, aunque tácita, del derecho italiano, razón por la cual la propia norma funcionaba como una limita-

---

<sup>20</sup> Tribunal Colegiado de Familia N° 5, Rosario, “D., C. c. P., M. s/cesación de cuota alimentaria”, 23 de diciembre de 2015.

<sup>21</sup> MENICOCCHI, Alejandro A., “El régimen de alimentos en el DIPr en fuente interna y un debut previsible de la cláusula de excepción”, en *El Derecho*, 268, 2016, p. 33. Cita digital: ED-DCCLXXVI-56.

ción a los jueces locales para el desplazamiento del derecho italiano<sup>22</sup>.

También resulta de interés un fallo de la justicia salteña en un caso de emplazamiento filiatorio. El Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia 1º Nominación, Salta, en mayo de 2017 resolvió que el artículo 2632 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que el establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor al tiempo del nacimiento, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo. Sin embargo, es menester destacar que en el presente caso si bien el nacimiento de la señora Xochilt Michelle Bermúdez aconteció en San Francisco, California, ninguna de las partes tenía allí su domicilio. En efecto, la madre de la actora, nacida en Nicaragua, se encontraba transitoriamente en dicha ciudad con motivo de la enfermedad que padecía la abuela de la accionante. A su vez, de las constancias de autos no surge en forma cierta cuál era el domicilio del demandado, de nacionalidad canadiense, al momento de producirse el nacimiento. Ante estas circunstancias, el tribunal alude al artículo 2597 y sostiene:

pueden presentarse casos difíciles, como el de autos, que se suscitan cuando el punto de conexión de la norma de conflicto existe y opera formalmente, pero no de manera sustancial. Ello ocurre porque entre la conexión empleada y la relación concreta no se advierte un vínculo real, no hay un ligamen entre el caso y el país específico (...) teniendo en cuenta que en el sub lite no existe punto de conexión sustancial con el lugar de nacimiento de la accionante, que el demandado tiene en la actualidad su domicilio en la Argentina, donde -

---

<sup>22</sup> Ídem, p. 34.

según sus dichos- se encuentra su mujer y sus hijos, que la actora consintió someterse a las normas del país de residencia del demandado y que para determinar el derecho aplicable en nuestro sistema la nacionalidad es irrelevante, se concluye que el derecho argentino es el previsible para los interesados, por lo que resulta la legislación aplicable para resolver la cuestión venida en revisión<sup>23</sup>.

Teniendo en cuenta la delicada materia, y tratándose además de una norma materialmente orientada como es el artículo 2632 CCCN, añade que aún cuando se aplicase el derecho invocado por el demandado, el Código Familiar (Family Code FAM) de California recepta, en la materia en cuestión, principios semejantes a los del derecho argentino, en particular sobre la presunción derivada de la negativa a someterse a la prueba genética.

En un reciente caso de la Suprema Corte de Justicia, Sala Primera, de la Provincia de Mendoza en relación a una controversia en materia de régimen patrimonial, se recurrió entre otros argumentos a la cláusula de excepción. Se trataba de un matrimonio entre un ciudadano argentino y una ciudadana griega celebrado en Grecia, en fecha 28/12/1993, lugar donde vivieron los primeros años de su vida, y constituyen su primer domicilio común. Posteriormente volvieron a contraer matrimonio en Noruega, en fecha 17/07/98, pese a que el anterior no se hallaba disuelto. Posteriormente se trasladaron a San Rafael y compraron una vivienda cuyo dominio fue inscripto a nombre de la demandada y donde convivieron hasta su separación de hecho, producida en junio de 2005. La demandada invocó que el bien inmueble tenía carácter propio, y con el fin de acreditarlo, aportó varias pruebas. Sin embargo, en la escritura omi-

---

<sup>23</sup> CAM - 379729/12 de Sala II, "Bermúdez, Xochilt Michelle contra Burns, Patrick James por Filiación", Expediente N° 32681/10 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia 1º Nominación, Salta, mayo de 2017.

tió exponer que el inmueble fue adquirido con dinero proveniente de una donación efectuada por sus padres. En el proceso de divorcio, el Sr. Bianchini, peticiona que se califique y declare la ganancialidad del inmueble que constituyó la vivienda.

En primera instancia, el bien fue calificado como propio. Pero en segunda instancia se revocó la sentencia y se consideró la ganancialidad del bien. Finalmente, la Corte Suprema de Mendoza, pese a que el primer domicilio conyugal se hallaba en Grecia (cuyo ordenamiento prevé el régimen de separación de bienes como regla), aplicó derecho argentino, por vía de un reenvío de primer grado (art. 2596 CCCN) y de la cláusula de excepción (art. 2597 CCCN) y, en consecuencia, concluyó que se encontraba probado el carácter propio del bien inmueble adquirido por la esposa<sup>24</sup>.

El máximo tribunal mendocino, respecto al tema que nos ocupa, con cita a Dreyzin de Klor señala que, con:

este tipo de normas se busca arribar a soluciones precisas, seguras, claras y razonables que realicen el principio de predictibilidad y que proporcionen soluciones intrínsecamente justas, entendiendo como tales las que se articulan en el plexo constitucional (...) La previsibilidad se refiere a conexiones en relación con las partes, con la situación jurídica, la localización y la axiología que constituye la *ratio* de la norma. Los puntos de conexión se determinan para dotar de seguridad jurídica a la situación privada internacional, sin embargo, puede ser que dicha conexión opere for-

---

<sup>24</sup> Suprema Corte de Justicia, Sala Primera, de la Provincia de Mendoza, “Delaveris, Irene en J° 1339/16/1F // 29613 Bianchini, Sergio Luis c/Delaveris, Irene p/Acción relativa al régimen patrimonial del matrimonio p/ Recurso Extraordinario Provincial”, 1 de julio de 2020. Un comentario completo del fallo en: CUERVO, Luis Horacio, “El Derecho Internacional Privado. Su vigencia judicial”, en *LLGran Cuyo* 2020 (septiembre), 2. Cita Online: AR/DOC/2904/2020.

malmente pero no de manera sustancial. Ello puede ocurrir cuando entre la conexión normada y la relación concreta no se advierte un vínculo real entre el caso y el país específico, para alcanzar una solución más justa en el caso concreto.

En lo que se relaciona al caso en concreto, el tribunal razona que la aplicación de esta cláusula llevaría a la aplicación del derecho helénico en tanto el matrimonio de los litigantes se llevó a cabo en Grecia y luego en Noruega. Advierte que:

en dos oportunidades se sometieron libre y voluntariamente a la legalidad de países europeos que en su legislación receptan el régimen estatutario por defecto de separación de bienes. Y es con esta normativa que se relacionan, prima facie, más estrechamente en términos de conexión al establecer válidamente el vínculo matrimonial que los uniera y que hoy repercute en su regulación sobre los bienes adquiridos por uno de ellos en vigencia de dicho matrimonio, cuya titularidad ambos reclaman.

Sin embargo, manifiesta que el inmueble discutido fue adquirido en Argentina, lugar donde fijaron su residencia habitual conyugal desde el año 2000 hasta el 2005, fecha en que fijaron su separación de hecho, y que a la luz de la doctrina reseñada podría considerarse que guarda más estrecho vínculo con la última parte de su matrimonio.

Ante estas circunstancias, concluye:

no puedo aplicar la cláusula de exclusión y resolver en el marco de derecho griego sin hesitación, más debe servir como guía de interpretación para no soslayar norma extranjera que debo necesariamente visualizar y analizar en el contexto de la causa, para coadyuvar a la solución del caso.

## 7. Reflexiones finales

Habiendo explorando los fundamentos y alcances de esta expresión de la tendencia flexibilizadora del Derecho internacional privado, podemos intentar responder a algunos interrogantes: ¿la cláusula de excepción socava el esfuerzo de certeza y previsibilidad de las normas de conflicto?, ¿desvirtúa el sistema de DIPr?, ¿lo torna imprevisible?

Desde la propia incorporación de la cláusula de excepción al derecho argentino, encontró ciertos reparos en la doctrina especializada. En tal sentido, All y Albornoz manifestaron que:

esta cláusula de excepción siembra dudas sobre la razonabilidad de la elección hecha por el autor de la norma de conflicto. De un lado, se muestra como algo excepcional, como una eventualidad que, debido al conjunto de circunstancias de hecho del caso, permite ver que gravita hacia un derecho distinto, aunque previsible, y bajo cuyas reglas la relación se ha 'establecido' válidamente. De otro, parece una especie de confesión del legislador, quien reconoce la falibilidad de su juicio cuando en abstracto valora la importancia de las vinculaciones del caso al momento de elaborar la norma general<sup>25</sup>.

Sin embargo, puede advertirse un signo de modestia del legislador que asume la posibilidad de error, de equivocación ante la complejidad de las situaciones concretas, de los casos reales, que pueden deshacer las previsiones consagradas aún en el Sistema de DIPr más perfecto.

---

<sup>25</sup> ALL, Paula - Jorge ALBORNOZ, "Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 1: Disposiciones generales", en RIVERA Julio C. - Graciela MEDINA. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires: La Ley, 2014, p. 787.

El foco de desplaza parcialmente en el juez que tendrá que ponderar si existe otro derecho más vinculado con el caso concreto en relación con el propuesto por el legislador.

En esta inteligencia, podemos afirmar que la introducción de una cláusula de excepción no desvirtúa el método conflictual, sino que lo complementa y corrige cuando aquel fracasa en la localización, por su rigidez y abstracción propia de las normas indirectas generales.

Su carácter excepcional se advierte a poco de leer con cierta agudeza la redacción de la propia cláusula, cuyo funcionamiento está sometido a una serie de condiciones y limitaciones de interpretación restrictiva.

Posiblemente, el interrogante que genera más espacio para el debate se relaciona con su aplicación en búsqueda de resultados más satisfactorios en clave material. ¿Se puede recurrir a la cláusula de excepción para aplicar un derecho conectado al caso porque resulta en un resultado sustancialmente más valioso que el que surge de la aplicación del derecho designado por la norma de conflicto prevista por el legislador?

La respuesta debería ser negativa, pues constituye un instrumento que corrige el método conflictual desde su propia lógica.

Ahora bien, si el caso es inverso: el derecho designado por la norma de conflicto es materialmente más satisfactorio para resolver un caso, y por vía de la cláusula de excepción, se presenta otro ordenamiento con vínculos más estrechos, ¿qué derecho corresponde aplicar? No hay una respuesta legal para el interrogante. Sin embargo, podría interpretarse que ante un supuesto como el planteado, bien podría el juez apartarse de la cláusula de escape, que en última instancia es excepcional, y recurrir a la norma indirecta que es de aplicación general y que lleva a un resultado materialmente más justo.

En suma, como afirmada Jean-Etienne-Marie Portalis, el “padre” del Código Civil francés, en su célebre *Discurso preliminar*, el oficio de la ley es afianzar con amplitud de miras las máximas generales del derecho y establecer principios fértiles en consecuencias, sin descender al detalle de las cuestiones que

pueden surgir sobre cada materia. El magistrado y el jurisconsulto, conocedores del espíritu general de las leyes, son quienes han de guiar su aplicación.

En definitiva, la cláusula de excepción es un mecanismo que propone el diálogo inteligente, reflexivo y equilibrado entre el legislador y el juez. El primero le brinda al segundo una herramienta de ajuste del método conflictual al caso en particular. Expresa, en este sentido, un claro signo de confianza que el poder legislativo ha depositado en nuestros magistrados en especial y en los operadores jurídicos en general.



**LOS INSTRUMENTOS DE LAS  
NORMATIVIDADES INTERNAS DEL DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO Y LOS  
PROBLEMAS GENERALES DEL DERECHO  
APLICABLE**

**Alfredo Mario Soto\***

A diez años de vigencia del Código Civil y Comercial argentino, cuyo libro VI, título IV de las disposiciones de Derecho internacional privado<sup>1</sup> le ha dado a la rama jurídica una relativa autonomía legislativa en cuanto a gran parte de las normativi-

---

\* Abogado, por la Universidad Nacional de Rosario. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional de Rosario. Profesor adjunto de Derecho Internacional Privado en las Universidades de Buenos Aires. Profesor titular de Derecho de la Integración en la Universidad de Buenos Aires. Docente investigador. Ex Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Autor de libros y artículos vinculados al Derecho Internacional Privado y a la Filosofía del Derecho.

<sup>1</sup> BOGGIANO, Antonio, "El Código Civil y Comercial y el derecho internacional público y privado", LL 08/05/2015, 1, LL 2015-C, 681, AR/DOC/1462/2015; LÓPEZ HERRERA, Edgardo S., "El Derecho Internacional Privado en el nuevo Código", RCCyC 2015 (julio), 259, AR/DOC/2126/2015; UZAL, María Elsa, "Lineamientos de la reforma del Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 247, AR/DOC/3843/2014; SOTO, Alfredo Mario, *Temas estructurales del derecho internacional privado*, 5º ed. aumentada y actualizada, Buenos Aires: Estudio, 2020, ; Codirector y autor Tomo XI Código Civil y Comercial Comentado, Tratado exegético, (Dir. Jorge H. Alterini), Glosa a los arts. 2594 a 2671, 3º ed. actualizada y aumentada, Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, 2019, 1033-1161, ISBN 978-987-03-3790-4.

dades de fuente interna, nos parece razonable establecer un esquema comparativo de los problemas generales del derecho aplicable<sup>2</sup>, con lo previsto en dos textos recientes de países con los que estamos vinculados en el Mercosur. Uno es la nueva Ley general de derecho internacional privado del Uruguay (Estado Parte del Mercosur), en vigor desde marzo de 2021, y otro es el Anteproyecto de ley de derecho internacional privado de Chile, entregado en septiembre de 2020 al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de ese país, Estado asociado del Mercosur.

En cuanto al **objeto** de regulación de los instrumentos mencionados, cabe destacar que el libro VI, título IV de la fuente interna argentina se divide en tres capítulos referidos, respectivamente, a las disposiciones generales del derecho aplicable, la jurisdicción internacional (incluidas algunas disposiciones sobre cooperación jurídica internacional) y la parte especial cuyas secciones tratan la jurisdicción y el derecho aplicable a cada una de las causas en particular.

Por su parte, el anteproyecto chileno regula la jurisdicción (competencia) internacional de los tribunales de ese país (en general y en especial), la determinación del derecho aplicable (en general y en especial), el reconocimiento extraterritorial de actos y decisiones extranjeras, y la cooperación jurídica internacional entre autoridades estatales.

En cuanto a la ley uruguaya se analizan las normas generales del derecho aplicable, el domicilio, la parte especial (derecho aplicable) y la jurisdicción internacional (en general y en especial).

En materia de **fuentes**<sup>3</sup> de las normatividades del Derecho internacional privado, los tres textos sostienen la prevalencia de

---

<sup>2</sup> DREYZIN, Adriana, "Las disposiciones generales de Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial", *RCCyC* 2017 (septiembre) , 3, AR/DOC/2145/2017.

<sup>3</sup> DREYZIN, Adriana, "A propósito de los principios y las fuentes de las normas de derecho internacional privado en el nuevo código civil y comercial", *Revista de la Facultad -UNC-* 2015-1 , 1, AR/DOC/1647/2015; FELDSTEIN

las convencionales sobre las internas. En efecto, el art. 2594 de la fuente interna argentina prescribe que las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del Derecho internacional privado argentino de fuente interna.

El anteproyecto chileno establece (art. 3) que las disposiciones contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes prevalecerán sobre las normas de la ley.

Asimismo, la ley uruguaya (art. 1) dispone que las relaciones referidas a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos se regularán por las convenciones internacionales y, en defecto de estas, por las normas de la presente ley y las demás normas de derecho internacional privado de fuente nacional. A los efectos de la interpretación e integración de la ley se aplicará lo dispuesto en el título preliminar del Código civil y se tendrá en cuenta el carácter internacional de las relaciones jurídicas privadas previstas en ellas.

Es de destacar la relativa autonomía del Derecho comercial internacional<sup>4</sup> respecto del Derecho internacional privado, re-

---

DE CÁRDENAS, Sara Lidia, "Prelación de las fuentes del derecho internacional privado en el nuevo Código", LL 22/09/2015, 1, LL 2015-E, 846, AR/DOC/3158/2015; NOODT TAQUELA, María Blanca, "Cuándo deben aplicarse los tratados de Derecho internacional privado", LL 14/03/2018, 1, LL 2018-B, 678, AR/DOC/449/2018; SCOTTI, Luciana B. - Mariana ANTÓN PÉREZ - Leandro BALTAR, "Las fuentes en el Derecho Internacional Privado. Cuando una incorrecta fuente desencadena una serie de errores", LL 27/12/2018, 7, LL 2018-F, 467, DFyP 2019 (febrero), 115, AR/DOC/2158/2018; SCOTTI, Luciana B. - Leandro BALTAR, "Las fuentes del Derecho Internacional Privado y su aplicación. Errores de antaño en la actualidad", LL 15/01/2018, 1, LL 2018-A, 677, LL 16/01/2018, 1, AR/DOC/18/2018.

<sup>4</sup> BOGGIANO, Antonio, "Las crisis y el nuevo derecho del comercio internacional", LL 11/10/2016, 1, LL 2016-E, 1268, AR/DOC/3036/2016.

conocida por la ley uruguaya, ya que su art.13 le da un carácter especial, y además estatuye que se consideran como fuentes materiales del derecho comercial internacional, los usos en la materia, los principios generales aplicables a los contratos y demás relaciones comerciales internacionales, la jurisprudencia de tribunales ordinarios o arbitrales y las doctrinas más recibidas en el derecho uruguayo y comparado. Se aplicarán, entre otros, los usos que sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el tráfico mercantil por los sujetos participantes, o de general aceptación en dicho tráfico, y los principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por los organismos internacionales de los que la República forma parte.

En lo que respecta a la **estructura** metodológica de los **problemas generales del derecho aplicable**, que es básicamente el objeto de esta publicación, la Argentina parte de la aplicación del derecho extranjero, incluidos sus ámbitos personal, temporal y espacial, el problema del reenvío y de la cláusula de excepción (arts.2595 a 2597), para luego dedicarse a los supuestos del fraude a la ley, las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata y el orden público internacional (arts.2598 a 2600).

En el anteproyecto chileno se prevén la aplicación, interpretación y determinación del derecho extranjero, el reenvío, las calificaciones, el reconocimiento de derechos adquiridos o constituidos válidamente en el extranjero, la cuestión previa, el orden público internacional y las normas imperativas de aplicación necesaria, el fraude a la ley y el caso de los Estados con más de un sistema jurídico

La ley general uruguaya comienza también con la aplicación y conocimiento del derecho extranjero y la admisión de recursos procesales, seguido del orden público internacional, las normas de aplicación necesaria, el fraude a la ley, la problemática de las instituciones desconocidas, los derechos adquiridos, las cuestiones previas o incidentales, la aplicación armónica y, por último, el reenvío.

Es significativo que todos los instrumentos comparados comiencen con la aplicación del derecho extranjero, ya que mues-

tra el criterio general orientador del respeto positivo por el elemento extranjero, que es lo que fundamenta principalmente la autonomía del derecho internacional privado.

En el abordaje específico de los **métodos** del derecho internacional privado, el que prevalece en todos los textos es el indirecto, acompañado o complementado, en ocasiones, por otros.

Así, en el Código Civil y Comercial argentino (art. 2595 inc. c) se lee que si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica (método analítico-analógico o analítico-privatista), esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos (método sintético-judicial).

También la ley uruguaya, en el art.11, recepta ambos métodos complementarios del indirecto al expresar que las normas competentes para regular los diferentes aspectos de una situación determinada, deben ser aplicadas armónicamente, tomando en consideración las finalidades perseguidas por cada uno de los respectivos derechos. Las eventuales dificultades que puedan surgir se resolverán tomando en cuenta la equidad en el caso concreto.

No se advierte la recepción de estos métodos complementarios del indirecto en el anteproyecto de la República de Chile.

En materia de **calificaciones**, la fuente interna argentina contiene algunas definiciones autónomas de domicilio, residencia habitual, etc. (especialmente art.2613), pero no se pronuncia por la admisión de ninguna de las teorías clásicas (*lex civilis fori* o *lex civilis causae*) en defecto de aquellas.

Por su parte, el anteproyecto chileno contiene en su artículo 4 definiciones de daño directo, domicilio, fraude a la ley, lugar del hecho dañoso, niño, niña o adolescente, norma de conflicto, norma imperativa de aplicación necesaria, orden público de Chile, orden público internacional, relaciones privadas internacionales, residencia habitual. Y en defecto de calificación autónoma, el art.19 recepta la teoría de la *lex civilis fori* al establecer que la calificación del acto o situación jurídica, para determinar la norma de conflicto aplicable, se hará siempre en conformidad

a la ley chilena. Además, no será impedimento para la aplicación del derecho extranjero que el derecho chileno no regule una determinada institución, si existieren en el derecho chileno instituciones análogas.

Así como en el caso de la Argentina, en la ley uruguaya hay definiciones de domicilio, pero nada se prescribe en defecto de calificaciones autónomas.

En cuanto a la problemática de la **cuestión previa, preliminar o incidental**, si bien el Código Civil y Comercial argentino no tiene una disposición específica que lo regule expresamente, nos parece razonable interpretar la admisión de la teoría de la equivalencia o equiparación, también llamada de la *lex formalis fori*<sup>5</sup>, ya que el art. 2595 inc. c) prevé la aplicación hipotética de diversos derechos a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso.

Claramente dicha teoría de la equivalencia está aceptada en el art.21 del anteproyecto chileno que dispone que las cuestiones previas se regirán por las normas de conflicto aplicables a cada una de ellas por separado, conforme lo determine la norma de conflicto del tribunal que conoce del asunto.

Asimismo, la nueva ley uruguaya (art. 10) establece que las cuestiones previas que surjan con motivo de una cuestión principal, se regulan por el derecho aplicable a cada una de ellas.

Celebramos que, con distintos matices, se recoja la teoría de la equiparación ya que es la más respetuosa de la internacionalidad de la causa y por consiguiente del elemento extranjero, y también de la voluntad de los autores de las normatividades.

El problema del **fraude a la ley** es regulado en la Argentina en el art. 2598 del Código Civil y Comercial que prescribe que para la determinación del derecho aplicable en materias que involucren derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto. Además, el art. 2651 inc. f establece que los contratos hechos en

---

<sup>5</sup> WEINBERG, Inés, *Nuevo derecho internacional privado*, Buenos Aires, Erreius, 2021, pp. 92-93.

la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno. A fin de validar una institución tan importante como el matrimonio, existe cierto fraude consentido ya que el art. 2622 dispone que su existencia y validez, se rigen por el derecho del lugar de la celebración, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen.

El anteproyecto chileno define el fraude a la ley en el art.4 como la manipulación dolosa de los factores de conexión de una norma de conflicto chilena con el objeto de evadir la aplicación de una norma material chilena. Y el art. 23 prescribe que en ningún caso se aplicará el derecho extranjero cuando éste resulte aplicable a consecuencia de un fraude a la ley chilena.

La ley uruguaya establece en su art. 7 que no se aplicará el derecho designado por la norma de conflicto cuando artificiosamente se hubieren evadido los principios fundamentales del orden jurídico de la República.

Con relación a las **normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata**, la fuente interna argentina en análisis (art. 2599) determina que las del derecho argentino excluyen la aplicación del derecho extranjero indicado por la norma de conflicto o por las partes. Y también se refiere a las del derecho extranjero aplicable y las de otros Estados ya que prescribe que cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso. Asimismo, el art. 2651 inc. e dispone que las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica contractual cualquiera sea el derecho que la rija y que también se imponen, en principio, las normas de aplicación inmediata de los Estados que presenten vínculos preponderantes con el caso.

El anteproyecto chileno define la norma imperativa de aplicación necesaria (art.4º) como aquella cuya aplicación no puede

omitirse, incluso limitando total o parcialmente la del derecho extranjero designado por la norma de conflicto chilena, atendido que, por su naturaleza, contenido o finalidad, exige regir toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación. Además, el art. 22 prescribe que en ningún caso se aplicará el derecho extranjero cuando resulte contrario a normas imperativas chilenas de aplicación necesaria.

En la ley uruguaya se las regula en el art. 6 como normas de aplicación necesaria. Allí se lee que las relaciones jurídicas privadas internacionales que son reguladas o están abarcadas por normas imperativas de aplicación necesaria que la República haya adoptado para el cumplimiento de políticas sociales y económicas, no serán sometidas a las normas de conflicto. Y puede el tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes.

En lo que concierne a la **aplicación del derecho extranjero**<sup>6</sup>, todos los textos receptan la teoría del uso jurídico y su consecuencia procesal, esto es, la aplicación de oficio del derecho extranjero, aunque con diversos matices.

En efecto, en el caso argentino, el art. 2595 del Código Civil y Comercial prescribe que, cuando un derecho extranjero resulta aplicable, el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino.

---

<sup>6</sup> DREYZIN, Adriana, “La aplicación del derecho extranjero de cara al nuevo Código Civil y Comercial”, RDCO 272, 867, AR/DOC/5230/2015; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “La aplicación del derecho extranjero en el Código Civil y Comercial. Una mirada crítica”, LL 31/03/2016, 1, LL 2016-B, 953, AR/DOC/797/2016; SCOTTI, Luciana B., “La aplicación del derecho extranjero más favorable en un caso internacional de alimentos”, RCCyC 2015 (diciembre), 252, AR/DOC/4240/2015.



El anteproyecto chileno dispone que (art. 16) los jueces y autoridades chilenas estarán obligados, de oficio, a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece. Lo señalado precedentemente no impide que las partes puedan contribuir a determinar el texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero invocado. Asimismo, el art. 2 establece que el derecho extranjero debe ser aplicado de oficio e interpretarse tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenece la norma respectiva. Además, según el art.3, el texto, la vigencia y la interpretación del derecho extranjero aplicable deben ser investigados y determinados de oficio sin perjuicio de la colaboración que al respecto presten las partes. Se puede recurrir a todos los medios de información idóneos admitidos en el orden jurídico de la República o del Estado cuyo derecho resulte aplicable.

La nueva ley uruguaya lo regula en el art. 2, cuyo texto expresa que el derecho extranjero debe ser aplicado de oficio e interpretarse tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenece la norma respectiva. Y en el art.3 se lee que el texto, la vigencia y la interpretación del derecho extranjero aplicable deben ser investigados y determinados de oficio, sin perjuicio de la colaboración que al respecto presten las partes. Además, se puede recurrir a todos los medios de información idóneos admitidos en el orden jurídico de la República o del Estado cuyo derecho resulte aplicable.

Con relación a los **ámbitos espacial, temporal y personal** del derecho extranjero aplicable, la fuente interna argentina analizada expresa, en el art. 2595 inc. b), que si existen varios sistemas jurídicos covigentes con competencia territorial (ámbito espacial) o personal (ámbito personal), o se suceden (ámbito temporal) diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate;

El art. 24 del anteproyecto chileno solamente se ocupa del ámbito espacial pues dispone que cuando un Estado esté integrado por dos o más unidades territoriales con sus propias normas jurídicas, las normas internas de dicho Estado determinarán la unidad territorial cuyas normas jurídicas deben ser aplicadas.

Por su parte, la ley uruguaya (art. 2) también regula únicamente el ámbito espacial ya que prescribe que cuando el derecho extranjero corresponda a un Estado cuyo orden jurídico se compone de varias legislaciones, el derecho de ese Estado determina cuál de ellas es aplicable. En su defecto, debe aplicarse la legislación de la unidad territorial en cuya jurisdicción se realiza el punto de conexión.

En lo que respecta a la **cantidad** de derecho extranjero aplicable, tanto la fuente interna argentina como el anteproyecto chileno toman como regla la teoría de la referencia máxima, pues la remisión al derecho extranjero incluye sus normas de conflicto, y por consiguiente aceptan el reenvío, tanto el de primero como el de segundo grado, rechazando el reenvío doble. En cambio, en la ley uruguaya se adopta en principio la teoría de la referencia mínima ya que la remisión al derecho extranjero aplicable es a sus normas materiales o sustantivas, con exclusión de las de conflicto y, por lo tanto, en general, se rechaza el reenvío.

Así, el art. 2596 del Código Civil y Comercial argentino establece que cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino (reenvío simple, de retorno o de primer grado). La excepción a la teoría de la referencia máxima se da cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, pues en ese caso se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario. En el mismo sentido se expresa el art. 2651, que indica que, elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe in-

interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario.

El art. 18 del anteproyecto de ley chileno dispone que la remisión de la norma de conflicto chilena al derecho extranjero comprende también las normas de conflicto de ese derecho. Si el derecho extranjero reenvía al derecho chileno, se aplicará el derecho material chileno, con excepción de sus normas de conflicto (reenvío de primer grado). Si el derecho extranjero reenvía a un derecho distinto del chileno, se aceptará ese reenvío (reenvío de segundo grado); lo mismo ocurrirá con ulteriores reenvíos. Sin embargo, se aplicará el derecho material de aquel Estado cuyas normas de conflicto no reenvíen a otro derecho extranjero. Si, en la cadena de reenvíos, alguno de los derechos designados reenvía, a su vez, al derecho de un Estado ya designado previamente en la misma cadena, se aplicará el derecho material de ese Estado. No se aplicará el reenvío cuando las partes han escogido el derecho aplicable a su relación jurídica y respecto de la ley aplicable a la forma de los actos.

Por su parte, la ley uruguaya prescribe en su art. 12 que cuando resultare aplicable el derecho de un Estado extranjero, se entiende que se trata de la ley sustantiva de ese Estado con exclusión de sus normas de conflicto. Esto es sin perjuicio de lo establecido a texto expreso por otras normas o cuando la aplicación de la ley sustantiva de ese Estado al caso concreto se torne incompatible con la finalidad esencial de la propia norma de conflicto que lo designa, de conformidad con lo establecido en el art. 11 y en las normas sobre derechos humanos de las que la República es parte. En materia contractual no habrá reenvío.

La **cláusula de excepción o de escape** está regulada con carácter general en la Argentina, mientras que en el anteproyecto chileno está prevista solamente en el caso del contrato de compraventa internacional de mercaderías. Nada dice al respecto la legislación uruguaya.

El art. 2597 del Código Civil y Comercial argentino establece que excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la

situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso. Coherentemente, en materia contractual, el art.2653 dispone que también excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

Por su parte, el anteproyecto de ley de Chile, en su art.58 referido a la compraventa de mercaderías, aplica el derecho del Estado donde el vendedor tenga su residencia habitual, pero si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado, se aplicará la ley de este otro Estado. Para tales efectos, el tribunal deberá tomar en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, para determinar la ley del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos.

Con relación al **reconocimiento** de relaciones y de **derechos adquiridos** válidamente en el extranjero, tanto el anteproyecto chileno como la ley uruguaya tienen reglas generales, mientras que, en cambio, la Argentina lo recepta en determinadas situaciones en particular.

Así es que el Código Civil y Comercial argentino dispone, en su art. 2634, que todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Además, los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento

de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

También cabe señalar lo preceptuado en el art. 2640, por cuanto los institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño.

Como dijimos, con carácter general, el anteproyecto de Chile prescribe en su art. 20 que los derechos válidamente adquiridos o constituidos en el extranjero, al amparo del derecho de otro Estado, con el cual presenten vínculos más estrechos, tendrán eficacia en Chile en la medida en que sean compatibles con el orden público internacional de Chile.

En la ley del Uruguay, art. 9, se establece que una relación jurídica válidamente constituida en un Estado extranjero, de conformidad con el derecho de ese Estado, debe ser reconocida en la República siempre que al momento de su creación haya tenido una conexión relevante con ese Estado y no sea contraria al orden público internacional de la República.

Finalmente cabe tener en cuenta la regulación de la reserva del **orden público internacional**, considerado en los tres textos comparados como un conjunto de principios.

El art. 2600 de la fuente interna argentina analizada preceptúa que las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.

Entre los ejemplos de orden público internacional se halla el del art. 2634 que expresa que todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente el interés superior del niño. También es menester mencionar el art. 2637 cuando establece que una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces

del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento y que a los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República.

El anteproyecto chileno considera el orden público internacional (art. 4) como un conjunto de principios de moralidad y justicia que inspiran el ordenamiento jurídico chileno y que reflejan los valores de la sociedad chilena. Dentro de ellos se encuentran, entre otros, el debido proceso, la igualdad de trato procesal, el procedimiento adversarial, el derecho a ser oído, la probidad e independencia judicial y la cosa juzgada, la buena fe, la prohibición de abuso de derecho, la prohibición de discriminación arbitraria, la protección del interés superior del niño y el respeto a la diversidad cultural. En ningún caso se aplicará el derecho extranjero cuando resulte contrario al orden público internacional de Chile (art. 22).

La ley general uruguaya expresa en su art. 5 que los tribunales, mediante decisión fundada, declararán inaplicables los preceptos de la ley extranjera cuando ellos contraríen en forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales de orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica. Entre otras circunstancias tendrá lugar cuando la aplicación del derecho extranjero resulte inconciliable con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y en las convenciones internacionales de las que la República sea parte.

### **CAPÍTULO 3**

## **JURISDICCIÓN Y COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL**

I. ARGERICH, Guillermo: “La supresión del arraigo en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

II. CERDEIRA, Juan J.: “Asistencia Procesal y Cooperación Internacional en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

III. HARRINGTON, Carolina: “Cooperación internacional y TIC: la recepción de Comunicaciones Judiciales Directas en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

IV. RODRÍGUEZ, Mónica S.: “Jurisdicción directa en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

V. STAMPALIJA, Juan Ignacio: “Los acuerdos de elección de foro en el Código Civil y Comercial de la Nación: un paso adelante y un camino por recorrer”

VI. STOCCO, Roberto: “Avances en el Derecho internacional privado argentino. Inclusión en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, del Deber General de Cooperar y las Comunicaciones Judiciales Directas”

VII. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo: “El artículo 2610 “Igualdad de trato”, Capítulo 2, “Jurisdicción Internacional, Título IV, “Disposiciones de Derecho internacional privado, Libro Sexto, Código Civil y Comercial de Nación, un hito en la evolución regional en el trato al litigante ajeno al foro”.

# LA SUPRESIÓN DEL ARRAIGO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Guillermo Argerich\*

*“La práctica sin teoría es ciega  
y la teoría sin práctica es estéril”  
(Immanuel Kant, 1793)*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. EL ARRAIGO: FINALIDAD Y EFECTOS; 3. EL ARRAIGO EN EL DERECHO ARGENTINO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL; 4. EL ARRAIGO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (TEORÍA); 5. JURISPRUDENCIA (PRÁCTICA); 6. CONCLUSIÓN.

## 1. Introducción

Nos motiva escribir estas líneas la dicotomía que presenta la jurisprudencia ante el cambio normativo producido a partir de la sanción del Código Civil y Comercial (CCCN) en el ámbito de la cooperación jurídica internacional, específicamente en el tema del arraigo en juicio. Somos conscientes que no es el único caso en el que se presenta una disociación entre lo indicado por una norma y la dimensión sociológica de la situación que regula. Por eso recordamos a Kant, tan preocupado por el problema del enlace entre la filosofía teórica y la filosofía práctica. La necesidad de construir un puente firme entre la teoría y la práctica se manifiesta patente en el ámbito en estudio.

---

\* Profesor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.



## **2. El arraigo: finalidad y efectos**

El arraigo es una limitación práctica al ejercicio por parte de las personas domiciliadas en el extranjero, en su calidad de actores en un proceso, del acceso a la jurisdicción ante los tribunales nacionales. Consiste en prestar caución en garantía de los gastos del juicio para el caso de que resultaren vencidos.

La *cautio judicatum solvi* se funda en razones de seguridad procesal: cubrir las eventuales responsabilidades del juicio; tiende entonces, a afianzar el pedido del actor extranjero, en beneficio del demandado. El arraigo, que se presenta como una excepción, tiene las características de una verdadera caución, encierra en sí mismo una pretensión cautelar.

Cuando se declara la procedencia de que el actor arraigue el juicio, el tribunal puede exigirle la prestación de una caución real, que podrá consistir en depósitos de dinero o de valores públicos, etcétera. En realidad, puede revestir cualquiera de las formas de garantía conocidas por el derecho.

## **3. El arraigo en el derecho argentino anterior al Código Civil y Comercial**

### **I. El artículo 348 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**

Nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), en su art. 348 establece que: “Si el demandado no tuviere domicilio ni bienes inmuebles en la República, será también excepción previa la del arraigo por las responsabilidades inherentes a la demanda”.

No todas las personas domiciliadas en el extranjero debían cumplimentar la caución mencionada, sino sólo aquellos que no poseían bienes inmuebles en la Argentina. La jurisprudencia ha entendido que domiciliado se refiere a todo

sujeto de derecho, es decir tanto a las personas físicas como a las jurídicas<sup>1</sup>.

La admisibilidad del arraigo se hallaba supeditada, a su vez, a la circunstancia de que el actor tuviera su domicilio actual y efectivo fuera de la República, no bastando la ausencia accidental, temporaria o periódica<sup>2</sup>.

Se ha sostenido que había que considerar un requisito más, la verosimilitud del derecho reclamado en juicio, es decir admitir la excepción solamente cuando la acción no presentara alta probabilidad de prosperar<sup>3</sup>.

## **II. Supresión del arraigo por los tratados internacionales**

Existen tratados internacionales que nos vinculan con diferentes países, a través de los cuales, se elimina el arraigo. Todos ellos, dentro del marco del auxilio judicial internacional, adquirieron una extraordinaria relevancia jurídica en aquella época. La aplicación de alguno de estos tratados excluía –y sigue excluyendo– cualquier solución de derecho interno que discriminara respecto de la aptitud del litigante domiciliado o nacional del otro Estado contratante<sup>4</sup>.

En aquellos casos en los que estamos vinculados por un tratado, existe una obligación internacional del estado, que deriva del hecho de que los súbditos del otro estado contratante gozarán en las relaciones judiciales de los mismos derechos y privilegios que se conceden a los nacionales, por lo tanto, se debe dejar de lado la “hostilidad hacia el foráneo”.

La supremacía de los tratados internacionales respecto de la ley interna está consagrada por la Convención sobre el

---

<sup>1</sup> CNCom., sala B, “Bambozzi Carrocerías, S.A., s/ped. de quiebra por Atlas de Ballerup Dinamarca”, LL, 1988-C, p. 339 ss.

<sup>2</sup> CNCiv, sala A, “Lewi, Diana y otros c. Pan Trip y otros s/daños y perjuicios”; LL, 1986-B, p. 598 ss.

<sup>3</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 4ta. ed., Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 346.

<sup>4</sup> Ver nuestro artículo ARGERICH, “Guillermo, “El arraigo y su supresión por los tratados internacionales”, DJ – LL, Buenos Aires: 1996-II, pp. 631-634.

Derecho de los Tratados, Viena, 1969, en sus arts. 27 y 46, disponiendo que ninguna parte contratante podrá invocar una norma de origen interno para violar lo reglado en un tratado. En el mismo sentido, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de derecho internacional privado, Montevideo, 1979, CIDIP II, que en su art. 1º establece la prelación jerárquica con relación al derecho interno.

La jurisprudencia<sup>5</sup> y la doctrina argentina<sup>6</sup> ya, antes de la reforma del año 1994 a la Constitución Nacional, habían sostenido en relación a la jerarquía normativa que las convenciones internacionales prevalecen sobre la norma interna. La recepción constitucional, de la superioridad del tratado en relación a la ley interna, se produjo definitivamente en la citada reforma de la Constitución de la Nación Argentina a través del art. 75 incs. 22 y 24.

En relación a la institución de la *cautio judicatum solvi*, con anterioridad a la fecha de esta última jurisprudencia, nuestros tribunales habían resuelto que no procedía la aplicación de la disposición que autoriza la excepción de arraigo (art. 348, del CPCCN), en virtud de la supremacía de los tratados contemplada por el art. 31 de la Constitución Argentina,<sup>7</sup> sosteniendo además que una interpretación contraria estaría

---

5 CSJN, "Cafés La Virginia S.A. s/apelación (por denegación de repetición)" C-572 XXIII, LL, 1995-B, p. 243 ss.; DJ, 1995-2-958; CSJN, "Fibrica Constructora S.C.A. c. Comisión Mixta de Salto Grande", ED, pp. 154 -161-87; CSJN, "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros", LL, 1992-C, 5 pp. 40-63; DJ, 1992, p. 2296 ss.

<sup>6</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, "Los Tratados como fuente del derecho internacional público y del derecho interno argentino" en ED, 110-955/962; PEÑA, Félix, "La seguridad jurídica en el Mercosur: notas en torno al caso Cafés La Virginia" en *Revista de Derecho Privado y comunitario* n° 7 Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1994, pp. 451-464.

<sup>7</sup> CNCiv. de Buenos Aires, Sala F, 6 de setiembre de 1993. "Popa, Pedro c/ Ferace, Rosario s/reivindicación".

en pugna con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (arts. 26 y 27)<sup>8</sup>.

Es de destacar que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia los tratados aprobados y ratificados, se incorporan al derecho argentino y son aplicables en el Estado cuando revisten carácter autoejecutorio o autosuficiente. Incluso, se llegó a disponer que sostener una interpretación contraria a la primacía de la Convención de La Haya -que regula el procedimiento civil- sobre la norma procesal interna sería inconstitucional, de acuerdo a la prelación que imponía el art. 31 de la Constitución Nacional<sup>9</sup>.

En la esfera de los tratados multilaterales nuestro país se encuentra vinculado con cuarenta y nueve países<sup>10</sup> a través de la Convención de La Haya sobre Procedimiento Civil, del 1 de marzo de 1954, aprobada por Ley 23.502, con vigencia, para nuestro país desde el 9 de julio de 1988. La citada convención regula el arraigo en los arts 17 a 19, eliminándolo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo, el 7 de marzo de 1989, que el art. 17 de la Convención de La Haya de 1954 sobre procedimiento civil era de aplicación inmediata a los juicios pendientes. Tal resolución recayó en un caso en el que la actora habiendo consentido, con anterioridad, la procedencia del arraigo, invocó los beneficios de la Convención que había entrado en vigencia, para la República Argentina el día 9 de junio de 1988, con posterioridad a la fecha de iniciación de la demanda.<sup>11</sup>

Sin embargo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, el día 2 de agosto de 1989, confirmó la caución dispuesta, meses antes, por el juez de primera instancia, sin

---

<sup>8</sup> CNCiv., sala F, 27 de febrero de 1992. "Kohnke, Otto c. Knapp, Eugenio s/ sucesión s/cobro de sumas de dinero".

<sup>9</sup> C2aCC La Plata, sala I, 23 de septiembre de 1993, "Sadowski, Francisco c. Butka, Jorge y otros s/ reivindicación".

<sup>10</sup> Al 1ro de marzo de 2021.

<sup>11</sup> CSJN, 7/3/89, "Ruiz de Frías de Mozarouski, María Rosario y otros c. Asociación Civil Mater Dei y otros". Fallos de la CSJ, 312: 283-284.

hacer aplicación de la convención mencionada, que ya se encontraba vigente y vinculaba a Argentina con algunos de los países donde tenían domicilio las compañías demandantes (Italia, Reino Unido, Países Bajos, Portugal, Israel y Malasia)<sup>12</sup>.

La Convención de La Haya, fue aplicada por la jurisprudencia argentina en casos de actores domiciliados en España<sup>13</sup>, Rumania<sup>14</sup>, Alemania<sup>15</sup>, etcétera. En cambio, se consideró procedente la caución, en casos en los cuales se invocó la Convención de La Haya, con respecto a actores domiciliados, por ejemplo, en Gran Bretaña país no ratificante de tal convención<sup>16</sup>. Como en nuestro derecho de fuente interna, tampoco corresponde hacer ninguna diferenciación entre personas físicas o jurídicas domiciliadas en el extranjero, para proceder a la supresión del arraigo. En tal sentido se ha expedido nuestra jurisprudencia en varias decisiones, respecto de sociedades italianas<sup>17</sup>, españolas<sup>18</sup>, francesas<sup>19</sup>, etcétera.

---

<sup>12</sup> CNCom, sala D, 2/8/89, "Liguria Societa di Assicurazioni SPA y otros c. Galicia y Río de la Plata Cía. de Seguros s/cobro de pesos". BJCCOM, 1989, sum. 538 -LL, 1989-E, p. 494.

<sup>13</sup> C1aBCC La Plata, sala I, 11/3/93. "Monteagudo Fontán, E. c. Monteagudo Fontán, M. s/reconocimiento judicial de instrumento privado y reducción a escritura pública". Inédita; C2aCC La Plata, sala II, 11/3/93, causa B-75.049.

<sup>14</sup> CNCiv, sala F, 6/9/93, "Popa, Pedro c. Ferace, Rosario s/reivindicación".

<sup>15</sup> CNCiv, sala F, 27/2/92. "Kohnke, Otto c. Knapp, Eugenio s/sucesión s/cobro de sumas de dinero".

<sup>16</sup> CNCiv, sala F, 4/11/93. "Vogelius, Federico Roberto y otro c. Grecian Investment SA y otros s/simulación"; CNCom, sala D, 2/8/89.

<sup>17</sup> CNFed. Civil y Com., sala II, 30/4/91, "Giorgio Armani SPA c. Armanjeans S.R.L. s/cese de uso de marca".

<sup>18</sup> CNFed. Civil y Com., sala I, 23/3/90, "General Europea S.A. c. General Assistance s/oposición registro de marca".

<sup>19</sup> CNCiv, sala I, 29/9/91, "Société des Auteurs des Arts Visuels c. La Nación SA s/propiedad intelectual". CNCom., sala A, 12/10/06, Armor S.A. c. Armor Latina S.A. Recuperado de <http://fallos.diprargentina.com/2007/03/armor-sa-v-armor-latina-sa.html>

Se garantiza al demandado, en el art. 19 de la Convención de la Haya de Procedimiento Civil,<sup>20</sup> que en caso de no prosperar la pretensión del actor podrá recurrir a los tribunales extranjeros a solicitar la ejecución de los honorarios y demás costas, a través de un procedimiento simplificado.

En el ámbito del MERCOSUR contamos con el Protocolo de Las Leñas de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, aprobado por Ley 24.578, el cual establece en sus arts. 3 y 4 el libre acceso a la justicia de las personas físicas y jurídicas residentes

---

<sup>20</sup> "Artículo 19. Las decisiones sobre costas y gastos serán declaradas ejecutorias sin que sean oídas las partes, quedando a salvo el ulterior recurso de la parte condenada, de conformidad con la legislación del país donde se pretende la ejecución.

Para resolver sobre la solicitud de "exequatur", la autoridad competente deberá limitarse a examinar:

1. si, de acuerdo con la legislación del país en el que ha sido pronunciada la condena, la documentación cumple con las condiciones necesarias de autenticidad;
2. si, según esta misma legislación, la decisión tiene fuerza de cosa juzgada;
3. si la parte dispositiva de la sentencia está redactada en el idioma de la autoridad requerida o en el idioma convenido entre los dos Estados interesados, o si se acompaña una traducción a uno de esos idiomas y, salvo acuerdo en contrario, ha sido certificada por un funcionario diplomático o consular del Estado requirente, o por un traductor jurado del Estado requerido.

Para cumplir las condiciones establecidas en el párr. 2, números 1 y 2, bastará una declaración de la autoridad competente del Estado requirente en la que se deje constancia de que la decisión tiene fuerza de cosa juzgada, o la presentación de documentos debidamente legalizados capaces de demostrar que la decisión tiene fuerza de cosa juzgada. La competencia de la autoridad precitada deberá, salvo acuerdo en contrario, ser certificada por el funcionario de más alto rango de la Administración de Justicia del Estado requirente. La declaración y el certificado deberán ser redactados o traducidos de acuerdo a la norma contenida en el párrafo 2, número 3.

La autoridad competente para resolver sobre la petición de "exequatur", y siempre que así lo solicite la parte, fijará en ese momento el importe de los gastos de la certificación, la traducción y la legalización contemplados en el párrafo 2, número 3. Estos gastos serán considerados como costas y gastos del proceso".

en otro estado parte, no permitiendo la exigencia de ninguna caución o depósito. En un fallo de julio de 1995 se tomó en cuenta el domicilio en Uruguay de una sociedad, habiéndose utilizado como fuente normativa el Protocolo de Las Leñas, para determinar que ninguna caución o depósito debía ser impuesta<sup>21</sup>.

También se ha eliminado el arraigo a través de tratados bilaterales celebrados con Brasil: Acuerdo sobre Cooperación en materia civil, comercial, laboral y Administrativa, Brasilia, 20 de agosto de 1991 (Ley 24.108); con China: Tratado sobre asistencia Judicial en Materia Civil y Comercial", Buenos Aires, 9 de abril de 2001 (Ley 26.672); con Italia: Convención de Asistencia judicial y de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil, Roma, 9 de diciembre de 1987 (Ley 23.720); con la Federación de Rusia: Tratado de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, Moscú, 20 de noviembre de 2000 (Ley 25.595); con Túnez: Tratado de Asistencia Judicial Recíproca en Materia Civil y Comercial", Buenos Aires, 16 de marzo de 2006 (Ley 26.667); y el Convenio sobre igualdad de trato procesal y exhortos con la República Oriental del Uruguay, Buenos Aires, 20 de noviembre de 1980 (Ley 22.410) que nos vincula con el país vecino.

Otra fuente internacional, que no está vigente en la República Argentina, es el Código Panamericano de Derecho Internacional Privado de 1928, ratificado por quince países americanos, también llamado Código Bustamante,<sup>22</sup> que en su art. 383 rechaza la fianza que es objeto del presente trabajo.

Hay que resaltar que la entrada en vigor de la Convención de La Haya en la Argentina, no había significado la derogación del art. 348 del CPCCN, sino que el mismo resulta-

---

<sup>21</sup> Juz. Nac. de Primera Instancia en lo Comercial N° 9, julio de 1995, "Petro-pol S.A. s/conc. preventivo s/incidente de revisión promovido por Olf-san Trading corporation SA".

<sup>22</sup> [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_ven\\_anexo3.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf)

ba inaplicable en casos en que Argentina está vinculada por un tratado internacional<sup>23</sup>.

Este acápite nos permite concluir que el ámbito de aplicación del art. 348 del CPCCN se veía cada día más reducido, ya que el arraigo se encuentra suprimido respecto de los demandantes domiciliados en los países con los cuales existe tratado sobre la materia.

### *II.3. Improcedencia del arraigo aún en casos de inexistencia de tratados internacionales*

Aún cuando no resultara aplicable un tratado internacional que eliminara la *cautio judicatum solvi*, la jurisprudencia ha rechazado la excepción en numerosos casos.

En primer lugar, la procedencia de la excepción de arraigo debía apreciarse con criterio restrictivo puesto que, como hemos explicado, representa una limitación al acceso a la justicia.

La admisibilidad dependía del tipo de proceso: estaba excluida de los procesos penales, incidentes, juicios sumarísimos, juicios ejecutivos<sup>24</sup>.

En los casos de reconvencción del demandado, que estuviera domiciliado en el extranjero o no tuviera bienes en el país, tampoco se podía exigir, ya que éste ha sido obligado por el actor a estar en juicio y la reconvencción es consecuencia de la demanda<sup>25</sup>.

Tampoco se admitía en los procesos alimentarios, para no ver frustrada –justamente– la naturaleza asistencial del juicio basado en un crédito por alimentos.

---

<sup>23</sup> CNCiv., sala I, 29 de septiembre de 1991, "Société des Auteurs des Arts visuels c. La Nación S.A. s/ propiedad intelectual".

<sup>24</sup> CNCom, Sala C, 25/2/77, "Machinenfabrik c. Hermasa" (La Ley 1978-B, 665); conf. Colombo, Carlos, "Código Procesal Civil y Comercial", t. III, p. 268. Juz. Nac. Com. N° 18, Secretaría N° 35, 15/07/19, Posco Daewoo Corporation c. Ambassador Fueguina SA s. ejecutivo. <http://fallos.diprargentina.com/2021/04/posco-daewoo-corporation-c-ambassador.html>

<sup>25</sup> CNFed, sala civil y com., 19/7/67, JA 967-VI-110.



Cuando mediaba beneficio de litigar sin gastos, tampoco podía prosperar la excepción.

No correspondía acoger la excepción de arraigo cuando el actor era llevado a accionar en extraña jurisdicción. Ello ocurre en el supuesto de concurso preventivo, cuya presentación por la deudora obliga a todos los acreedores a formular al síndico el pedido de verificación de sus créditos, esa acción necesariamente debe deducirse en la jurisdicción donde tramita el concurso<sup>26</sup>. También ante un proceso en el que se pretendía dar eficacia a una sentencia extranjera<sup>27</sup>.

En relación al pedido de quiebra, estamos otra vez frente a un caso de improcedencia de la caución, siempre que por el domicilio del sujeto pasivo, la quiebra deba radicarse ante los tribunales argentinos<sup>28</sup>. Esto por imperio de lo estatuido en la ley 24.522, art. 3, que establece una jurisdicción exclusiva a favor de los jueces nacionales cuando el deudor está domiciliado en la Argentina.

A veces sucede que el actor se ve compelido a concurrir ante un determinado tribunal en la esfera internacional por existir un acuerdo o pacto de jurisdicción a favor de tribunales de la República, con exclusión de otros. En esos casos no es dado a la actora litigar en una jurisdicción distinta a la pactada, la salida del lugar de su domicilio no proviene de un acto de su voluntad unilateral, sino que ha sido acordada

---

<sup>26</sup> CNCom., sala A, 2914/83, "Pamet S.A. s/concurso preventivo s/incidente de impugnación por Triumph Europe Holding Rotterdam D.V. y otro", citado en CNCom., sala B, 8/2/88, "Bambozzi Carrocerías S.A. s/pedido de quiebra por Atlas de Ballerup Dinamarca", LL, 1988-C, p. 339.

<sup>27</sup> CNCiv. y Com. Fed., sala I, 24/04/97, "Mission Insurance Company Trust c. Caja Nacional de Ahorro y Seguro -en liquidación-". <http://fallos.diprargentina.com/2006/12/mission-insurance-company-trust.html>

<sup>28</sup> CNCom., sala B, 8/2/88, "Bambozzi Carrocerías S.A. s/pedido de quiebra por Atlas de Ballerup Dinamarca", LL, 1988-C, p. 339.

en el contrato que vincula a las partes, razón por la cual no la puede obligar a arraigar<sup>29</sup>.

Tampoco procedía en tercerías en que la actora domiciliada en el extranjero se ha visto forzada a iniciar, para defender sus intereses en una jurisdicción extraña a su domicilio<sup>30</sup>.

#### **4. El arraigo en el Código Civil y Comercial (Teoría)**

##### **I. Finalidad de la supresión del arraigo**

Una de las objeciones que se ha postulado a esta institución es que se opone a principios generales relativos a la igualdad de las personas ante la ley y de rechazo a cualquier discriminación ya consagrados en textos de máxima jerarquía internacional (Declaración Universal de los derechos del hombre, Naciones Unidas, 1948, art. 7; Declaración de los derechos y deberes del hombre, Bogotá, 1948, y Carta de la Organización de los Estados Americanos, arts. 5j y 29a).

El arraigo conculca las garantías constitucionales de defensa en juicio y de igualdad de las partes,<sup>31</sup> establecidas en el art. 20 de nuestra Carta Magna<sup>32</sup>. Implica, asimismo, una restricción al derecho constitucional a la jurisdicción.

El acceso a la justicia como derecho humano, como valor fundamental ha impregnado las soluciones jurisprudenciales que fueron restringiendo la aplicación del instituto, en diversas situaciones que fueron ampliándose sucesivamente.

---

<sup>29</sup> CNFed., sala II, civil y comercial, 11/8/78, "Assucom, N. V. y otra c. Capitán o prop. y/o Armadores del Buque F. N. VII," LL, 1978-D, p. 128.

<sup>30</sup> CNCom., sala A, 28/12/66, LL, 125, p. 801.

<sup>31</sup> CSJN, 7 de marzo de 1989 "Ruiz de Frías de Mozarouski, María Rosario y otros c. Asociación Civil Mater Dei y otros". Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación t. 312, pp. 283-284; CNCiv., sala I, 29 de septiembre de 1991, "Société des Auteurs des Arts visuels c. La Nación S.A. s/ propiedad intelectual". Inédita.

<sup>32</sup> en contra CSJN, abril 28-965, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 261/313.

Ya en el 2011 un fallo declaró improcedente el arraigo en un caso conectado con Grecia, que no era parte en la Convención de La Haya de 1954, con fundamento en los derechos humanos<sup>33</sup>.

La necesidad de reconocer la capacidad de ser parte debe privilegiarse y se consideraba seriamente afectada en la práctica por la facultad que nuestro ordenamiento otorgaba al demandado por un no domiciliado en el país, de exceptuarse exigiendo fianza de arraigo.

## II. El artículo 2610

El CCCN establece una reforma del sistema de derecho privado argentino, recogiendo criterios judiciales y doctrinarios, dando acogida, sistematizando, al Derecho internacional privado. Esto ha permitido, aunque no en forma completa ni exclusiva, tener dentro de un cuerpo normativo el DIPr argentino de fuente interna, aportando seguridad y certeza jurídica en la mayoría de sus soluciones. Es de suma importancia resaltar la incorporación que se ha efectuado de normas relativas a la cooperación jurídica internacional. Es entre estas reglas donde aparece la igualdad de trato procesal entre nacionales y extranjeros y donde se reafirma la noción de acceso a la justicia que se encuentra no sólo asociada al acceso a un tribunal competente para decidir la cuestión sino también, todas las instancias anteriores, intermedias y posteriores que hacen a su efectividad en las que la cooperación jurídica internacional juega un rol primordial. Particularmente importante es el tratamiento que se le ha dado a la excepción de arraigo en el art. 2610. Esta inclusión nos lleva a

---

<sup>33</sup> Juzgado Nacional en lo Civil n° 22, 29 de noviembre de 2011 Portoulis Nikolaos y otro c/ Paciaroni Roberto Luis y otros s/Daños y Perjuicios, citado por María B. Noodt Taquela en "Argentina: réquiem para el arraigo en el Código Civil y Comercial" <https://cartasblogatorias.com/2016/02/01/argentina-requiem-para-el-arraigo-en-el-codigo-civil-y-comercial/#more-1066>

realizar un análisis de su implementación a través de las decisiones posteriores a la entrada en vigor del Código<sup>34</sup>.

Acompañamos su texto literal, “Artículo 2610.- Igualdad de trato. Los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina.

Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado”.

Esta norma, que regula una cuestión de Cooperación Jurídica Internacional y por consiguiente de Derecho internacional privado, no puede considerarse como una cuestión meramente procesal, ya que ella recoge la noción de acceso a la justicia y la eliminación de discriminaciones contra las personas de nacionalidad extranjera o con domicilio en el extranjero. La distinción entre cuestiones procesales y cuestiones de cooperación judicial internacional tiene importancia en nuestro país, porque de acuerdo con los artículos 5 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, la administración de justicia y la aplicación de las normas nacionales son facultades reservadas por las provincias. Por este motivo, existen veinticuatro Códigos Procesal Civil y Comercial, correspondientes a cada una de las veintitrés provincias argentinas y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que se aplica en los tribunales nacionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en los tribunales federales de todo el país<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> WEGHER OSCI, Florencia S. “Acceso a la justicia: la igualdad de trato procesal en el Derecho Internacional Privado Argentino consagrada en la reforma del Código Civil y Comercial” Recuperado de <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3961-acceso-justicia-igualdad-trato-procesal-derecho-internacional-privado>

<sup>35</sup> NOODT TAQUELA, María Blanca, “Argentina: réquiem para el arraigo en el Código Civil y Comercial” Recuperado de <https://cartasblogatorias.com/2016/02/01/argentina-requiem-para-el-arraigo-en-el-codigo-civil-y-comercial/#more-1066>

## 5. Jurisprudencia (Práctica)

Ahora veamos que sucedió a *posteriori* del dictado de tan clara normativa. Y acá es donde aparece la dicotomía que mencionábamos al comienzo del trabajo. Vemos con gran asombro que no todos los tribunales aplican la nueva norma. Ello produce un grave perjuicio a aquellos demandantes que se les exige, aún hoy, arraigar. Analizaremos las dos tendencias jurisprudenciales que hacen a la práctica diaria de los tribunales argentinos *post* sanción del CCCN.

### I. Jurisprudencia que reafirma la improcedencia del arraigo

Parte de la jurisprudencia, con la finalidad de superar las exigencias condicionantes del acceso a la justicia y procurando no afectar el ejercicio de la defensa en juicio, en armonía con la Constitución Nacional Argentina –arts. 16, 18 y 20–, así como también con los instrumentos internacionales que nuestro país ha ratificado -analizados con anterioridad- y siguiendo modernas tendencias en el derecho comparado, hace aplicación lisa y llana del art. 2610.

Se considera, sin lugar a duda alguna, que la reforma introducida en nuestro ordenamiento jurídico a través de la sanción del CCCN ha suprimido en el Derecho internacional privado de fuente interna la necesidad del arraigo y cualquier tipo de caución o depósito con el fin de asegurar el acceso a la justicia en los procedimientos referidos a casos con elementos extrajeros<sup>36</sup>. Ejemplifican esta sana posición gran número de sentencias<sup>37</sup>. En el mismo sentido que esta juris-

---

<sup>36</sup> NAJURIETA, María Susana, “Una mirada sobre el acceso a la justicia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina” en *El acceso a la justicia en el Derecho Internacional Privado*, Jornadas de ASADIP 2015, p. 194.

<sup>37</sup> “Ekos Corporation c. Ekosur.” 1º instancia, JCiv. y Com. Fed. 8, secretaría 16, 18/10/19; “Posco Daewoo Corporation c. Ambassador Fueguina SA s. ejecutivo”, CNCom., sala A, 12/09/19; “Eguiguren Laborde, Valeria c. Chiramberro Larrategui, Daniel Carlos s. exequátur”, CNCiv., 18/9/15, “Ubiquiti Networks Inc. c. Nemirovsky”, CNCiv. y Com. Fed., sala I, 30/12/15 (reducción); “Enerflex Ltd. c. Enerflex SRL.” 1º instancia, JNCiv. y Com.

prudencia, la doctrina especializada en la materia coincide en considerar eliminada la *cautio iudicatum solvi* por efecto de las disposiciones contenidas en la referida norma<sup>38</sup>.

## II. Jurisprudencia que dispone la procedencia del arraigo

En la otra vereda, en una posición que no logra expresar fundamentos claros en su apoyo, ciertos tribunales consideran la procedencia del arraigo para preservar la garantía que reclaman los demandados en virtud de las eventuales responsabilidades emanadas del juicio. Se ha considerado que la excepción de arraigo del art. 348 del CPCCN no discrimina por la calidad de extranjero, sino por no tener bienes en el país, por lo que la indemnidad de igualdad de trato que otorga el código de fondo no modifica las reglas que impone el ordenamiento adjetivo. En definitiva, según esta postura, la norma no ha perdido vigencia en tanto la condición allí impuesta para acceder a la justicia lo es en razón de la carencia de bienes inmuebles en el país, y no por el hecho de la ciudadanía extranjera de quien demanda.

---

Fed., 7, 13/11/15; “Marvel Characters Inc. c. Gandara Celestino”, CNCiv. y Com. Fed., sala I, 12/07/16; “General Motors LLC c. Red Link”. 2º instancia, CNCiv. y Com. Fed., sala I, 02/05/17; “Chemton s. concurso preventivo s. inc. de verificación por Sojitz Plastics America” Inc. 2º instancia, CNCom., sala D, 17/10/17; “Romano Mirta Lidia c. Ideas y Concepto S.A. (Amoblamiento Reno)”, CNCom., sala D, 01/11/18; “Aragón Manjarres, Margarita María c. Esposito, Juan Manuel s. daños y perjuicios”, CNCiv., sala H, 28/06/16; “Petroliam Nasional Berhad c. Papel Prensa”, CNCiv. y Com. Fed., sala I, 13/06/19. Todos los fallos reseñados por Julio C. Córdoba en <http://fallos.diprargentina.com/>

<sup>38</sup> BOGGIANO, Antonio *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. I, Sexta Edición actualizada, Buenos Aires: Ed. La Ley Thomson Reuters, p. 494; UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: Ed. La Ley 2016, p. 266; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Jurisdicción Internacional” en RIVERA, Julio – Graciela MEDINA, (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires: Ed. La Ley Thomson Reuters, 2014, pp. 825-826; MASUD, Pablo en “La excepción de arraigo luego del Código Civil y Comercial”, LL 2017-E, p. 54.

El art. 2610 del CCCN no tiene incidencia sobre lo dispuesto en el art. 348 del CPCCN, reiteran, desde que la nacionalidad del actor no es un elemento determinante para la viabilidad del arraigo, como sí lo es la ausencia de domicilio y bienes inmuebles en el país, sea el demandante extranjero o no. Se sostiene que esta interpretación es la que mejor compatibilizaría los intereses en juego: el acceso a la jurisdicción, por un lado, y el derecho de defensa en juicio, por el otro<sup>39</sup>.

## 6. Conclusión

Luego de haber realizado este recorrido concluimos que la institución del arraigo debe desterrarse totalmente de nuestro derecho. La normativa es clara. Esa supresión que venía produciéndose paulatinamente a través de la ratificación de tratados internacionales, apoyada por la doctrina y gran parte de la jurisprudencia, debe ser total. No hemos encontrado fundamentos claros ni convincentes que le permita subsistir a esta excepción “odiosa”, que viola el principio de igualdad y el derecho de acceso a la jurisdicción.

El art. 2610 del CCCN debe ser interpretado en el sentido de que ha derogado el art. 348 del CPCCN y todas las normas con-

---

<sup>39</sup> “Enerflex Ltd. c. Enerflex SRL.” 2º instancia, CNCiv. y Com. Fed., sala II, 20/04/16; “American Sporting Goods Corporation c. Rica Lewis Sudamericana”, CNCiv. y Com. Fed., sala II, 16/08/16; “General Motors LLC c. Red Link.” 1º instancia, JCiv. y Com. Fed. 7, secretaría 16, 23/12/16; “Ekos Corporation c. Ekosur”. 2º instancia, CNCiv. y Com. Fed., sala III, 05/02/20; “Apple Inc. c. Unitech SA s. cese de oposición al registro de marca”, CNCiv. y Com. Fed., sala II, 04/07/19; “Crocs Inc. c. Cromic SRL s. cese de oposición al registro de marca”, CNCiv. y Com. Fed., sala II, 30/12/20; “Crocs Inc. c. Eva Inject SA s. cese de oposición al registro de marca”, CNCiv. y Com. Fed., sala II, 30/12/20. Todos los fallos reseñados por Julio C. Córdoba en <http://fallos.diprargentina.com/>

tenidas en los códigos procesales provinciales que permitían la oposición de la excepción de arraigo.

Debemos poder establecer un hilo conductor lógico entre la teoría y la práctica, entre la normativa y su aplicación por los jueces. Esa teoría como conjunto de reglas pensadas con cierta universalidad y práctica como el cumplimiento de los principios dispuestos por la teoría. Ese enlace y pasaje de una a la otra debe hacerse en una forma tal que se respete la teleología de la primera. Aquí es evidente, debemos visualizar adecuadamente esta institución como perteneciente a la cooperación jurídica internacional y como un obstáculo para el acceso a la justicia.



# ASISTENCIA PROCESAL Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**Juan José Cerdeira\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL. MODALIDADES; 3. DESAFÍOS. 4. EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. 5. COOPERACIÓN Y COVID 19. 6. CONCLUSIONES.

## **1. Introducción**

El presente trabajo pretende abordar el instituto de la cooperación jurisdiccional y de la asistencia procesal internacional, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), en lo que se entiende una acertada inclusión para facilitar la comunicación de las autoridades jurisdiccionales de diferentes Estados, en momentos en que las relaciones jurídicas transnacionales exceden ampliamente nuestras fronteras y demandan cada vez más de la interacción sistemática y la coordinación de manera más célere y eficaz sin que ello implique un menoscabo a la seguridad.

En el camino se pasará vista a qué se entiende por cooperación internacional en su dimensión clásica, mediante el diligenciamiento de exhortos y rogatorias y/o con la intermediación de Autoridades Centrales o Coordinadoras, en su acepción actual donde empieza a aparecer cada vez más la necesidad del llamado diálogo de las fuentes<sup>1</sup> y en la consecuente fuerte vinculación de ramas y disciplinas del derecho.

---

\*Abogado (UBA). Doctor en Derecho Internacional (UNA). Profesor Titular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración, grado y posgrado en (UBA, UFLO y en el exterior). Investigador de la UNL (Uni-

Se pondrán en valor los diferentes convenios bilaterales, regionales y multilaterales que se fueron dando hasta conformar el extendido plexo normativo de fuente convencional actual en la materia. A ello, se le sumará su recepción por el derecho internacional privado en el CCCN y a la relevancia que asume a nivel regional en una suerte de función ejemplificadora.

Se hará referencia a los reclamos ejercidos por los operadores jurídicos en torno a las problemáticas que se vienen planteando en la cooperación jurisdiccional, desde la óptica de su acepción clásica y a sus modalidades de instrumentación. Asimismo, se formularán o ensayarán respuestas más recientes, dadas a esos reclamos tanto en el referido marco convencional como en las modalidades innovadores que dispone el Código de 2015, en la materia.

Asimismo, no se puede dejar de detenerse en la irrupción de las llamadas TICs (Tecnologías de la información y la cooperación) para facilitar la utilización de las respuestas normativas más recientes, pasando revista a las bondades que inicialmente acarrearán como manifestación de la llamada IA (Inteligencia artificial) así como la necesidad de sus potenciales debilidades en el ejercicio de preservación de la necesaria seguridad jurídica.

## **2. Cooperación Jurídica Internacional. Modalidades**

Para el abordaje la cooperación jurídica en general y antes de adentrarnos en su concepto, modalidades y otros de sus aspectos me gustaría dejar a salvo una frase extrajurídica en sí pero que entiendo refleja plenamente a su función. Me refiero a la

---

versidad Nacional del Litoral) en Argentina. Becario del Instituto Max Planck de Hamburgo, Instituto Asser de Holanda y Universidad de Alcalá, España. Autor de diferentes artículos sobre derecho internacional, cooperación e integración. Representante y Negociador en el MERCOSUR y en otros foros internacionales en las materias de su especialidad.

<sup>1</sup> JAYME, Erik. "Identité Culturelle e Integartion: le droit international privé postmoderne", t. 521, Paris: *Recuel de Cours*. 1995, p. 37.

sabia reflexión que dice: “Yo hago lo que usted no puede, y usted hace lo que yo no puedo. Juntos podemos hacer grandes cosas” (Madre Teresa de Calcuta).

Ahora bien, pasando ya de lleno a la cooperación jurídica en sí, me permito traer un concepto desarrollado por el profesor uruguayo Eduardo Tellechea Bergman que la entiende como: “Toda actuación procesal desplegada en un Estado al servicio de un proceso incoado o a incoarse en otro. Actividad originada en providencias emanadas de órganos jurisdiccionales extranjeros, cuya finalidad es lograr que el proceso se entable, se desarrolle o se afiance en sus resultados, a través de acciones que los órganos jurisdiccionales locales han de llevar a cabo”<sup>2</sup>.

En primer lugar, cabe referir que el abordaje de la cooperación Internacional debería hacerse desde una perspectiva de transversalidad con relación a las diferentes ramas del derecho que pueden estar comprendidas en una relación jurídica con elementos extranjeros.

Por su parte, Goldschmidt decía que, “la cooperación internacional es el valor que se realiza en los repartos autónomos que son aquellos que no invaden la esfera de libertad de los repartidores y a los que se accede mediante la negociación”.

Ello resulta de esa manera para poder enfocar lo diferentes desafíos que se presentan en esas relaciones jurídicas a la luz de la actual movilidad internacional que implicó la necesidad de comunicación más cercana entre autoridades encargadas del diligenciamiento de la asistencia procesal.

Los retos adquirieron especial relevancia procesal en lo que concierne a notificación de personas, ofrecimiento y producción de prueba, medidas cautelares y los diferentes tipos y grados que comprende la cooperación.

De allí, pues, que un aspecto importante de la cooperación internacional, es el que implica utilizar la asistencia judicial mutua que se brindan los Estados para enfrentar, justamente, aquellas limitaciones espaciales que afectan los objetivos de la

---

<sup>2</sup> TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Derecho Internacional Privado*. Uruguay: Editorial La Ley 2010.

actividad procesal. Como consecuencia, pues, de esa necesidad práctica y política, en las últimas décadas se suscribieron y consolidaron un importante conjunto de convenios y tratados internacionales, regionales y bilaterales, que están orientados al objetivo común de crear condiciones propicias y vinculantes para la acción coordinada de los Estados en favor de la eficacia de la justicia cada país.

Cabe destacar, entonces, la importancia que reviste la cooperación internacional como instrumento para fortalecer las relaciones entre sistemas jurídicos, ya sea desde un orden de coordinación o desde la supra ordinación. Este paradigma resulta de gran utilidad para comprender mejor la ubicación y el papel del auxilio judicial internacional, ya que el derecho “tiene que legitimar, fundamentar o limitar, de modo efectivo, el poder político del Estado y ordenar de modo real las relaciones de poderes de los Órganos estatales entre sí y con los habitantes del territorio o con otros Estados”<sup>3</sup>.<sup>4</sup>

Se avanza, entonces, hacia una especie de sistema asociativo entre los órganos jurisdiccionales de diferentes Estados, llamados a prestarse asistencia mutua sin quitar la independencia de cada uno en las materias que le son propias<sup>5</sup>.

Por su parte, para el derecho procesal internacional, la armonización de los diferentes poderes coercitivos nacionales es un factor importante para el funcionamiento uniforme de los instrumentos de asistencia recíproca, puesto que cuando se le requiere la asistencia a un Estado, éste solo puede practicar medidas admisibles para su propio derecho<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> SCOTTI, Luciana, “El tratamiento de la jurisdicción y de la cooperación internacional en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista CCC*, La Ley, 2017, n° 8, pp. 20-41 (documento digital).

<sup>4</sup> SELLER; Hermann, *Teoría del Estado*. México D.F.: Comares, 1968.

<sup>5</sup> DABIN, Jean. *Doctrina General del Estado*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1946, pp.468

<sup>6</sup> SIEBER, Ulrich. Director del Departamento de Derecho Penal del Max Planck Institut de Friburg. En "Delitos Informáticos y otros Delitos contra la Tecnología de la Información". Traducción del original en inglés por el Dr. Eugenio Zaffaroni.

Ahora bien, la cooperación internacional, para poder materializarse, requiere de la concurrencia de tres elementos: a) una pluralidad de sujetos cooperantes, b) una actividad, y c) fines determinados<sup>7</sup>.

### **I. Procedimiento de la cooperación**

Tradicionalmente, la cooperación jurisdiccional internacional se reducía a los procedimientos de tramitación de cartas rogatorias y exhortos internacionales. Con ellos se procuraba establecer la conexión entre operadores de diferentes sistemas jurídicos para la realización de algún acto de cooperación. Sin embargo, paulatinamente la asistencia judicial mutua ha ido diversificando sus procedimientos y medidas. En ese proceso han tenido importante influencia los procesos políticos de integración regional, económica y política, que se han ido sucediendo en Europa y América, por citar aquellos espacios de integración que comprenden otros aspectos más amplios de la integración regional que exceden lo netamente del intercambio comercial.

En esa línea, uno de los hitos evolutivos más relevantes de la asistencia mutua fue la consideración de procedimientos dirigidos a posibilitar la comunicación y el acercamiento entre autoridades jurisdiccionales del Estado requirente hacia el requerido, a fin de intervenir en la actuación de diligencias procesales de cooperación. A esta posibilidad puede sumársele hoy, la utilización de los medios informáticos para el diligenciamiento de esas medidas y que ni siquiera requieren del desplazamiento de actores u operadores jurídicos, cómo es el caso de la utilización del exhorto electrónico, la videoconferencia o la utilización de redes y plataformas digitales de cooperación jurídica, como elementos de ayuda y mayor agilidad para los tramites procesales.

Asimismo, se advierte una hiperactividad normativa a nivel convencional y luego recogida en el ámbito nacional.,

---

<sup>7</sup> GARZON, Clariana, "Sobre la Noción de Cooperación en el Derecho Internacional", en *Revista Española de Derecho Internacional* N° 1, 1976, p. 33.

sumada a las prácticas y herramientas que aporta el “soft law”. En lo que hace a la cooperación que podríamos llamar clásica, la mayoría de las Convenciones en materia de Asistencia Mutua comprenden un amplio espectro de procedimientos vinculados con la actividad procesal. A modo de ejemplo podemos señalar los siguientes:

- A) Diligencias de mero trámite, tales como citaciones, intimaciones, emplazamientos, notificaciones u otras semejantes;
- B) Recepción o producción de pruebas;
- C) Solicitudes de información del derecho extranjero;
- D) Reconocimiento y Ejecución de Sentencias.

Los mecanismos señalados se llevan a cabo, por regla general, con base en tratados o convenciones internacionales; sin embargo, como se verá más adelante, pueden encontrarse reglados en la normativa interna de cada Estado o tener base en la buena fe y la reciprocidad internacional, sin necesidad de la existencia de un instrumento jurídico suscrito por las partes, que es el caso que se incorpora como elemento novedoso nuestro Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 2611 y 2612.

Tomando en cuenta los antecedentes apuntados, se puede intentar, a esta altura, un nuevo concepto de asistencia jurídica mutua, entendiendo por tal *“al mecanismo mediante el cual un Estado, llamado requerido, aporta a otro, denominado Estado requirente, elementos necesarios en un procedimiento, seguido bajo la jurisdicción del Estado requirente”*.

De todas formas, podría haber ejecución de una asistencia jurídica mutua, aunque no existiera tratado internacional entre el Estado requirente y el Estado requerido. Sería en los casos de inexistencia de un instrumento jurídico entre las partes, en que el Estado requirente puede invocar los principios de buena fe y reciprocidad internacionales<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> DE PAVIA, A. Disertación ante el II Congreso Iberoamericano de Asistencia Jurídica Internacional. Cartagena de Indias. Febrero de 2003.

En resumen, podríamos reagrupar los elementos de la cooperación, siguiendo la citada línea del profesor Tellechea, marcando además los siguientes puntos:

- Actividad originada en providencias emanadas de órganos jurisdiccionales extranjeros, cuya finalidad es lograr que el proceso se entable, se desarrolle o se afiance en sus resultados, a través de acciones que los órganos jurisdiccionales locales han de llevar a cabo.
- La definición involucra la actuación de órganos jurisdiccionales tanto en calidad de exhortantes, como de exhortados, debiéndose entender por tales aquellos pertenecientes o no al Poder judicial, que tengan a su cargo función jurisdiccional
- La cooperación Jurisdiccional constituye una obligación internacional de todo Estado, no solamente a los efectos de realizar emplazamientos, notificaciones y audiencias, sino que el deber de cooperar se extiende a todos aquellos actos o medidas necesarios para la consecución de los fines del proceso, incluyendo la cooperación en el procesamiento y ejecución de medidas cautelares, así como en la identificación, conservación y producción de pruebas...
- El acto de cooperación debe prestarse bajo especiales criterios de eficiencia y brevedad. Capítulo IV. Artículo 4.1. (Principios ASADIP de Derecho Procesal).

## **II. Los instrumentos de la Cooperación**

Hasta el momento, coexisten diferentes documentos internacionales que vinculan recíprocamente a los Estados con la aceptación y aplicación de procedimientos de asistencia judicial mutua. Algunos tienen cobertura global, como los acuerdos y convenios suscritos a iniciativa de las Naciones Unidas, en el marco de la UNCITRAL o los de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Otros, en cambio, alcanzan únicamente una influencia regional, como aquellos instrumentos que se han elaborado bajo el auspicio de la Unión Europea o del Consejo de Europa, de la Organi-

zación de Estados Americanos (CIDIP-OEA) o del MERCOSUR y sus Estados Asociados, entre otros foros productores de normas.

Asimismo, coexisten múltiples acuerdos y tratados bilaterales que han sido suscritos entre los países que comparten zonas de frontera, o que registran tradicionales vínculos de amistad o intercambio cultural, comercial o migratorio.

Los distintos instrumentos producidos son algunos más genéricos o que comprenden las modalidades de la Cooperación Clásica, o los citados más modernos que apuntan a la utilización las herramientas de cooperación que aportan las TICS o las modalidades más informales producto de la aparición del “soft law”.

### **III. Las nuevas modalidades de la Cooperación**

Así como desarrollamos las características y modalidades de la cooperación jurisdiccional clásica comprendida en la mayoría de los Tratados de Asistencia Procesal vigente, puede verse que la mayoría la instrumentan a través de exhortos o cartas rogatorias, siguiendo el entramado de fuentes convencionales elaboradas en el marco de los diferentes foros internacionales productores de normas ya citados.

Es entonces ahora el momento de señalar que hoy asistimos a un nuevo giro en la cooperación jurídica internacional, que se vislumbra, como se dijera, en la utilización de las TICS y en nuevas modalidades para la resolución de relaciones jurídicas multinacionales, que se han volcado en instrumentos jurídicos adicionales a los ya existentes en las materias involucradas u otros nuevos que regulan esas otras modalidades.

Dentro de esas nuevas modalidades de cooperación entiendo de importancia resaltar a la de las “comunicaciones directas” como alternativa superadora a la intervención de Autoridades Centrales y a la ayuda de las redes y otros canales que aporta el “soft law” resultando ambos otros elementos de avanzada, algunos de los cuáles nuestro Código



Civil y Comercial de la Nación les ha abierto la puerta y que a continuación pasaremos a desarrollar:

- A) Como consecuencia del proceso mundial de la globalización y su contrapartida, la aparición de los espacios de integración regional, se puede vislumbrar que los Estados se encuentran vinculados en la materia por un profuso entramado de normas convencionales, mecanismos y herramientas de diferente origen y desarrollo.
- B) Dicho panorama constituye una plusvalía en la tradición jurídica en torno al desarrollo del instituto, cuya intención es analizar su eficacia en la actualidad, a la luz de un sinnúmero de normas sobre el mismo tema. En muchos casos la esa indeseada proliferación dificulta la solución de las cuestiones en diferentes puntos del relacionamiento jurídico.
- C) En muchos países –incluido el nuestro- la actividad jurisprudencial o la práctica de autoridades centrales o coordinadoras han venido a complementar directamente los vacíos o lagunas legales que la realidad dinámica del contexto global plantea en torno al tema. En este punto cabe señalar que si bien por un lado ello ha resuelto algunas cuestiones que se planteaban su utilización extendida ha llevado a la aparición de otros retos derivados de su accionar.
- D) Desde la perspectiva nacional (CCCN) se puede apreciar que a la modalidad clásica para el diligenciamiento de las rogatorias se le ha sumado a la posibilidad de las comunicaciones directas y, en el marco internacional se han incorporado una variedad de herramientas e instrumentos de asistencia jurídica, nacidos principalmente en los espacios de integración y en la actividad de diferentes foros productores de normas.
- E) El fin último perseguido en todos los casos es facilitar la cooperación ágil y eficaz.

Como corolario, podríamos describir las respuestas y soluciones que se necesitan evaluar y se han trabajado tanto desde la fuente interna como desde la convencional y desde la pers-

pectiva del “hard law y del soft law”. Dentro de ellas podemos separar las normativas y las tecnológicas.

- a) Normativas (“Hard law y soft law”)
  - UNCITRAL/ Conferencia de LA HAYA/COMJIB<sup>9</sup>
  - OEA- CIDIP/MERCOSUR/PRINCIPIOS DE ASADIP/CCCN
- b) Tecnológicas.
  - COMJIB/ Conferencia de LA HAYA
  - OEA/ MERCOSUR
- c) Redes
  - Red Judicial Europea
  - Red de Jueces de la Conferencia de La Haya
  - Red de Cooperación Hemisférica en materia de Familia
  - IberREd (Red de Cooperación Jurídica Iberoamericana)

### 3. Desafíos

En consecuencia, a continuación, se pasará revista a algunas de las dificultades que se presentan a la hora de procurar garantizar un efectivo ejercicio de los derechos de las personas ante la presencia de una necesidad de cooperación, tanto desde la perspectiva de la cooperación clásica como desde la recepción de las nuevas modalidades de la cooperación.

En esa línea debemos recordar cuáles son las vías para la asistencia y su papel hoy día desde nuestra perspectiva. Partiendo desde ese marco se pueden advertir tanto, ventajas como desafíos en su utilización generalizada. Será menester entonces tomar cada caso en particular y ver que modalidad resulta la más adecuada para encontrar la más ágil cooperación para resolver la situación.

---

<sup>9</sup> Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos.

La vía natural de la cooperación internacional pareciera ser el diligenciamiento de la cooperación a través del “exhorto o rogatoria”, y en la mayoría de las situaciones planteados, señalamos que la tramitación de rogatorias por medio de Autoridades Centrales solucionaba algunas dificultades que pudieran aparecer, (identificación de las autoridades competentes, exención de legalizaciones, control de las solicitudes, armonización de criterios, facilitación de los pedidos, asesoramiento en pos de la eficacia, capacitación de agentes).

No obstante, también apuntamos que su aplicación extendida desencadenó otros retos a tener en cuenta (extensión territorial de los países, distancia de las Autoridades Centrales, comunicación en zonas de frontera, retardo en el diligenciamiento, diversidad de autoridades según convenio).

En función de ello, el desarrollo de cómo responder a esas debilidades y con miras a su superación, realzando las ventajas y adecuándolas a los nuevos desafíos y reclamos de los operadores y de la realidad jurídica global podemos destacar los siguientes:

1. En cuanto a la proliferación fuentes de cooperación, antes referida está la que se utiliza para evitar que se queden sin regulación en los nuevos convenios que se suscriben, cuestiones ya resueltas en otros que existen sobre la materia Ello provoca que la técnica legislativa ensayara un tipo de fórmula que pretende facilitar la operatoria pero que en muchos casos puede llegar a entorpecerla. Son las cláusulas clásicas que preservan la aplicación de los anteriores o ulteriores tratados entre las mismas partes y en la misma materia, en tanto benefician la cooperación, con lo que el panorama normativo convencional se torna más complejo, al necesitar los operadores de la justicia, conocer y decidir, cual fuente resulta aplicable a determinado caso que se le plantee.
2. Desde nuestra perspectiva, muchos de los países de la región tienen una gran extensión territorial y ello provoca que los justiciables y los aplicadores de convenios estén muy lejos de los centros de tramitación de los

pedidos y de las autoridades centrales o coordinadoras de aplicación de los convenios. Esto se traduce en la dificultad de conocer, en muchos casos, la totalidad de los convenios o mecanismos vigentes sobre una materia y las bondades de utilizar uno u otro instrumento. Ello también genera quejas por el retardo para la solución de los casos que, usualmente requieren un accionar sin demoras, por ejemplo, en situaciones familiares o que involucran menores. Finalmente terminan originándose reclamos para proceder a la comunicación directa entre ellos –jueces, defensores y operadores– especialmente en zonas de frontera, a fin de evitar la burocracia de las solicitudes a través de autoridades citadas en las capitales.

3. En muchos casos la falta de recursos es un tema que dificulta, tanto el conocimiento de las fuentes aplicables como la existencia de nuevas tecnologías o redes, que coadyuven a hacer posible la vinculación con otros operadores o actores de la cooperación a la hora de resolver casos transfronterizos.
4. Otro planteo surge respecto del mantenimiento económico de las plataformas informáticas lo que provoca que sistemas que fueron de gran ayuda en su momento como lo fue mecanismo “Groove de la OEA” haya perdido relevancia o haya debido ser reformulada, por no encontrar recursos para su mantenimiento y actualización adecuada.
5. Otro tema no menor lo representa, la estadística de casos de derecho internacional, ya que el tiempo promedio de solución de casos, resultan cruciales a la hora de instrumentar bancos de datos regionales o en la necesidad de instalar nuevas tecnologías de comunicación – correos electrónicos seguros o equipos de video conferencia.
6. A la dispersión de recursos logísticos, se suma una el desafío de la coordinación entre las instituciones encargadas de la puesta en marcha de nuevos convenios

de cooperación. Así se hace necesaria, en esos casos, la colaboración entre ellos, principalmente entre Autoridades Centrales, Judiciales y Defensorías -nacionales y provinciales o estatales-, por un lado y, las de estos con los operadores de la justicia, por el otro.

7. Uno de los ámbitos de trabajo para encontrar respuestas a los desafíos y procurar lograr dar soluciones a las relaciones jurídicas que se presentan es el de la actividad desarrollada en los foros productores de normas en materia de cooperación y de las organizaciones intergubernamentales quienes vienen estudiando el tema en profundidad y ensayando e instrumentando prácticas novedosas y diferentes mecanismos tecnológicos, tanto de “hard law” como de “soft law” que coadyuven a mejorar la efectividad de las soluciones sobre los campos apuntados.
8. Solo por citar algunos de ellos, enumeraremos a los que han generado algunas prácticas y herramientas novedosas en sus respectivos espacios de desarrollo: a) el Mercosur; b) la OEA; c) la Conferencia de Ministros de Justicia de Iberoamérica; d) la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.
9. Desde la perspectiva de nuestra región en particular, merece nos detengamos en el foro mercosureño, que dentro de la estructura institucional del Mercosur tiene dentro de su cometido avanzar hacia la armonización legislativa en materias de cooperación jurídica y generar los instrumentos y mecanismos de la asistencia jurídica internacional que el proceso de integración le demande<sup>10</sup>. En ese ámbito son varios los instrumentos de cooperación jurídica que se han generado y que regulan

---

<sup>10</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El MERCOSUR. Generador de una fuente de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: Zavallia Editores, 1997 y DREYZIN DE KLOR, Adriana, “Hacia el ordenamiento jurídico del MERCOSUR”, Buenos Aires: La Ley, t. 1996-C, pp. 1189 a 1201.

en muchos casos cuestiones relacionadas con la jurisdicción y el derecho aplicable.<sup>11</sup>

10. Es sabido que dentro del esquema interamericano, en el ámbito de su Comité Jurídico, se han venido realizando desde 1975 a la fecha una serie de Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado de dimensión continental y que han generado, por una parte, una gran cantidad de normativa en diferentes materias y aspectos relacionados con la temática que nos ocupa y que contribuye al entramado de fuentes aplicables sobre temas específicos, en la medida que muchos Estados de la región han ratificado o adherido a sus Convenciones, ya referidas.
11. La Conferencia de Ministros de los Países Iberoamericanos es una organización intergubernamental compuesta por los 22 Estados que comprenden Iberoamérica (España, Portugal, Centro y Sudamérica). En el marco de esta organización se han venido celebrando convenios de cooperación jurídica en diferentes áreas del derecho civil, que proponen armonizar o unificar soluciones entre los países de la región, dadas sus características comunes de historia y lenguaje<sup>12</sup>.
12. En este contexto debe resaltarse la reciente firma por parte de los Ministros de Justicia o Autoridades Análogas del texto de un "Tratado Iberoamericano para la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación entre Autoridades Centrales", comúnmente llamado "Tratado de Medellín".
13. Mención especial merece la actividad informal desarrollada por la IberREd a través de sus Puntos de Enlace, que aglutina la actividad de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de los Estados, Ministerios Públicos, Ministerios de Justicia y a las Autoridades Centrales.

---

<sup>11</sup> CARBAJAL, Máximo, "La armonización legislativa", en *Revista de Derecho del Mercosur*, N° 4, año 2, Buenos Aires: a Ley, 1998, p. 161 - 167.

<sup>12</sup> [www.comjib.org.es](http://www.comjib.org.es).

14. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, como es sabido se trata de una organización mundial para la cooperación transfronteriza en materia de derecho civil y comercial que ha elaborado a lo largo de su historia una gran cantidad de Convenios de Derecho Internacional Privado y de Cooperación Internacional en materia de cooperación, a los que han adherido o ratificado muchos países<sup>13</sup>.

Una vez reseñada la actividad desarrollada en los diferentes foros productores de normas con los que contamos para la resolución de cuestiones en materia de cooperación internacional, no sólo por la vinculación por ser nuestro país Parte en diversos convenios internacionales de cooperación y asistencia mutua ya citados, sino porque nuestra misma fuente interna nos remite como prevalencia para el ejercicio de la cooperación en el primer artículo de la parte destinada al derecho internacional privado<sup>14o</sup>.

Por su parte, detectadas algunas de los diferentes características y desafíos a encarar, volveremos a esquematizar esos retos en la región en la materia para ir dando algunas de las respuestas que vienen aportando los Estados y organismos internacionales, con miras a demostrar el camino recorrido para la efectividad de las soluciones que se pueden considerar.

1. En cuanto al reclamo de una más rápida comunicación entre autoridades y especialmente en zonas fronterizas, cabe hacer referencia a que la última tendencia desarrollada en el espacio europeo, es la de habilitar la comunicación directa entre jueces, particularidad que puede considerarse actualmente reflejada en soluciones normativas de fuente interna en nuestra región como lo es el caso de la Argentina en el art. 2612 del CCCN. Este sistema propicia una alternativa a las autoridades centrales y tiene como fin el permitir la directa comunica-

---

<sup>13</sup> VAN LOON, Hans. "Conference de La Haye de Droit International Privé", *Répertoire International*, Dalloz, Janvier 2011, pp.1-9.

ción entre jueces y operadores. Sin embargo, esta alternativa, entendemos que si bien acertada, debería tenerse en cuenta, desde la perspectiva de nuestra región, ensayando su incorporación en forma gradual

2. En cambio, esa acertada incorporación se potencia en las zonas de frontera, donde nuestros operadores jurídicos vienen reclamando desde tiempo atrás se les permita eludir el filtro y la demora que implica el diligenciamiento a través de sus respectivas autoridades centrales, citas en muchos casos lejos de sus campos de actuación. Volviendo a nuestra perspectiva regional, en el marco de los Convenios MERCOSUR, el Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares, ya prevé esa posibilidad, inspirándose en sendas Convenciones Interamericanas CIDIP que ya lo preveían. Desde esa misma óptica actualmente está en agenda la modificación del instrumento que podría llamarse el instrumento madre de la cooperación en el MERCOSUR, que es el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa” y su Acuerdo espejo que nos vincula a Bolivia, Chile y Ecuador, a cuyo texto se está contemplando de sumarle una “Enmienda” justamente para permitir la comunicación directa entre tribunales de zonas fronterizas.
3. La falta de difusión de muchos de los nuevos convenios y modalidades de la cooperación por parte de operadores de territorios muy dilatados o de difícil comunicación. Se torna necesario, entonces, un punto común de contacto entre las autoridades de los diferentes Estados y dentro de cada uno de estos, con los respectivos organismos encargados de la aplicación del derecho.
4. La utilización de las TICs, (técnicas de la información y la comunicación) puede representar una gran ayuda para el diligenciamiento de soluciones “on line” o la descentralización de autoridades coordinadoras en



provincias y municipios como parte de buenas prácticas aportadas.

5. Otros ejemplos que se pueden como medio de facilitación de la cooperación internacional es mencionado a soluciones institucionales cómo los son, el Tribunal Supremo de Justicia de la Provincia de Mendoza, o a las representaciones provinciales para resolver las cuestiones de alimentos en varias provincias.
6. Una alternativa, también, ha sido el establecimiento de un canal de comunicación a través de “jueces de enlace”, por ejemplo, de la Conferencia de La Haya, como otra forma de acercar soluciones armónicas y orientativas mediante el uso de buenas prácticas y nuevas tecnologías
7. Es menester destacar la importancia que reviste el realizar encuentros conjuntos entre los diferentes actores jurídicos encargados de dar respuestas a los reclamos de los justiciables. Así, intercambios de experiencias y encuentros conjuntos entre jueces, defensores y operadores de la justicia en general, será un muy buen punto de partida para la difusión de herramientas, intercambio de información y pautas para la aplicación de prácticas y tecnología moderna que permita agilizar la cooperación.
8. Pueden señalarse también como iniciativas auspiciosas de cooperación en la materia, la constitución de redes y técnicas desarrolladas en la región y que han tomado algún referente en lo ya ensayado en el viejo continente. Entre ellos, por ejemplo, la “IberRed” en el ámbito iberoamericano, inspirada, a su vez, en la “Red Judicial Europea”. Esta “Red” es, como lo dice su nombre, una red de contactos entre autoridades encargadas de la aplicación de justicia entre los países del bloque iberoamericano, que comprende a los Ministerios de Justicia de los Estados Parte, a las Autoridades Centrales, al Ministerio Público y el Poder Judicial. Esta Red, ha modificado recientemente su plataforma, para mejorar la

“comunicación informal” que venía desarrollando entre los Puntos de Contacto, adaptándola a los delantos tecnológicos y para permitir habilitar esa plataforma llamada “Iber@” a las necesidades que le demandará ser el instrumento de comunicación en el marco de la próxima entrada en vigencia del “Tratado de Medellín”, de Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica a través de Autoridades Centrales-

9. Como ejemplo de las buenas prácticas llevadas a cabo por esos “puntos de contacto” y como parte de los encuentros de operadores jurídicos que se propician en los foros intergubernamentales, para facilitar la difusión de mecanismos exitosos desarrollados en algún Estado o región, cabe citar los Encuentros de Puntos de Contacto y Enlaces de la Red Iberoamericana.
10. Párrafo aparte merece la creación de la “Red Interamericana en materia de relaciones de familia”, en el marco de la OEA, que ha pretendido emular los beneficios alcanzados por el sistema de correo electrónico seguro con firma encriptada “Groove” (ensayado para lo penal) para su extensión y utilización a las cuestiones relacionadas al derecho de familia y a las solicitudes de cooperación en la materia.
11. Con el mismo espíritu en el ámbito de la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, se creó el “Foro de Autoridades Centrales”, que se reúne periódicamente con el fin de detectar las bondades y dificultades que genera la aplicación de los Protocolos y Acuerdos aprobados en su seno y en la inter vinculación de dichos instrumentos jurídicos con otros pre existentes o que se pongan en marcha, sobre los mismos temas entre las mismas partes
12. Finalmente, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, ha desarrollado diferentes “Guías” y “Manuales” de Buenas Prácticas que se ocupan de resolver las diferentes dificultades que plantea la aplicación de sus Convenios en materia de familia. A esa ta-

rea se le puede sumar la llamada actividad de seguimiento de aplicación de los Convenios que se denomina “Post-Convenio” y que justamente persigue la finalidad de proponer acercar soluciones armónicas derivadas de su aplicación en distintos países con distintas particularidades o sistemas jurídicos. Ejemplos de ello son la propuesta de instauración de la apostilla electrónica que puede utilizarse para partidas y documentos en materia de familia o mecanismos modernos para la canalización de solicitudes de cooperación como lo es el “e-child” respecto al Convenio de Sustracción, o la “e-justice” para los reclamos alimentarios internacionales, en el marco de los tratados de Alimentos de la Conferencia.

13. La difusión de convenios, mecanismos y herramientas resulta esencial. En ese marco de acción se han propuesto distintos caminos, desde la identificación de elementos comunes y posturas de consenso en foros internacionales o regionales productores de normas, como los citados iberoamericanos y los de La Haya, hasta la elaboración de guías orientativas o leyes modelo que tomaran en cuenta los caracteres comunes de cada sistema nacional, para que pudieran luego ser trasladadas a su normativa interna en momentos de tornar operativas las normas convencionales adoptadas. Se impone destacar, también, la relevancia de las redes sociales que a través de sus sitios web puede difundir instrumentos y prácticas, a la vez que recabar opiniones de experiencias vividas.

#### **4. En el Código Civil y Comercial de la Nación**

Hasta este momento, se pasó revista al panorama que presenta la cooperación jurídica en general, basándonos en cómo lo resuelven principalmente las fuentes convencionales vigentes en nuestro país, con sus bondades y problemáticas y respecto de estas últimas, se relevaron diferentes tipos de acercamiento

para su mitigación o salvaguarda. Corresponde, entonces, ver cómo se ha tratado esa problemática en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Efectivamente, las respuestas de la “Cooperación Internacional” en la fuente convencional concuerdan justamente con la sistematización y articulación de los artículos 2611 y 2612, de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto a tomar en cuenta en primer término las normas citadas en las fuentes internacionales y a la actitud a asumir respecto de ellas o ante su carencia.

De todas formas, el Código Civil y Comercial, trae por primera vez en esos artículos, soluciones y respuestas a cuestiones vinculadas con la asistencia judicial internacional y la cooperación, que veremos en qué forma siguen la tendencia modernizadora propuesta en varias soluciones de las planteadas en los foros internacionales.

Dentro de los supuestos que abarca la cooperación en nuestro Código Civil y Comercial, podemos apuntar que prevé:

1. El Diálogo de Fuentes.
2. El uso de la Fuente convencional (convenciones internacionales)
3. Soluciones en la Fuente interna (articulación de arts. 2612<sup>15</sup>, 2611<sup>16</sup>) y fuentes procesales locales (art. 31 de la CN).

---

<sup>15</sup>Artículo 2612. Asistencia procesal internacional

Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso.

Se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida.

4. Prevé la posibilidad de las Comunicaciones Directas.
5. Comunicaciones a autoridades extranjeras
6. Cumplimiento de medidas de mero trámite y probatorias
7. Medidas provisionales y cautelares (art. 2603)

Sin perjuicio de retomar la idea que la modalidad general es la instrumentarla a través de rogatorias, deja abierta su forma de transmisión abierta, en nuestro entender previendo la utilización de los medios electrónicos, pensándolo como aquellos resortes más expeditos y salvaguardando la seguridad en el debido proceso y la preservación del orden público

En lo que refiere a la incorporación de las “comunicaciones directas”, a la que ya nos refiriéramos como tendencia de avanzada en nuestra región, creemos que se acrece en muchas de las consideraciones previamente apuntadas, respecto al aprovechamiento de esta alternativa para suplir por su intermedio, algunas de las ventajas y debilidades que pueden presentarse en la materia.

Efectivamente, ello permite la ventaja de la celeridad, inmediatez y facilitación de la asistencia en zonas de frontera.

Esta previsión que trae nuestro Código Civil y Comercial, resulta de avanzada y ejemplificadora, ya que desde la perspectiva regional y convencional viene a salvar las dificultades de diligenciamiento a través de Autoridades Coordinadoras o Centrales, que en la mayoría de los países de nuestra región se encuentran en cabeza de los Ministerios de Relaciones Exteriores o de los Ministerios de Justicia o Equivalentes.

Como se dijera, es dable interpretar que desde la solución desde la norma del art. 2612 se quiso dar respuesta a los reclamos de los operadores jurídicos de la región a poder mantener un contacto directo en zonas de frontera.

---

<sup>16</sup>Artículo 2611. Cooperación jurisdiccional

Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral.

Esa solución, ya prevista en el ámbito de la cooperación del espacio europeo o en convenciones interamericanas sobre diligenciamiento de rogatorias o medidas cautelares, también la recepta en el “Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares” y está en agenda su incorporación también en el Protocolo de las Leñas y su Acuerdo Espejo en el mismo contexto de Integración.

Otro ejemplo que inspira tal previsión, entiendo podemos encontrarlo en otras experiencias hoy ensayadas en el ámbito regional, como ser:

1. Jueces de Enlace y Ley Modelo de la Conferencia de La Haya.
2. Convenio Marco Corte del Paraguay/JUFEJUS (21/11/2016)
3. Protocolos de actuación en materia de sustracción (Corte Suprema/Tribunal Superior de Córdoba)
4. Acuerdos alcanzados en el marco de los Seminarios Internacionales de Cooperación Judicial Argentino Chilena.

Resulta oportuno entonces, y a esta altura recordar otra sabia frase de un especialista en la materia, cómo Javier Parra García:

*“El contacto directo es una comunicación entre personas y para mantener un contacto es necesario desear hacerlo. En el contexto internacional, con distintas lenguas y sistemas jurídicos, en definitiva, el contacto directo es una cuestión de actitud”*

Para redondear el tratamiento de la Cooperación Internacional en nuestro Código no podemos dejar de destacar también la previsión del artículo 2603 en materia de medidas precautorias y cautelares, otra incorporación de aspectos procesales en nuestra fuente interna de derecho internacional.

Sin perjuicio de las normas generales referidas a la cooperación internacional que recepta nuestro Código Civil y Comercial, cabe también señalar la complacencia sistemática de incluir la referencia a los instrumentos de cooperación dentro del arti-

culado de los institutos de tratamiento de la parte especial del Código cómo es en el caso de “reclamos alimentarios Internacionales” o de Restitución Internacional de Menores” en el artículo 2642.

Una última cuestión directamente vinculada al tercer grado de la cooperación que en este caso sí, está ausente en el Código de 2015 es el tema del “Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros”, que a pesar de considerarse como materia federal, se entendió que no debía tratarse por ser objeto de alcance de las provincias argentinas<sup>17</sup>.

Tal ausencia, puede resultar riesgosa ya que “las decisiones que recayeran en esa materia podrían comprometer la responsabilidad del Estado ante posibles diferencias de trato que pudiere dispensarse en las provincias argentinas a una misma sentencia extranjera”.<sup>18</sup>

De todas formas, es de nuestro conocimiento que las autoras del título de “Derecho Internacional Privado”, habían previsto su inclusión, redactando sendos artículos previendo tanto la cooperación para el reconocimiento como para la ejecución, sin que, lamentablemente, fuera luego incorporada por la Comisión reformadora del Código.

## 5. Cooperación y COVID 19

La reciente y aún extendida pandemia por el COVID 19 ha puesto en jaque numerosos aspectos de la vida de todos los habitantes de este planeta. El campo de las ciencias jurídicas en general y de la cooperación internacional no han quedado fuera de sus retos y varios de los resortes hasta aquí citados fueron puesto a prueba para preservar valores, como el garantizar el

---

<sup>17</sup> BOGGIANO, Antonio. *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. I, Buenos Aires: Editorial Thomson Reuters La Ley, 2017, p. 610.

<sup>18</sup> UZAL, María Elsa. “Lineamientos de la reforma del derecho internacional privado en el Código Civil y Comercial de la Nación”. *Suplemento. Especial. Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014.

acceso igualitario a la justicia de todos y todas, más allá de las dificultades que enfrentamos en diferentes ámbitos.

En este contexto cobró especial relevancia el auge de las nuevas tecnologías en la cooperación, con la necesidad de la instrumentación de nuevas herramientas, como por ejemplo, el exhorto electrónico, las firmas digitales, la utilización de plataformas de foros internacionales, las declaraciones por videoconferencia y sobre la utilización de las redes y canales de correos electrónicos seguros que han debido implementarse y acelerar su utilización para garantizar el acceso a la justicia en condiciones igualdad y de seguridad.

De esa marea vemos como varios de los temas aquí tratados cobran singular y renovado valor a la hora de su aplicación en el actual contexto global planteado.

## **6. Conclusiones**

Como corolario del análisis efectuado y pasando revista a los puntos abordados, en cuanto a cómo trata el Código Civil y Comercial argentino la problemática de la cooperación internacional podemos concluir:

1. Que privilegia la aplicación de los Tratados y Convenciones internacionales en la materia, tanto a nivel multilateral como regional y bilateral.
2. Que prevé por primera vez en la legislación sustantiva la cooperación internacional y asistencia procesal de primero y segundo grado, para aquellos casos que no hubiera convenio vinculante en la materia.
3. Que ratifica la necesidad de cooperación jurisdiccional entre los operadores jurídicos, a través de exhortos o rogatorias internacionales.
4. Que habilita por primera vez las comunicaciones directas entre autoridades, receptando un reclamo de los operadores jurídicos y una demanda de la realidad y práctica en los espacios más avanzados.
5. Que, sin perjuicio de su reconocimiento, deja a salvo la preservación de la seguridad jurídica en la cooperación.



6. Que se entienda habilita la incorporación de la utilización de medios tecnológicos y las tecnologías de la información y comunicación en los pedidos.
7. Que incorporara soluciones innovadoras que resultan ejemplificadores y armónicas con las soluciones convencionales vigentes o en proceso de revisión.

De esta manera estamos convencidos que, en materia de cooperación internacional, el articulado del CCCN no es una fuente más de regulación, sino un valioso instrumento de articulación y armonización regional en la materia.

## COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y TIC: LA RECEPCIÓN DE COMUNICACIONES JUDICIALES DIRECTAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**Carolina Harrington\***

*“...a medida que se acelera el cambio tecnológico, los mecanismos de cooperación y gobernanza en este ámbito no han avanzado en consonancia. Existe el riesgo de que los enfoques divergentes y las respuestas ad hoc fragmenten la interconectividad que define la era digital, lo que conllevaría a normas y planteamientos contrapuestos, mermaría la confianza y desalentaría la cooperación.”<sup>1</sup>*

SUMARIO: 1. LAS COMUNICACIONES JUDICIALES DIRECTAS (CJD) EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (DIPR.); 2. LAS CJD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (CCCN); 3. CONCLUSIONES: CJD Y TIC.

---

\* Abogada, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Magíster en Relaciones Internacionales, Centro de Estudios Avanzados (UNC), Doctoranda en Derecho y Cs. Sociales, Profesora de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho (UNC). Funcionaria de Sala Civil y Comercial, Tribunal Superior de Justicia, Poder Judicial de Córdoba.

<sup>1</sup> “La era de la interdependencia digital”, *Informe del Panel de Alto Nivel del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Cooperación Digital*. Junio, 2019.

## 1. Las Comunicaciones Judiciales Directas (CJD) en el Derecho internacional privado (DIPr.)

### I. Perspectivas dentro de la cooperación jurídica internacional

En el ámbito de la cooperación procesal internacional desde la perspectiva civil y comercial, los acostumbrados e inmemorialmente utilizados exhortos y cartas (o comisiones) rogatorias continúan ostentando un rol central como vehículo de comunicación<sup>2</sup>. Sin embargo, en los últimos años se ha vivenciado el nacimiento y paulatina consolidación de herramientas y mecanismos que, fomentados por la creciente interconexión global y los beneficios derivados de la mayor accesibilidad a soluciones tecnológicas, persiguen generar una conexión más directa entre autoridades para efectivizar la colaboración.

Bien se ha advertido que la tendencia se manifiesta en complementos, técnicas, herramientas, expedientes o métodos que reglamentan el Derecho internacional privado (DIPr.) o inciden en él, dotándolo de mayor agilidad y flexibilidad en el logro de sus objetivos primarios. Es por ello que no sería atinado hablar al día de hoy de una suplantación, sustitución o eliminación de la tradicional cooperación internacional de autoridades, sino de la aparición herra-

---

<sup>2</sup>Se explica que “El vocablo exhorto evoca la idea de pedir un favor a autoridades judiciales cuyas atribuciones emanan de un poder político distinto de aquel en que se originan las ejercidas por el juez requirente, quien, de acuerdo a la fórmula tradicional, ofrece reciprocidad para casos análogos. Aunque creemos que conviene reservar la idea de reciprocidad en un plano histórico.”, FEUILLADE, Milton, “Cooperación jurisdiccional civil de primer grado: tratamiento de los exhortos o cartas rogatorias”, en *Prudentia Iuris* N° 68/69, 2010, Biblioteca Digital de la UCA. Al invocar antecedentes históricos, el autor se remota al Tratado egipcio – hitita del año 1279 a.C. Recuperado de <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2698/1/cooperacion-jurisdiccional-civil-primer-grado.pdf>.

mientas no excluyentes y de acompañamiento de las técnicas tradicionales de cooperación que van asumiendo una decisiva efectividad e importancia<sup>3</sup>.

En este contexto, los operadores jurídicos (autoridades y partes involucradas), han tenido la ocasión de constatar los beneficios de las Comunicaciones Judiciales Directas (CJD), en orden a la aceleración de los tiempos implicados y la desburocratización de variadas gestiones implicadas en la dinámica de la asistencia procesal transfronteriza. Nos referimos a aquellos contactos establecidos entre autoridades judiciales de distintos países sin la intermediación de estamentos administrativos o diplomáticos de sus respectivos Estados o la utilización de exhorto internacional, con el objeto de efectivizar la colaboración tendiente al desarrollo de uno o más procesos tramitados ante sus tribunales.

En particular, las CJD aportan pragmatismo, dinamismo, sin carácter de exclusividad y apoyándose en la confianza mutua, frente a las tradicionales técnicas de la cooperación internacional entre autoridades. Por este motivo se afirma que pensar solo en asistencia, ayuda, logística, información y flujo de datos cuando jueces de distintas jurisdicciones se comunican entre sí respecto a casos concretos, puede no ser exacto, y solo una noción muy amplia de la cooperación internacional acaba amparando a estas novedosas herramientas<sup>4</sup>.

Efectivamente, en términos generales, el objetivo palpable de mecanismos como las CJD es el acortamiento de los plazos que insume la diligencia y la adopción de resoluciones más informadas y con mayores posibilidades de efectividad de la solución. Existe, sin embargo, un efecto poco tangible, pero invalorable derivado de estas prácticas: aumentar y robustecer recíprocamente la confianza entre los

---

<sup>3</sup>FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, *Las Comunicaciones Judiciales Directas en la Cooperación Jurídica Internacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p.51.

<sup>4</sup>Ibídem.

sistemas judiciales como premisa básica de la cooperación jurisdiccional internacional<sup>5</sup>. Sin este plafond, ni la más sofisticada y actualizada norma cooperativa alcanzará la máxima eficacia posible para garantizar la continuidad de los procesos más allá de los límites estatales del tribunal interviniente.

Un análisis sectorial hace inocultable que -fuera del ámbito de la justicia penal- su desarrollo reglamentario y utilización efectiva han tenido un afianzamiento más marcado en materia de protección de niños e insolvencia transfronteriza. Sin embargo, no luce aventurado imaginar un alcance ampliado que las expanda a la tramitación de casos de DIPr. sobre materias que excedan tales sectores.

Las CJD enraízan en la idea de participación activa, coordinada y simultánea de autoridades judiciales de diversos Estados para la resolución de casos concretos. Por ello, no es de extrañar que su desarrollo y consolidación haya ido de la mano de la conformación de redes<sup>6</sup>.

Este mecanismo de comunicación entre autoridades puede resultar de relevancia -incluso- en instancias de coordinación de ordenamientos, al permitir que el juez encargado de dictar una resolución conozca acabadamente el sistema jurí-

---

<sup>5</sup>HARRINGTON, Carolina. "Comunicaciones Judiciales Directas: un arma versátil para enfrentar los desafíos procesales del Derecho internacional privado de familia", *LLCba*, N° 6, Octubre 2018, p.3.

<sup>6</sup> El ejemplo paradigmático es la Red Internacional de Jueces de La Haya (RIJH), como claro ejemplo de esta vinculación, en la que las CJD han facilitado la adopción de resoluciones jurisdiccionales con la premura que las situaciones derivadas de sustracción internacional de niños y niñas exigen. Tan asociada está la red a las CJD, que ambas "comparten" uno de los instrumentos más relevantes de *soft law*: los "Lineamientos emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y de Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las Salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya (2012).

dico extranjero que debe tener en consideración y logre calibrar con más detalle la solución al caso.

Por último, un dato no menor. La ventaja de su fortalecimiento no se agota en la premura, pues implica una instancia de aproximación y de mayor conocimiento de la “cultura jurisdiccional” ajena, facilitando un aumento en la confianza recíproca. Sobre todo, en procesos que no culminan su cometido en una sola decisión, e implican una cadena de resoluciones y medidas sobre distintos temas por involucrar situaciones o conflictos complejos que se extienden en el tiempo.

En general, las CJD son valiosas aliadas en la búsqueda de un equilibrio entre las certezas requeridas para asegurar previsibilidad y celeridad en el proceso, y el respeto del derecho de defensa de las partes. No obstante, y pese a las ventajas que se asocian a su utilización -sobre todo, confrontándolas con los avatares vinculados a la tramitación de exhortos internacionales-, en algunos casos las CJD son subutilizadas, sin que se aprovechen plenamente, aun en ausencia de obstáculos legales que impidan su uso<sup>7</sup>. Una lectura que integre los desafíos implicados en el funcionamiento de las CJD a la luz de los retos derivados de la irrupción tecnológica en el litigio transfronterizo puede sumar a la tarea de análisis y respaldo que atañe al sector académico.

## **II. El componente tecnológico en la cooperación judicial internacional y las CJD**

Es cada vez mayor el universo de situaciones iusprivatistas internacionales que se ven impactadas por algún componente tecnológico, ya sea en su conformación o en su desenvolvimiento. La constante proliferación de Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), en la Sociedad de la Información -telón de fondo de la globalización-, dificulta la

---

<sup>7</sup>GOICOECHEA, Ignacio, "Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial", en *Rev.secr.Trib. perm.revis.*, 2016, pp. 127-151.

tarea de ubicar definiciones estáticas que ubiquen el rasgo distintivo de estos instrumentos, sin desatender su constante evolución. Sucede que aquello que otrora se reputaba “nuevo” o disruptivo desde lo tecnológico, hoy puede formar parte de la cotidianeidad de amplios sectores de la sociedad. La permanente transformación y avance que define las TIC provoca que la referencia que en épocas pasadas situábamos en la radio, la TV, la telefonía o el fax, hoy se traduzcan en planteos jurídicos que surgen ante el empleo de –por ejemplo– correo electrónico, videoconferencia, tecnología por registros descentralizados o inteligencia artificial.

No obstante, la dificultad para cristalizar conceptualizaciones rígidas, podemos ubicar algunos de los ejes que delinearían una noción de TIC si pensamos en el conjunto de herramientas y medios de comunicación, surgido de la interacción de informática y telecomunicaciones, que posibilitan y mejoran la generación, almacenamiento, procesamiento y transmisión de información digital.

La irrupción de la tecnología en la dinámica funcional del DIPr. nos conduce a prestar atención sobre los desafíos y oportunidades que se presentan en materia de cooperación jurídica (judicial, jurisdiccional, interjurisdiccional, entre autoridades o procesal, según quien la analice<sup>8</sup>) internacional, pues son múltiples las maneras en las que las TIC están imponiéndose en el horizonte de la cooperación jurídica internacional para facilitarla<sup>9</sup>.

No cabe duda que el particular escenario *transpandemia* que transitamos desde marzo de 2020 ha potenciado la necesidad de aprovechar en plenitud recursos previamente disponibles, replantearnos métodos de trabajo, priorizar nece-

---

<sup>8</sup> Adjettivos que se inspiran en diversas perspectivas y no resultan –en rigor– análogos, pero que a los fines de este trabajo serán utilizados indistintamente.

<sup>9</sup> SCOTTI, Luciana, “Incidencias de las nuevas tecnologías en el Derecho internacional privado”, en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, Año 17, N° 50-2020, pp. 409-442.

sidades y diseñar reglas de actuación más acordes a las herramientas existentes, de acuerdo a los requerimientos de hoy. En mayor o menor medida, las cortes a lo largo y a lo ancho del globo se vieron forzadas a adoptar una impronta flexible y creativa para llevar adelante funciones esenciales<sup>10</sup>, por lo que existe un cierto consenso, nacido de la demostración de los hechos, que el escenario de crítico actual puede resultar un catalizador del empleo de tecnologías que disminuyan lo que se ha caracterizado como la “tramitología procesal internacional”<sup>11</sup>.

Es cierto que, incluso desde un tiempo anterior a la irrupción del COVID-19 en la agenda pública y gracias a las posibilidades que el empleo de las TIC ofrece, existe una tendencia creciente en la actividad cooperativa que persigue que la misma sea más eficiente, como corolario de la necesidad de asegurar el acceso a justicia asociado a la continuidad de los procesos transfronterizamente. Así, además de la flexibilización de los canales cooperativos materializado en el impulso de las CJD, se pretende garantizar la explotación de herramientas de alcance generalizado (transmisión electrónica de solicitudes de cooperación), articular la actuación jurisdiccional remota, minimizando su impacto sobre la intermediación procesal a través de un nuevo soporte multifunción cada vez más accesible (videoconferencia), y explorar el despliegue internacional de una figura procesal clásica (audiencias multijurisdiccionales). A su vez, se reavivan los cuestionamientos acerca del delicado tema de la notificación por medios digitales.

---

<sup>10</sup>RUSINOVA, Nadia. “Remote Child-Related Proceedings in Times of Pandemic-Crisis Measures or Justice Reform Trigger?”, en *Conflict of Laws.net*. 30 de Abril de 2020. Recuperado de <https://conflictoflaws.net/2020/remote-child-related-proceedings-in-times-of-pandemic-crisis-measures-or-justice-reform-trigger/>.

<sup>11</sup>ORTIZ, Fernando. “Cooperación jurídica internacional: desafíos ante el COVID-19”, en *Centro de Estudios Internacionales*. 25 de junio de 2020. Recuperado de <http://centroestudiosinternacionales.uc.cl/medios/3407-cooperacion-juridica-internacional-desafios-ante-el-covid-19..>



Solo por mencionar las evidencias más recientes del fenómeno descrito reparemos en la presentación, el 23.03.2021, de la renovada plataforma Iber@ de IberRed, desarrollada por la Agencia de Tecnologías de la Información del Notariado (España)<sup>12</sup> y que en palabras del Secretario General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los países Iberoamericanos (COMJIB) representa «*un sistema informático cerrado, con garantías de máxima seguridad para intercambios rápidos y fehacientes de solicitudes de cooperación jurídica, incorporando funcionalidades como la videoconferencia o la firma digital.*». Las acciones se enmarcan en las tareas tendientes a la vigencia del «*Tratado de Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional entre Autoridades Centrales*». El instrumento, firmado en Medellín en julio de 2019 y aun sin el número mínimo de ratificaciones para entrar en vigor, persigue impulsar la integración de las TIC a las actividades cotidianas de cooperación jurídica internacional entre Autoridades Centrales<sup>13</sup>. En particular, las incentiva a utilizar medios electrónicos para la transmisión de solicitudes de cooperación, aunque de modo facultativo.

Otro claro ejemplo de esta tendencia se materializa en la “Guía de Buenas Prácticas sobre el uso de enlace de video en la Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en el extranjero, de 1970”<sup>14</sup>, aprobada el 14 de junio de 2019 y cuya versión oficial resultó publicada el 16.04.2020 en la página web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional

---

<sup>12</sup><https://iberred.notariado.org>

<sup>13</sup> Para un pormenorizado análisis de las disposiciones del convenio, puede consultarse: ALBORNOZ, Mercedes –Sebastian PAREDES, “Nuevo Tratado de Medellín: la tecnología de la información al servicio de la cooperación internacional”, en *Derecho en Acción*, CIDE, 14.10.2019. Recuperado de: [http://derechoenaccion.cide.edu/nuevo-tratado-de-medellin-la-tecnologia-de-la-informacion-al-servicio-de-la-cooperacion-internacional/#\\_ftn3](http://derechoenaccion.cide.edu/nuevo-tratado-de-medellin-la-tecnologia-de-la-informacion-al-servicio-de-la-cooperacion-internacional/#_ftn3).

<sup>14</sup> Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention (Disponible en inglés y francés, la traducción al español nos pertenece). Las versiones oficiales se encuentran en: <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=728>.

Privado (HCCH). La organización venía trabajando desde el año 2015, a raíz de una propuesta de Australia, para examinar los asuntos que pueden presentarse en el contexto del uso de videoconferencia, enlaces de video y otras TIC en la obtención de pruebas en el extranjero. Además de estudiar los instrumentos existentes y la práctica habitual en distintos países, se valoró la factibilidad o conveniencia de generar un instrumento internacional como producto de esta tarea y es tras la creación de un Grupo de Trabajo al efecto y la consulta con múltiples operadores, que se fue desarrollando esta valiosa herramienta de *soft law*. Desde el inicio, uno de los principales aciertos de la labor emprendida se relaciona con la premisa asumida: la discriminación entre cuestiones legales, prácticas o técnicas implicadas, que hoy estructura el documento.

A las pautas consignadas en la Guía de Buenas Prácticas precedente, debe sumarse otra interesante referencia (que involucra tanto al Convenio de 1970 como al «Convenio sobre Comunicación o Notificación de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en materia civil o comercial, de 1965» y es el resultado de las respuestas de los países (ratificantes y no ratificantes) ante el cuestionario sobre la utilización de TIC que la HCCH había hecho circular durante 2019. El compendio de respuestas arroja interesantes datos acerca de las visiones de diversas jurisdicciones sobre el tema<sup>15</sup>.

Un parámetro relevante par corroborar esta asociación entre TIC y cooperación jurídica en su desenvolvimiento flexible –según los requerimientos actuales– surge de los términos uno de los instrumentos *soft* más modernos y recepti-

---

<sup>15</sup> Cuadra aclarar que las respuestas fueron elaboradas con anterioridad a la crisis sanitaria global desatada a partir de marzo 2020. Sin embargo, la conclusión N°36 de la reunión 2021 del Consejo sobre Asuntos Generales y Política (CGAP) da cuenta de la decisión de circular un nuevo cuestionario, en vistas a las tareas preparatorias para la próxima reunión de la Comisión Especial, tentativamente prevista para la primera mitad del 2023. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/94e2d886-1cbf-4250-b436-5c1899cb942b.pdf>.

vos de la recíproca influencia entre ambos conceptos: los Principios TRANSJUS contienen múltiples referencias a la tecnología aplicada a cooperación interjurisdiccional. Como marco general, recordemos que entre las disposiciones del Artículo 4.1. se establece que el acto de cooperación debe prestarse bajo especiales criterios de eficiencia y brevedad. Esto se compadece también en cuanto los tribunales del Estado requerido deben actuar de oficio y emprender las adaptaciones normativas que sean necesarias para lograr la realización de la actuación procesal correspondiente (art. 4.5). Pero fundamentalmente, en cuanto se indica que los jueces y demás operadores de justicia pueden establecer comunicaciones judiciales directas y espontáneas, “recurriendo a cualquier mecanismo idóneo para lograr dicha certeza y seguridad”, persiguiendo así brindar seguridad y mayor eficacia a las actuaciones procesales interjurisdiccionales. Según estas pautas, podrán incluso realizar audiencias conjuntas a través de videoconferencias o cualquier otro medio disponible, e incluso coordinar sus decisiones para evitar conflictos entre éstas y asegurar su efectividad. Las partes tendrán acceso a las comunicaciones entre los tribunales y cuando esto no sea procedente, deben ser informadas de las mismas (art. 4.6). Para aventar cualquier duda en relación a la promoción de tecnologías para asegurar la cooperación, el art. 4.7. establece contundentemente que -siempre que se garantice la seguridad de las comunicaciones-, los jueces y demás operadores de justicia “procurarán y favorecerán el uso de las nuevas tecnologías de información y comunicación, tales como comunicaciones telefónicas y videoconferencias, mensajes electrónicos, y cualquier otro medio de comunicación apto para hacer efectiva la cooperación solicitada”. Aluden puntualmente a la notificación internacional en el art. 5.1 al autorizar la utilización de los medios tecnológicos disponibles, en los términos del artículo 4.7., a la vez que, en materia cautelar, se promueve que los tribunales y autoridades competentes de diferentes Estados se comuniquen entre sí “de manera directa” para adoptar las medidas necesarias

tendientes a facilitar un procedimiento en el extranjero (art. 8.5).

Recapitulando, se advierte como tendencia predominante la insoslayable necesidad de expandir la celebración de actuaciones remotas o a distancia y la búsqueda de soluciones creativas, pero también seguras y respetuosas del debido proceso, que tienen y tendrán un interesante impacto en la utilización de las TIC en la gestión de la cooperación internacional.

¿Cómo repercute esta realidad en las CJD?

La característica más definitoria de las CJD es aquella que prescinde de la intermediación diplomática o administrativa para que dos jueces (o autoridades) se contacten, compartan información, coordinen estrategias procesales y –en algunos casos– lleguen a articular sus respectivas decisiones. Es decir, el empleo de herramientas tecnológicas para tal fin no resulta esencial en sí mismo. Pienséase, sino, en el supuesto de dos jueces pertenecientes a ciudades de frontera que se propongan organizar el regreso seguro de un niño o niña, cuya restitución internacional haya sido ordenada y tengan la posibilidad de reunirse físicamente<sup>16</sup>. Recordemos que la especial

---

<sup>16</sup>Un interesante caso enmarcado en la frontera argentino-paraguaya, que se llevó adelante en 2005, es descrito por una de las magistradas intervinientes y destacado por Nieve Rubaja: un niño había sido sustraído de Posadas (Arg) y trasladado hacia Paraguay por su madre. Los titulares de ambos tribunales (el paraguayo, en Encarnación, que debía decidir la restitución, y el argentino, donde se ubicaba la residencia habitual del niño) se contactaron mediante comunicaciones directas acordando las estrategias para asegurar la correcta aplicación del Convenio de 1980, al ordenar audiencias y recabar informes respecto de las circunstancias psicológicas y sociales con celeridad. En este caso, el contacto se efectuó por vía telefónica, pero bien se podría haber llegado a concertar una audiencia presencial entre las autoridades. El precedente se encuentra comentado por la jueza paraguaya que lo resolvió, PERALTA, Evelyn M., “Judicial communications and speed in return proceedings”, en *The Judges’ Newsletter on International Child Protection*, Vol. XIV/Winter 2008-09, disponible en <http://www.hcch.net/upload/news08-09.pdf>, al 15.04.2021. Destacamos en siguiente fragmento del relato de la Jueza: “*The contact and personal commu-*

circunstancia que se verifica en zonas limítrofes para la cotidianidad del auxilio judicial fue tenido en cuenta por algunos textos convencionales a nivel interamericano y del Mercosur que eximen del recaudo de legalización a los exhortos tramitados directamente (Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 7; y sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 15; y el Protocolo del MERCOSUR de Ouro Preto de Medidas Cautelares, art. 19, párrafo cuarto)<sup>17</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de esta extraordinaria circunstancia, parece una obviedad señalar que la creciente presencia tecnológica en la gestión jurisdiccional tiene la capacidad de tornar provechosamente más practicable el empleo de CJD.

Ante la crisis sanitaria global, la tecnología se ha consolidado como una inexorable aliada para mitigar los efectos de

---

*nication between us, the judges, made it possible to overcome the procedural, immigration and formal obstacles encountered in the long path of special proceedings for the international return of children under the Convention. The dialogue, chats and telephone conversations did not stop with this case, however, but we gave a bilateral undertaking to apply the Hague Convention on the Civil Aspects of Child Abduction with the greatest speed possible and the least bureaucratic and judicial outlay".* La jurisprudencia también se cita en RUBAJA, Nieve, "Desafíos actuales del Derecho internacional privado de familia", Relato para la Sección Derecho Internacional privado, en el XXIX Congreso Argentino de Derecho Internacional, Anuario AADI, Córdoba: Lerner, pp.130-202.

<sup>17</sup>Esta cooperación directa entre tribunales se ajusta a las necesidades de las zonas fronterizas, en las que el entorno sociológico favorece el incremento de relaciones privadas internacionales de todo tipo y consecuentemente de litigios surgidos en torno a las mismas y permite que magistrados que actúan muy próximos entre sí puedan comunicarse inmediatamente. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, "Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis en especial de la cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y de Mercosur", Recuperado de [https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XXXIV\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2007\\_Eduardo\\_Tellechea\\_Bergman.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Eduardo_Tellechea_Bergman.pdf), pp. 212-260.

aislamientos, confinamientos, cuarentenas, distanciamientos u otras maneras de restringir la acción presencial en tribunales de todos los países. Este período *trans pandemia* está llamado a ser un campo fecundo para el surgimiento y afianzamiento de prácticas que –a mediano o largo plazo– contribuyan a mayores niveles de acceso a justicia más allá de la coyuntura actual. Esas “buenas” prácticas no podrán prescindir de la gestión de la tecnología aplicada al proceso, y dentro de ese universo, los temas que conforman la cooperación jurídica internacional contribuyen a asegurar el acceso a justicia.

No luce ocioso apuntar que la falta de intermediación (física) que hoy el mundo tanto padece -pero al mismo tiempo se esfuerza por hacer respetar- es una constante en la cotidianidad del DIPr. Desde sus inicios, esta rama del derecho explora, diseña y testea herramientas para que la barrera de la internacionalidad no atente contra la realización de la justicia. El DIPr. se ha forjado persiguiendo desentrañar la manera más apta para determinar el derecho aplicable y la jurisdicción competente ante casos con elementos de internacionalidad, pero también a fuerza de minimizar obstáculos para el desenvolvimiento de los procesos más allá de los confines estatales. Por tanto, este tiempo *trans pandemia* ofrece la inédita chance que la experiencia del DIPr. en determinados temas de cooperación internacional se convierta en insumo útil para leer un mundo en el que los modos de trabajo, estructuras organizacionales y vinculaciones entre proceso y tecnología, pero también las nociones de interdependencia global y poder estatal, se están reconfigurando.

Con suficiente elocuencia se advierte que en la actual coyuntura, una CJI por vía tecnológica es prácticamente, la única manera de prestar un auxilio eficaz y coherente. Es más, el auxilio prestado de manera telemática “ha pasado a

ser una suerte de estrella destinada a iluminar el sistema de DIPr<sup>18</sup>.

La situación descripta, y la complejidad asociada en muchos casos a la internacionalidad de los procesos, genera la necesidad de asegurar los recursos técnicos que garanticen acceso equitativo, confiabilidad y seguridad en la comunicación, teniendo en cuenta el vertiginoso ritmo de lo tecnológico hacia el futuro, para constuir una asociación virtuosa entre CJD y TIC.

## 2. Las CJD en el CCCN

### I. La importancia de una base legal cierta

La entrada en vigor el 1 de agosto de 2015 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) constituyó un hito normativo en el sistema jurídico argentino. En muchos aspectos, este mojón de la vida institucional implicó el reconocimiento de figuras y mecanismos ya utilizados jurisprudencialmente o puestos en práctica, más allá de su recepción legal. Tal es lo sucedido con las CJD, ahora explícitamente autorizadas a través de la disposición del art. 2612<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup>DREYZIN DE KLOR, Adriana, "El COVID 19 y la cooperación jurídica internacional", en BARRERA BUTELER Guillermo (Dir.), *El Derecho argentino frente a la pandemia y post-pandemia Covid 19*, Córdoba: Lerner, Colección de Estudios Críticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, 2020, p. 486.

<sup>19</sup> Art. 2612 CCCN: *Asistencia procesal internacional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso.*

*Se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin*

Es preciso aclarar que, con anterioridad a la sanción del CCCN, la herramienta no resultaba extraña al sistema jurídico argentino, a tenor de su creciente manejo. Sobre todo y especialmente, en casos que involucran la protección de niños, niñas y adolescentes (NNA), el campo jurídico en el que mayor avance en la práctica experimentó en nuestros tribunales. Incluso previo a su recepción en el cuerpo legal, la doctrina advertía acerca de sus beneficios y la factibilidad de su empleo, en especial, a la luz del desarrollo que se venía observando en el marco del seguimiento del funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Ahora bien, al igual que en muchos países –sobre todo aquellos más alejados al *common law*– la cuestión de la existencia y necesidad (o no) de bases legales para las CJD ha conformado uno de los aspectos medulares en cualquier análisis sobre la figura, más allá de su inobjetable paulatina consolidación. Es más, se lo califica como uno de los mayores retos que afrontan las CJD para llegar a ser realmente operativas. Se trata de un aspecto que según la idiosincrasia jurídica de algunos sistemas, aparece como necesario para su establecimiento y desarrollo en la línea de posibilitar su utilización. El tipo de bases, legales y no legales, formales e informales, su carácter vinculante o facultativo, el puntual contenido de las habilitaciones, son asuntos que siempre surgen con inquietud al momento de la efectiva puesta práctica de esta novedosa herramienta de la cooperación judicial transfronteriza<sup>20</sup>. De allí la trascendencia de su inclusión expresa en el CCCN, como sustento legal que empodera a los jueces en materias de derecho privado y brinda un marco jurídico positivo de carácter autónomo o interno, en el mismo plexo jurídico que utilizan cada jornada en su tarea cotidiana.

---

*perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida.*

<sup>20</sup>FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, op.cit.



## II. CJD y CCCN

### *a. Momento y ámbito de incorporación*

En Argentina, cualquier abordaje de la regulación de las CJD en materia civil y comercial, deberá tener en cuenta el cariz cooperante incorporado al CCCN. Esta impronta reconoce su punto de partida en la combinación de los artículos 2611 y 2612 del novel ordenamiento. No obstante, también emana de otras disposiciones. Por ejemplo, la que se dedica a medidas provisionales o cautelares (art. 2603)<sup>21</sup> o aquella que se refiere al caso de desplazamientos, retenciones o sustracción de NNA que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional para extender los principios convencionales –donde campea el espíritu cooperativo– aun en relación a casos que no involucren a Estados vinculados (art. 2642).

A pesar de estos significativos avances, las cuestiones “cooperacionales” en el CCCN no están exentas de claroscuros.

En efecto, la Comisión de Reformas del CCCN decidió no incluir en el Anteproyecto las reglas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias elaboradas por el Equipo de Colaboradores<sup>22</sup>, lo cual ha sido calificado como una oportunidad perdida. “Es que, si bien esta problemática está inserta en cuestiones de naturaleza procesales, excede la perspectiva meramente interna, puesto que brinda el insoslayable contexto en el cual se debe analizar el caso y desde el que se condiciona, el hallazgo de la solución de fondo, sustancial, en concreto sobre temas que delimitan el ámbito de la soberanía jurisdiccional del propio Estado”. A su vez, el Poder

---

<sup>21</sup> Una lectura crítica sobre la sistemática del CCCN en relación a estos temas puede hallarse en GONZALEZ PEREIRA, Demetrio Oscar, “La cooperación cautelar en el Derecho Internacional Privado Argentino y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, [www.saij.gov.ar](http://www.saij.gov.ar); 19 de Junio de 2020, Id SAIJ: DACF200128.

<sup>22</sup> El Equipo de Colaboradores para la elaboración de las normas de DIPr. estuvo integrado por: Adriana S. Dreyzin de Klor, Marcelo Iñiguez, María S. Najurieta y María E. Uzal.

Ejecutivo Nacional suprimió el último párrafo del art. 2635 tal como la Comisión Redactora lo había elevado, y que imponía también a las autoridades argentinas el deber de prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o seguimiento de procedimientos a esos fines<sup>23</sup>.

A pesar de las carencias apuntadas, el balance cooperativo del CCCN es positivo. El art. 2611 brinda una pauta esencial al juez argentino, al partir de la consideración de la cooperación jurisdiccional internacional como un deber, en respuesta al contexto actual del mundo<sup>24</sup>, y asumiendo como fuente de inspiración la normativa elaborada en el ámbito MERCOSUR<sup>25</sup>, proceso de integración regional al cual nuestro país apuesta –más allá de coyunturas políticas, económicas, sociales o diplomáticas– desde 1991.

Esta disposición constituyó una novedad en la órbita interna, desde que la República Argentina no había instaurado la cooperación como deber general previamente, fuera del ámbito convencional (limitado a los Estados con los que se vincula). Sucede que si se concibe la justicia como cometido esencial del Estado, los tribunales de un país deben tener la obligación de cooperar con la actividad procesal llevada a cabo en otros estados. Es por ello que se pone énfasis en la concepción según la cual, la cooperación no puede estar

---

<sup>23</sup>UZAL, María Elsa, “Lineamientos de la reforma del Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en: *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial, La Ley*, 2014 (Noviembre).

<sup>24</sup>DREYZIN, Adriana, art. 2611, en LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial Comentado*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2015, p.535.

<sup>25</sup> Art. 1, Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Las Leñas 1992): *Los Estados Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales.*

fundada en *comitas gentium*, mera cortesía ni reciprocidad o conveniencia<sup>26</sup> sino en la obligación de las autoridades de prestar el auxilio internacional, cuando se verifican los recaudos establecidos.

Es interesante detallar, a la hora de describir la dinámica posterior propia de la normativa inserta en el el CCCN<sup>27</sup>, que esta obligación genérica de cooperar ha servido de base para resolver la encrucijada surgida -justamente- a partir de la supresión de la última parte del art. 2635, referida a la colaboración de autoridades nacionales para la elaboración de informes preparatorios o de seguimiento ante adopciones dispuestas en el extranjero<sup>28</sup>.

Pues bien, el deber amplio de cooperación se ve integrado por la autorización expresa a concertar CJD prevista en el art. 2612, como excepción a la regla general de utilización del exhorto internacional<sup>29</sup> y bajo ciertas condiciones, a las que nos referiremos en detalle<sup>30</sup>.

Es pertinente acotar que el explícito permiso para la utilización de CJD no formaba parte originalmente del Anteproyecto elevado por el Poder Ejecutivo para su revisión, pero fue incorporado al proyecto de código durante la instancia

---

<sup>26</sup> TELLECHEA BERGMAN, op. cit.

<sup>27</sup> Aspecto al que han hecho referencia cada uno de los integrantes del Equipo Colaborador, al disertar en el Seminario que enmarca la publicación.

<sup>28</sup> El tema fue abordado por la Dra. Maria S. Najurieta en su exposición del día 16.10.2020, y allí se hizo alusión a lo decidido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, el 14.06.16, en la causa “S., A.C s/ Información Sumaria”.

<sup>29</sup> Una lectura crítica sobre la sistemática del CCCN en relación la exhaustividad de la regulación del exhorto puede hallarse en: PAREDES, Sebastian, “Cooperación Jurisdiccional Internacional en el Código Civil y Comercial argentino” en DO AMARAL JUNIOR, Alberto - Luciane KLEIN VEIRA, *El Derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá: Ibañez, 2016, pp. 839-862.

legislativa<sup>31</sup>. Este dato, sumado a lo acontecido en relación al capítulo dedicado a reconocimiento y ejecución de sentencias y la supresión de la cláusula cooperativa en materia de adopciones conferidas en el extranjero -temas que mencionamos precedentemente-, confirma la complejidad legislativa implicada en cada una de las etapas que una empresa de la envergadura de la redacción de un código civil y comercial entraña. Camino que luego continúa con la ordenación de sus conductas por parte de los ciudadanos en función de la nueva regulación, así como la interpretación y aplicación de la normativa en cabeza de los jueces competentes. Sin duda, el recorrido de las disposiciones cooperativas del CCCN dan cuenta de esa construcción colectiva.

*b. El perfil de las CJD en la fuente interna argentina*

Tal como se desprende de su lectura, el CCCN establece tres condiciones básicas para el ejercicio de la facultad de comunicarse los jueces con sus pares de otros Estados en el marco de la tramitación de alguna causa, sin intermediación: a) que la situación lo requiera; b) que el juez extranjero acepte la práctica; y c) que se respeten las garantías inherentes al debido proceso.

a) CJD y las situaciones aptas para justificarlas

La autorización se inserta en el capítulo destinado a las reglas de Jurisdicción internacional (Capítulo 2), de lo que cabe extraer que no se limitó -desde la sistemática del CCCN- la posibilidad de acudir a CJD a un instituto jurídico o sector en particular y debe articularse con el principio general de cooperación del artículo precedente que se refiere a "*materia civil, comercial y laboral*".

---

<sup>31</sup> Así se desprende del Proyecto elevado a consideración del Congreso, que no incluía tal referencia expresa en el artículo respectivo. La versión analizada en el parlamento puede ser consultada en el sitio de la Comisión Bicameral creada al efecto: <https://ccycn.congreso.gob.ar/8842012.pdf>.

Por lo tanto, sin perjuicio de que en ciertos ámbitos la evidencia de su necesidad sea más notoria o la experiencia colectada así lo demuestre (ej., situaciones que involucren niños o que tengan carácter urgentísimo), el juez podrá discernir si, a partir de las particularidades del caso, el resorte de las CJD se presenta como alternativa válida para el proceso y activar su celebración.

Es decir, “la situación” a la que hace alusión el CCCN (art. 2612) puede exteriorizar -sin ánimo de agotar todas las hipótesis- la naturaleza de los derechos debatidos, la premura implicada en la comunicación, o bien, un escenario procesal ante la presencia de litigios vinculados en el país y el extranjero en el que la figura se vislumbra como favorecedora de la marcha de ambos procesos.

No olvidemosque, a nivel de regulación global, los sectores que testimonian una mayor consolidación del uso de la herramienta se vinculan con los conflictos transnacionales que involucran niños<sup>32</sup>, pero también con la regulación de la

---

<sup>32</sup> Como muestra de las ventajas de la utilización de CJD en casos que van más allá situaciones de restitución internacional, puede citarse el proveído dictado el 1.11.2019 en el caso “F. F., A. H. y otro – Tutela”, tramitado ante el Juzgado de Familia de 4ta. Nominación de la Ciudad de Córdoba. La causa tuvo como eje la problemática de tres niñas de nacionalidad boliviana, sin filiación paterna conocida, que habían llegado a Argentina, a cargo de su abuela, luego de haber sido institucionalizadas por el órgano de protección en Bolivia, bajo la figura de “irresponsabilidad materna”. La abuela se había presentado ante la justicia cordobesa a fin de solicitar la continuación de medidas de protección dictadas en relación a sus nietas. Sin embargo, era necesario deslindar ciertas cuestiones relacionadas con la jurisdicción internacional y recabar datos acerca de las circunstancias de egreso de las niñas del país limítrofe. La colaboración consular permitió concretar una comunicación directa vía correo electrónico entre las magistradas, a través de la cual, la Jueza Pública de Niñez y Adolescencia N° 3 de la capital de Cochabamba informó que su oportuna intervención había reconocido origen en un acogimiento circunstancial de los niños, y que había fenecido la posibilidad de su actuación hacia el futuro, cesando así su competencia. La jueza argentina hizo lugar al pedido de la presentante y le otorgó la tutela provisoria de las niñas. A su vez, el contacto previo allanó

insolvencia transfronteriza, lo que anima a vislumbrar de manera amplia los ámbitos de la cooperación jurídica transfronteriza, pueden implementarse las CJD<sup>33</sup>. Los dispares caracteres de ambos sectores y su realidad nos invitan a reflexionar en orden a márgenes de utilidad de la figura aun no explorados en campos jurídicos todavía altamente dependientes de las vías clásicas de cooperación y sus consiguientes engorrosos en términos del tiempo, agilidad y eficiencia para cumplimentar la asistencia procesal internacional. Pensemos, por ejemplo, en conflictos judiciales que afecten a partes con otros rasgos de vulnerabilidad (más allá de la niñez) o situaciones de litispendencia.

Es dable acotar que además de las ventajas y utilidades asociadas a la figura, la experiencia recogida entre los 2015 y 2020 da cuenta de la posibilidad de promover el uso de las CJD para subsanar obstáculos en el desenvolvimiento de solicitudes de asistencia o cooperación canalizadas por los cauces “tradicionales”. Un precedente valioso se concretó gracias a la intervención de la Secretaría Judicial de Corte para Asuntos Internacionales, de Mendoza (LD SEJUCAI Número 6034/2020) a raíz de una solicitud proveniente del Tribunal de Treviso, República de Italia<sup>34</sup> y cuyo comentario

---

la utilización del mismo medio de correo electrónico para comunicar a la autoridad boliviana el dictado de la medida de protección dispuesta en el proveído citado. El caso se encuentra comentado por: RUBAJA, Nieve y HARRINGTON, Carolina, “Protección de la niñez migrante en el MERCOSUR. Complementariedad de las perspectivas del Derecho internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Privado”, en SCOTTI, Luciana y KLEIN VIEIRA, Luciane, *El Derecho internacional privado del MERCOSUR en la práctica de los tribunales internos de los Estados Partes*, Asunción: Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, 2020, pp.241-265.

<sup>33</sup>SCOTTI, Luciana, “La implementación de las comunicaciones judiciales directas y la videoconferencia en asuntos transfronterizos”, en *DFyP* (abril), 2020, pp. 30 y ss.

<sup>34</sup>El antecedente fue citado en la conferencia titulada “Cooperación Judicial internacional”, ofrecida el 30.10.2020 en el Seminario “*El Derecho Internacional Privado Argentino a cinco años de vigencia del Código Civil y Comercial*”. Instituto Gioja – CIJS, por STOCCO, Roberto, y se encuentra comentado en

en detalle es posible ubicar en esta obra. La CJD logró enmendar una situación producida por documentación faltante en un exhorto en el marco de un proceso concursal, a través del cual se requería la tramitación de una notificación. La situación fue advertida al tribunal argentino requerido por la parte notificada. La SEJUCAI recordó la existencia de la herramienta prevista en el art. 2612 a las autoridades, lo que condujo a que, a través del contacto con el síndico designado, se llegara a la subsanación del obstáculo para concretar la medida cooperativa.

Dicho de otro modo, las CJD no solo pueden oficiar de vía principal para motorizar la colaboración procesal transnacional. También tienen la potencialidad de destrabar medidas y trámites peticionados entre autoridades de estados diferentes mediante la clásica herramienta del exhorto, prerrogativa para nada minúscula si se piensa en los extensos tiempos asociados a la tramitación de las cartas rogatorias y su incidencia hacia el desarrollo de los procesos en los que se enmarcan.

#### b) CJD y las autoridades implicadas

Si bien la redacción del CCCN se refiere a la persona de los jueces foráneos que acepten la práctica, apoyamos la atinada observación que propicia una lectura según la cual es el sistema jurídico extranjero el que así lo debe autorizar<sup>35</sup>.

Más allá de esta disquisición, lo que de ella se deriva, y aunque, pueda lucir innecesaria la acotación, es que la utilización de CJD solo será factible en caso que resulte individualizable un magistrado (o autoridad) pertinente para mo-

---

detalle por el autor en esta obra. La referencia del mismo fue generosamente facilitada por el Dr. Stocco, a quien agradezco profundamente la gentileza.

<sup>35</sup>IUD, Carolina – Nieve RUBAJA, "Algunas herramientas para favorecer el acceso a justicia en el nuevo Código Civil y Comercial argentino" en *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado: Jornadas de la ASADIP*, de CEDEP - ASADIP. Asunción: Mizrahi & Pujol, 2015, pp. 237-262.

vilizar el mecanismo para concretarla. Es decir, en principio, no podremos pensar en acudir a CJD cuando sea necesario que un integrante del sistema judicial extranjero brinde asistencia, de modo genérico, para –por ejemplo– efectuar una notificación, diligenciar alguna medida de prueba o cumplir una cautelar, sin que se relacione con otro proceso radicado en el estado requerido.

Ahora bien, como ya se advirtió en el párrafo precedente, sí puede suceder que la CJD resulte vital para destrabar el diligenciamiento de un exhorto que vehicule alguna de estas actuaciones encuentre algún obstáculo para alcanzar su finalidad de modo eficiente y célere. Es de hacer notar, asimismo, que los jueces argentinos tienen permitido iniciar CJD y responder las mismas al ser requeridos mediante esta herramienta por jueces extranjeros, si los recaudos previstos se verifican<sup>36</sup>.

Ciertamente, es en el ámbito de la sustracción de niños donde su consolidación práctica es más evidente, de lo cual dan cuenta la jurisprudencia nacional, la copiosa actividad en este sentido por la Juez de Enlace de la Red Internacional de Jueces de La Haya y el desarrollo de valiosas herramientas de *soft law* (p. ej: Protocolo de Actuación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) o reglamentaciones de carácter provincial que así lo ponen de manifiesto –algunas, como Córdoba, con Oficinas Judiciales especializadas.

Estas circunstancias se suman a los operadores que continuamente bregan por su mayor implementación<sup>37</sup> en casos

---

<sup>36</sup> PAREDES, Sebastian, "Cooperación Jurisdiccional Internacional en el Código Civil y Comercial argentino" en DO AMARAL JUNIOR, Alberto - Luciane KLEIN VIEIRA, *El Derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá, Ibañez: 2016, pp. 839-862.

<sup>37</sup> MASTRANGELO, Fabio, "Las comunicaciones judiciales directas en los procesos de restitución internacional de menores. Una herramienta imprescindible para el futuro" en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia - Gonzalo LORENZO IDIARTE (Dir.) *Jornadas 130 Aniversario Tratados de Montevideo 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo: FCU, 2019, pp. 595-614.



de restitución y a lo prescripto por el art. 2642 CCCN, que extiende a los supuestos con países no vinculados convencionalmente con Argentina los principios que inspiran los tratados internacionales sobre el tema.

c) CJD y el debido proceso

La variedad de situaciones que pueden dar lugar al resorte de las CJD –en general destinadas a recabar información dirigida a informar la decisión del juez o coordinar actividades procesales– hace que la evaluación de acatamiento del debido proceso dependa de la función que la comunicación ostenta dentro de cada litigio.

Sin embargo, es vital asegurar la eficacia de la CJD, evitando todo riesgo a la integridad del proceso que tramita ante ambos jueces que participan, pues está claro el perjuicio que implicaría que un juez se embarcase en una CJD de buena fe con el fin de facilitar la pronta resolución de la disputa para luego descubrir que dicha comunicación genera un obstáculo u objeción a que el proceso continúe ventilandose ante él<sup>38</sup>.

Ciertas pautas generales, como el respeto a la *lex fori* en cuanto rectora del proceso y la independencia judicial de cada magistrado en relación a las decisiones de fondo y de forma merecerán ser atendidas. De índole más procedimental, las salvaguardias frecuentemente referenciadas por la práctica internacional en materia de protección de la niñez y de insolvencia podrían contribuir al respeto del debido proceso.

Entre otras, puede mencionarse la notificación de la naturaleza de la comunicación a las partes para posibilitar el contralor y la bilateralidad. También deberá tenerse en cuenta la transcripción por escrito o el registro de la comunicación para que esté a disposición de las partes.

---

<sup>38</sup>GEOGHEGAN, Finlay. "Principio integral y garantías de aceptación general.", en *Boletín de los Jueces*, 2009, p. 41 y ss.

### **3. Conclusiones: CJD y TIC, diez años después**

El CCCN sentó las bases de una plataforma legal favorable a una cooperación judicial internacional más ágil y acorde al contexto sociológico de nuestra época. Desde 2015, queda claro que la dimensión autónoma del DIPr. se encolumna en la senda dispuesta por la normativa mercosureña al asumir la CJI como obligación. Acorde a la práctica generalizada y lo acordado convencionalmente en múltiples instrumentos a nivel regional y global, el art. 2612 reconoce el protagonismo del exhorto para canalizar el auxilio procesal, pero asumiendo de manera expresa la regla de la tramitación de oficio y con celeridad, sin vulnerar el orden público argentino y de acuerdo a la ley procesal local.

La autorización para establecer contactos a través de CJD implica un respaldo a la imprescindible flexibilidad en un sector relevante para que el acceso a justicia a nivel transfronterizo y la garantía de la tutela judicial efectiva no se vean desbaratadas ante escollos más asociados a limitaciones de gestión que a obstáculos legales.

Parece evidente que, en segmentos temáticos específicos, el recurso a CJD se encuentra más afianzado; en parte, gracias a la magnífica labor de divulgación desarrollada desde organismos internacionales y redes de cooperación globales o regionales. Sin embargo, las CJD, según el perfil diseñado en el marco del CCCN tienen aun mucho espacio para crecer. Su articulación con la tramitación de exhortos provenientes del extranjero para destrabar inconvenientes en la ejecución o subsanar errores no esenciales es un promisorio ejemplo.

La tecnología (antes y ahora, más que nunca) es una aliada natural de las CJD. Las TIC favorecen la potenciación de las ventajas asociadas a la utilización de CJD, más allá de su función canalizadora de la comunicación en sí misma. Es decir, las CJD pueden verse enriquecidas como herramienta procesal válida en el marco de la CJI al ser de provecho para identificar el interlocutor correcto en el sistema judicial extranjero, facilitar el diseño y generación de estadísticas confiables acerca de su uso (con objetivos, metas e indicadores) a fin de evaluar su fun-

cionamiento y mejorar su desempeño en el cumplimiento de su finalidad, así como contribuir al aseguramiento del derecho de defensa de las partes (por ejemplo, facilitando su participación en la CJD, si así se permitiera, a través de la registración de la videoconferencia).

Sin embargo, esta sinergia CJD/TIC debe atender también algunas premisas básicas como la garantía de acceso equitativo a la tecnología y la consiguiente posibilidad de establecer CJD, la seguridad en la comunicación y consecuente protección de datos. En este sentido, el trabajo en redes y la labor de oficinas especializadas de cooperación jurídica internacional, o la existencia de referentes calificados (en aspectos legales, técnicos y operativos) para asistir a los tribunales participantes de la CJD, puede tener un impacto determinante en el éxito del contacto, la eficacia de la medida cooperativa intentada y, en definitiva, el acceso a justicia de los involucrados en el litigio.

Tal como agudamente se advierte, es tentador atribuir a las TIC un cúmulo de virtudes, dado que ellas serían, al mismo tiempo, sinónimo de modernidad, progreso, velocidad, calidad y muchos otros beneficios. Es decir, irían de la mano de la eficiencia e influirían en la concepción misma del proceso civil. Las ideas subyacentes a este optimismo apuntan, en general a la aceleración de los trámites del procedimiento o a la mejora del sistema. Se espera así alcanzar el objetivo de ahorro de tiempo a través de la velocidad de las transmisiones electrónicas, incrementar la economía de traslados y aumentar el rendimiento de la tramitación de expedientes y herramientas de trabajo. Sin embargo, esta consustancialidad es –muchas veces– más producto de un optimismo procesal, antes que de un real análisis científico<sup>39</sup>. Una estratégica observación de la dinámica cooperativa, basada en datos ciertos y detectando potencialidades y obstáculos frecuentes para la concreción de los actos de auxilio

---

<sup>39</sup>AMRANI MEKKI, Soraya, “Derecho procesal electrónico en Francia”, en CAMPS, Carlos E. (Dir), *Tratado de Derecho Procesal Electrónico*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015, pp. 111-213.

sin duda disminuiría la distancia entre los beneficios asociados a la tecnología y su efectivo aprovechamiento.

No olvidemos que la calidad y velocidad esperadas de la utilización de herramientas tecnológicas novedosas deben ser contrabalanceadas para evitar efectos nocivos o inequitativos por falta de acceso, falta de interoperabilidad entre sistemas o vulneración de la seguridad en la comunicación. Entre los retos involucrados al pensar en cooperación y TIC es dable ubicar cuestiones tan variadas como la independencia del juez, la distancia digital, el principio de presencia, los condicionamientos técnicos, la brecha digital y el debido proceso.

La explícita recepción de las CJD por la fuente autónoma en 2015 abrió una ventana de oportunidades y desafíos, que en estos últimos años han sido apenas tímidamente enfrentados. Es de augurar que las extraordinarias e imprevisibles circunstancias asociadas a la crisis sanitaria global, en la que las TIC están contribuyendo a reconfigurar modos de trabajar (y cooperar internacionalmente), abonen un mayor aprovechamiento de las CJD, a tono con el perfil trazado en el CCCN.

# JURISDICCIÓN DIRECTA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**Mónica Sofía Rodríguez\***

SUMARIO: 1. CONCEPTO; 2. DISTINCIÓN ENTRE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNA; 3. CLASIFICACIÓN DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL; 4. PROBLEMAS DE APLICACIÓN; 5. LÍMITES Y FUNDAMENTOS PARA LA ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA INTERNACIONAL; 6. TIPOS DE JURISDICCIÓN DIRECTA; 7. SÍNTESIS DE NORMAS DE JURISDICCIÓN DIRECTA EN EL CCCN; 8. EL FORO RESIDUAL.

## **1. Concepto**

En principio, todo Estado, con fundamento a la soberanía nacional, podría dictar normas que le otorgara competencia a sus autoridades y magistrados para intervenir y resolver en cualquier cuestión les sea sometida.

Sin embargo, razones de efectividad (por ej., garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia o su ejecución forzosa), de respeto a los principios esenciales del ordenamiento jurídico extranjero; o razones prácticas, como evitar dilaciones o generar excesivos gastos en la tramitación del proceso a distancia; cada

---

\* Doctora en Derecho Internacional, UBA. Subdirectora del Instituto de Derecho Internacional Privado (DIPr.) del Colegio de Abogados de San Isidro. Subdirectora y Profesora de la Maestría en DIPr., UBA. Profesora Titular en DIPr. y Comunitario, UP. Profesora Adjunta Regular en D.I.Pr. y en Derecho de la Integración, UBA. Docente Investigadora categorizada en la UBA y UCES, Profesora de Doctorado en Derecho Privado en UBA y UCES. Miembro Adscripto del Instituto de Investigaciones Ambrosio Gioja.

Estado, autolimita el volumen de supuestos internacionales en que va a ejercer la potestad jurisdiccional, o bien, celebra tratados internacionales que establezcan reglas comunes de competencia judicial internacional.

Es así, que el régimen jurídico de la competencia judicial internacional está integrado por el conjunto normativo resultante, sea de fuente interna, comunitaria, convencional e internacional y que tiene por finalidad una distribución de los ámbitos de actuación jurisdiccional de los distintos Estados.

En primer término, se debe señalar que la competencia judicial recibe el calificativo de “internacional” por la naturaleza de los litigios a los que se refiere, es decir porque se ocupa de las situaciones internacionales privadas, ya que involucran intereses de particulares, sean personas físicas o jurídicas que exceden el ámbito local, ya sea porque la realización del acto o sus efectos trascienden las fronteras estatales y se desarrollan en un ámbito territorial extendido.

Si bien existen tribunales internacionales su competencia internacional está dada por las características de las relaciones jurídicas que tratan y no por la naturaleza de los órganos que la detentan, ya que la jurisdicción internacional puede serle atribuida a los órganos jurisdiccionales del Estado o a tribunales internacionales.

Tampoco ha de entenderse, que la competencia judicial internacional solo puede ser atribuida en un tratado o acuerdo internacional entre las naciones, ya que, como se señaló, ella deriva de la naturaleza, características de la relación jurídica y no de las normas que la regula que pueden ser tanto normas de fuente interna como convencionales.

Así como establecimos que la jurisdicción internacional recibe este calificativo en consideración a la naturaleza de las relaciones jurídicas a las que comprende o involucra, debe quedar claro también que ella no pierde su condición –internacional– por la naturaleza, estructura o características de la norma que la trate, y puede estar regulada tanto en reglas o normas de fuente interna (emanada por los órganos legislativos del Estado) o de fuente convencional (tratados internacionales), y porque no,

normas de derecho de la integración. Bastará que esté dirigida a determinar la competencia judicial internacional o resolver alguna de las cuestiones propias relativas a ella, para pertenecer al régimen jurídico de la competencia judicial internacional.

También debemos señalar que, en el ámbito internacional, los conceptos de jurisdicción y competencia no poseen la misma relevancia y significado con el que son empleados en el ámbito nacional o interno, ya que, en el primero suelen emplearse dichos términos en forma indistinta, como sinónimos.

Se sabe que la jurisdicción es el género y la competencia la especie, ya que, si bien puede existir jurisdicción sin competencia, no puede existir la última sin la anterior. La competencia marcará la extensión del poder jurisdiccional, repartida en razón al territorio, grado y materia.

Sin embargo, en el ámbito internacional, los términos jurisdicción y competencia suelen emplearse indistintamente poniendo énfasis en que lo medular es la facultad de juzgar y hacer ejecutar las decisiones, obviando de ese modo los eventuales desentendimientos que, respecto a ambos conceptos, se dan entre los ordenamientos pertenecientes a distintas familias jurídicas. Así, como veremos a continuación, las normas de jurisdicción internacional distribuirán la competencia judicial internacional facultando a intervenir a las autoridades de los distintos Estados; en tanto que, las normas locales asignarán la competencia a sus respectivos órganos en razón, como se dijo, de grado, materia y territorio.

Es notable esta dificultad, por ejemplo, entre los sistemas jurídicos del *Common Law* y aquellos fundados en la tradición romano-germánica<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Se han hecho múltiples esfuerzos en el sentido de acercar ambos sistemas, como sucede por ejemplo en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN o North American Free Trade Agreement (NAFTA), sin perjuicio de una recíproca influencia espontánea entre ambos sistemas. La obra de las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado, en el ámbito de la OEA (CIDIP), a su vez, ha intentado conjugar en muchos aspectos los conceptos latinoamericanos con aquellos del mundo anglosajón a fin de arribar a soluciones comunes, pasando por

A su turno, las convenciones internacionales vigentes utilizan uno y otro término en sus textos, por cuanto en este trabajo serán dichos términos utilizados indistintamente.

Así, podemos referir, entre tantos otros, que, los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940<sup>41</sup>, el Protocolo de Buenos Aires de 1994<sup>42</sup> del Mercosur, utilizan la expresión jurisdicción internacional, en tanto que la CIDIP IV<sup>43</sup> en materia de responsabilidad extracontractual acude a la expresión “competencia de la jurisdicción”.

Por lo tanto, si bien se considera, en general, como más preciso el término “jurisdicción internacional”, a nivel del intercambio científico y de la cooperación judicial internacional, este concepto opera en pie de igualdad con el de “competencia internacional”.

## **2. Distinción entre competencia judicial internacional y competencia judicial interna**

La competencia judicial internacional se sitúa en un plano lógico anterior a la competencia judicial interna.

En relación con las normas reguladoras de esta cuestión, podemos advertir en primer término que, si se trata de reglas de origen internacional su función es distributiva de competencia, mientras que si proceden del orden interno es meramente atributiva de competencia. Es decir, cuando el tribunal competente

---

alto las denominaciones puntuales en favor de la “razonable equivalencia” de los conceptos o instituciones.

<sup>41</sup> Aprobados, respectivamente, por las Leyes n<sup>os</sup> 3192 y 7771, regulan en tema en el Título XIV “De La Jurisdicción”.

<sup>42</sup> EL Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en materia Contractual Civil y Comercial fue aprobado por Decisión n<sup>o</sup> 1/94 del Consejo Mercado Común en la Ciudad de Buenos Aires, el 5 de agosto de 1994 entre Argentina (Ley n<sup>o</sup> 24.669), Brasil (Decreto Ley n<sup>o</sup> 129/95), Paraguay (Ley n<sup>o</sup> 597/95) y Uruguay (Ley n<sup>o</sup> 17.721/03), aún pendiente de ratificación por parte de Venezuela.

<sup>43</sup> Ley Aplicable y Competencia de la Jurisdicción Internacional con relación a la Responsabilidad Civil Extracontractual.



para entender en una cuestión internacional ha sido designado por una norma de fuente convencional (acuerdo internacional, tratado, protocolo, etc.), ello implica que los Estados involucrados se han puesto de acuerdo en tal designación y por lo tanto han distribuido los asuntos internacionales asignando la competencia a determinados órganos en virtud de criterios, valores y puntos de interés específicamente consensuados.

En cambio, cuando la asignación de la competencia a los tribunales es efectuada por el Estado a través de una norma interna, ella responde solamente a la protección de intereses locales, a criterios de valoración nacionales, principios propios, que pueden ser, o no, compartidos por el resto de los sistemas jurídicos.

Se advierte, además, que la competencia judicial internacional es sustancialmente diversa de la competencia judicial interna donde podemos distinguir la competencia funcional: en atención a la función y jerarquía de los órganos; la competencia objetiva: en relación con la materia y la cuantía del asunto; y la competencia territorial: basada en la demarcación geográfica asignada a cada órgano dentro del Estado. La competencia o jurisdicción internacional, por su parte, solo establece la competencia de los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado, considerados en su conjunto y, posteriormente, mediante la jurisdicción interna, se atribuirá la competencia a un tribunal específico en razón al territorio, materia y grado del tribunal.

Por otra parte, es importante señalar que las cuestiones relativas a la asignación de competencia interna, y los posibles conflictos jurisdiccionales entre los tribunales nacionales, se resuelven por la aplicación del sistema jurídico al que pertenecen los tribunales u órganos involucrados, y que contendrá normas específicas de solución de tales conflictos. Las cuestiones de competencia judicial internacional, por su parte, implican a órganos jurisdiccionales que están sometidos a regímenes jurídicos distintos, y su facultad de intervenir y resolver deviene de diferentes normas, para la solución del conflicto jurisdiccional estarán aplicando reglas que posiblemente han sido elaboradas con diferentes criterios de distribución de competencias juris-

diccionales lo cual podría conducir –como veremos más adelante– a conflictos positivos o negativos de distribución de competencias, a menos, claro está, que hayan arribado a algún acuerdo mediante un tratado.

Por otra parte, corresponde aclarar que podemos encontrar sistemas jurídicos que carecen de un conjunto específico de normas reguladoras de la competencia judicial internacional, y en estos casos se suele recurrir para su determinación, a la aplicación analógica de las normas de competencia judicial interna, específicamente, a los criterios de competencia territorial.

Otros sistemas se caracterizan por contener una regulación separada, autónoma e independiente de la competencia judicial interna, en donde la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales es un procedimiento totalmente autónomo e independiente de los criterios distributivos que se generan en el orden interno, tanto por sus principios inspiradores como por sus normas reguladoras y reglas de interpretación.

El sistema jurídico argentino de fuente interna se caracterizó por la dispersión de sus normas de derecho internacional privado, y la regulación de la competencia judicial internacional no fue la excepción ya que las disposiciones referidas al tema se encontraban contenidas tanto en las normas nacionales (ya sea en los Códigos sustantivos como en las distintas leyes nacionales), como en los códigos locales, y las mismas normas que eran empleadas para la asignación de competencia judicial en el orden interno, eran utilizadas para solucionar los conflictos jurisdiccionales en el ámbito internacional<sup>44</sup>.

Mucho se ha criticado esa dispersión que dificultaba el conocimiento y la aplicación sistémica de las normas. Ello viene a ser parcialmente resuelto por el Código Civil y Comercial que contiene un capítulo específico referido a la jurisdicción inter-

---

<sup>44</sup> A modo de ejemplo podemos referir en el Código Civil de Vélez, los artículos 400 a 405 sobre discernimiento de la tutela, los artículos 1215 y 1216 en materia de contratos, el artículo 3284 en materia de sucesiones, el artículo 3.5 de la ley de Concursos y quiebras, entre otros.

nacional, y normas sobre jurisdicción internacional en cada materia o relación jurídica regulada, aunque es necesario aclarar que no agota todas las cuestiones que debieran estar comprendidas en el actual Código y efectúa una remisión expresa a la jurisdicción que pudiese establecerse en los tratados y leyes especiales, en los artículos 2601 y 2609.

### **3. Clasificación de jurisdicción internacional**

Con la expresión general de competencia judicial internacional, debemos comprender, por un lado, el poder de las autoridades del Estado para conocer en una controversia que le es sometida. En esta hipótesis el juez se plantea el interrogante si es competente para entender, dirimir, resolver una contienda. Así nos referimos a este aspecto de la actuación jurisdiccional como “Jurisdicción Internacional Directa”.

En la jurisdicción directa el juez analiza su propia jurisdicción para entender en un proceso con elementos extranjeros relevantes, a efectos de tramitar el proceso de conocimiento y dictar una sentencia. Un juez decide sobre su propia competencia, conforme a sus normas con la finalidad de asumir o declinar jurisdicción para entender en determinado caso que recién ha comenzado<sup>45</sup>.

Asu turno, el tribunal puede ostentar competencia jurisdiccional que le ha sido conferida por la ley o por la decisión, el acuerdo de las partes de sustraer una cuestión determinada de la competencia legal, sometiéndola a la resolución de otro juez o árbitro de su elección. Nos hallamos aquí frente a un caso de “Prórroga” o elección de jurisdicción, en el que, la autonomía de la voluntad de las partes juega un rol determinante.

Por último, cabe mencionar la facultad de un magistrado de intervenir en un asunto judicial, no para resolverlo, sino a soli-

---

<sup>45</sup> VÉSCOVI, Eduardo, “El tema de la competencia judicial internacional en el ámbito de la OEA: balance y perspectivas; lo que queda por hacer”, Recuperado de: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XL\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2013\\_Eduardo\\_Vescovi.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XL_curso_derecho_internacional_2013_Eduardo_Vescovi.pdf).

citud, requerimiento del juez que ostenta la jurisdicción directa, el cual, necesita desarrollar determinados actos procesales fuera del territorio del Estado que le otorgó la jurisdicción directa; encontrándonos frente a la cuestión de la colaboración judicial internacional o “Jurisdicción Internacional Indirecta”<sup>46</sup>.

Los tres aspectos de la jurisdicción o competencia judicial internacional, es decir, la jurisdicción internacional directa, la jurisdicción internacional indirecta y la prórroga de jurisdicción; han sido tratados en el capítulo 2 del título IV destinado a las Disposiciones de DIPr del CCCN.

No obstante, no podemos considerar agotada su regulación en tan solo sus doce artículos, sino que por el contrario, el tema debe completarse con otras disposiciones efectuadas a lo largo del Código, y específicamente, entre las disposiciones de Derecho Internacional Privado (artículos 2621, 2627, 2629, 2631, 2635, 2641, entre otros), en las leyes especiales y en los tratados.

#### **4. Problemas de aplicación**

Sería una simplificación considerar que las normas de competencia judicial internacional poseen como única misión el establecimiento de determinados foros de competencia. También están dirigidas a solucionar problemas de aplicación de tales reglas. Así, podemos mencionar: el control de oficio de la competencia, precisión del foro del domicilio del demandado en caso de pluralidad de demandados, elección del foro de

---

<sup>46</sup> La jurisdicción internacional indirecta que tiene como su máxima expresión los casos de solicitud de reconocimiento o ejecución de sentencia y laudos extranjeros, y debe ser analizada desde la óptica del juez requerido, ya que él no está facultado para entender, actuar y resolver la cuestión -jurisdicción directa, o prórroga-, sino que su intervención, participación en el caso, será en forma indirecta, a requerimiento del juez competente. Por ello el juez requerido actuará en base a la jurisdicción internacional indirecta en forma activa, y el juez requirente, que posee la jurisdicción directa, al solicitar la colaboración judicial internacional del juez extranjero intervendrá en forma pasiva en las medidas ejecutadas por aquel.

competencia adecuado en caso de acumulación de acciones diversas, la cuestión de la litispendencia, la extranjería, etc.

El CCCN no agota todos los problemas de aplicación que pueden surgir en razón a la pluralidad normativa, por lo que habrá, en tales casos, que recurrir a las normas de los Códigos de Forma o leyes especiales. Si, trata especialmente algunos de ellos.

## **I. La cuestión las fuentes de la jurisdicción internacional y su prelación normativa**

En el sistema jurídico argentino se advierte la existencia de una multiplicidad de normas sobre jurisdicción internacional de diversas características en consideración a la fuente de donde provengan.

Sin embargo, la expresión “fuentes del derecho” no es unívoca pues no solamente designa los métodos de elaboración jurídica como la ley, la costumbre, la jurisprudencia, entre otros; sino también, es empleada para caracterizar el fundamento del derecho y, especialmente, la razón última de su validez.

Entonces, en el ámbito jurídico, la locución “fuente” puede significar a) la forma de creación de la norma; o b) la razón de validez de la norma.

Específicamente en materia de competencia judicial internacional, a diferencia de lo que ocurren para la creación y determinación del derecho aplicable, la fuente de jurisdicción internacional por excelencia resulta ser la ley, no siendo pertinentes las restantes.

El CCCN, en el artículo 2601, refiere, con un orden de prelación determinado, solamente a fuentes normativas o legales.

### *a. La ley*

En un sentido amplio referimos a la ley como toda fuente legislativa independientemente del órgano emisor y del procedimiento de elaboración normativo, por cuanto incluimos

aquí los acuerdos internacionales, las leyes parlamentarias y demás normas inferiores y reglamentarias.

Así, distinguimos las normas sobre jurisdicción elaboradas en el ámbito estatal en función de su propia, específica y particular valoración y selección de criterios de asignación de competencia, que perseguirán, en el reparto jurisdiccional de las cuestiones internacionales, la protección de los propios intereses. Estamos frente a normas de fuente interna.

A su turno, encontramos las normas sobre jurisdicción de fuente internacional generadas en pactos o acuerdos entre distintos Estados que han debido ponerse de acuerdo, uniformar criterios, y han determinado la competencia judicial internacional en virtud de los valores y criterios específicamente consensuados. En el contexto internacional, podemos encontrar normas de fuente convencional multilateral más o menos universales, abiertas a la ratificación de los Estados, o normas multilaterales o bilaterales que vinculan a los Estados Parte sin admitir la posterior ratificación unilateral de terceros Estados.

Por último, podemos hacer referencia a las normas creadas, elaboradas, en el marco de un proceso de integración, las que, en este lado del globo, han sido denominadas Derecho de la Integración y que en el ordenamiento jurídico europeo se denominan DIPr. Institucional, en el marco del Derecho Comunitario y hoy Derecho de la Unión.

La pluralidad de ámbitos de producción normativa que estamos analizando nos coloca frente a cuestiones de delimitación, de técnica jurídica, como así también de jerarquía, prevalencia y eficacia de las distintas fuentes legales.

#### *b. Jerarquía de las fuentes*

Las distintas fuentes no se encuentran en un mismo pie de igualdad en cuanto a su jerarquía y generalmente esa relación jerárquica es establecida por el legislador, no obstante, en ciertas ocasiones debe ser determinada por el juez.

*i) Diversos sistemas*

En primer término, debemos tener presente que, si estamos analizando la cuestión de la jerarquía entre las distintas fuentes del derecho internacional tendiente a solucionar el posible conflicto por la diversidad de soluciones, ya nos encontramos inmersos en una concepción monista del derecho, dado que, de lo contrario, de concebir que el derecho internacional y el nacional se desarrollan en ámbitos distintos (criterio dualista), dicho conflicto no se suscitaría por la imposibilidad de superposición de tales ámbitos jurídicos<sup>47</sup>.

La teoría monista, bajo el presupuesto de la unidad del derecho, propone la existencia de dos subsistemas jurídicos relacionados jerárquicamente. Implica que las normas se hallan subordinadas unas a otras, formando un solo ordenamiento jurídico<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> La teoría dualista, defendida por Trieppe y Anzilotti, sostiene la coexistencia de dos órdenes jurídicos independientes (internacional e interno) con su propio ámbito de validez y campo de acción, sus normas tienen distinto origen (convencional o legal) y están dirigidas a sujetos distintos (Estados o ciudadanos). Para que una norma de Derecho internacional pueda ser invocada y aplicada en el ordenamiento interno en un caso concreto necesita de un acto del Estado que la incorpore, recepte, transforme en derecho interno.

<sup>48</sup> Dentro de la teoría monista podemos encontrar diversas corrientes como ser: 1) Teoría del monismo con primacía de derecho internacional que considera que el derecho internacional se encuentra por encima del derecho interno. El derecho internacional se incorpora directa y automáticamente al ordenamiento interno y deroga, ipso facto e ipso iure, toda disposición contraria de orden interno e impide la entrada en vigor de cualquier norma que la conculque. A su vez, presenta distintas variantes: a) Monismo absoluto: según la cual el derecho internacional prevalece sobre todo el ordenamiento jurídico interno, aún sobre la Constitución del Estado. b) Monismo moderado: excluye de la primacía dada al derecho internacional a la Constitución del Estado, la cual se mantiene prevaleciente. 2) Monismo con primacía del derecho interno: Concepción que establece la superioridad jerárquica del derecho de fuente interna sobre el derecho internacional. En consecuencia, la ley posterior no sólo puede modificar o derogar un tratado anterior, sin que inclusive una ley anterior obstaría la entrada en

ii) *La solución del CCCN*

El tema fue abordado en el artículo 2601 del CCCN que regula la cuestión de la jerarquía existente entre distintas fuentes estipulando el orden de prelación en el que las normas referentes a la jurisdicción internacional han de ser consideradas y aplicadas.

Así prescribe que *“La jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación”*.

Nos encontramos frente a una norma de fuente interna -por ser una norma nacional no convencional-, de estructura directa -que resuelve en forma inmediata, específica el tema abordado-, y es unilateral porque no está destinada determinar el juez competente en todos los asuntos iusprivatistas internacionales con independencia de la localización de la cuestión, sino que, se limita, desde una óptica parcial, nacional, establecer la prelación normativa para la determinación de la competencia de judicial internacional de un Estado determinado: la Argentina.

Autores de la talla de José Carlos Fernández Rozas, Sixto Sánchez Lorenzo, Calvo Caravaca, Eduardo Rai-

---

vigor de un tratado aprobado y ratificado. 3) Las llamadas teorías de la Coordinación, que distingue: a) Tendencia armonizadora del orden jurídico interno con el internacional y cuyo doble objetivo persigue tanto preservar la autonomía y resguardar los legítimos intereses de cada Estado, como lograr el respeto efectivo del orden internacional. Asegura y perfecciona la teoría monista con primacía del derecho internacional, y b) Tendencia que sostiene la igualdad jerárquica entre el tratado y la ley. Por lo tanto, los posibles conflictos se resolverán por los principios “ley posterior deroga la anterior” y “ley especial prevalece sobre la general”. Provoca un peligroso debilitamiento del derecho internacional.



mundo Hooft, entre otros<sup>49</sup>, sostienen que una norma interna de atribución de competencia jurisdiccional solo puede ser unilateral ya que no puede atribuir a un tribunal extranjero la competencia para conocer de un litigio con elemento internacional; y de ser así, resultaría además ineficaz, toda vez que la autoridad jurisdiccional extranjera no quedaría sometida de modo alguno por tal mandato.

Sin embargo, en el sistema argentino la norma bilateral no se utiliza solamente en la fuente convencional sino que, por el contrario, suele ser base del control bilateral de jurisdicción extranjera ante un requerimiento de colaboración judicial internacional, dado que la República Argentina efectúa el control de jurisdicción de los tribunales extranjeros según las propias de jurisdicción internacional para la procedencia del trámite del exequátur<sup>50</sup>,

---

<sup>49</sup> “Las normas de competencia judicial internacional, por su naturaleza, presentan un carácter unilateral, toda vez que únicamente proceden a delimitar el ámbito jurisdiccional de los Tribunales del Estado”, FERNANDEZ ROZAS, José C. - Sixto SANCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*. Sexta edición, Madrid: Editorial Civitas, 2011, pag. 55. También “(l)as normas sobre jurisdicción internacional son unilaterales, en el sentido que cada Estado decide cuándo son competentes sus jueces. ... Corolario del carácter unilateral de la norma de jurisdicción internacional, es que los tribunales de los terceros Estados (B, C, D, etc.) no están obligados a aceptar la solución legislativa del primer Estado (Estado A)”; HOOFT, Eduardo R. “Jurisdicción internacional: el forum non conveniens”. Recuperado de <http://www.microiuris.com>. 19-oct-2006. MJ-DOC-3015-AR | MJD3015).

<sup>50</sup> CPCCN, artículo 517. - Las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurren los siguientes requisitos:

1) Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero (...).

y, además, el sistema de control bilateral de la jurisdicción se encuentra establecido en los acuerdos internacionales<sup>51</sup>.

Por su parte el CCCN ha incorporado varias normas bilaterales o multilaterales en materia de jurisdicción internacional; por ejemplo, el artículo 2619 que determina el juez competente en caso de ausencia con presunción de fallecimiento, el artículo 2621 para las acciones sobre validez, nulidad, disolución del matrimonio, el artículo 2627 que determina la jurisdicción en materia de unión convivencial, entre otros.

El artículo 2601 fija el orden de prelación respecto de fuentes normativas y, así, prescribe que la jurisdicción internacional será determinada en cada caso, de conformidad a lo previsto, en primer término, en los tratados internacionales, criterio que se encuentra en total concordancia con lo establecido a partir de la doctrina sentada por la Corte Suprema a partir de 1992<sup>52</sup> y por la Constitución Nacional en 1994<sup>53</sup>. También, en un orden preferente coloca al acuerdo de las partes –en los casos que el siste-

---

<sup>51</sup> Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional de Las Leñas – artículo 20: Las sentencias y laudos arbitrales a que se refiere el artículo precedente, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las siguientes condiciones: ... c) que éstos emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional.

<sup>52</sup> Recurso de hecho, Eckmedjián, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y Otros.

<sup>53</sup> Artículo 75: “Corresponde al Congreso: ...

- inciso 22): “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. ...”

- inciso 24): “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. ...”

ma jurídico admita la prórroga de jurisdicción-, luego, se estará a lo dispuesto en el CCCN y las leyes especiales.

## II. Litispendencia

La admisión de la litispendencia tiende, fundamentalmente, a evitar la coexistencia de dos decisiones sobre la misma causa incompatibles entre sí, garantizando a la parte el respeto del principio *non bis in idem*, por un lado, y la circulación de las decisiones en el marco de la colaboración judicial internacional, por el otro.

Frente a este problema, el Estado puede optar por proteger, priorizar su propia jurisdicción desconociendo o postergando la decisión extranjera; o, por el contrario, priorizar la competencia del juez que previno en el conocimiento del asunto.

*Art. 2604.- Cuando una acción que tiene el mismo objeto y la misma causa se ha iniciado previamente y está pendiente entre las mismas partes en el extranjero, los jueces argentinos deben suspender el juicio en trámite en el país, si es previsible que la decisión extranjera puede ser objeto de reconocimiento. El proceso suspendido puede continuar en la República si el juez extranjero declina su propia competencia o si el proceso extranjero se extingue sin que medie resolución sobre el fondo del asunto o, en el supuesto en que, habiéndose dictado sentencia en el extranjero, ésta no es susceptible de reconocimiento en nuestro país.*

El CCCN contempla, regula, de manera autónoma la cuestión de la litispendencia que, tradicionalmente en nuestra legislación interna fue contemplada en las normas relativas a colaboración judicial internacional, como un supuesto de excepción a la aceptación y procedencia de un requerimiento efectuado por el magistrado o árbitro extranjero. La solución adoptada consiste en optar por el Tribunal ante el que se ha iniciado con anterioridad el procedimiento.

Establece una solución distinta a la contemplada, hasta ahora, en las normas de fuente interna<sup>54</sup>. Ante el pedido de reconocimiento o ejecución de una sentencia extranjera, el juez argentino (requerido) podía rechazar el exequátur en el supuesto que la sentencia del Estado requirente, resultare incompatible con una sentencia anterior (cosa juzgada), como así también cuando se encontrare en curso en el Estado un proceso con el mismo objeto e involucrando a las mismas partes (litis pendencia). El límite temporal se encontraba dado por el dictado de la sentencia extranjera y no por la interposición de la demanda.

Adviértase que la solución dispuesta en el artículo sustantivo, adopta una mecánica distinta a la dispuesta en los códigos de forma ya que lejos de denegar la solicitud del juez extranjero ante un caso de encontrarse tramitando idéntico proceso en el país, ordena la suspensión del trámite nacional, de ser previsible que la decisión extranjera pueda ser objeto de reconocimiento en el territorio, lo que parecería requerir del tribunal local un análisis de la posibilidad de su reconocimiento y ejecución para no caer, no provocar un caso de *forum non conveniens*. Resulta claro que dicho análisis no corresponde al fondo de la cuestión sino, fundamentalmente a la procedencia de la competencia del juez extranjero.

Se da prioridad al juez extranjero que previno en la causa suspendiendo el trámite local iniciado posteriormente, el que, no obstante, podrá continuar en la República si el juez extranjero declina su propia competencia o si el proceso extranjero se extingue sin que medie resolución sobre el fondo

---

<sup>54</sup> La cuestión de la litispendencia estaba regulada en los Códigos de forma. Así, el CPCCN establecía:

**Art. 517.** - Las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurriesen los siguientes requisitos: ...

5) Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por UN (1) tribunal argentino.

del asunto o, en el supuesto en que, habiéndose dictado sentencia en el extranjero, ésta no es susceptible de reconocimiento en nuestro país.

El artículo no especifica, sin embargo, cuando se tiene por iniciado el proceso judicial, nacional o extranjero, lo que vemos resulta fundamental para determinar la jurisdicción que previno. Frente a este vacío normativo, el magistrado argentino requerido podrá valerse del derecho extranjero (*lex causae*) o del propio derecho nacional (*lex fori*), para determinar el momento en que se dio inicio al procedimiento judicial, y establecer así la jurisdicción que previno, teniendo en consideración la sola interposición de la demanda entender que el proceso dio inicio con la notificación al demandado.

La norma ahora en estudio tampoco recepta una de las hipótesis que se encontraba regulada en los códigos de forma, cual es, el supuesto de que el procedimiento en el país se hubiere iniciado con anterioridad o en forma simultánea al del extranjero.

Se entiende que, a contrario sensu, serán competentes las autoridades nacionales. Veamos: Si el procedimiento extranjero se inició con anterioridad, corresponde la aplicación del artículo 2604 del CCCN, en tanto que, si es posterior, al no encontrarse tal supuesto regulado en la norma sustantiva, se aplicaría el artículo 517, inc. 5 del CPCCN o las disposiciones procesales de la provincia que corresponda.

Si bien el último párrafo del artículo contempla la posibilidad de que juez argentino reasuma su competencia, estableciendo los supuestos del caso; cuestiones de economía procesal y seguridad jurídica imponen que, previo a la suspensión del proceso local, se haya evaluado las posibilidades de que tales supuestos ocurran. Surge claro que el magistrado argentino debe ceder su jurisdicción solo en los casos en que el juicio extranjero haya sido iniciado previamente, por lo que resulta esencial determinar con precisión el momento en que debe entenderse, considerarse que el juicio ha sido iniciado. La posibilidad de reabrir una causa suspendida,

luego de dictada la sentencia en el extranjero por un juez que la propia justicia argentina consideró competente en la esfera internacional vulnera los efectos de la cosa juzgada y la seguridad jurídica y el propio deber del Estado de garantizar el acceso a la justicia se encuentran en riesgo.

### **III. La cuestión de la extranjería y la igualdad de trato**

#### *a. La cuestión de la extranjería*

Las normas de extranjería condicionan en buena medida los distintos aspectos del DIPr. y el derecho procesal o judicial internacional no resultando una excepción, ya que una vez que ha quedado determinada la competencia judicial internacional, el proceso puede verse condicionado por la nacionalidad de una de las partes, si existe trato diferencial del extranjero respecto de los nacionales del foro, en cuestiones tales como el goce de determinados derechos o la imposición de gravámenes especiales, sea que intervenga como parte actora o demandada.

En el artículo 2610 del CCCN contiene varias normas de estructura directa tendientes, todas ellas, a establecer la igualdad de trato procesal de nacionales y extranjeros, y garantizar el acceso a la justicia tanto de personas físicas como jurídicas.

ARTÍCULO 2610.- Igualdad de trato. Los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina.

Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado.

La igualdad de trato se aplica a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero.

Con el fin de evitar supuestos de denegación de justicia, el artículo impone la obligación internacional de garantizar a los extranjeros el acceso a los tribunales nacionales.

La protección judicial de los extranjeros constituye una manifestación del deber general de protección que incumbe a todos los Estados. Por ello, la denegación del acceso a los tribunales o la exigencia de condiciones procesales discriminatorias, como la caución de arraigo; el rechazo de las vías de recurso, la declinatoria de la competencia o el retraso injustificado del proceso, son entendidas como manifestaciones de denegación de justicia.

*b. La asistencia jurídica gratuita o beneficio de litigar sin gastos y la igualdad de trato*

La prohibición de imposición al ciudadano o residente en el extranjero de caución o depósito no debe ser interpretada, confundida con la obligación de dar asistencia jurídica o patrocinio letrado gratuito o el beneficio de litigar sin gasto. Si bien ambas cuestiones están destinadas a permitir o garantizar su acceso a la justicia, tienen fundamento diferente.

La igualdad de trato procesal está impuesta por el principio de no discriminación entre nacionales y extranjeros, en cuanto al beneficio de gratuidad se atribuye en virtud de condiciones económicas especiales de la parte que podrían obstaculizar su acceso a la justicia y la legítima defensa de sus intereses.

Es lícito entonces, la imposición de gravámenes o tasas de justicia a los nacionales o residentes en el extranjero, si ellos son impuestos en igualdad de condiciones a los ciudadanos o residentes en el país.

El principio de igualdad de trato y no discriminación se encuentra en la base misma de nuestro sistema jurídico<sup>55</sup> y reiterado en distintas disposiciones<sup>56</sup>, muchas de ellas con rango constitucional<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Artículo 20 CN: Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

<sup>56</sup> Artículo 1° de la Decisión CMC N° 49/00, relativa al “Acuerdo sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados Parte del MERCOSUR” establece que los nacionales, ciudadanos y residentes habituales de cada uno de los Estados Parte gozarán, en el territorio de los otros Estados Partes, en igualdad de condiciones, de los beneficios de litigar sin gastos y de la asistencia jurídica gratuita concedidos a sus nacionales, ciudadanos y residentes habituales. Similar disposición contiene la Decisión CMC N° 50/00, Acuerdo sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados Parte del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile. La igualdad de trato procesal se encuentra también impuesta en el Capítulo III del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional de Las Leñas de 1992, CMC Dec. N° 5/92. El art. 14 de la CIDIP IV sobre Obligaciones Alimentarias dispone que ningún tipo de caución podrá ser exigida al acreedor de alimentos por la circunstancia de poseer nacionalidad extranjera, o tener su domicilio o residencia habitual en otro Estado. El artículo 3 CNY de 1958, dispone que para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

<sup>57</sup> Artículo 2° de la Declaración Americana Derechos y Deberes del Hombre establece que todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes en ella consagrados sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna. En este mismo se encuentran los artículos 2 y 7 de la DUDH; el artículo 24 de la CADH; los artículos 6 y 14 de la CEDH; los artículos 3 y 14.1 del PIDCP; y el artículo 2.2 del PIDESC.



Los extranjeros, al gozar de los mismos derechos que los nacionales deben tener un acceso, en igualdad de condiciones, a los tribunales en demanda de justicia.

Además, la administración de justicia no es una prerrogativa del soberano ni un privilegio del nacional; es, por el contrario, una garantía de la persona y un deber del Estado fundado en su interés público en mantener el orden y la tranquilidad sociales, por tanto, no corresponde al Estado negarle o coartar la administración de justicia al extranjero o someterla a requisitos especiales que restrinjan su acceso.

Asimismo, la garantía de igualdad de trato es reconocida a toda persona sea física o jurídica constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo con las leyes de un Estado extranjero, por lo que no requiere su previa inscripción en el país para el acceso a la justicia<sup>58</sup>, conforme lo previsto en el último párrafo del comentado artículo 2610.

Si bien lo establecido en el artículo reitera garantías establecidas en normas de rango superior, es dable destacar que, esta norma -de fuente interna- garantiza la igualdad de trato procesal sin el requisito de la reciprocidad, es decir, sin condicionamientos a que, el Estado extranjero garantice a los nacionales argentinos igualdad de condiciones en el acceso a la justicia. El CCCN, con base en las normas constitucionales, viene así a generalizar la garantía de igualdad de trato a las personas físicas o jurídicas sin sujeción a requisito o condición de reciprocidad algunos.

## **5. Límites y fundamentos para la asignación de competencia internacional**

### **I. Principio de tutela jurídica efectiva**

---

<sup>58</sup> Recordemos que el artículo 118 de la Ley de Sociedades n° 19.550 regula la propia existencia y forma de las sociedades constituidas en el extranjero, a la ley del lugar de su constitución, y ese reconocimiento las habilita para realizar actos aislados en el país y estar en juicio.

Principio de tutela jurídica efectiva: Comprende el principio de *non interventionis* (las autoridades del Estado no puede intervenir en asuntos que resultan de competencia de un Estado extranjero, la intromisión en asuntos que resultan de interés de otra nación, conduciría al desconocimiento de la solución adoptada por los tribunales que no eran internacionalmente competentes); el *principium efectivitatis* (deben utilizarse foros que garanticen la ejecución real de la sentencia para no generar decisiones inefectivas o claudicantes); y el principio de vinculación suficiente (no puede extenderse la competencia a casos en los que no se advierta una relación de proximidad, contacto o vinculación entre los elementos del caso y la jurisdicción que se pretende establecer).

La tutela jurídica efectiva como derecho de acceso constituye una garantía tanto para el actor como también para el demandado, que responde al imperativo legal del artículo 18 de la Constitución Nacional; como así también de las Convenciones Internacionales, establecido en el derecho de petición ante la autoridad competente del artículo 24 de la Declaración Americana<sup>59</sup>, como en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que expresa que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Artículo XXIV: *Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.* Ver RODRIGUEZ, Mónica Sofía, “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”. En MARIA-NELLO, Patricio - Walter CARNOTA (Dir) *Tratado de los Tratados Internacionales Comentados*, Buenos Aires: Ed. La Ley, pp. 167/169.

<sup>60</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, con jerarquía constitucional de conformidad al artículo 75 inc. 22 de la Constitución de 1994.

Estas condiciones se advierten en el artículo 2602 del CCCN que admite que, el magistrado argentino que no posea jurisdicción internacional para entender en un proceso asuma competencia fundada en el foro de necesidad. La exigencia en la norma de un contacto suficiente (en forma vaga y general) está más dirigida a exigir algún tipo de vinculación frente a la posibilidad de que se declaren competente, foros basados en una neutralidad absoluta, sin vinculación alguna con la cuestión jurídica a resolver, que a exigir un criterio de vinculación específico. Ello es obvio ya que de tener el juez que se declare competente, jurisdicción en base a un criterio específico, por ejemplo, en razón de la materia, le bastará fundar en él su competencia y no en el foro de necesidad.

## **II. Evitar una excesiva expansión**

No resulta difícil entender las limitaciones que podría sufrir la oferta internacional ante los resquemores, temores del comerciante que entienda que puede ser demandado ante cualquier foro que, sin criterio aparente, habilite su jurisdicción en algún supuesto que lo involucre, escapando así a sus previsiones.

Una excesiva expansión de la competencia, especialmente en asuntos patrimoniales, desincentivaría el comercio internacional ante la incertidumbre de los operadores de negocios de prever los tribunales ante los cuales deberían solucionar sus desavenencias.

## **III. Prevenir el fraude de ley procesal o *Forum Shopping* fraudulento**

Los tribunales no deben declararse competentes cuando el demandante acciona con exclusiva intención de evitar el conocimiento del caso por un tribunal extranjero de un país en el que la decisión debe producir efectos (*forum Shopping* fraudulento).

Resulta claro que el resguardo, respeto por parte de los Estados de los principios señalados al momento de estable-

cer sus pautas de atribución de competencia judicial internacional, facilita la creación de un sistema internacional seguro y efectivo.

## **6. Tipos de Jurisdicción Directa**

La competencia judicial internacional directa es la aptitud legal de las autoridades públicas y los órganos jurisdiccionales de un Estado, considerados en su conjunto, para tomar conocimiento y resolver las controversias generadas en las relaciones privadas internacionales, ya sea que pertenezcan a la jurisdicción voluntaria.

Las normas jurisdicción internacional son establecidas en base a una serie de criterios de determinación que vinculan a los tribunales y autoridades de un Estado con una situación iusprivatista internacional; y que responden a objetivos definidos e intereses de política legislativa, que como es de esperar, pueden variar en los diferentes Estados, o no encontrarse debidamente justificados desde la mira de la legislación extranjera.

Son variados los criterios para la determinación de la jurisdicción y ofrecen diversas posibilidades clasificatorias de los foros de competencia judicial internacional. Así, el CCCN otorga competencia jurisdiccional en base a diversos principios y fundamentos.

- 1) Jurisdicción Única: En primer término, podemos distinguir la asignación de foros de competencia únicos y concurrentes. Cuando en la norma se establece una “competencia jurisdiccional **única**”, como su nombre lo indica, no prevé la posibilidad de otras intervenciones, otro criterio de determinación, otro punto de conexión, fuera del específicamente atribuido. Si bien confiere mucha seguridad y previsión, el riesgo de la determinación de una jurisdicción única es la denegación de justicia porque restringe al actor las posibilidades de litigar y limita su acceso a los tribunales.

A) Dentro de la jurisdicción única, encontramos la exclusiva, ejemplo de ellas en este Código podemos referir a los artículos 2606 y 2609 y el artículo 2635 -primera parte- que seguidamente analizaremos.

Las jurisdicciones exclusivas tienen como fundamento la protección de intereses estatales, que no pueden entrar en conflicto con las jurisdicciones extranjeras, ni con la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales jamás podrán desplazar la jurisdicción exclusiva establecida para el caso.

Las normas del CCCN que atribuyen competencia única e inderogable a los tribunales argentinos, pretenden que ninguna otra jurisdicción puede conocer en dichas materias, ya que de hacerlo su decisión no será reconocida ni ejecutada en el Estado convirtiéndose en lo que podríamos denominar una sentencia extranjera claudicante.

El carácter inderogable de la norma de jurisdicción exclusiva produce, asimismo, la imposibilidad de que la competencia establecida pueda alterarse por autonomía de la voluntad, ya que, en los casos previstos, el interés procesal de las partes queda desplazado por la mayor importancia que ostenta el interés público o general sobre esa cuestión.

Ese es el fundamento o la razón que explica la competencia exclusiva de los tribunales del Estado; es decir, la protección del interés público o del interés social, general del Estado argentino.

B) Autonomía de la Voluntad - Artículo 2606: En la búsqueda de concordancia con la prelación dispuesta en el artículo 2601, el artículo 2606 del CCCN da preferencia, prioridad a la jurisdicción acordada entre las partes, claro está, en aquellos supuestos en los que la ley permite el ejercicio de la autonomía de la voluntad en esta materia.

Así, estableció: “ARTICULO 2606.- Carácter exclusivo de la elección de foro. El juez elegido por las partes tiene competencia exclusiva, excepto que ellas decidan expresamente lo contrario”.

El tribunal elegido por las partes no solo será competente, sino que, además tal competencia será “exclusiva”, y los demás tribunales deberán abstenerse de intervenir en el asunto, salvo un nuevo pacto en contrario entre las partes.

Sin embargo, la norma califica como exclusivo el foro elegido por las partes sin distinguir si tal elección se efectuó mediante acuerdo o por sumisión. Más allá de esta observación, cabe aclarar que no resulta oportuna ya que no se advierte el interés público, social o general del Estado en la protección del foro elegido por las partes, que ellas mismas podrían dejar de lado por acuerdo posterior.

La intención del legislador de priorizar, jerarquizar la autonomía de la voluntad de partes, en los asuntos disponibles, no puede justificar su carácter como “exclusivo” y a pesar de que, en forma errónea, impropia, se la haya calificado como tal, implica el establecimiento de una jurisdicción, en principio, única y operativa que desplaza la atribuida por la norma indirecta de competencia judicial internacional en tales asuntos.

- C) Otros ejemplos de foros exclusivos están regulados en el artículo 2609 del CCCN, que dispone:

*ARTICULO 2609.- Jurisdicción exclusiva. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas:*

*a) en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República;*

*b) en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino;*

*c) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina.*

El fundamento de la competencia exclusiva de los tribunales del Estado es la protección del interés público argentino, por la proximidad existente entre el tribunal designado y el litigio respecto a los temas o materias reguladas (los bienes inmuebles sitos en la República, validez o nulidad de las inscripciones en los registros públicos y las inscripciones de las patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro en el territorio nacional).

La extensión de los términos utilizados en el inciso a), en cuanto somete a jurisdicción exclusiva de los jueces nacionales la “materia de derechos reales sobre inmuebles sitos en la república”, comprende la totalidad de las cuestiones que se susciten a su respecto, es decir, constitución, transmisión, nulidad, disolución de derechos y, la validez o nulidad de la inscripción de la constitución, transmisión queda comprendida en lo normado en el inciso b).

Por su parte el inciso c) también comprende todas las cuestiones relativas a propiedad industrial, tanto en lo concerniente a su validez como a su inscripción en los registros correspondientes, en cuanto dispone que los jueces argentinos son exclusivamente competentes en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina.

Asimismo, la referencia expresa a la jurisdicción exclusiva del juez nacional para cuestiones referidas a la validez de las inscripciones en los registros de todas las cuestiones determinadas en el inciso c), parece redundante, dado que dichos supuestos quedan comprendidos en lo establecido con carácter general en el inciso b), que abarca tales temas, disponiendo la competencia exclusiva del juez argentino en materia de validez o nulidad de inscripciones practicadas en un registro público argentino.

- D) Adopción Internacional: Artículo 2635: También podemos referir el primer párrafo del artículo 2635, que atribuye jurisdicción internacional en forma exclusiva a los jueces argentinos para el otorgamiento de la adopción y de la guarda con fines de adopción en los supuestos de niños domiciliados en la República. Así consigna:

*ARTICULO 2635.- Jurisdicción. En caso de niños con domicilio en la República, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para la declaración en situación de adoptabilidad, la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción.*

Se advierten en este tema el referido interés social y público en la determinación de la jurisdicción exclusiva de los jueces argentinos que evidencia la desconfianza histórica de nuestra Nación hacia la adopción internacional.

2. Las jurisdicciones plurales o “foros concurrentes”, son establecidos en base a un criterio de apertura de jurisdicciones o foros, pudiendo citar los artículos 2621, 2627, 2629, 2631, 2650 y 2654. La jurisdicción plural, al contrario de la competencia única, facilita el acceso de las personas a juicio y evita la denegación de justicia, al establecer un criterio de apertu-



ra de foros. Sin embargo, las jurisdicciones concurrentes o plurales pueden dar lugar a los problemas de aplicación antes analizados, de simultaneidad de juicios y la litispendencia internacional.

3. También corresponde distinguir las normas de jurisdicción “unilaterales”, como el artículo 2601, que atribuyen competencia internacional solo a los tribunales y autoridades locales; de las “bilaterales” o multilaterales, destinadas a conferir competencia a las autoridades nacionales y extranjeras, como los artículos 2608, 2619, 2621, entre otros.
4. El “*forum legis*” se encuentra establecido cuando resulta competente el juez cuyo derecho debe ser aplicado al caso. Se da por la aceptación, aplicación de la teoría del paralelismo que fuera desarrollada por el autor holandés T. Asser, pero considerada inicialmente por Federico Carlos de Savigny específicamente en materia de jurisdicción contractual<sup>61</sup>.

No cabe duda que, el otorgar jurisdicción internacional a los tribunales del país cuyo derecho se aplica al fondo de la cuestión, no conculcará principios fundamentales del derecho vinculado, aplicando un criterio razonable de selección de foro, facilita las cuestiones relativas a la aplicación del derecho y resultará eficiente a los fines de la ejecución de la sentencia.

---

<sup>61</sup> Un claro ejemplo de *forum legis* se encuentra en el artículo 56 de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional (Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo -TDCiM.- de 1889, ratificado por ley 3.192 y el TDCiM. de 1940 ratificado por decreto-ley 7.771), en cuanto establecen que las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia de juicio.

5. Los “foros reales”, establecen competencia a los tribunales del lugar de situación de los bienes. Como un ejemplo de foro real en el CCCN puede citarse el artículo 2643 in fine, en cuanto determina, en materia de sucesión por causa de muerte, la competencia de los jueces del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos.

Otro ejemplo de foro real se encuentra establecido en el artículo 2664 sometiendo las acciones reales sobre inmuebles a la jurisdicción única del lugar de su situación.

Si bien el artículo está redactado de manera bilateral, solo será aplicable a las acciones reales sobre inmuebles sitos en el extranjero, ya que los ubicados en el país quedan sometidos a la jurisdicción exclusiva establecida en el artículo 2609.

6. Los “foros personales”, son determinados en relación con una serie de circunstancias que pueden concurrir en el demandante o en los sujetos de la relación jurídica. Se basan en un fundamento o localización personal utilizando la nacionalidad, el domicilio o la residencia de alguna de las partes para determinar la jurisdicción competente. Así encontramos el criterio personal en la jurisdicción establecida en el artículo 2608 (foro residual) y en los artículos 2627 en materia de unión convivencial; en materia de alimentos, conforme lo dispuesto en el artículo 2629; en materia contractual, según el artículo 2650; en los contratos de consumo, conforme el artículo 2654, entre tantos otros.

7. Otro criterio de determinación de la jurisdicción internacional, es conforme la proximidad existente entre el foro y la relación jurídica. Las jurisdicciones se focalizan en el acto jurídico como el lugar de celebración o lugar de ejecución, son conocidas como “foros relativos a los actos”.

Como ejemplo podemos referir el artículo 2635 otorgando competencia a los jueces del lugar del otorgamien-

to de la adopción, para su anulación o revocación; o el artículo 2654 en materia de relaciones de consumo, que pueden interponerse, en forma alternativa, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato (proximidad del acto con el foro); además del domicilio del demandado (criterio personal).

8. El “*forum conectatis*” determina la competencia del juez que está entendiendo en otra cuestión conexa, ya sea por conexión, personal, real o relativo al acto. Podemos entender como un ejemplo de ella, lo dispuesto en el inciso a) del artículo 2603, bajo el rótulo de “Medidas provisionales y cautelares” al establecer que los jueces argentinos son competentes para decretar medidas provisionales y cautelares cuando entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República, por cuanto, para el cumplimiento efectivo de la medida, deberá recurrir a la cooperación judicial internacional extranjera. Es un caso de ejercicio de la competencia judicial internacional directa (para disponer la medida) por conexión con la causa principal, que acarreará una solicitud de colaboración judicial internacional como autoridad requirente (jurisdicción internacional indirecta pasiva del magistrado nacional), para la ejecución de la medida por la autoridad extranjera requerida (que tendrá jurisdicción internacional indirecta activa).
9. Foros de protección. Determinadas jurisdicciones se establecen con la clara intención de proteger el acceso a la justicia de una de las partes. A este fundamento responden los foros intervinientes en materia de contratos con consumidores, trabajadores, o asegurados, donde la tute-

la hacia la parte que considerada más débil en su poder de negociación, siempre se traduce en la limitación de la autonomía de la voluntad dirigida a protegerlos. Podemos citar en este sentido el artículo 2654 del CCCN, cuyo último párrafo establece que en los contratos de consumo no se admite el acuerdo de elección de foro.

10. Cuando los foros no responden a criterios de proximidad más o menos objetivos (real, personal, relativo al acto, conexidad), y se asientan en criterios de conexión débiles, tendentes a favorecer un interés privado del Estado que lo establece, se habla de “foros exorbitantes”, pero ellos pueden resultar ineficaces dando lugar a la denegación del reconocimiento y ejecución de una decisión fundada en dichos criterios exorbitantes.

11. *Forum non conveniens*. El tribunal que posee competencia internacional declina su jurisdicción porque considera inconveniente e inapropiado conocer del asunto. El juez se declara incompetente y a la par declara que otro tribunal-extranjero- es el foro más apropiado o conveniente.

Existiría entonces un poder discrecional general de los tribunales, para declinar su jurisdicción sobre la base de que el tribunal “apropiado” se halla fuera del país o que el foro local es inapropiado, cuando, por ejemplo, aceptar la jurisdicción implicaría imponer al demandado cargas procesales demasiado gravosas o dificultad para disponer y producir las pruebas, etc. También se tiene en cuenta la eficacia del fallo fuera del territorio del país del juez (que aplica la doctrina del *forum non conveniens*), y ello puede surgir del examen de las normas de competencia del Estado donde se requeriría la ejecución del fallo.

La doctrina especializada entiende que el *forum non conveniens* puede llegar a constituir un caso de “denegación de justicia” y, por tal motivo no resulta aconsejable su aceptación como principio general, debiendo ser consreñida a aquellos supuestos en que un foro extranjero se

halla estrechamente conectado con los hechos de la causa, con conexiones muy fuertes, que la vinculación con el foro que declina su competencia sea muy débil comparado con los otros enlaces de jurisdicción y que el demandado no sufra un perjuicio inaceptable, incluyendo como tal la sorpresa de ser llevado ante un foro imprevisible.

Además, no puede ser invocado el *forum non conveniens* ni utilizado por los jueces para declinar jurisdicción si su competencia está contemplada en un tratado internacional.

12. Por último, cabe referir a los “foros de necesidad” o *forum necessitatis* que tienen por finalidad responder a la obligación, al deber del Estado de garantizar el derecho fundamental del acceso a la justicia, como una de sus funciones primordiales, velando por el derecho fundamental de las personas.

Las dos fases en las que se puede apreciar la existencia del foro de necesidad, y su importancia son: a) la de determinación de la competencia judicial internacional directa, es decir, para fijar el juez que va a intervenir en el asunto, y b) en la determinación de la competencia judicial internacional indirecta, es decir al momento del reconocimiento y ejecución de los pronunciamientos emitidos.

En ambos momentos, el foro de necesidad se presenta con la finalidad de evitar la denegación de justicia. Los tribunales deberán aceptar una competencia no determinada por la ley en el caso de existir un conflicto negativo de competencias en los restantes tribunales conectados con el supuesto de hecho, o cuando exista un real e insorteable impedimento de acudir a la jurisdicción ordinaria competente. Es así, que una de sus características primordiales es la excepcionalidad.

Según este criterio de atribución de jurisdicción, excepcionalmente, a pesar de no existir ninguna norma nacional que otorgue competencia a los jueces del Estado, pueden éstos asumir jurisdicción si advierten que se corre un serio riesgo de denegar justicia, por ejemplo, cuando el otro u

otros Estados conectados con el caso, tampoco acepten conocer, o exista la imposibilidad real para el actor de acceder a los tribunales competentes.

La denegación de justicia no solo incumbe al Derecho Internacional Privado (afectando intereses de parte), sino también al Derecho Internacional Público dado que puede acarrear responsabilidad internacional para el Estado que incurrir en ella, por lo que, ante estos supuestos, es conveniente que el Estado asuma jurisdicción.

En la Edad Media estaba relacionada con la práctica de represalias privadas, siendo una condición de su legitimidad. Ante la *denegatio justitiae* por el soberano local, el extranjero podía obtener de su propio príncipe, *lettres de marque* o cartas de represalia. Ya Hugo Grocio, se refería a la denegación de justicia y la diferenciaba de la "deficiencia de justicia", aludiendo la primera a la negación de acceso al tribunal y no al error o a la injusticia del fallo. Savigny fundó sobre este principio, en su formulación positiva de asegurar el acceso a los tribunales a todos los habitantes del Estado, su comunidad jurídica de naciones<sup>62</sup>.

Para que se configuren los supuestos que habiliten esta jurisdicción deben reunirse determinados requisitos. A saber: a) la existencia de una carga judicial desproporcionada en la justicia extranjera, b) una conexión suficiente o razonable del litigio con el Estado en cuestión, c) la claudicación, más que previsible, de un pronunciamiento extranjero, d) la imposibilidad o dificultad de acudir a los tribunales extranjeros.

Es entonces como, con base a circunstancias excepcionales, los tribunales pueden aceptar la competencia judicial internacional invocada por el actor, en un supuesto no contemplado en las normas de competencia judicial internacional, hasta quizá basados en un criterio débil de atribución de

---

<sup>62</sup> HOOFT, Eduardo Raimundo: "Jurisdicción internacional: el forum non conveniens". Recuperado de <http://www.microiuris.com>. 19-oct-2006. MJ-DOC-3015-AR | MJD3015.

competencia pero justificado en aquellos casos en los que no existe la posibilidad para la parte actora, de recurrir a los órganos jurisdiccionales de otros Estados que poseen una vinculación con el supuesto.

Nótese que el foro de necesidad, que ostenta como principal fundamento la garantía del acceso a la justicia, resulta ser la contracara del denominado *forum non conveniens*, y que, además, transita por una fina cornisa que lo llevaría a caer en la calificación de foro exorbitante si no respeta criterios de justificación fundados en los principios de tutela jurídica efectiva y la garantía del debido proceso legal.

El CCCN introdujo expresamente el *forum necessitatis* en el artículo 2602:

ARTÍCULO 2602.- *Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.*

En consideración al tipo normativo, nos encontramos frente a una norma de fuente interna, unilateral y de estructura directa, que busca calificar, dar una noción de foro de necesidad, estableciendo los requisitos para su procedencia.

Como antecedente, podemos referir las previsiones del artículo 19 del Proyecto de Código de DIPr. del MJDH<sup>63</sup> con

---

<sup>63</sup> Disponía que, aunque sus reglas no atribuyeran jurisdicción internacional a los tribunales argentinos, “éstos pueden intervenir con la finalidad de evitar la denegación de justicia, cuando no sea posible iniciar la demanda en el extranjero, siempre que la causa presente vínculo suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz”.

el que posee similitud, aunque en la actual norma se resalta aún más el carácter excepcional del foro de necesidad, lo que resulta apropiado.

Además del artículo 2602 en estudio, podemos interpretar como otro supuesto de foro de necesidad, el previsto apartado b) **del artículo 2603 en** cuanto dispone que los jueces argentinos son competentes para decretar medidas provisionales y cautelares en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal.

## 12. A) Jurisprudencia

Cuando se invoca el foro de necesidad el juez debe evaluar la posibilidad de asumir competencia estableciendo un fino equilibrio en garantizar el acceso a la justicia sin invadir la jurisdicción internacional del Estado extranjero, resguardando el debido proceso para ambas partes, especialmente en lo relativo a la garantía de la defensa en juicio.

La jurisprudencia nacional ha hecho aplicación de esta doctrina del *forum neccesitatis* en varias oportunidades aún antes de su regulación en el CCCN<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> En el caso *Manauta, Juan J. y otros c. Embajada de la Federación Rusa*. Resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 22 de diciembre de 1999 se resaltó que una interpretación que no distinga entre actos “iure imperio” e “iure gestionis” conduciría al trabajador al injusto resultado de intentar una casi quimérica ocurrencia ante la jurisdicción del Estado extranjero o a requerir el auxilio diplomático argentino, y entonces sí se pondría en peligro su derecho a la jurisdicción. También en el caso *Cavura de Vlassov, Emilia c/Vlassov, Alejandro s/ divorcio*, la CSJN revocó la sentencia de la Cámara, fundada, entre otros fundamentos, en que no era seguro que los jueces de Génova fueran a entender en la causa ni que el demandado no hiciera valer excepción de incompetencia; y que el artículo 24 del decreto ley 1285/58 dispone que la Corte decidirá cuál es el juez competente cuando sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia. CSJN 25-3-1960.



Previo a la entrada en vigor del CCCN, ante el Juzgado de Familia n° 2 del Departamento Judicial de San Isidro<sup>65</sup>, se peticionó el divorcio vincular por la causal de injurias graves planteándose la cuestión del Foro de Necesidad frente a la imposibilidad de la actora de recurrir a la jurisdicción natural.

Entre los elementos que para esta cuestión interesan, corresponde señalar que el último domicilio conyugal se encontraba en los EE.UU donde el demandado J.S. III poseía domicilio real, y autorizó a su esposa M.A.B. junto al hijo del matrimonio B.B.S. a viajar a la Argentina. El demandado, pese a haberse comprometido a realizar los trámites para la obtención de la Green Card<sup>66</sup> para su esposa y permitirle el regreso y permanencia en EE.UU se desentendió del tema.

La actora expresó: “la circunstancia de que yo no pudiese regresar a EE.UU por falta de la documentación migratoria que el demandado se ha negado a tramitar, podría provocar que él pudiese venir a la Argentina y llevar a B. con él, por la autorización recíproca que hemos firmado, sin que yo tenga oportunidad de regresar a residir en Estados Unidos para estar con mi hijo -por no contar con la Green Card- y menos iniciar cualquier tipo de acción en su contra, por falta de arraigo en la jurisdicción, ya sea la petición de divorcio que aquí se solicita, alimentos, que ha negado sistemáticamente a B. y a mí, o cualquier otra en beneficio y defensa de nuestro hijo o en la mía”.

De las circunstancias del caso se advierte que, la justicia argentina no era competente en el proceso de divorcio ya

---

65 V. Guglielmino, Adriana, “Foro de Necesidad: Un valioso fallo”, Publicado 24 de agosto de 2015, Recuperado de <http://maestrosdelderecho.com.ar/foro-de-nevesidad-un-fallo-valioso/>

<sup>66</sup> La Tarjeta de residencia permanente en Estados Unidos, conocida popularmente como Green Card es un documento de identidad para residentes permanentes en los Estados Unidos que no posean la nacionalidad estadounidense. Es otorgada por derecho al matrimonio legítimo celebrado con un ciudadano estadounidense. Los poseedores de esta tarjeta tienen derecho a residir y trabajar en el país.

que el último domicilio conyugal y el domicilio del demandado estaban en los EE.UU.<sup>67</sup>. No obstante, la jueza del Juzgado n° 2 de familia del Departamento Judicial de San Isidro, resolvió: “San Isidro, 19 de agosto de 2015... sin perjuicio de lo dictaminado por el Sr. Agente Fiscal, en atención a las constancias de autos, así como las que surgen de los trámites de alimentos y medidas precautorias radicados por ante este juzgado, y en virtud de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (Ley 26.994) acepto la competencia del presente trámite en los términos de los arts. 437, 2061, 2062 y ccs. del precitado cuerpo legal...Fdo. Maria Julia Abad. Juez”.

Así entendió que estaban dadas las circunstancias por las que el artículo 2602 autoriza la competencia de los jueces argentinos para entender en la causa; es decir que existe el riesgo de denegación de justicia ante la imposibilidad de la parte actora de acudir a la jurisdicción extranjera competente y, además, la situación privada presentaba contacto suficiente con el país, dado que aquí se encontraba el domicilio actuar de la actora y su hijo menor acreedor de derechos alimentarios.

## **7. Síntesis de normas de jurisdicción directa en el Código**

El artículo 2601, además de precisar la comentada jerarquía normativa, efectúa un reenvío interno a las reglas de jurisdicción establecidas en el mismo Código y a las leyes especiales. Es por ello que, a pesar de que el Capítulo 2 del Título IV del Libro VI del CCCN cuenta con tan solo 12 artículos bajo el título de

---

<sup>67</sup> Dictamen del Ministerio Público Fiscal: “San Isidro 06 de julio de 2015...II.- Atento la demanda de divorcio entablada en las presentes actuaciones, los hechos relatados en el punto II del presente en punto al último domicilio conyugal y al último domicilio del demandado, estima este Ministerio Público que por la aplicación del art. 227 del C. Civil, VS no resulta competente para intervenir en estos obrados... Luis Manuel Angelini. Agente Fiscal”.

jurisdicción internacional, debemos también considerar las restantes normas sobre competencia judicial internacional contenidas en el Código a las que remite expresamente el artículo en cuestión.

Así, en el ámbito internacional, las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio y las referentes a los efectos del matrimonio, deben interponerse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio del cónyuge demandado, según lo prescripto en el artículo 2621; y las acciones que surjan de la unión convivencial, deben presentarse ante el juez del domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o del domicilio o residencia habitual del demandado (artículo 2627).

Las acciones por prestación alimentaria proceden, a elección del requirente, ante los jueces de su domicilio, de su residencia habitual, o los del domicilio o residencia habitual del demandado; pudiendo interponerse ante los jueces del lugar donde el demandado tenga bienes, si ello fuese razonable según las circunstancias del caso. Las acciones de alimentos entre cónyuges o convivientes deben deducirse ante el juez del último domicilio conyugal o convivencial, ante el domicilio o residencia habitual del demandado, o ante el juez que haya entendido en la disolución del vínculo. Si hubiere acuerdo alimentario resulta competente el juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración de dicho convenio si coincide con la residencia del demandado (artículo 2629).

A su turno, las acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación deben interponerse, a elección del actor, ante los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor y en caso de reconocimiento son competentes, como jurisdicciones alternativas o concurrentes los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, los del domicilio del hijo o los del lugar de su nacimiento (artículo 2631).

Para la decisión de la guarda con fines de adopción y el otorgamiento de una adopción de niños con domicilio en el país

son exclusivamente competentes los jueces argentinos. Para la anulación o revocación de una adopción son competentes los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado, determinando además, que las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero (artículo 2635).

En materia de desplazamiento, retención o sustracción de menores, el artículo 2642 faculta al juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente a disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño o adolescente, y supervisar el regreso seguro del niño o adolescente adaptando al caso los principios contenidos en los convenios internacionales y asegurando el interés superior del niño.

En materia de sucesiones internacionales el artículo 2643 dispone que son competentes los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos.

En las acciones resultantes de un contrato internacional, no existiendo acuerdo válido de elección de foro, son competentes, a opción de actor: a) los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos; b) los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales; c) los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, que haya participado en la negociación o celebración del contrato (artículo 2650).

Las demandas relativas a relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la

obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato. También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual. La acción entablada contra el consumidor sólo puede interponerse ante los jueces del domicilio del consumidor. En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro (artículo 2654).

| <i>Art.</i> | <i>Tema<br/>Relación<br/>jurídica</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | <i>Foro intern.<br/>Competente</i> | <i>Tipos de<br/>norma</i>     | <i>Competencia</i> |
|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|-------------------------------|--------------------|
| 2601        | <i>Prevalencia<br/>normativa</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | <i>Jurisdicción<br/>argentina</i>  | <i>Directa<br/>Unilateral</i> |                    |
| 2602        | <i>Foro de<br/>necesidad</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | <i>Jurisdicción<br/>argentina</i>  | <i>Directa<br/>Unilateral</i> |                    |
| 2603.a)     | <i>Medidas caute-<br/>lares y provi-<br/>sionales</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | <i>Jurisdicción<br/>argentina</i>  | <i>Directa<br/>Unilateral</i> |                    |
| 2609        | <i>Derechos reales<br/>sobre inmuebles<br/>sitos en Argen-<br/>tina<br/>Validez/Nulidad<br/>de inscripciones<br/>en registros<br/>argentinos<br/>Inscripcio-<br/>nes/Validez de<br/>patentes,<br/>marcas, diseños<br/>dibujos, mode-<br/>los industriales<br/>y derechos<br/>análogos en<br/>depósito o<br/>registro efec-<br/>tuado en Argen-<br/>tina</i> | <i>Jurisdicción<br/>argentina</i>  | <i>Unilateral</i>             | <i>Exclusiva</i>   |

|      |                                                               |                                                                                        |                            |                                              |
|------|---------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|----------------------------------------------|
| 2610 | <i>Igualdad de trato</i>                                      | <i>Cuestión de aplicación</i>                                                          | <i>Directa Unilateral</i>  |                                              |
|      |                                                               | <i>Último domicilio conocido</i>                                                       | <i>Indirecta Bilateral</i> | <i>Personal Principal</i>                    |
| 2619 | <i>Ausencia y presunción de fallecimiento</i>                 | <i>Última residencia habitual</i>                                                      | <i>Indirecta Bilateral</i> | <i>Personal Subsidiaria</i>                  |
|      |                                                               | <i>Bienes del presunto ausente</i>                                                     | <i>Indirecta Bilateral</i> | <i>Teal, Subsidiaria,</i>                    |
| 2621 | <i>Valiez / Nulidad / Disolución / Efectos del matrimonio</i> | <i>Último domicilio conyugal Domicilio / residencia habitual del cónyuge demandado</i> | <i>Indirecta Bilateral</i> | <i>Personal, Alternativa o Concurrentes</i>  |
|      |                                                               | <i>Domicilio efectivo común</i>                                                        | <i>Indirecta Bilateral</i> |                                              |
| 2627 | <i>Unión convivencial</i>                                     | <i>Domicilio del demandado</i>                                                         | <i>Indirecta Bilateral</i> | <i>Personal, Alternativas o Concurrentes</i> |
|      |                                                               | <i>Residencia habitual del demandado</i>                                               | <i>Indirecta Bilateral</i> |                                              |
|      |                                                               | <i>Domicilio o residencia habitual del actor</i>                                       | <i>Indirecta Bilateral</i> | <i>Personal Concurrente</i>                  |
| 2629 | <i>Alimentos</i>                                              | <i>Domicilio o residencia habitual del demandado</i>                                   | <i>Indirecta Bilateral</i> |                                              |
|      |                                                               | <i>Bienes del Demandado</i>                                                            | <i>Indirecta Bilateral</i> | <i>Real Concurrente</i>                      |

|      |                                                                        |                                                                                          |                       |                                                          |            |
|------|------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------|----------------------------------------------------------|------------|
| 2631 | Filiación                                                              | Domicilio del demandante o del progenitor                                                | Indirecta, Bilateral  | Personal Concurrente                                     |            |
| 2635 | Declaración de adoptabilidad<br>Otorgamiento de guarda y adopción      | Domicilio del menor en el país                                                           | Indirecta, Unilateral | Personal Exclusiva                                       |            |
|      |                                                                        | Lugar de otorgamiento                                                                    | Indirecta Bilateral   | Proximidad Concurrente                                   |            |
| 2637 | Anulación o revocación                                                 | Domicilio del adoptado                                                                   |                       | Personal Concurrente                                     |            |
|      |                                                                        | Domicilio del adoptado al tiempo de la adopción                                          | Indirecta, Unilateral | Personal                                                 |            |
| 2643 | Adopción conferida en el extranjero (a los fines de su reconocimiento) | Domicilio del adoptante si es susceptible de reconocimiento en el domicilio del adoptado | Indirecta, Unilateral | Personal, Acumulativo                                    |            |
|      |                                                                        | Último domicilio del causante                                                            | Indirecta, bilateral, | Personal                                                 |            |
| 2643 | Sucesiones internacionales                                             | Lugar de situación de inmueble en el país                                                | Indirecta Unilateral  | Real                                                     |            |
|      |                                                                        | Acuerdo de prórroga                                                                      | Operativa, principal  |                                                          |            |
| 2650 | Contratos internacionales                                              | Domicilio o residencia del/os demandado/s                                                | Indirecta Unilateral  | Subsidiaria al acuerdo de prórroga Concurrentes entre sí | Personal   |
|      |                                                                        | Lugar de cumplimiento                                                                    |                       |                                                          | Proximidad |

|      |                          |  |                                                                                            |                                                                       |                                        |
|------|--------------------------|--|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|----------------------------------------|
|      |                          |  | <i>Sede de agencia,<br/>sucursal o<br/>representación<br/>que intervino en<br/>el acto</i> |                                                                       | <i>Personal</i>                        |
|      |                          |  |                                                                                            | <i>Lugar de<br/>celebración<br/>del contrato</i>                      | <i>Indirecta<br/>Bilateral</i>         |
|      |                          |  |                                                                                            | <i>Lugar de<br/>cumplimiento</i>                                      | <i>Proximidad</i>                      |
|      |                          |  | <i>Consumidor<br/>actor</i>                                                                | <i>Domicilio del<br/>demandado</i>                                    | <i>Personal</i>                        |
| 2654 | Contratos de<br>Consumo  |  |                                                                                            | <i>Lugar de<br/>realización de<br/>actos para la<br/>contratación</i> | <i>Proximidad</i>                      |
|      |                          |  | <i>Consumidor<br/>demandado</i>                                                            | <i>Domicilio del<br/>consumidor</i>                                   | <i>Indirecta<br/>Bilateral</i>         |
|      |                          |  |                                                                                            |                                                                       | <i>Personal<br/>Única</i>              |
|      |                          |  | <i>Domicilio del<br/>demandado</i>                                                         | <i>Indirecta<br/>Bilateral</i>                                        | <i>Concurrentes<br/>o alternativas</i> |
|      |                          |  |                                                                                            |                                                                       | <i>Personal</i>                        |
|      |                          |  | <i>Lugar de<br/>producción del<br/>hecho dañoso</i>                                        | <i>Indirecta<br/>Bilateral</i>                                        | <i>Concurrentes<br/>o alternativas</i> |
| 2656 | Responsabilidad<br>Civil |  |                                                                                            | <i>Lugar produc-<br/>ción de efectos<br/>dañosos</i>                  | <i>Indirecta<br/>Bilateral</i>         |
|      |                          |  |                                                                                            |                                                                       | <i>Concurrentes<br/>o alternativas</i> |
|      |                          |  |                                                                                            |                                                                       | <i>Proxim-<br/>idad</i>                |
|      |                          |  | <i>Lugar de<br/>cumplimiento<br/>Banco girado<br/>(cheque)</i>                             | <i>Indirecta<br/>Bilateral</i>                                        | <i>Concurrentes<br/>o alternativas</i> |
| 2658 | Titulos Valores          |  |                                                                                            |                                                                       | <i>Proxim-<br/>idad</i>                |
|      |                          |  | <i>Domicilio del<br/>demandado</i>                                                         |                                                                       | <i>Personal</i>                        |



|      |                                                              |                                    |                                |                                          |
|------|--------------------------------------------------------------|------------------------------------|--------------------------------|------------------------------------------|
| 2664 | <i>Acciones Reales<br/>sobre inmuebles</i>                   | <i>Lugar de<br/>situación</i>      | <i>Indirecta<br/>Bilateral</i> | <i>Real</i>                              |
| 2665 | <i>Acciones Reales<br/>sobre muebles<br/>registrables</i>    | <i>Lugar de<br/>registro</i>       | <i>Indirecta<br/>Bilateral</i> | <i>Proximidad o<br/>Relativa al acto</i> |
| 2666 | <i>Acciones Reales<br/>sobre muebles<br/>no registrables</i> | <i>Domicilio del<br/>demandado</i> | <i>Indirecta<br/>Bilateral</i> | <i>Personal</i>                          |
|      |                                                              | <i>Lugar de<br/>situación</i>      | <i>Indirecta<br/>Bilateral</i> | <i>Real</i>                              |

## 8. Foro residual: Artículo 2608

En el artículo 2608 se ha establecido el foro del domicilio del demandado como jurisdicción residual, es decir, a falta de establecimiento de una jurisdicción especial, en todos los supuestos no contemplados específicamente por el legislador, corresponde reconocer jurisdicción a los jueces del domicilio de la parte demandada. El carácter residual se desprende de los términos de la norma en cuanto disponen que “excepto disposición particular” las acciones personales “deben” interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado.

Las jurisdicciones del domicilio o residencia habitual del demandado son jurisdicciones alternativas o concurrentes ya que de haberse pretendido que funcionaran como puntos de conexión subsidiarios, debería haberse utilizado expresiones tales como “en su defecto” o “a falta de determinación del domicilio”. No obstante, estas dos conexiones personales funcionan solo a falta de una jurisdicción particular, y no conjuntamente con ella, por lo que deben considerarse como un foro residual.

De los términos en los que se encuentra prescripto el *forum domicilii* en el artículo 2608, resulta difícil no resulta posible concluir que la intención fuera reconocer el lugar de domicilio o residencia como foro alternativo o concurrente.

Al encontrarse establecido el foro del demandado para los casos de ausencia de disposiciones particulares y no conjuntamente con estas, el legislador no está confiriendo al actor la

alternativa de optar por un foro especial o particular y el del domicilio del deudor, sino que ha sido establecido como punto de conexión subsidiario, limitando claramente la opción del actor, y consecuentemente, el criterio de apertura de foros.

A los fines de favorecer, permitir, garantizar el acceso a la justicia la apertura de foros ha sido establecida en otras disposiciones sobre jurisdicción en materias específicas, y se ha optado por determinar, conjuntamente con el foro especial, el del domicilio del demandado. Así se establece en el artículo 2627 en material de unión convivencial; en materia de alimentos, de conformidad con el artículo 2629; en materia contractual, lo prescripto por el artículo 2650; en los contratos de consumo, conforme el artículo 2654.

Entonces, en primer término, el artículo en cuestión nos remite expresamente a otras disposiciones especiales sobre jurisdicción internacional del código ya que el legislador ha tenido la expresa intención de limitar la jurisdicción internacional, y colocar en dichos supuestos los foros especiales en situación preferencial a la del domicilio del demandado, que solo operaría en forma subsidiaria, ante la falta de una jurisdicción determinada, en forma residual y no como jurisdicción general.

Los límites establecidos para el presente trabajo, no hace posible una mayor profundidad en el análisis de los temas abordados que, claramente, excede estas breves palabras. No obstante, he pretendido plantear las principales cuestiones que comprende la competencia judicial internacional directa, su tratamiento y las soluciones elaboradas en el CCCN, esperando que puedan resultar de utilidad para el lector interesado.

# LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NA- CIÓN: UN PASO ADELANTE Y UN CAMINO POR RECORRER

Juan Ignacio Stampalija\*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. ANTECEDENTES Y SANCIÓN DEL CCCN; 3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA JURISDICCIONAL; 4. TIPOS DE ACUERDOS; 5. EFECTO POSITIVO Y NEGATIVO; 6. DIFICULTADES DERIVADAS DE LA LITISPENDENCIA; 7. FORMA DEL ACUERDO. 8. OPORTUNIDAD DE CELEBRACIÓN; 9. VÍNCULO TERRITORIAL; 10. ASPECTOS MATERIALES; 11. NATURALEZA DEL ACUERDO DE ELECCIÓN DE FORO; 12. AUTONOMÍA; 13. LEY APLICABLE A LA VALIDEZ DEL ACUERDO; 14. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO: POSIBLES REMEDIOS; 15. CONCLUSIÓN

## 1. Introducción

La primera pregunta que cabe formularse ante un litigio internacional es qué tribunal será competente para entender en el caso<sup>1</sup>. La respuesta, que en la mayoría de los casos domésticos no debería presentar grandes dificultades, puede resultar compleja en los supuestos multinacionales. Ello se debe, entre otras

---

\* Profesor Adjunto Profesional de Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional Público y Derecho de Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral; Codirector Ejecutivo de la Diplomatura en Contratos y Litigios Judiciales Internacionales de dicha universidad.

<sup>1</sup> Conf. AMADO ARANDA, Juan Ignacio, "Responsabilidad por incumplimiento del acuerdo arbitral: tácticas dilatorias en el arbitraje internacional y cómo contrarrestarlas", *Revista de Derecho de Daños*, Vol. 1, 2019, p. 306.

razones, a que cada país posee sus propias normas de jurisdicción internacional, por lo que puede haber más de una jurisdicción nacional con vocación de entender en un caso concreto<sup>2</sup>. La incertidumbre que presenta ese tipo de situaciones no es menor y se vuelve aún más relevante si se tiene en cuenta que será el tribunal que intervenga el que determine, de acuerdo sus propias normas previstas para casos con elementos extranjeros, cuál será el derecho aplicable al caso y, en definitiva, su solución<sup>3</sup>.

En ese contexto, la admisión de la autonomía de la voluntad como criterio de atribución de jurisdicción internacional ha venido en gran medida a intentar aplacar la mencionada falta de certeza, al permitir que las partes interesadas, a través de la celebración de acuerdos o cláusulas de elección de foro<sup>4</sup>, elijan el tribunal al cual someter una controversia, actual o futura<sup>5</sup>.

Aunque actualmente este tipo de acuerdos se han abierto paso en numerosos ordenamientos jurídicos a lo largo del

---

<sup>2</sup> También podría darse el supuesto contrario, esto es, que no exista ninguna jurisdicción disponible, lo que constituiría un supuesto de denegación de justicia.

<sup>3</sup> Conf. UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, 1ª ed., Buenos Aires: La Ley, 2016, consultado en Thompson Reuters ProView.

<sup>4</sup> Si bien pueden existir ciertos matices y diferencias, a los efectos del presente se utilizarán como sinónimos las expresiones acuerdo, pacto, convenio o cláusula de elección de foro o de prórroga, y convención de foro.

<sup>5</sup> Conf. ALL, Paula M., “La regulación de los contratos internacionales en la Argentina: el delgado equilibrio entre los hilos del pasado y los retos del futuro”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario – Contratos Parte General*, 2016, p. 558. Uzal, por su parte, define a tales acuerdos como “los contratos o convenciones modificatorios de la competencia internacional por los cuales las partes interesadas prevén la posibilidad de someter un litigio ya producido, o bien un litigio futuro y eventual, a la competencia de un tribunal específico o a los tribunales de un Estado elegido” (UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, 1ª ed., Buenos Aires: La Ley, 2016, consultado en Thompson Reuters ProView).

mundo, no siempre han recibido un trato tan favorable<sup>6</sup>. En efecto, recién con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) se introdujo, por primera vez en nuestro país, una regulación unificada, de alcance nacional, relativa a los acuerdos de elección de foro en casos multinacionales<sup>7</sup>.

El objeto del presente capítulo es analizar los principales aspectos que plantea la regulación de los acuerdos de elección de foro en el CCCN. A tal efecto, no nos limitaremos a efectuar un comentario de cada una de las disposiciones, sino que utilizaremos un método comparativo, teniendo en consideración distintas fuentes de carácter internacional y local. En particular, se examinarán las soluciones brindadas por el Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro (en adelante, “Convenio de La Haya”)<sup>8</sup>, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (en adelante, “Protocolo de Buenos Aires”)<sup>9</sup>, y el Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, “Reglamento de Bruselas I bis”)<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Jurisdicción Internacional”, en RIVERA Julio C.- Graciela MEDIDA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, 1ª ed., t. VI., Buenos Aires: La Ley, 2014, pp. 814-5.

<sup>7</sup> Conf. UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit.

<sup>8</sup> Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro del 30 de junio de 2005, Recuperado de: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=98>

<sup>9</sup> Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual del 5 de agosto de 1994, Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/38310/norma.htm>

<sup>10</sup> Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02012R1215-20150226&from=ES#tocId24>

La elección del Convenio de La Haya, si bien no se encuentra en vigor en nuestro país, se justifica por tratarse del principal instrumento que procura armonizar la reglamentación de este tipo de acuerdos a nivel internacional. El Protocolo de Buenos Aires, por su parte, es el tratado vigente en nuestro país que con mayor amplitud se admite este tipo de acuerdos<sup>11</sup>. El Reglamento Bruselas I bis, vigente en la Unión Europea, resulta relevante pues, junto a sus antecesores,<sup>12</sup> permite observar la evolución de la cuestión en el espacio integrado europeo, contando a la vez con una nutrida cantidad de precedentes jurisprudenciales.

A partir de dicho examen comparativo, se pretende realizar un balance de la reglamentación efectuada por el CCCN, aclarar algunos de los interrogantes que puede plantear y, al mismo tiempo, sugerir aspectos que podrían ser objeto de mejora en una futura reforma.

## **2. Antecedentes y sanción del CCCN**

El Código Civil no poseía regulación alguna sobre las convenciones de foro, las cuales fueron introducidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CPCCN”) por la Ley N° 21.305 del año 1976<sup>13</sup>. Luego de ciertas modificaciones, el art. 1 del CPCCN, en su redacción actual,

---

<sup>11</sup> No es el único en admitirlos. A modo de ejemplo, podemos citar el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940; o la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989. Sin embargo, en dichos instrumentos sólo se permite la prórroga a través de la sumisión tácita, que será analizada más adelante.

<sup>12</sup> Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, del 27 de septiembre de 1968 (en adelante, “Convenio de Bruselas”); y Reglamento (CE) N° 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, del 22 de diciembre de 2000 (“Reglamento Bruselas I”).

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Jurisdicción Internacional”, Op. Cit., p. 814.

permite la prórroga de jurisdicción territorial a favor de “jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República” siempre y cuando se trate de asuntos “exclusivamente patrimoniales” y “de índole internacional”. Asimismo, no se permite la prórroga cuando esté prohibida por ley o se trate de supuestos de jurisdicción exclusiva de los tribunales argentinos.

En cuanto a la forma, el art. 2 del CPCCN dispone que puede ser expresa, si surge “de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiesten explícitamente su decisión de someterse a la competencia del juez a quien acuden”. O bien resultar de forma tácita, “para el actor, por el hecho de entablar la demanda; y respecto del demandado, cuando la contestare, dejare de hacerlo u opusiere excepciones previas sin articular la declinatoria”.

La reseña de los arts. 1 y 2 del CPCCN es pertinente porque, como se verá a continuación, el CCCN los ha seguido casi al pie de la letra.

A su vez, cabe mencionar que el Protocolo de Buenos Aires, vigente entre los estados parte del Mercosur, admite expresamente los acuerdos de lección de foro, aunque limitados a cuestiones contractuales civiles o comerciales (art. 4).

Sin embargo, no debe perderse de vista que la regulación de los pactos de prórroga en los distintos ordenamientos procesales provinciales es muy variada<sup>14</sup>. Algunos de ellos, siguiendo la línea de CPCCN, admiten la prórroga de jurisdicción a nivel local y también a favor de tribunales extranjeros (por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos). Otros, como el de la Provincia de Buenos Aires, aceptan las prórrogas de jurisdicción territorial, pero no aclaran si se limita a tribunales de nuestro país o incluye a los extranjeros. También existen códigos procesales que prohíben la prórroga en favor de tribunal que actúe fuera de la provincia, como es el caso el Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa. Finalmente, determi-

---

<sup>14</sup> Se sigue aquí la clasificación efectuada por IUD, Carolina D., *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, 1ª ed., Buenos Aires: Albremática, 2019, pp. 64-5.

nados códigos de forma autorizan las prórrogas a tribunales que actúen en otra provincia, pero no así a tribunales extranjeros. A modo de ejemplo, puede citarse el Código Procesal Civil y Comercial de Mendoza.

La sanción del CCCN, especialmente a través de los arts. 2605 a 2707, vino a consagrar, en términos prácticamente idénticos a los arts. 1 y 2 del CCCN, la facultad de las partes de celebrar este tipo de pactos en casos multinacionales. Ello significó un aporte significativo si se tiene en cuenta la variedad de aproximaciones a estos pactos que existen en los códigos procesales provinciales, los cuales, en ciertos casos, llegan al extremo de restarles toda eficacia<sup>15</sup>.

A continuación, se dará tratamiento a los principales aspectos que plantea la regulación introducida por el CCCN.

### **3. La autonomía de la voluntad en materia jurisdiccional**

Tal como se mencionó en la introducción de este capítulo, no siempre ha sido aceptada la autonomía de la voluntad en el plano jurisdiccional, lo cual se ha traducido en la limitación o, incluso, prohibición de los acuerdos de elección de foro<sup>16</sup>. Entre las razones que justificarían dicho proceder, cabe mencionar la protección de ciertos intereses estatales y la necesidad de proteger a partes más débiles de potenciales abusos de sus contrapartes. En la actualidad, esas preocupaciones se han intentado resolver en una gran cantidad de países a través de ciertas limitaciones a los acuerdos de prórroga, sin necesidad de recurrir a su rechazo liso y llano.

---

<sup>15</sup> Conf. ALL, Paula M., “La regulación de los contratos internacionales en la Argentina: el delgado equilibrio entre los hilos del pasado y los retos del futuro”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario – Contratos Parte General*, 2016, p. 560.

<sup>16</sup> Sobre el tema, ver FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, en VV.AA., *XXXI Curso de Derecho Internacional - Comité Jurídico Interamericano*, 2004, pp. 323-390.



En este sentido, los beneficios de admitir este tipo de pactos sobrepasan a los posibles riesgos. A través de dichos acuerdos, las partes pueden reducir sensiblemente -aunque no eliminar por completo- gran parte de las incertidumbres que se plantean en los litigios internacionales en materia jurisdiccional<sup>17</sup>. Al mismo tiempo, se permite la elección de tribunales neutrales, alejados del interés y del ámbito de influencia de alguna de las partes. También se puede optar por tribunales que se destaquen por su alto grado de especialización o prestigio en determinadas áreas o industrias. El mayor grado de certeza y previsibilidad del que gozan las partes actúa, en última instancia, como promotor del comercio internacional<sup>18</sup>.

Por ello, resulta positivo lo dispuesto en los arts. 2601, 2605 y 2050 del CCCN, de los cuales resulta que, en materias disponibles -principal pero no únicamente contractuales- los acuerdos de elección de foro tienen prioridad sobre las reglas de jurisdicción contenidas en el propio código y en leyes especiales. Así, queda ratificado el rol central que posee la autonomía de la voluntad como factor atributivo de jurisdicción internacional y se lo hace extensivo a todo el territorio nacional<sup>19</sup>.

Esta solución, a su vez, es compartida por el Convenio de La Haya, el Protocolo de Buenos Aires y el Reglamento Bruselas I bis. En el primero de ellos se busca justamente promover el comercio y las inversiones en el plano internacional a través del establecimiento de “un régimen jurídico internacional que proporcione seguridad y asegure la eficacia de los acuerdos exclusivos de elección de foro entre las partes en operaciones comer-

---

<sup>17</sup> Conf. UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit.

<sup>18</sup> Conf. BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed. act., t. I, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006, pp. 228-229, quien menciona como ventajas de los acuerdos de elección de foro “la certeza sobre jurisdicción internacional, la prevención del *forum shopping*, la prevención de cuestiones de litispendencia y de sentencias contradictorias, la identificación de la *lex fori* con la *lex causae*, la elección de un tribunal neutral, la efectividad de jurisdicción internacional mediante un foro de patrimonio acordado, la unidad concreta de la solución para la controversia internacional”.

<sup>19</sup> Conf. IUD, Carolina D., *Contratos internacionales...*, Op. Cit. p. 65.

ciales y que regule el reconocimiento y la ejecución de resoluciones dictadas en los procedimientos basados en dichos acuerdos”<sup>20</sup>. Por ende, todo el Convenio se estructura sobre la idea de asegurar que, cumpliéndose las condiciones en él establecidas, tales acuerdos sean eficaces en los estados contratantes.

Por su parte, el Protocolo de Buenos Aires y el Reglamento Bruselas I bis siguen un criterio similar, ya que ambos establecen la facultad de las partes de celebrar pactos de prórroga y, al mismo tiempo, unifican para los países parte de cada uno de dichos bloques –Mercosur y Unión Europea, respectivamente– las reglas de jurisdicción internacional aplicable en materia contractual cuando las partes no hubiesen hecho uso de la mencionada facultad.<sup>21</sup>

#### **4. Tipos de acuerdos**

Hasta el momento nos hemos referido a los acuerdos de elección de foro sin efectuar distinciones. Sin embargo, éstos pueden adoptar distintas formas y de ellas dependerán en gran medida los efectos que produzcan. La principal diferenciación que cabe efectuar es entre los acuerdos exclusivos y no exclusivos –o permisivos–. Un acuerdo exclusivo es aquel en que las partes atribuyen jurisdicción a un tribunal para solucionar el caso, excluyendo la intervención de cualquier otro tribunal. De este modo, pretenden otorgar certeza respecto del tribunal que entenderá en disputas presentes o eventuales.<sup>22</sup> Un pacto no exclusivo otorga jurisdicción a un tribunal que presumiblemente no la tendría, sin excluir la posibilidad de recurrir a otros

---

<sup>20</sup> Convenio de La Haya, preámbulo, 3er párrafo.

<sup>21</sup> En el Protocolo de Buenos Aires se consagra el principio de autonomía de elección de la jurisdicción en el art. 4, y se fijan las reglas subsidiarias de jurisdicción en los arts. 7 y ss. En el Reglamento Bruselas I bis, las primeras 6 secciones establecen las normas de jurisdicción en materia contractual, y la sección 7 refiere a los acuerdos de prórroga de competencia.

<sup>22</sup> Conf. MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, 1a ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 94.

foros disponibles<sup>23</sup>. Tiene como objetivo dar mayor flexibilidad, otorgando jurisdicción a los tribunales de un foro determinado, sin descartar a otros competentes según sus propias normas de jurisdicción internacional<sup>24</sup>.

En la práctica, la mayoría de las convenciones de foro suelen seguir alguna de dichas alternativas. No obstante, también existen otras posibilidades. Por ejemplo, un pacto puede establecer una múltiple-exclusividad, es decir, prever más de un foro alternativo entre los cuales las partes pueden optar, mientras excluyen todo otro foro<sup>25</sup>. También puede haber un acuerdo exclusivo para una parte, y no para la otra. Incluso, las partes pueden excluir un foro determinado, sin hacer una elección.

Una dificultad que surge es que, en una gran cantidad de casos, las partes no aclaran expresamente el carácter exclusivo o no del acuerdo. Frente a esta situación, los ordenamientos jurídicos intentan resolver la cuestión estableciendo presunciones – más o menos rebatibles–, o bien intentando dilucidar la voluntad real de las partes.

El CCCN, en su art. 2606, introduce una novedad con relación a la regulación del código procesal, ya que determina que el tribunal elegido por las partes tiene competencia exclusiva, salvo que las partes “decidan expresamente lo contrario.” Es decir, salvo pacto expreso en contrario, se considera que el acuerdo es de tipo exclusivo y que se excluye la intervención de cualquier otro tribunal. Se trata de una solución razonable que, en lo sustancial, coincide con la brindada por instrumentos internacionales como el Convenio de La Haya (art. 3 (b)) y el Reglamento Bruselas I bis (art. 25)<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Conf. MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Op. Cit, p. 93

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> Conf. UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit.

<sup>26</sup> El Convenio de La Haya no solo presume la exclusividad del acuerdo, sino que, en efecto, se aplica solamente a los acuerdos de ese tipo. (art. 1 (1)). La única excepción está dada por el art. 22 que dispone que los estados contratantes podrán declarar que reconocerán y ejecutarán decisiones dictadas por tribunales designados mediante acuerdos no exclusivos.

Sin embargo, es preciso tener presente que otros ordenamientos asumen el carácter facultativo de este tipo de convenciones<sup>27</sup>. Por ejemplo, en Estados Unidos ha habido siempre una práctica diversa, pero más inclinada por la calidad facultativa y no exclusiva de los acuerdos<sup>28</sup>. De todos modos, se intenta también dilucidar la real voluntad de las partes, teniendo particularmente en cuenta la redacción del acuerdo<sup>29</sup>.

Por ello, resulta recomendable que, más allá de lo establecido legalmente, las partes dispongan expresamente el carácter exclusivo o permisivo del acuerdo. De lo contrario, ya sea por lo solución predispuesta en cada ordenamiento jurídico, o por la dificultad en desentrañar la voluntad de las partes, existe la posibilidad de que el acuerdo no despliegue los efectos buscados.

## 5. Efecto positivo y negativo

La distinción entre los acuerdos de elección de foro exclusivos y no exclusivos es muy relevante a fin de determinar sus efectos. Los acuerdos exclusivos tienen un doble efecto, positivo y negativo. El primero, comúnmente denominado prórroga, consiste en otorgar jurisdicción a un tribunal determinado o a los tribunales del estado elegido. El efecto negativo, conocido como derogación, implica la exclusión de cualquier otro tribunal que, según sus propias normas de jurisdicción internacio-

---

<sup>27</sup> Conf. UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit.

<sup>28</sup> Conf. MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Op. Cit., p.100, con cita del precedente *Dockside, Ltd v. Sea Technology, Ltd*, 875 F.2d 762, 764 (9th Cir. 1989): "When only jurisdiction is specified the clause will generally not be enforced without some further language indicating the parties' intent to make jurisdiction exclusive."

<sup>29</sup> Conf. MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Op. Cit., p.101, con cita de los precedentes *HSBC v. Suveyke*, 392 F.Supp.2d 489 (E.D.N.Y. 2005); *JP Morgan Chase Bank, NA v. Reijtenbagh*, 611 F.Supp.2d 389 (S.D.N.Y. 2009).

nal, sería competente<sup>30</sup>. Los acuerdos no exclusivos, en cambio, se limitan a prorrogar la jurisdicción a favor de un foro, sin excluir la posible intervención de otros tribunales.

En general, los países tienden a ser más receptivos a las prórrogas de jurisdicción –efecto positivo– que a la derogación de su jurisdicción –efecto negativo–. Sin embargo, en las últimas décadas se ha profundizado la tendencia a admitir ambos efectos.

El caso argentino es particular, ya que el art. 2605 sobre acuerdos de elección de foro dispone, siguiendo el modelo del art. 1 del CPCCN, que “las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República”. De esta forma, parece limitarse a receptar la posibilidad de derogar la jurisdicción argentina, sin contemplar la prórroga en favor de los tribunales nacionales. No obstante, una interpretación teleológica y la práctica usual de los tribunales demuestra que se admiten ambas posibilidades<sup>31</sup>.

En el Convenio de La Haya, el principio es el reconocimiento tanto de la prórroga como de la derogación de jurisdicción ante un acuerdo de elección de foro, en los arts. 5 y 6, respectivamente. El Protocolo de Buenos Aires, en cambio, reconoce la prórroga de jurisdicción en su art. 4, mas no realiza mención alguna a su derogación.

---

<sup>30</sup> Conf. MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Op. Cit., p. 113.

<sup>31</sup> Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Jurisdicción Internacional”, Op. Cit., p. 816, quien afirma que “la competencia de los tribunales argentinos con fundamento en la voluntad de las partes estaría establecida en el Código, pese a la trascendencia de la cuestión, sólo de forma implícita”. Uzal sostiene que “[s]i bien el art.2605 enfoca las condiciones de validez para la admisibilidad de la cláusula de prórroga en el país sobre jueces o árbitros fuera de la República, es claro que dado que validez e invalidez son criterios recíprocos, va de suyo de ello que, de igual modo, se admitirá la validez de una cláusula de prórroga convenida mediante un pacto que atribuya jurisdicción a favor de jueces argentinos” (UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit.).

En el art. 25 (1) del Reglamento de Bruselas I bis se acepta expresamente la prórroga de jurisdicción, pero no se hace referencia explícita a su derogación. Sin embargo, los párrafos (2) y (3) referidos a la litispendencia, disponen que los tribunales de otros estados miembros deberán abstenerse de entender en el caso cuando el tribunal elegido por las partes se declare competente en virtud de dicho acuerdo. A su vez, se ha interpretado que, toda vez que el art. 25 dispone que la competencia del tribunal elegido “será exclusiva”, queda excluida la intervención de cualquier otro tribunal<sup>32</sup>.

En resumen, ante la redacción defectuosa del art. 1 del CPCCN sobre este punto, hubiese sido deseable que el CCCN, siguiendo la línea de algunos de los instrumentos reseñados, dispusiera expresamente el efecto positivo de este tipo de pactos, lo que debiera hacerse en una futura reforma.

## **6. Dificultades derivadas de la litispendencia**

Uno de los conflictos que comúnmente se presentan, aun en los sistemas que admiten tanto la prórroga como la derogación de la jurisdicción, es cómo operan en la práctica dichos efectos, principalmente ante la existencia de litispendencia. En ciertas jurisdicciones, existe un sistema de prioridades que obliga a esperar a que se expida sobre su competencia el primero de los tribunales intervinientes, aunque no sea el pactado por las partes, lo cual tiende a generar demoras y perjuicios a una de las partes.

En nuestro CCCN, la litispendencia internacional está regulada en el art. 2604. Allí se dispone que, si existe acción anterior con identidad de objeto, causa y partes, el juez argentino debe suspender el proceso, “si es previsible que la decisión extranjera pueda ser objeto de reconocimiento”. El proceso puede luego continuar “si el juez extranjero declina su propia competencia o si el proceso extranjero se extingue sin que medie resolución

---

<sup>32</sup> Conf. MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Op. Cit., p. 130.

sobre el fondo del asunto o, en el supuesto en que habiéndose dictado sentencia en el extranjero, ésta no es susceptible de reconocimiento en nuestro país”.

La norma transcrita deja abierta la posibilidad de abusos, en tanto obliga al juez argentino a suspender el procedimiento, sin un plazo específico, hasta tanto el tribunal extranjero declina su competencia, o finalice el proceso y la sentencia no se pueda ejecutar en nuestro país<sup>33</sup>. Antes de que ello ocurra, la única posibilidad que tiene el juez de continuar con el procedimiento es si estima previsible que la decisión que se pueda dictar en el extranjero no sería susceptible de reconocimiento en nuestro país. Dicho supuesto no será común de observar en la práctica, ya que se presenta como particularmente complejo -y hasta imposible- anticipar cómo será la sentencia extranjera y si ella podrá ser objeto de reconocimiento en territorio argentino<sup>34</sup>.

Aun así, es posible afirmar que dichas dificultades podrían ser salvadas si existiera un acuerdo de elección de foro. Si las partes celebraron un pacto sometiéndose a la jurisdicción argentina, y no existiese sumisión tácita a otro juez, será el juez elegido por las partes el competente de acuerdo con el art. 2605 del CCCN. De esta forma, si una de ellas iniciara en forma previa un proceso en el extranjero, y la otra hiciera lo propio ante el juez argentino, éste no se encontraría obligado a suspender el proceso, puesto que la sentencia extranjera no sería susceptible de ejecutarse en la Argentina por no emanar de un tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional, como lo exige el art. 517, inc. 1) del CPCCN.

En el contexto comunitario europeo, la litispendencia (y su abuso) han generado numerosos inconvenientes. Antes del Reglamento Bruselas I bis, el TJUE, en el caso *Caso Gasser c. MISAT* (2003), resolvió que la prioridad para resolver la litispendencia correspondía al tribunal que hubiese prevenido, aun existiendo una demanda posterior presentada ante el tribunal

---

<sup>33</sup> Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Jurisdicción Internacional”, Op. Cit., p. 812.

<sup>34</sup> Idem, p. 813.

escogido por un acuerdo de elección de foro de carácter exclusivo. En términos del TJUE, “el tribunal ante el que se ha formulado la segunda demanda y cuya competencia ha sido reivindicada en virtud de una cláusula atributiva de competencia debe suspender el procedimiento hasta que el tribunal ante el que se formuló la primera demanda se declare incompetente”<sup>35</sup>. Sustentó su decisión en la necesidad de evitar el riesgo de sentencias contradictorias y en las obligaciones de confianza mutua entre los estados miembros del espacio comunitario.

Este sistema permitía que existieran prácticas dilatorias, puesto que una de las partes, incumpliendo el acuerdo, podía iniciar una demanda ante un tribunal distinto del elegido por las partes y así bloquear -a veces, por largos años- cualquier posibilidad de que la otra parte avance con una demanda ante el tribunal pactado. A fin de atenuar dicho problema, en el Reglamento de Bruselas I bis se incluyó una modificación en el art. 31 (2) que otorga prioridad al tribunal escogido a través de un pacto de carácter exclusivo para pronunciarse sobre su competencia, y obliga a los demás tribunales a suspender el procedimiento hasta que ello ocurra<sup>36</sup>.

El Convenio de La Haya ha pretendido abordar esta cuestión en el art. 6, el cual indica que, si se iniciara el procedimiento ante un juez distinto del acordado por las partes, éste deberá suspenderlo o rechazar la demanda, salvo que se cumpla alguna de las excepciones taxativamente enumeradas en la norma, entre ellas, que “el tribunal elegido haya resuelto no conocer del litigio”<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> TJUE, Asunto C-116/02, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*, sentencia del 9 de diciembre de 2003, consid. 54.

<sup>36</sup> Conf. MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Op. Cit., p. 134

<sup>37</sup> Convenio de La Haya, art. 6: “Obligaciones de un tribunal no elegido. Cualquier tribunal de un Estado contratante distinto del Estado del tribunal elegido, suspenderá el procedimiento o rechazará la demanda cuando se le presente un litigio al que se le aplique un acuerdo exclusivo de elección de foro, salvo que:



El Protocolo de Buenos Aires no posee normas sobre litispendencia internacional.

## 7. Forma del acuerdo

La admisión de la autonomía de la voluntad en materia jurisdiccional no significa que las partes tengan una libertad omnímoda en este aspecto, pues los ordenamientos jurídicos establecen determinados requisitos que deben cumplirse para dotar de validez a los acuerdos de elección de foro. Éstos actúan en gran medida como limitantes que las partes deben tener en cuenta para evitar que tales pactos puedan desplegar los efectos deseados.

Empezando por las exigencias formales, es común que se requieran ciertas formalidades para que el pacto resulte válido. Así, se pretende evitar un ejercicio a la ligera de la elección del foro y, a la vez, dejar en claro la intención de las partes.<sup>38</sup> En los hechos, si no cumplen con las formas requeridas, en la mayoría de los casos dichos acuerdos no serán válidos o ejecutables.

### I. Escritura

El CCCN dispone que, a los fines de resultar operativo, el acuerdo debe surgir de “convenio escrito”, aclarando que se admite “también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto.” Así, se flexibiliza la solu-

---

a) el acuerdo sea nulo en virtud de la ley del Estado donde se encuentra el tribunal elegido; b) una de las partes careciera de la capacidad para celebrar el acuerdo en virtud de la ley del tribunal al que se ha acudido; c) dar efecto al acuerdo conduciría a una manifiesta injusticia o sería manifiestamente contrario al orden público del Estado del tribunal al que se ha acudido; d) por causas excepcionales fuera del control de las partes, el acuerdo no pueda ser razonablemente ejecutado; o e) el tribunal elegido haya resuelto no conocer del litigio”.

<sup>38</sup> Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “The limits to the parties’ free choice of jurisdiction - formal and territorial requirements for the efficacy of choice-of-court- agreements”, en VV.AA., *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, Paris: CCI, 2014, p. 71.

ción contenida en el art. 2 del CPCCN que se limitaba a exigir la celebración de un convenio por escrito, al igual que lo hace el Protocolo de Buenos Aires en su art. 4.

En la Convención de La Haya, a fin de que un acuerdo exclusivo de elección de foro se encuentre amparado por dicha Convención, se requiere que haya sido celebrado por escrito o “por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta” (art. 3)<sup>39</sup>. Esta fórmula parece más depurada que la utilizada en el CCCN.

La tendencia flexibilizadora se ha observado también en otros ordenamientos, como por ejemplo, en el régimen comunitario europeo.<sup>40</sup> El Convenio de Bruselas de 1968 en su art. 17 requería que el acuerdo fuese hecho por escrito, o verbalmente y corroborado por escrito. En la actualidad, el art. 25 (1) del Reglamento Bruselas I bis acepta también los acuerdos celebrados “en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas” (inc. b) o “en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.” (inc. c.) El CCCN argentino, como se vio, no ha llegado tan lejos en su afán flexibilizador.

## II. Prórroga tácita (¿y ficta ?)

Relacionado con lo anterior, puede ocurrir que las partes no hayan celebrado un acuerdo de elección de foro, y que se produzca lo que se denomina prórroga o sumisión tácita. Esta figura, aceptada en la mayoría de los ordenamientos jurí-

---

<sup>39</sup> Ello también implica una flexibilización si se lo compara con el Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro de 1965, en el cual se exigía la forma escrita. Conf. Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “The limits to the parties’...”, Op. Cit., p. 73.

<sup>40</sup> Idem, pp. 72-73.

dicos, se produce cuando una de las partes demanda ante un tribunal incompetente y la otra, en lugar de cuestionar la competencia del tribunal, opta por participar del proceso<sup>41</sup>.

El art. 2607 del CCCN, siguiendo la línea del art. 2 del CPCCN, dispone que “opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria.”

La cuestión que he provocado mayor controversia es la atinente a la aceptación de la sumisión tácita cuando el demandado no conteste la demanda, es decir, cuando ni siquiera compareciera ante el tribunal. Fernández Arroyo critica dicha disposición, posición que compartimos, porque obliga al demandado a articular declinatoria, con los costos que ello implica, aun cuando la demanda fuese iniciada ante un juez manifiestamente incompetente e, incluso, si constituyera un “abuso procesal del demandante”<sup>42</sup>. Señala que el juez tiene el deber de controlar su competencia de oficio y, vencido el plazo sin que el demandado se presente, debe rechazar la acción. A su modo de ver, el consentimiento ficto autorizado en la norma es contrario a la autonomía de la voluntad de las partes, que es lo que se busca proteger al admitir los pactos jurisdiccionales.

La situación es todavía más grave pues, siguiendo lo dispuesto en el CCCN, podría afirmarse que la sumisión tácita, aún ficta, desplazaría un acuerdo de elección de foro expreso previo<sup>43</sup>. Es decir, si las partes celebraron un pacto expreso en favor de un tribunal extranjero, y una de ellas, incumpléndolo, demanda ante la jurisdicción argentina, la otra parte se vería obligada a articular la declinatoria. De lo contrario, se la podría considerar tácitamente sumida a la juris-

---

<sup>41</sup> Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “The limits to the parties’ free choice...” Op. Cit., p. 72.

<sup>42</sup> Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., “Jurisdicción Internacional”, Op. Cit, p. 819.

<sup>43</sup> Idem, p. 820.

dicción argentina, aun cuando ello fuera contrario a lo expresamente pactado.

Iud, por su parte, considera que es una cuestión opinable.<sup>44</sup> Desde su punto de vista, el silencio en que pudiera incurrir el demandado es, de alguna forma, una expresión de su voluntad. Apunta que esta fórmula ha sido compartida por los códigos procesales y por la doctrina. Si bien reconoce que puede generar un cierto riesgo respecto del derecho de defensa del demandado, estima que se trata de un peligro más teórico que práctico, ya que los casos suelen involucrar a profesionales del comercio exterior que cuentan con asesoramiento legal. A fin de aventar todo riesgo, sugiere que se ordene la transcripción del art. 2605 del CCCN en el instrumento de notificación, de forma tal que el demandado esté plenamente al tanto de las consecuencias de no comparecer.

Si bien la transcripción del art. 2605 puede ayudar a que no se afecte el derecho de defensa del demandado, y como tal resulta sin dudas recomendable, ello no termina de resolver el verdadero problema, que es justamente la obligación de comparecer, aun frente a un tribunal manifiestamente incompetente, máxime si se buscó evitar esa situación mediante la celebración de un acuerdo de elección de foro exclusivo.

Parte del problema ha surgido por haber utilizado, sin reservas, la fórmula contenida en el art. 2 del CPCCN, compartida también en diversos códigos procesales provinciales. Al respecto, es preciso recordar que el código de rito refiere en su art. 1 a la prórroga de jurisdicción tanto doméstica como internacional. Luego, en el art. 2 regula la prórroga expresa y tácita, sin distinguir entre casos domésticos y multinacionales. Está técnica no luce como adecuada, debido a que ignora por completo las realidades que presentan unos y otros supuestos. En los casos domésticos, aunque no deja de ser un dispendio jurisdiccional, las dificultades que, en general, deberán afrontar las partes para articular declinato-

---

<sup>44</sup> Conf. IUD, Carolina D., *Contratos internacionales en el...*, Op. Cit., pp. 72-78.

ria no resultan comparables a las que pueden darse en el plano internacional (distancias, idiomas, costos, etc.), que hacen que la obligación de articular la declinatoria sea excesivamente más gravosa.

Asimismo, los instrumentos de fuente internacional en los que nuestro país es parte no prevén este tipo de sumisión tácita ficta. El Protocolo de Buenos Aires requiere que el demandado admita la jurisdicción en forma voluntaria y “positiva” (art. 6), igual que lo exige el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940<sup>45</sup>.

A mayor abundamiento, también el Reglamento de Bruselas I bis demanda que el demandado comparezca para que exista sumisión tácita. Por ende, esta no se producirá si éste no comparece, ni si lo hace para impugnar la competencia del tribunal o si existe una jurisdicción exclusiva de otro tribunal<sup>46</sup>.

Así las cosas, es recomendable eliminar la prórroga tácita ante la falta de comparecencia del demandado. Mientras tanto, es preciso que los tribunales realicen una interpretación razonable y teleológica de la norma en cuestión, procurando evitar abusos y conductas reñidas con la buena fe.

## 8. Oportunidad de celebración

El momento de la celebración del pacto de elección de foro es otra de las cuestiones a tener en cuenta. Si bien se lo puede ce-

---

<sup>45</sup> Tratado de Derecho Civil Internacional, 1940, art. 56, párrafos 3 y 4:

“Se permite la prórroga territorial de la jurisdicción si, después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales.

La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta.”

<sup>46</sup> Reglamento de Bruselas I bis, art. 26: “1. Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24.”

lebrar en forma separada al contrato, e incluso una vez que ya ha surgido el conflicto, lo más usual es su inclusión como una cláusula incorporada al contrato<sup>47</sup>.

Los regímenes más receptivos de la autonomía de la voluntad permiten los acuerdos de este tipo ya sea en forma anterior (*ante litem natam*), paralela o posterior al surgimiento del conflicto o litigio (*post litem natam*). No obstante, en algunos ordenamientos, menos amistosos a la autonomía en este punto, se limita temporalmente dicha posibilidad. Tales limitaciones están vinculadas a la noción de que la existencia de pacto jurisdiccional antes del surgimiento del litigio podría estar ligada a los intereses de una de las partes, en perjuicio de la otra.

En nuestro país, la reforma introducida en 1976 por la Ley N° 21.305 al art. 1 del CPCCN limitó la posibilidad de prórroga de jurisdicción a los casos en que el acuerdo se celebre en forma anterior a los hechos que motivaban la intervención de los jueces. Luego, en 1981, mediante la Ley N° 22.434, se eliminó dicha limitación temporal<sup>48</sup>. En la actualidad, el CCCN ha mantenido dicho criterio, por lo que no existe restricción temporal alguna para la celebración (e incluso para la modificación) de los acuerdos de prórroga<sup>49</sup>.

Entre los instrumentos internacionales que siguen idéntica solución cabe mencionar al Convenio de La Haya (art. 3 a), al Protocolo de Buenos Aires (art. 5) y al Reglamento Bruselas I Bis (art. 25.1)<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Conf. BOGGIANO. Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit., p. 236.

<sup>48</sup> Conf. BOGGIANO. Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit., p. 236, quien sostiene que la limitación contenida en la Ley N° 21.305 “parecía irrazonable y, además, proclive a suscitar incertidumbre”.

<sup>49</sup> Conf. IUD, Carolina D., *Contratos internacionales en el Código...*, Op. Cit., p. 70; UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit.

<sup>50</sup> Este último, como veremos luego, en ciertas materias donde se limita la autonomía de la voluntad (seguros, consumidor, derecho del trabajo), la admite cuando el acuerdo se celebra *post lite natam* (arts. 15, 19 y 23).

## 9. Vínculo territorial

Una exigencia presente en distintos sistemas jurídicos es la existencia de un vínculo determinado entre el caso y el foro elegido. Fernández Arroyo observa tres tipos de aproximaciones a esta cuestión: 1) los ordenamientos que, más favorables a la autonomía de la voluntad, no exigen ningún tipo de vínculo entre el foro elegido y el caso; 2) las convenciones e instrumentos internacionales que requieren un vínculo entre el foro elegido y alguno de los países contratantes de dichos instrumentos; 3) los sistemas que demandan un vínculo específico entre el foro pactado y el caso<sup>51</sup>.

El CCCN se enrola en el primero de los grupos descriptos, en tanto faculta a las partes a optar por cualquier jurisdicción, incluso de un estado sin puntos de contacto relevantes, ni con las partes, ni con el fondo del litigio<sup>52</sup>. Esta solución resulta razonable, puesto que las partes pueden tener interés en buscar un foro neutral o especializado, y éste podría no estar disponible si se exigiera un contacto específico entre el tribunal y el caso<sup>53</sup>.

El Protocolo de Buenos Aires y el Reglamento Bruselas I pueden ser incluidos dentro del segundo grupo, es decir, el de aquellos instrumentos internacionales que no exigen un vínculo entre el caso y el foro elegido, pero sí entre este último y alguno de sus países contratantes.

En el protocolo mercosureño, la cuestión deviene relevante al momento de determinar su ámbito de aplicación. En su art. 1 se determina como ámbito de aplicación a los contratos de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares –

---

<sup>51</sup> Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "The limits to the parties' free choice of jurisdiction Op. Cit., p. 74.

<sup>52</sup> Conf. Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., "Jurisdicción Internacional", Op. Cit., p. 816; UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit.

<sup>53</sup> Al respecto, se ha replicado que el servicio de justicia debe ser considerado un servicio público y no una mercancía y, como tal, no es adecuado exigir a los jueces de un país resolver disputadas que nada tienen que ver con el mismo. Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "The limits to the parties' free choice of jurisdiction Op. Cit., pp. 77-78.

personas físicas o jurídicas—: a) cuando éstas tengan su domicilio o sede social en diferentes estados partes del Mercosur; o b) cuando una de las partes tenga su domicilio o sede social en un estado parte, “y además se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de este Protocolo”. Esta segunda alternativa permite la aplicación del Protocolo de Buenos Aires aun cuando una de las partes del contrato no tenga su domicilio en un estado parte del Mercosur. Al mismo tiempo, y en lo que aquí nos interesa, en este caso sí se exige una “conexión razonable” entre el foro elegido y el caso.

El Reglamento de Bruselas I no requiere un vínculo entre el caso y el foro elegido. Sin embargo, en su art. 23 (1) exige que al menos una de las partes del acuerdo de prórroga tenga su domicilio en un estado miembro. Este requisito fue eliminado en el Reglamento Bruselas I bis, que autoriza la prórroga sin importar el domicilio de las partes.

Por último, el Convenio de La Haya, en principio, tampoco requiere vínculo alguno. Sin embargo, en su art. 19 dispone que “[u]n Estado podrá declarar que sus tribunales podrán negarse a decidir sobre un litigio al que se aplica un acuerdo exclusivo de elección de foro si, con excepción del lugar de situación del tribunal elegido, no existe vínculo alguno entre ese Estado y las partes o el litigio”. Así, otorga a los estados la facultad de exigir algún tipo de vínculo calificado entre el tribunal elegido y las partes o la disputa.

## 10. Aspectos materiales

La mayoría de los ordenamientos jurídicos, aun cuando acepten con carácter general los acuerdos de elección de foro, establecen limitaciones en determinadas materias. Éstas van, desde el extremo de prohibición total de prórroga, hasta su admisión con ciertas limitaciones o con mayor control judicial<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Conf. MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Op. Cit., p. 242.



## I. Internacionalidad del caso

El art. 2605 prevé que la prórroga en favor de jueces extranjeros es posible sólo en materia “internacional”, excluyendo así los casos domésticos. Según Boggiano, esta limitación se encuentra plenamente justificada, puesto que las razones que sustentan la admisión de los acuerdos de elección de foro sólo resultan atinentes a los casos de índole internacional<sup>55</sup>. En otros términos, la necesidad de promover el comercio internacional, de dotar certeza a las partes en transacciones internacionales y los demás motivos reseñados con anterioridad encuentran su razón de ser únicamente en casos transnacionales.

Sin embargo, en el CCCN no existe una definición precisa sobre el requisito de internacionalidad. Una opción sería remitirse al art. 2594 que refiere a “situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales”. Uzal explica que debe basarse en circunstancias objetivas del caso, por lo que no puede ser atribuida por mera decisión de las partes<sup>56</sup>.

El Convenio de La Haya limita su aplicación a “situaciones internacionales”, a la vez que establece que una situación se reputa en principio internacional “salvo que las partes sean residentes en el mismo Estado contratante y la relación entre éstas y todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del tribunal elegido, estén conectados únicamente con ese Estado” (art.1).

El Protocolo de Buenos Aires, por su parte, se aplica a la “jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales”. Al respecto, determina un criterio de internacionalidad basado en que las partes estén domiciliadas o tengan su sede social en diferentes Estados Partes del Mercosur o “cuando por lo menos una de las partes del contrato tenga su domicilio o sede social en un Estado Parte [...] y además se haya hecho un acuerdo de elección de foro a fa-

---

<sup>55</sup> Conf. BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit., p. 234.

<sup>56</sup> Conf. UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit.

vor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de este Protocolo" (art.1).

## II. Patrimonialidad

En primer lugar, el CCCN dispone que los acuerdos de elección de foro son admisibles solo en materia "patrimonial". Este requisito de patrimonialidad ya se encontraba en el art. 1 del CPCCN, que se refiere a "asuntos exclusivamente patrimoniales". Dicha limitación, aunque no novedosa, es contraria a la tendencia que se observa en esta temática de ampliar el campo de la autonomía de la voluntad jurisdiccional a materias tradicionalmente excluidas por no ser únicamente patrimoniales<sup>57</sup>. A modo de ejemplo, el Reglamento Bruselas IV sobre sucesiones, admite, aunque con ciertas limitaciones, este tipo de acuerdos en materia sucesoria (art. 5)<sup>58</sup>.

Ahora bien, resulta menester preguntarse si la eliminación del término "exclusivamente" contenido en el art. 1 del código de rito implica o no una flexibilización de dicho requisito. Así, como sostiene Fernández Arroyo, se deberían permitir los estos acuerdos en ámbitos como el derecho de familia, siempre que el asunto verse sobre una cuestión patrimonial.<sup>59</sup> Uzal, en cambio, asevera, sin efectuar distinción alguna, que las cuestiones de familia no son disponibles por involucrar intereses superiores que no deben quedar libradas al libre arbitrio de las partes<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., "Jurisdicción Internacional", Op. Cit., p. 815.

<sup>58</sup> Conf. Reglamento (UE) n° 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, art. 5.

<sup>59</sup> Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "Jurisdicción Internacional", Op. Cit, p. 815.

<sup>60</sup> Conf. UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit.

El Convenio de La Haya, en su art. 2 (2) excluye de su ámbito de aplicación la mayoría de estas materias, como las obligaciones alimenticias, el derecho de familia y las sucesiones.

### **III. Prohibición legal**

El CCCN prohíbe los acuerdos de elección de foro cuando “la prórroga estuviese prohibida por ley”. Un ejemplo de ello lo encontramos en el mismo cuerpo legal, que prohíbe tales pactos en materia de consumidor (art. 2654, *in fine*)<sup>61</sup>.

En el Convenio de La Haya y el Protocolo de Buenos Aires se excluyen gran parte de estas materias, a fin de no colisionar con los ordenamientos locales. Por ejemplo, el Convenio de la Haya no resulta aplicable a los contratos de consumo, los contratos de trabajo y las materias del derecho de familia, entre otros (art. 2). Es preciso puntualizar que no se excluyen los contratos de seguros, como si ocurren en otros instrumentos.

El Protocolo de Buenos Aires en su art. 2 deja fuera de su ámbito de aplicación los contratos administrativos, laborales, de venta al consumidor, de transporte y de seguros, entre otros.

En el Reglamento Bruselas I Bis, existen tres materias en las cuales se establecen normas específicas en materia jurisdiccional, las cuales limitan la autonomía de la voluntad jurisdiccional. Éstas son los seguros, los contratos celebrados por consumidores y los contratos individuales de trabajo.

En materia de seguros, los acuerdos de elección de foro solamente son posibles dentro de los supuestos establecidos en el art. 15, entre ellos, cuando sean posteriores al nacimiento del litigio, o cuando permitan al tomador demandar ante órganos jurisdiccionales distintos a los allí prescriptos<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> En igual sentido, el art. 1651, inc. c) prescribe la imposibilidad de recurrir al arbitraje en dicha materia.

<sup>62</sup> *Artículo 15*: Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: 1) posteriores al nacimiento del litigio; 2) que

Con respecto a los contratos celebrados por consumidores y los contratos individuales de trabajo, también se aceptan los acuerdos exclusivamente en limitadas circunstancias<sup>63</sup>.

#### **IV. Jurisdicción exclusiva**

La mayoría de los ordenamientos jurídicos prevé que determinadas cuestiones o casos, por su relación tan estrecha con el estado, sus intereses o soberanía, se resuelvan exclusivamente ante sus tribunales<sup>64</sup>. Es lo que se conoce como jurisdicción exclusiva, y actúa como un límite a la autonomía de la voluntad jurisdiccional, invalidando pactos de prórroga contrarios a ella.

---

permitan al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección; 3) que, habiéndose celebrado entre un tomador de seguro y un asegurador, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan, aunque el hecho dañoso se haya producido en el extranjero, competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de este prohíba tales acuerdos; 4) celebrados con un tomador de seguro que no esté domiciliado en un Estado miembro, a no ser que se trate de un seguro obligatorio o se refiera a un inmueble sito en un Estado miembro, o 5) que se refieran a un contrato de seguro que cubra uno o varios de los riesgos enumerados en el artículo 16.

<sup>63</sup> Para los contratos de consumo, el art. 19 dispone que “Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: 1) posteriores al nacimiento del litigio; 2) que permitan al consumidor formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección, o 3) que, habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de este prohíba tales acuerdos.

Por su parte, en materia de contratos de trabajo, el art. 23 establece que “Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: 1) posteriores al nacimiento del litigio, o 2) que permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección.”

<sup>64</sup> Conf. UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit.

En el CCCN se establece expresamente que no se admitirán los acuerdos de elección de foro cuando “los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva” (art. 2605). El mismo CCCN dispone en su art. 2609 que existirá jurisdicción exclusiva argentina en materias de derechos reales sobre inmuebles situados en el país; respecto de la validez o nulidad de inscripciones practicas en un registro público argentino; y en ciertas cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual “cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina”. Otros supuestos de jurisdicción exclusiva pueden hallarse en leyes especiales, como el art. 614 *in fine* de la Ley N° 20.094 de Navegación<sup>65</sup>.

Resulta importante destacar que, como señala Boggiano, en estos casos la exclusividad y la invalidez del acuerdo de elección de foro sólo podrían hacerse “autónomamente efectivas en jurisdicción argentina”, mas ello no quita que un juez extranjero no pueda considerar válida la prórroga<sup>66</sup>.

En cuanto a las fuentes convencionales, en el Protocolo de Buenos Aires no se establecen casos de jurisdicción exclusiva, pero se excluye de su ámbito de aplicación a los derechos reales (art. 2 (9)), para evitar su colisión con las normas locales sobre este punto.

Tampoco en el Convenio de La Haya no se establecen supuestos de jurisdicción exclusiva, pues excedería su ámbito de aplicación, limitado a los acuerdos de elección de foro. De todos modos, si se observan las materias excluidas del Convenio en el art. 2 (2), algunas de ellas refieren a áreas en las que pueden tener jurisdicción exclusiva los estados, por

---

<sup>65</sup> En los contratos de fletamento total o parcial, o de transporte de carga general o de bultos aislados en un buque cualquiera, o de personas y, en general, en todo contrato en que el transportador asuma la obligación de entregar los efectos en destino, es nula toda otra cláusula que establezca otra jurisdicción que la de los tribunales argentinos.

<sup>66</sup> Conf. BOGGIANO. Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit., p. 239, quien concluye que ello demuestra “la relatividad de la jurisdicción exclusiva argentina”.

lo que se las ha excluido para evitar conflictos. A modo de ejemplo, los derechos reales inmobiliarios, la validez de las inscripciones en registros públicos y la validez de los derechos de propiedad intelectual (art. 2 (2), ptos. l), n) y p)), entre otros.

En el Reglamento Bruselas I Bis, se determinan los supuestos de jurisdicción exclusiva en el art. 24, que en gran medida son similares a los establecidos por el CCCN, como por ejemplo en materia de derechos reales inmobiliarios, de validez de inscripciones en registros públicos y propiedad intelectual (art. 25, (1), (3) y (4)). A ello se suman ciertas cuestiones en materia societaria, en las cuales se establece la jurisdicción exclusiva del estado donde la sociedad esté domiciliada; y la jurisdicción exclusiva de los tribunales del lugar de ejecución de las resoluciones judiciales (art. 25 (2) y (5)).

## 11. Naturaleza del acuerdo de elección de foro

Habiendo dado tratamiento a las principales cuestiones que plantea la regulación de los acuerdos de elección de foro en el CCCN, analizaremos ahora otras que, por el contrario, no han sido incorporadas y que merecen ser consideradas.

En primer término, es preciso referirse a la naturaleza de este tipo de pactos. Al respecto, quizás la postura más extendida es la que considera que se trata de convenciones de naturaleza procesal<sup>67</sup>. Esta posición se basa en que los principales efectos de estos acuerdos son eminentemente procesales en tanto impactan sobre la jurisdicción de los tribunales<sup>68</sup>. En el otro extremo, se ha argumentado que son verdaderos contratos, de naturaleza sustantiva, de los cuales nacen derechos y obligaciones

---

<sup>67</sup> Conf. AHMED, Mukarrum, *The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: A Comparative Study*, Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 54-55.

<sup>68</sup> Idem, p. 56.

para las partes. También existen posiciones intermedias, que postulan una naturaleza mixta, procesal y contractual<sup>69</sup>.

Lo cierto es que, más allá de la postura que se prefiera, conviene recordar lo obvio: se trata de “acuerdos”. Como tales, hacen al equilibrio de la relación jurídica y económica – generalmente, de tipo contractual– entre las partes<sup>70</sup>. Al celebrar un acuerdo de elección de foro las partes determinan un elemento clave de su relación jurídica, que es justamente el tribunal que resolverá las disputas que tengan entre ellas.

La discusión planteada no es de corte meramente teórico, sino que tiene implicancias prácticas en diversas cuestiones que se tratarán a continuación, entre ellas, la relativa a la ley aplicable a la validez del acuerdo y a los efectos del incumplimiento.

En nuestro país, la doctrina nacional se inclina por considerarlo un acuerdo de tipo procesal<sup>71</sup>. En el CCCN no se incluyó referencia alguna a su carácter procesal o sustantivo. Dicha técnica difiere claramente de la seguida con respecto al acuerdo arbitral, ya que el CCCN lo regula, justamente, como “contrato de arbitraje”, criterio compartido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la doctrina especializada<sup>72</sup>.

El Convenio de La Haya, el Protocolo de Buenos Aires y el Reglamento Bruselas I bis tampoco incluyen disposiciones expresas respecto del carácter procesal o sustancial de las convenciones de foro. Ello se debe, principalmente, a la dificultad que

---

<sup>69</sup> Conf. HARTLEY, Trevor C., *Choice-of-court Agreements under the European and International Instruments: The Revised Brussels I Regulation, the Lugano Convention, and the Hague Convention*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 4.

<sup>70</sup> Conf. AMADO ARANDA, Juan Ignacio, “Responsabilidad por incumplimiento del acuerdo arbitral: tácticas dilatorias en el arbitraje internacional y cómo contrarrestarlas”, *Revista de Derecho de Daños*, Vol. 1, 2019, pp. 307-313, quien realiza una reseña de la cuestión, aunque referida al acuerdo arbitral.

<sup>71</sup> Por ejemplo, conf. UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit.

<sup>72</sup> Conf. AMADO ARANDA, Juan Ignacio, “Responsabilidad por incumplimiento...”, Op. Cit., pp. 308-309.

representa que países que siguen criterios distintos sobre este tema puedan llegar a un acuerdo que satisfaga a todas las partes. Por eso, se han regulado, entre otras cuestiones, el funcionamiento, los efectos y requisitos de validez de estos pactos, sin adentrarse específicamente en su naturaleza.

## 12. Autonomía

La autonomía del acuerdo de elección de foro implica que, aun cuando sea incluido como una cláusula dentro de un contrato, éste debe ser considerado separado del mismo, por lo que su validez –en principio– no depende de la del contrato en la que está inserto<sup>73</sup>. En otros términos, la nulidad del contrato no implica necesariamente la invalidez de la cláusula de prórroga. En consecuencia, en principio, el tribunal elegido por las partes en dicho acuerdo será el que se pronuncie sobre la validez del contrato<sup>74</sup>. Esta noción ha recibido especial atención en materia arbitral, ya que constituye uno de los pilares sobre los que se asienta la práctica del arbitraje.

En nuestro país, en el CCCN no se incluyó referencia alguna a la autonomía del acuerdo de elección de foro. En cambio, con relación al acuerdo arbitral, el art. 1653 del CCCN y el art. 35 de la Ley N°27.449 de Arbitraje Comercial Internacional reconocen que el acuerdo arbitral es independiente del contrato con el que se relaciona y que la nulidad de este último no obsta a la validez del primero. El Protocolo de Buenos Aires, por su parte, no contiene disposición alguna sobre la independencia estos pactos.

---

<sup>73</sup> Conf. MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Op. Cit., p. 102.; UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit.

<sup>74</sup> Como señala Iud, “[e]sto permite evitar la eventual actitud oportunista de un demandado de alegar la nulidad del contrato principal al que se refiere el acuerdo de elección de foro para sustraer el conocimiento de la causa al tribunal elegido”. IUD, Carolina D., *Contratos internacionales en el Código Civil...*, Op. Cit., p. 78.



Si bien se requiere un estudio más pormenorizado a fin de determinar hasta qué punto es posible extrapolar conceptos y regulaciones propias del acuerdo arbitral a los acuerdos de elección de foro, en lo atinente a su independencia no parecieran existir motivos suficientes para admitir una solución diversa<sup>75</sup>. Por ello, éstos deben ser considerados separables, autónomos e independientes del contrato al que se vinculan<sup>76</sup>.

En línea con lo expuesto, tanto el Convenio de La Haya en su art. 3 d), como el Reglamento Bruselas I bis en su art (5), consagran expresamente la independencia del acuerdo de elección de foro y disponen que la validez de la cláusula no podrá ser impugnada por la sola razón de que el contrato en la que está inserto no es válido.

### **13. Ley aplicable a la validez del acuerdo**

Otra cuestión central que no recibió tratamiento en el CCCN es la de la ley aplicable a la validez del acuerdo de elección de foro. A grandes rasgos, siguiendo a Iud, se pueden identificar tres posiciones doctrinarias: las que proponen la aplicación del derecho que rige el contrato; la aplicación acumulativa del derecho del país del tribunal desplazado y del país del tribunal elegido; y la aplicación del derecho del tribunal elegido<sup>77</sup>.

Estas posturas están, a su vez, relacionadas con las cuestiones examinadas en los puntos precedentes. En efecto, una de las consecuencias de la autonomía de la cláusula de prórroga es que su validez no necesariamente tiene que estar regida por la misma ley que aplique al resto del contrato. Es decir, puede

---

<sup>75</sup> Para un examen detallado de la cuestión, ver AHMED, Mukarrum, *The Nature and Enforcement of Choice of Court Op. Cit.*, pp. 37-53.

<sup>76</sup> Conf. IUD, Carolina D., *Contratos internacionales en el Código Civil...*, Op. Cit., p. 78.; UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit.

<sup>77</sup> Conf. IUD, Carolina D., *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, 1ª ed., Buenos Aires, Albremática, 2019, p. 79. Se trata de una clasificación con fines didácticos, por lo que no puede perderse de vista que existen otras posturas que podrían no encuadrar en la misma.

ocurrir que una ley regule la validez del acuerdo jurisdiccional y otra la del resto del contrato.

Asimismo, esta cuestión está estrechamente ligada con la del carácter procesal o sustantivo del pacto<sup>78</sup>. Si se sigue el criterio procesalista, entra a jugar un principio extendido del derecho internacional privado que sostiene que el juez va a aplicar sus propias normas procesales (*lex fori regit processum*). Por ende, si se juzga que los acuerdos de elección de foro son de naturaleza estrictamente procesal, el juez juzgará su validez de acuerdo con su propia ley, independientemente de cuál sea la ley aplicable al contrato en el que esté inserto. Esta concepción resulta más limitante a la autonomía de la voluntad de las partes, ya que las leyes procesales suelen ser de orden público. Por el contrario, si se considera que tales pactos son verdaderos contratos, entonces pueden estar regidos por el derecho que elijan la partes y, si no lo hicieron, por las normas de derecho internacional privado del juez.

De todos modos, tanto desde una perspectiva procesalista o de una sustancialista, debido a la independencia de la cláusula de prórroga, es posible que éste se rija por la misma ley del contrato o por otra distinta. Ahora bien, obviamente, en la teoría sustancialista es más difícil que esto ocurra, ya que generalmente se va a aplicar la misma ley a todo el contrato, salvo que las partes hayan previsto expresamente la aplicación de un derecho al contrato y otro distinto al acuerdo de elección de foro<sup>79</sup>.

En la práctica, lo más usual es que el juez analice la validez del pacto a la luz de su propio derecho. Sin embargo, no pueden perderse de vista otros ordenamientos, especialmente aquellos cuya jurisdicción hubiese sido desplazada a través del pacto. Como señala Uzal, debe examinarse la validez del acuerdo de prórroga desde la perspectiva del derecho del tribunal elegido, mas teniendo en cuenta también el derecho del país donde

---

<sup>78</sup> Conf. MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Op. Cit., p. 103.

<sup>79</sup> Idem, p. 105.

pretenda ejecutarse eventualmente la sentencia, sobre todo si se trata de una jurisdicción derogada por el acuerdo de las partes<sup>80</sup>.

Sobre esta cuestión, el Convenio de La Haya determina que resulta aplicable la ley del tribunal elegido para determinar si el acuerdo es nulo (art. 5.1) y la *lex fori* a la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo (art 6. b). Según surge de su informe explicativo, aplicaría el reenvío. De esta forma, cada estado puede decidir si el acuerdo es sustancial o procesal y qué ley lo va a regular.

En el ámbito mercosureño, el Protocolo de Buenos Aires establece en su art. 5, párr. 2, que “la validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad” a dicho Protocolo. A pesar de la aparente simpleza de la disposición citada, lo cierto es que presenta inconvenientes no menores. El principal de ellos es que no queda claro si se trata de la ley del tribunal elegido por las partes en virtud del acuerdo (art. 4), o bien de las leyes de los tribunales disponibles en forma subsidiaria en caso de no existir tal pacto (art. 7). Si se optara por la segunda opción, se presentaría la dificultad que podría existir más de una ley aplicable, ya que el art. 7 establece diferentes alternativas jurisdiccionales. Ello podría ser resuelto recurriendo al art. 5, *in fine*, que dispone que “[e]n todo caso se aplicará el derecho más favorable a la validez del acuerdo”.

En la Unión Europea, la posibilidad de que difiera la ley aplicable al pacto de prórroga y al contrato es alta, puesto que el Reglamento de Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales excluye de su ámbito de aplicación a los acuerdos de elección de foro<sup>81</sup>. Esto se debe, justamente, a que gran parte de los estados miembros consideran a esos acuerdos como de tipo procesal. El art. 25 (2) del Reglamento Bruselas I bis dispone que cuando las partes hayan acordado que un tribunal de un

---

<sup>80</sup> Conf. UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit.

<sup>81</sup> Conf. MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Op. Cit., p. 105.

Estado miembro sea competente para conocer de cualquier litigio relativo a una relación jurídica, éste será competente “a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro”. Por su parte, el considerando 20 expresa que ello abarca las normas de derecho internacional privado, es decir, que podría haber reenvío. Independientemente de las dificultades que se podrían plantear, lo positivo de la reglamentación europea es que, sin adentrarse en la discusión procesal-sustancial, busca asegurar al menos que la validez del acuerdo sea regida por la misma ley en cualquier país miembro de la Unión Europea.

Resultaría deseable que, junto a consagrar la autonomía del acuerdo de elección de foro, se disponga en el CCCN cuál es la ley aplicable a su validez, puesto que se trata de una cuestión relevante que merece un tratamiento legislativo específico.

#### **14. Efectos del incumplimiento: posibles remedios**

Un asunto de gran significación, que ha recibido creciente atención en los últimos tiempos, es el relativo a los remedios que tiene una parte ante el incumplimiento por su contraparte de un acuerdo de elección de foro exclusivo<sup>82</sup>.

Cuando una de las partes demanda ante un tribunal distinto de aquel pactado en forma exclusiva, ello inevitablemente generará daños a la contraparte<sup>83</sup>. De mínima, ésta deberá tolerar la demora y los costos que le implicará resolver la situación y lograr que la causa sea tratada por el tribunal inicialmente ele-

---

<sup>82</sup> Si se trata de un acuerdo de elección de foro no exclusivo, no hay incumplimiento si una parte recurre a un tribunal distinto del elegido.

<sup>83</sup> Si bien el mencionado es el incumplimiento más común, podrían añadirse otros supuestos, como, por ejemplo, iniciar la demanda ante un tribunal específicamente descartado o plantear una acción declarativa de no responsabilidad ante una jurisdicción particularmente lenta para perjudicar una posterior demanda sobre el fondo ante el tribunal elegido mediante el acuerdo de elección de foro. Conf. REQUEJO ISIDRO, Marta, “Violación de acuerdos de elección de foro y derecho a indemnización: estado de la cuestión”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, N°17, 2009, p. 2.

gido. En el peor de los casos, podría darse el caso de tener que litigar en forma paralela sin solución alguna, y contar luego con sentencias contradictorias de difícil o imposible ejecución. Ello, al fin y al cabo, llevaría a que la parte perjudicada se vea privada de los derechos que le corresponden en virtud del contrato<sup>84</sup>. En efecto, ante la ineficacia propia del sistema internacional, estas situaciones no resultan de fácil solución.

Desde ese punto de partida, y teniendo en cuenta que las opciones con las que se cuente dependerán de la ley del foro donde el remedio sea requerido<sup>85</sup>, en nuestro ordenamiento existen mecanismos que de alguna forma sancionan el incumplimiento del pacto de prórroga.

Uno de ellos es la imposibilidad que existiría para ejecutar en el país una sentencia dictada en violación a un acuerdo de elección de foro. Si las partes acordaron someterse a un foro determinado, y no existiese sumisión tácita a otro juez, será el elegido el competente de acuerdo con el art. 2605 del CCCN. Por consiguiente, la sentencia dictada por otro juez no sería susceptible de ejecutarse en la Argentina por no emanar de un tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional, como lo exige el art. 517, inc. 1) del CPCCN.

Asimismo, si el pacto de prórroga fuese en favor de un tribunal extranjero, y la demanda se iniciase en nuestro país, de no existir prórroga tácita, el juez argentino debe declararse incompetente e imponer las costas del procedimiento a la parte perdedora (art. 68 del CPCCN).

Más allá de estas alternativas, para nada desdeñables, en el derecho comparado existen otros remedios más directos para lidiar con este tipo de incumplimientos.

---

<sup>84</sup> Conf., aunque referido al incumplimiento de la cláusula arbitral, AMADO ARANDA, Juan Ignacio, "Responsabilidad por incumplimiento del acuerdo arbitral: tácticas dilatorias en el arbitraje internacional y cómo contrarrestarlas", *Revista de Derecho de Daños*, Vol. 1, 2019, p. 307.

<sup>85</sup> Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. - Caroline KLEINER, "La reparación de los daños causados por violación del acuerdo arbitral", en SOTO COAGUILA, Carlos (dir.), *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral*, Bogotá; Grupo Editorial Ibañez, 2011, t. I, p. 133.

## I. Anti-suit injunctions

Esta opción ha ganado cierta popularidad, especialmente en materia arbitral y en jurisdicciones del *common law*. Se trata de medidas judiciales por las cuales se ordena a una de las partes abstenerse de iniciar o proseguir un procedimiento judicial determinado. En el caso de los acuerdos de elección de foro, consistirían en que el tribunal elegido por las partes ordene a una de ellas que se abstenga de iniciar o continuar un proceso ante otro tribunal.

A pesar del interés que despertaron, no han conseguido convertirse en una realidad en una cantidad importante de sistemas jurídicos. En la Unión Europea, el TJUE en *Turner c. Grovit* (2004) declaró que las *anti-suit injunctions* resultaban contrarias al Convenio de Bruselas de 1968, aun cuando una parte “actúe de mala fe con la intención de obstaculizar el procedimiento en curso”<sup>86</sup>. Basó su decisión, principalmente, en el principio de confianza mutua entre los ordenamientos jurídicos e instituciones judiciales de los estados contratantes del Convenio<sup>87</sup>.

En Estados Unidos, si bien las *anti-suit injunctions* son aceptadas, no se las considera un remedio ordinario, por lo que existe mayor tolerancia a los procedimientos paralelos y se recurre a ellas cuando se observa una conducta claramente desleal de una de las partes<sup>88</sup>.

En nuestro país, este tipo de medidas no han sido reguladas. Una forma de canalizarlas sería a través de una medida cautelar en el contexto de una acción preventiva, como la

---

<sup>86</sup> TJUE (Pleno), Asunto C-159/02, *Gregory Paul Turner c. Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd y Changepoint SA*, sentencia del 27 de abril de 2004, consid. 31.

<sup>87</sup> Cabe recordar que dicho criterio fue luego extendido a *anti-suit injunctions* referidas a acuerdos arbitrales, en el célebre caso *West Tankers* (TJUE (Gran Sala), Asunto C-185/07, *Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers Inc.*, sentencia del 10 de febrero de 2009).

<sup>88</sup> Conf. MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Op. Cit., p. 117.

reglada en los arts. 1711/13 del CCCN. Sin embargo, es preciso mencionar que los tribunales argentinos no se han mostrado particularmente abiertos a otorgar medidas cautelares con el fin de impedir el inicio de acciones judiciales en otras jurisdicciones, incluso dentro del país<sup>89</sup>.

En breve, se ha dicho que medidas de ese tipo implicarían una violación del derecho de acceso a la jurisdicción, a la vez que afectarían el respeto que se debe a las decisiones judiciales emitidas por otros tribunales<sup>90</sup>. En el otro extremo, parecería que los tribunales argentinos no se han sentido igualmente limitados al momento de dictar “*anti-arbitration injunctions*”, es decir, medidas ordenando a una parte no iniciar o continuar un procedimiento arbitral<sup>91</sup>.

## II. Daños y perjuicios

Otra posibilidad que ha generado debate en la doctrina es la de reclamar el resarcimiento de los daños generados por el comportamiento de la parte incumplidora del acuerdo. Como se dijo, aun en el mejor de los casos, la parte per-

---

<sup>89</sup> Agradezco a Julio C. Rivera (h) por haberme facilitado los materiales con los que desarrolló su exposición sobre este tema en la “Primera Jornada de Arbitraje Internacional” organizada por Argentina Young Arbitration Practitioners (AYAP) en la Universidad de Buenos Aires, el 2 de mayo de 2019.

<sup>90</sup> Conf. CSJN, “Líneas Aéreas Williams S.A. (LAWSA) c. Catamarca, Provincia de (Dirección Provincial de Aeronáutica) s/ interdicto de retener”, L. 297. XXXII, sentencia del 16 de julio de 1996; CNCom, Sala D, “Asociación Atlética Argentinos Juniors c. Banco del Interior y Buenos Aires”, LL. Online, AR/JUR/322/1990, sentencia del 7 de noviembre de 1990; CNCom, Sala C, “AT&T Argentina S.A. y otro c. Siemens S.A.”, LL. Online, AR/JUR/3680/2002, sentencia de 6 de agosto de 2002.

<sup>91</sup> Conf. CNCom, Sala B, “Compañía General de Combustibles S.A.”, sentencia del 23 de septiembre de 1999; JNFed. Cont. Adm., N°3, “Entidad Binacional Yacretá c. Eriday y otros”, LL. Online, AR/JUR/2380/2004, sentencia del 27 de septiembre de 2004; CApel. Cont. Adm. Fed., Sala IV, “Estado Nacional – Procuración del Tesoro c. Cámara de Comercio Internacional”, sentencia del 3 de julio de 2007.

judicada ha debido invertir tiempo y recursos para resolver la situación.

Por un lado, en favor de admitir este remedio se destaca la importancia que tiene en muchos casos la elección del foro competente para la celebración del contrato y su impacto en la economía contractual. Adhiriendo a la tesis contractualista, se argumenta que la convención de foro genera obligaciones para las partes, particularmente la de no demandar ante un tribunal distinto al elegido<sup>92</sup>. El incumplimiento de esa obligación daría derecho a la contraparte a que se le compensen los daños y perjuicios que se le hubiesen generado. La mayor ventaja respecto de las anti-suit injunctions es que una indemnización puede resultar menos agresiva y más flexible y fácil de ejecutar<sup>93</sup>.

Por otro lado, quienes se oponen a la reparación de daños suelen adherir a la naturaleza procesal del acuerdo y estimar que, como tal, su incumplimiento tiene un remedio específico consistente en que, si se demandó ante un tribunal distinto al elegido, éste se declarará incompetente para entender en la causa. Otras críticas se basan en la dificultad para determinar los daños y la afectación de la cortesía internacional<sup>94</sup>. Lo cierto es que estos argumentos no parecen determinantes, pues no se pueden ignorar los daños que efectivamente se producen cuando se incumple un acuerdo de elección de foro y la importancia de este último en el equilibrio contractual.

En el derecho comparado, puede observarse que en Estados Unidos se ha admitido que la parte que incumplió una

---

<sup>92</sup> Conf. REQUEJO ISIDRO, Marta, "Violación de acuerdos de elección de foro y derecho a indemnización: estado de la cuestión", *Revista electrónica de estudios internacionales*, N°17, 2009, p. 4.

<sup>93</sup> Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. - Caroline KLEINER, "La reparación de los daños...", Op. Cit, p. 132; REQUEJO ISIDRO, Marta, "Violación de acuerdos...", Op. Cit, p. 5.

<sup>94</sup> Conf. REQUEJO ISIDRO, Marta, "Violación de acuerdos de elección de foro y derecho a indemnización: estado de la cuestión", *Revista electrónica de estudios internacionales*, N°17, 2009, pp. 5-6.



cláusula de prórroga deba reparar los gastos incurridos en ocasión del incumplimiento siempre que no hubieren sido compensados<sup>95</sup>.

En España, un caso célebre en que se admitió la reparación de los daños generados por el incumplimiento de un acuerdo de elección de foro fue “*USA Sogo c. Jesús*”, fallado por el Tribunal Supremo<sup>96</sup>. Allí, se condenó a la parte que incumplió el pacto de prórroga a pagar una indemnización equivalente a los honorarios legales que la otra parte tuvo que abonar por el proceso judicial indebidamente iniciado. La decisión se sustentó en la supuesta naturaleza contractual del acuerdo de elección de foro y la necesidad de reparar los daños generados por su incumplimiento.

Respecto del sistema argentino, Iud manifiesta que no resultaría procedente una acción de daños y perjuicios de este tipo, ya que debería alcanzar con la condena en costas.<sup>97</sup> Sin embargo, si el demandado no compareciera y el procedimiento continuara en la Argentina, admite que la acción de daños podría iniciarse en el extranjero y que, en última instancia, la sentencia dictada en nuestro país podría no ser reconocida en jurisdicciones extranjeras<sup>98</sup>.

## 15. Conclusión

A lo largo del presente capítulo hemos examinado los distintos aspectos de la regulación de los acuerdos de elección de foro

---

<sup>95</sup> Conf. AMADO ARANDA, Juan Ignacio, “Responsabilidad por incumplimiento del acuerdo arbitral: tácticas dilatorias en el arbitraje internacional y cómo contrarrestarlas”, *Revista de Derecho de Daños*, Vol. 1, 2019, p. 334, donde cita los casos *Allendale Mut. Ins. Co. vs Excess Ins. Co. Ltd.*, 992 F. Supp. 278 (SDNY 1998); y *Omron Healthcare, Inc. vs. Maclaren Exports Ltd.*, 28 F. 3d 600, 604 (7th. Circ. 1994).

<sup>96</sup> Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil, STS 6/2009, *USA Sogo Inc. c. Jesús, Ángel*, sentencia del 12 de enero de 2009.

<sup>97</sup> Conf. IUD, Carolina D., *Contratos internacionales en el Código Civil...*, Op. Cit., p. 98.

<sup>98</sup> Idem, pp. 98-99.

contenida en el CCCN. De esta forma, identificamos su principal mérito, sus innovaciones, algunas zonas grises, una cuestión que debe ser modificada, y otras que no han sido tratadas y que merecen serlo en una futura reforma.

Empezando por el primero, sin duda es haber unificado en todo el país el régimen aplicable a este tipo de acuerdos, consagrando a la autonomía de la voluntad como principal criterio de atribución de jurisdicción en materias disponibles.

Entre las innovaciones se destaca la positiva determinación de que los acuerdos de elección de foro serán exclusivos, salvo que las partes expresamente decidan lo contrario. También cabe mencionar la reglamentación de la litispendencia internacional, que, aun con algún claroscuro, permite lidiar con el “abuso de litispendencia” en los casos en que se incumpla un acuerdo de prórroga exclusivo.

Las zonas grises están dadas por situaciones que no son particularmente espinosas, pero que podrían haber sido mejor logradas. Así, se debería haber evitado seguir tan fielmente la fórmula del art. 1 del CPCCN, de forma tal de consagrar expresamente el efecto positivo de la prórroga a favor de los tribunales argentinos.

Tampoco resulta del todo claro si el cambio de “asuntos exclusivamente patrimoniales” a “materia patrimonial” implica un relajamiento de dicha exigencia. En todo caso, resulta deseable y conforme a las más modernas tendencias, una flexibilización mayor que permita que este tipo de acuerdos no deban limitarse a cuestiones únicamente patrimoniales.

Una cuestión que exige replanteamiento es la obligación del demandado de articular declinatoria a fin de evitar que se juzgue que existió una prórroga tácita de jurisdicción. Esta solución puede dar lugar a soluciones disvaliosas en perjuicio de una de las partes, y hasta podría llegar al irrazonable extremo de permitir, a través del consentimiento ficto, dejar de lado un acuerdo expreso celebrado por las partes con anterioridad.

Sobre las materias que quedaron fuera de la regulación y sería deseable tener en cuenta para una futura reforma, las referidas a la autonomía y ley aplicable al pacto de elección de foro

resultan particularmente relevantes. La sanción del incumplimiento del acuerdo, sobre todo a través de la reparación de los daños generados, es una alternativa digna de ser contemplada.

En todas estas cuestiones, los instrumentos internacionales estudiados, sobre todo el Convenio de La Haya, implican un aporte valioso que debería ser tenido en cuenta por el legislador en vistas a perfeccionar el régimen de los acuerdos de elección de foro introducido por el Código.

**AVANCES EN EL DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO ARGENTINO. INCLUSIÓN EN LA  
REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL  
DE LA NACIÓN, DEL DEBER GENERAL DE  
COOPERAR Y LAS COMUNICACIONES  
JUDICIALES DIRECTAS**

**Roberto Stocco\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. DEBER GENERAL DE COOPERACIÓN; 3. COMENTARIO DE CASOS; 4. LA COOPERACIÓN JUDICIAL ENTRE MENDOZA-CHILE. BREVES COMENTARIOS SOBRE LA COOPERACIÓN SUBREGIONAL; 5. LA ERA DE LOS MEDIOS TELEMÁTICOS; 6. CONCLUSIONES.

## **1. Introducción**

En qué medida podemos sostener que hay un avance en materia de Cooperación Jurisdiccional Internacional a partir de la introducción de estos dos nuevos institutos en el articulado de la reforma.

Entendemos que el avance no es cuantitativo, sino cualitativo y a ello lo vamos a medir a partir de los datos que resultan de los antecedentes que administra sobre la asistencia internacional la Unidad de Cooperación de la Suprema Corte de Justi-

---

\* Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. Titular de la Secretaría de Asuntos Internacionales de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Miembro del Consejo Académico de la Maestría en Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires, UBA.

cia de Mendoza, en la “Secretaría Judicial de Corte para asuntos internacionales, SEJUCAI<sup>1</sup>.

La reforma abre caminos y posibilidades, a la par que impone al Juez el Deber de Cooperar y regula la asistencia procesal internacional

Se introducen en el Libro Sexto, Título IV “Disposiciones de DIPr”, Capítulo 2 sobre Jurisdicción Internacional, dos artículos: el 2611 referido al Deber General de Cooperar y el 2612 refiere a aspectos procesales incluyendo las comunicaciones judiciales directas.

## **2. Deber General de Cooperación**

La primera de las normas invocadas establece: *“Que sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenios internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral”*.

Una pregunta importante y a la vez disparadora, es buscar el contenido de este “Deber de brindar amplia Cooperación”. En busca de una respuesta, creo desde mi propia óptica, que el Deber de Cooperar reconoce dos aspectos: uno actitudinal y el otro, compromete al modo en que la cooperación se presta, ello es, con eficacia y en el menor tiempo posible.

### **I. Primer Aspecto del Deber de Cooperar. Lo actitudinal**

El Juez en su función de prestar asistencia internacional debe desarrollar y actualizar una actitud cooperante. Este

---

<sup>1</sup> Puede verse <http://www.jus.mendoza.gov.ar/web//sejucai> A modo de muy breve antecedente dable es consignar que en 1998 mediante acordadas 15498 bis y 15501, se creó el Departamento de Cooperación Internacional “DECI” en la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. En 2013 esta dependencia se transformó en Secretaría de Corte SEJUCAI. En agosto de 2018 se conmemoraron veinte años de la creación de la unidad de cooperación con una actividad dedicada exclusivamente a la asistencia judicial internacional. La misma contó con disertaciones presenciales y también con participaciones a través de plataforma. Se dieron cita importantes referentes locales argentinos y extranjeros, tanto de Chile, Paraguay y España.

fue uno de los primeros aspectos detectados en nuestra oficina de cooperación DECI en el siglo pasado, hacia el año 1998. Lo expusimos en oportunidad de haber sido convocado por la Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, en el megaproyecto: “Espacio Judicial Iberoamericano”, organizado por la Agencia Española de Cooperación Internacional AEI, y el Consejo General del Poder Judicial español. Nuestra intervención se produjo en las sesiones del 20 al 22 de marzo de 2002 en Santa Cruz de la Sierra, sobre “Asistencia Judicial Internacional en el área Iberoamericana”, en el estado Plurinacional de Bolivia y en la actividad realizada por los mismos organizadores, en Cartagena de Indias, estado de Colombia, en la “VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, IV Encuentro Iberoamericano de Consejos de la Judicatura, Proyecto de Red Iberoamericana de Asistencia Judicial”, realizada los días 8 al 11 de setiembre de 2003. En ambas oportunidades se me invitó en calidad de práctico y de tales reuniones resultó la elaboración del Manual de Buenas Prácticas para lo que luego se conformará como “Protocolo Iberoamericano de Cooperación Judicial” ([www.cumbrejudicial.org](http://www.cumbrejudicial.org)).

Comentaba en estas reuniones que había que despertar en los jueces la voluntad cooperante y citaba algunos casos que por aquel entonces se nos iban presentando. Daba el ejemplo cuando llega un exhorto de un país extranjero para tramitar una notificación y en los datos de la persona a notificar, estaban los datos personales, pero al momento de nombrar la dirección, sólo se consignaba el nombre de la calle y localidad, pero sin la numeración.

En este caso, ¿se rechaza la rogatoria? o se puede dentro de una “actitud cooperante” hacer un esfuerzo e intentar ubicar a la persona en dicha localidad y calle. Insistíamos en el sentido de que los jueces extremaran recaudos con el personal de notificadores a fines de dar con el dato y así concretar la solicitud.

Era necesario comenzar a desterrar la actitud tan arraigada en los espacios públicos en donde campea el “NO” siempre a mano. Comenzábamos a trazar la huella en un camino distinto al comportamiento de los ya conocidos por todos, “Señores del No”, a quienes en más de una ocasión se ha referido Mafalda, personaje del genial Quino.

Esta actitud cooperante se encuentra sus fronteras. Por ejemplo, se pide por exhorto, la declaración testimonial de una persona, a quien se identifica perfectamente en el cuerpo del exhorto, pero no se acompaña el pliego de preguntas.

El objeto del pedido de asistencia es notificar el traslado de la demanda y no se acompaña el texto de la demanda. ¿Qué se hace en estos casos, puede la actitud cooperante del Deber General sanear las omisiones?

Usted puede tener voluntad y actitud cooperante, pero reconocemos que hay límites y estos límites se barajan en el ámbito de la razonabilidad.

Entendemos que el Deber de prestar amplia cooperación, no puede extenderse en principio, a casos como los descriptos, en razón de que la falta de requisitos esenciales, conculca la procedencia misma de la rogatoria. De acuerdo a lo que analizaremos infra, podría haber una subsanación del problema a través de las comunicaciones judiciales directas.

## **II. Segundo aspecto del Deber de Cooperar, aspecto modal**

Además de la primera aproximación al contenido del Deber de Cooperar, propongo considerar como contenido, aspectos ligados al modo de verificar una solicitud de asistencia, la que debe ser de modo eficaz y en el menor tiempo posible.

Desdoblemos estas dos variables: eficacia y tiempo.

La eficacia en una tramitación es una variable constante, esto es que todos los convenios, que se superponen en el laberinto normativo, tienen la misma eficacia a los fines de concretar válidamente una solicitud de asistencia. Es tan eficaz la notificación hecha con base en el Convenio de La Haya de 1965, como la que se realiza con base en la CIDIP I so-

bre Exhortos o Cartas Rogatorias Panamá de 1975 y lo mismo para el caso en que se hiciere con base en el Protocolo de Las Leñas de 1992 o en el Acuerdo de Cooperación de Las Leñas de 2002. No se puede medir la eficacia.

Todos por igual son eficaces, en lo que no son iguales y acá nos detendremos es en el tiempo de tramitación, donde aparece la segunda variable del tiempo.

¿De qué depende entonces la variable tiempo de tramitación? La respuesta la encontraremos en el texto del Convenio que sirve de base a la solicitud de asistencia. La llave que abre la variable tiempo se encuentra en gran medida en las “Vías de Transmisión y Tramitación”.

En relación a los instrumentos referidos antes, la Convención de La Haya de 1965, en nuestro país procede tramitarse sólo a través de la intervención de la Autoridad Central. La CIDIP I sobre Exhortos, prevé 4 vías, son ellas: la diplomática o consular, autoridad central, vía judicial y las propias partes interesadas. También prevé la vía de los juzgados de frontera, como una derivación de la vía judicial. El Protocolo de Las Leñas de 1992, previó sólo la vía de la autoridad central y el Acuerdo de Las Leñas de 2002, previó como vías, la autoridad central, la Diplomática o Consular y las propias partes interesadas.

De acuerdo a las circunstancias de cada caso en concreto y particular, el juez deberá analizar las distintas convenciones y escoger aquella que le permita utilizar una vía que resulte para ése caso más expedita y ágil, aclaración expresa hecha, de que esta facultad sólo podrá ejercerse en los casos en que, por la naturaleza de la solicitud de cooperación, le sea posible al juez ejercer dicha opción. Esta aclaración cobra sentido, porque hay tipos de cooperación que exigen el cumplimiento de la tramitación a través de ciertas vías exclusivamente y es aquí donde el director del proceso no podrá hacer el análisis de ponderación que proponemos.

Es dable preguntarse, ¿qué se esconde en modo subyacente al tema tiempo de tramitación?



Como se dijo precedentemente la vía a utilizarse ejerce una gravitación directa sobre “el tiempo en el proceso”. A los fines de esta argumentación en el contenido del Deber de Cooperar es necesario vincular el tema con los aportes hechos desde la óptica de la protección y salvaguarda de los Derechos Humanos.

Un interesante trabajo de Osvaldo A. Gozaíni<sup>2</sup>, habla del “Debido Proceso”, concepto que involucra los siguientes tópicos: defensa en juicio, acceso a la justicia y derecho a ser oído, el derecho a la verdad como objeto de la prueba, el derecho de la sentencia debidamente fundamentada, derecho al recurso, plazo razonable y derecho a que la sentencia sea cumplimentada<sup>3</sup>. Si bien nos interesa destacar fundamentalmente lo atinente al plazo razonable, es de particular importancia para el autor considerar que la verdadera garantía está integrada en el debido proceso.

“Al cabo de estas reflexiones y tras sumar contenidos al debido proceso, todo indica una auténtica transformación procesal que lo lleva al campo de lo constitucional, para abonar un terreno mucho más grande que el que ocupa el derecho de defensa en juicio. El problema que se encuentra es la armonización concreta para instalar de manera igualitaria estas novedades que radican, en definitiva, en una sola garantía a tutelar: el proceso. Obsérvese que por muchos derechos que se aseguren; por más deberes constitucionales y convencionales que se pronuncien; por más garantías que persigan la energía de la protección judicial, ninguno será auténticamente eficaz si no existe el proceso. Entonces, el debido proceso es la única garantía, y como tal, no es bueno tener asimetrías en su aplicación, porque si el debido proceso es un derecho fundamental que guarece al individuo y lo colectivo, al mismo tiempo es un reaseguro para la adminis-

---

<sup>2</sup> GOZAÍNI, Osvaldo A., *El Debido Proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2017.

<sup>3</sup> GOZAÍNI, Osvaldo A., *El Debido Proceso. Estándares de la Corte Interamericana...* Op. Cit., p. 396.

tración de justicia, y un baluarte de la seguridad jurídica. Sin embargo, auspicar una sola lectura significaría decir que el debido proceso es una garantía abstracta, una suerte de conjunto de principios constitucionales que se aislan de las reglas técnicas que suelen tener los tipos de procedimientos (civil, penal, administrativo, constitucional, laboral, etc.), para concentrar su modelo en contenidos disciplinados como estándares que encontrarían dificultades de aplicación en procedimientos que, siendo diferentes, debieran seguir el curso de dicha igualación formal. Efectivamente la evolución demuestra que la defensa sustancial y adjetiva abandonó el territorio de lo formal para ir en busca de la tutela judicial efectiva. El cambio de paradigma dejó de lado el rol inactivo del juez que dejó de lado ser espectador del conflicto, para cumplir el rol de director de la contienda. Manteniendo la igualdad entre partes, asegura y equilibra la justicia del caso que encontrará una sentencia, antes que dirimente del juego de ficciones, una expresión verdadera de cuanto ocurrió en la litis. Antes que satisfacer pretensiones, el proceso quiere trabajar con verdades y alcanzar la justicia auténtica, tratando de ser reflejo de un sentimiento compartido y no el muro que se levanta con la sentencia a la incomprensión de los justiciables”.

En materia de Cooperación Internacional como foco de este trabajo, resulta de singular importancia lo atinente al “Plazo Razonable<sup>4</sup>”.

“Para comprender cómo se articula el derecho a tener resuelto un proceso judicial en un plazo razonable, es conveniente recordar la doble lectura que tiene el artículo 18 de la Constitución Nacional, de modo tal que, por una parte, deben analizarse las condiciones previstas para la seguridad personal y la defensa individual; y por otra, las garantías que en todo proceso judicial deben mantenerse vigentes. De este modo, una primera obligación sería respetar el derecho

---

<sup>4</sup> *Idem.*

que tiene toda persona a tener un proceso rápido y expedito que afiance la garantía jurisdiccional de resolver los conflictos humanos con seguridad y justicia; inmediatamente se daría lugar al derecho subjetivo de sustanciar un proceso sencillo, que evite formalidades innecesarias. Evidentemente, no hay una regla común para interpretar la idea de plazo razonable, porque ésta depende de valoraciones y circunstancias coyunturales; solo podrán existir pautas de entendimiento general con la mira puesta en el sentido común. Los tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, sumado a la interpretación jurisdiccional que de ellos realizan los tribunales supranacionales, además de la influencia que ejercen los organismos internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, todos en conjunto, concitan un llamado a modificar la tradición conceptual del derecho de defensa, para aumentar la garantía hacia una calificación más amplia del debido proceso. Este proceso no ha de ser un simple procedimiento tomado de los ordenamientos procesales, es preciso reformular el método y la ideología, con el fin de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva, sentencia útil y motivada); y de lograr que el enjuiciamiento llegue en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales. Se propicia trabajar los conceptos en armonía, porque de no hacerlo, cualquier infracción al derecho fundamental de simplicidad, celeridad y eficacia en los procesos, serviría para encontrar manifiesto el incumplimiento en el derecho al proceso debido; y de resultar así, bastaría con condenar al órgano judicial que infringe cualquiera de estos deberes. Por eso, el plazo razonable no se debe confrontar únicamente con los tiempos procesales dispuestos, sino con todas las condiciones que el sistema ofrece para desarrollar adecuadamente el litigio”.

El tópico del tiempo está previsto expresamente en instrumentos protectores de DDHH., citamos de modo expreso:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948): Artículo XXIV: “Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”; En el mismo sentido, en el Pacto de San José de Costa Rica, que establece, “Garantías Judiciales:1.Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (Art.8).

### **3. Comentario de casos**

Compartiremos a continuación algunos casos donde puede visualizarse el ejercicio de este Deber General de Cooperación.

#### **I. LD<sup>5</sup>. N° 5585/2018. Caso desde España para tramitar en la justicia de Paz local**

El Tribunal de Paz y Contravencional de Palmira, una localidad del departamento de San Martín, Mendoza, solicita instrucciones a la Unidad de Cooperación para hacer una notificación que se ha recibido desde España, concretamente del Juzgado de Instrucción N° 4 de La Bisbal, Girona. Solicitamos su remisión y al compulsarla constatamos que se trataba de una solicitud de asistencia internacional con base en el Convenio de La Haya de 1965. Hicimos un dictamen informando que no podía darse cumplimiento y que debía ser

---

<sup>5</sup> En los casos que se detallan, se utiliza la abreviatura L.D.N°; la misma significa Libro de Dictámenes, con un número de identificación y luego de la barra, se consigna el año de tramitación. Es el modo de individualizar los trámites en la SEJUCAI.

devuelta en razón de que, si bien nuestro país es ratificante de dicha Convención, no aceptamos, tal como se informa en el sitio de ése foro, la transmisión de la documentación a través de correspondencia, sino sólo a través de la Autoridad Central. En los hechos, existía además un problema adicional, consistente en que la autoridad requirente no había firmado la parte respectiva de los anexos remitidos. Ante esta situación no había alternativa en la devolución de la documentación al tribunal de origen. Podría haberse resuelto la tramitación remitiendo la misma a la Autoridad Central en Buenos Aires a fines de que por su intermedio se tramitara, y de ese modo sanear la petición, pero como se dijo, la falta de suscripción del anexo tornaba imposible su normal diligenciamiento. En la devolución al tribunal requirente hicimos mención a las razones que motivaron la devolución en relación a los dos extremos apuntados de la Convención de La Haya (necesidad de intervención de la Autoridad Central en Buenos Aires y firma del documento). También hicimos referencia a que podía utilizarse a fines de la notificación de traslado de demanda en cuestión, la Convención Interamericana de DIPr sobre “Exhortos o Cartas Rogatorias” de Panamá, 1975, vigente entre España y nuestro país, en cuyo caso de debía utilizarse el formato de exhorto. Se devolvió a origen el trámite y al mes siguiente se recibió una nueva solicitud de notificación, utilizando la vía judicial del art. 4° de dicho instrumento, y donde el tribunal requirente se dirigió directamente al juez de Palmira para solicitar con base en dicha normativa, el pedido de notificación. La misma se tramitó en un tiempo de dos semanas y se devolvió a origen debidamente diligenciada.

## **II. Caso con Holanda en materia Penal. LD 5902/19**

El Tribunal Penal Colegiado N° 1, de la primera circunscripción judicial de Mendoza, tramitaba la investigación de un robo a turistas holandeses, quienes oportunamente verificaron la denuncia y detallaron los efectos personales sustraídos. La autoridad policial en una requisa encontró los

elementos sustraídos y detuvo a los malhechores sospechados. En la etapa instructoria el tribunal interviniente ordenó la realización de una videoconferencia con miras a que las víctimas domiciliadas en el estado holandés pudieran reconocer a quienes les sustrajeron los efectos personales en oportunidad el atraco. Desde la Unidad de Cooperación contactamos a la Red Judicial Europea Eurojust para conocer si en el derecho holandés sería posible dicha práctica. Se nos respondió nuestra inquietud casi en el acto informando que sería factible. Se nos instruyó que la misma debía peticionarse a través de solicitud oficial y a través de Carta Rogatoria

En materia de videoconferencias es necesario tener en consideración que puede existir un escollo técnico en la compatibilidad de los sistemas para entablar la comunicación. No son los mismos sistemas que se utilizan tanto en EEUU, en Europa y en Latinoamérica; mientras se chequeaba con el equipo informático el tema técnico, recibimos la información del tribunal del desistimiento de la medida de prueba comentada en razón de que el imputado había reconocido la comisión del hecho delictivo y había optado por el juicio abreviado.

### **III. CANU N° 129/2018<sup>6</sup>. Teleconferencia, Chile**

En la Oficina de Comunicaciones Móviles de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza se ventiló una audiencia por Videoconferencia, en un proceso de alimentos, y con el objeto de sustanciar un incidente por aumento de cuota alimentaria. Se trata de un caso que tramita con base en la Convención de Nueva York sobre cumplimiento de la obligación alimentaria en el extranjero. La audiencia se realizó con la presencia de la Jefa del Departamento de Cooperación Internacional del Ministerio de Justicia y DDHH de la República

---

<sup>6</sup> La sigla CANU, significa Convención de Alimentos de Naciones Unidas. Esto es que dicha tramitación se originó en el marco de la Convención de Nueva York sobre cumplimiento en el extranjero de la obligación de Prestar Alimentos, del foro de ONU.

Argentina, Autoridad Central para dicha Convención, Lic. Mariana Franco y la representante de la Corporación de Asistencia Judicial Internacional de Valparaíso, Dra. María del Pilar Martínez Céspedes. Asistieron, además, los abogados de ambas partes, ello es deudor y acreedor alimentario respectivamente y la participación de Mediadores que oficiaron como intermediarios para alcanzar el acuerdo. Se logró el aumento petitionado por la acreedora alimentaria, luego de lo cual se labró el acta respectiva y se la remitió al tribunal correspondiente para su homologación. Se hace constar que la presencia de las representantes tanto de la autoridad central argentina como chilena se debió a que ambas profesionales se encontraban en Mendoza participando del evento en conmemoración a los veinte años de la unidad de cooperación local en fecha 30 de agosto de 2018.

#### **IV.LD N° 4246/16. Caso con Austria sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero**

Se trataba de un caso en que un argentino con domicilio en Mistelbach, Viena, Austria, solicitó a través de representante ante un tribunal de familia de Mendoza, el cambio de nombre. La necesidad del peticionante era obtener en sede argentina la adición a su nombre del apellido de su esposa austríaca, y ello a fines de acceder a la residencia en dicho país. De acuerdo a lo que establece la norma del art. 2618 del CCCN, en materia internacional el cambio de nombre se rige por el derecho del domicilio de la persona al tiempo de requerirlo. Como se dijo, el domicilio estaba en Viena, con lo cual aparece la necesidad de conocer el derecho austríaco aplicable. Se solicitó vía e-mail consulta a la Red Judicial EuroJust, a fines de que se nos indicara a quién dirigirnos en la búsqueda del referido derecho. La Red contactó directamente al Ministerio de Justicia de Austria, quien remitió también por e-mail a nuestro requerimiento, tanto las disposiciones de Derecho Internacional Privado como el derecho de fondo austríaco sobre la materia. En pocos días se contó con la normativa que sirvió al juez de familia para resolver el caso.

En cuanto al tratamiento del mismo, se encuadró la situación en definitiva como Reenvío en Primer Grado, de conformidad al art. 2595 del CCCN.

#### **4. La Cooperación Judicial entre Mendoza-Chile. Breves comentarios sobre la Cooperación Subregional**

Los comentarios de este punto, corresponden a los casos de asistencia internacional en materia de actos de mero trámite, entre Tribunales de Mendoza y Chile. Si debemos tramitar una rogatoria a la capital Santiago por ejemplo, respecto de la cual Mendoza se encuentra a la misma latitud, es más ágil utilizar la vía judicial para recorrer en forma directa los 365 kilómetros que nos separan de la capital trasandina, en lugar de otras vías disponibles. Si utilizáramos por ejemplo la vía autoridades centrales, deberíamos recorrer 1100 kilómetros de ida a Buenos Aires y desde allí 1500 a Santiago y luego recorrer el mismo camino de retorno.

Describiremos a continuación la construcción de este espacio de cooperación logrado, con una actividad sostenida a lo largo de diez años.

En el caso de la Cooperación entre tribunales de Chile y los tribunales provinciales de Mendoza, el acercamiento se produjo a partir del “Tratado de Maipú, sobre Integración y Cooperación entre la República de Argentina y la República de Chile” suscrito el 30 de Octubre de 2009. Este es un convenio marco, en la integración bilateral y cuyo principal objeto es vincular a las provincias argentinas con las regiones chilenas. La labor de acercamiento se realiza a través de los Comités de Integración, donde se trabaja en “Comisiones” que abordan distintas actividades específicas tales como: cuestiones de frontera; barreras fitosanitarias; cuestiones de Turismo; lo atinente a Gendarmería y Carabineros; Actividades Universitarias; Cuestiones Aduaneras, etc.; en 2011 se creó la “Comisión de Cooperación Judicial”, en oportunidad de realizarse en Mendoza la XXX Reunión del Comité de Integración Sistema Paso Cristo Redentor” en fecha 1 y 2 de Setiembre de 2011. Esto permitió que jueces locales de



Mendoza, nos vinculáramos con jueces del vecino país y así comenzáramos a trabajar en un primer momento en una actividad de conocer nuestras respectivas legislaciones. Al año siguiente se convocó en Mendoza, el “Primer Seminario Internacional de Cooperación Judicial argentino-chilena”, en fecha 29 y 30 de marzo del año 2012. Ese encuentro se produjo en el Salón de actos de la Suprema Corte local y contó con la presencia de los embajadores tanto de Argentina, en ése momento el Dr. Ginés González García, y el embajador de la República de Chile, Sr. Adolfo Zaldívar Larraín.

En este fecundo escenario de integración Subregional fue naciendo un vínculo estrecho entre jueces de uno y otro lado de la cordillera. Citamos a modo de antecedente, las distintas reuniones de la Comisión de Cooperación Judicial Internacional en el marco de los Comités de Integración Paso Cristo Redentor a partir del primero de Mendoza en 2011; la XXXI Reunión realizada en San Sebastián, Región de Valparaíso, en fecha 30 y 31 de agosto de 2012; XXXII Reunión del Comité realizada en Mendoza en fecha 9 y 10 de Mayo de 2013; XXXIII Reunión del Comité realizada en Valparaíso en fecha 6 y 7 de Noviembre de 2014; la XXXIV Reunión realizada en Mendoza, los días 20 y 21 de Octubre de 2015; también se cita la XXXVI Reunión, realizada en fecha 14 y 15 de Junio de 2017 en Potrero de los Funes, provincia de San Luis, Argentina y la XXXVII Reunión de Concón, República de Chile que tuvo lugar en fecha 7 y 8 de Mayo de 2018.

En este marco de acercamiento, se realizaron distintos Seminarios organizados entre la Corte de Mendoza y el Superior Tribunal de Justicia de Chile. El primero tuvo lugar en Mendoza como ya se dijo y partir de allí se realizó el Segundo Seminario en Santiago de Chile en fecha 10 y 11 de octubre de 2013; Tercer Seminario realizado en Mendoza en fecha 30 y 31 de Octubre de 2014; Cuatro Seminario realizado en Santiago de Chile en fechas 15 y 16 de Octubre de 2015; la última reunión se concretó en fecha 10 de Agosto de 2017 con la visita de funcionarias del Superior Tribunal de Justicia de la República de Chile a nuestra provincia.

De toda esta actividad se concretó la tramitación comisiones rogatorias de mero trámite, utilizando la vía judicial prevista por el Art. 4° de la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado de Panamá, 1975. Todo ello en razón de encontrarse vigente dicho instrumento internacional en ambos países, avalado por el art. 33 del Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los estados partes del Mercosur y las Repúblicas de Bolivia y Chile; dicha norma establece la cláusula de compatibilidad de tratados que resulten más beneficiosos para la cooperación. El acuerdo alcanzado se encuentra en el marco de las disposiciones del Tratado de Maipú de 2009 que fomenta la Integración Subregional entre provincia argentina y región chilena.

La Cooperación se concretó en los hechos, en 2017 para las tramitaciones de exhortos desde Tribunales de Mendoza a la República de Chile. La misma se verifica a través de la remisión de la documentación por intermedio de Correo Expreso servicio puerta a puerta con una demora de transmisión aproximada de una semana. Se tramita en el país transandino y luego se la recibe en la provincia, siguiendo el mismo camino desde el Chile.

Desde mediados del año pasado, en que comenzó la pandemia por COVID-19, se acordó en remitir la documentación en forma digitalizada a través de correo electrónico desde la Corte local a la Corte Suprema de Chile.

## **5. La era de los medios telemáticos**

Estimamos que a la hora de agilizar y facilitar la Asistencia Judicial Internacional, la gran solución consiste en transmitir y tramitar las comisiones rogatorias en formato telemático<sup>7</sup>. Piénsese en la obtención en la autoridad local de un “archivo” que contenga el exhorto digitalizado y la documentación adjunta en

---

<sup>7</sup> Tal como se dijo precedentemente, es lo que se está haciendo desde Mendoza a Chile en actos de mero trámite.

el mismo formato. A decir verdad, no hay modo más ágil que éste, en razón de que el tiempo de transmisión es inmediato y al tiempo de un “click” el exhorto se encuentra en la autoridad requerida, superando el gran dispendio de tiempo que implica la tramitación en soporte papel.

En una reciente publicación, he participado con un trabajo titulado: “¿Son trasladables al mundo del derecho, algunas soluciones adoptadas para afrontar la pandemia global? Una mirada desde las tramitaciones judiciales internacionales”<sup>8</sup>; puede leerse allí: “Volviendo entonces a la realidad actual de nuestros días con predominio de atmósfera enrarecida por la pandemia del COVID-19, advertimos una desesperante situación que ha llevado a todos los sectores sociales y gubernamentales a buscar soluciones que permitan garantizar el aislamiento obligatorio dispuesto por las autoridades gubernamentales. Así los médicos atienden las consultas de sus pacientes -siempre que el cuadro así lo permita- vía plataformas informáticas y a través de videoconferencias; se emiten recetas virtuales y se envían a través de correos electrónicos o por intermedio de redes disponibles a través de teléfonos celulares.

Las casas de las leyes en su función legislativa, comienzan a sesionar a través de videoconferencias.

Las facultades están impartiendo clases y practicando evaluaciones de manera remota. A nivel laboral se impone el “teletrabajo”, es decir, respetando el aislamiento la gente trabaja sin moverse de sus domicilios y remite a través de correo electrónico u otros modos informáticos, la producción hecha casa.

Este estado de cosas genera un impulso acelerado hacia el uso de modos telemáticos para evitar el contacto personal.

Si esta emergencia sanitaria nos muestra que herramientas tales como correos electrónicos y videoconferencias desde teléfonos personales o notebooks, son los únicos modos posibles

---

<sup>8</sup> STOCO GIMENA, Roberto Adolfo, *Derecho de la Unión Europea e Integración Regional. Homenaje al Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo*, Madrid: Edit. Tirant lo Blanch, 2021, p. 1011.

para traccionar un mundo totalmente paralizado, pues se garantiza el aislamiento y concreta el difundido slogan “Quedate en Casa”, nos planteamos si no es factible capitalizar la coyuntura para que toda esta agilización de medios informáticos puestos a disposición de la vida, se instalen definitivamente, esto es, que hayan venido para quedarse y no, que desaparezcan una vez superada la emergencia.

Después de toda la experiencia, ¿podrán los organismos encargados de la tramitación continuar del mismo modo en que lo venían haciendo?”

“Los medios tecnológicos están disponibles, las legislaciones imponen su uso en el logro de eficacia y rapidez, podremos lograr un cambio de actitud ?, si la respuesta es afirmativa, habremos aprendido, y si no, habremos perdido la posibilidad de ser mejores, después de tantas vidas perdidas y tanto dolor irrogado”<sup>9</sup>.

## **I. Notificación vía Whatsapp**

“La Sala en FERIA de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil<sup>10</sup> confirmó la notificación de la fijación de alimentos provisorios mediante el sistema de Whatsapp al progenitor residente en Vancouver, Canadá, en los autos “B.L.V.P.y otros c/D.C.S. s/ -alimentos modificación.

El juez de grado desestimó oportunamente dicho pedido efectuado por la actora. Al respecto consideró que “esa vía no reúne las formalidades necesarias para la construcción de actos procesales válidos como sustento de un avance eficaz y seguro del proceso.

---

<sup>9</sup> STOCCO, Roberto Adolfo, “Derecho de la Unión Europea ....”, Op. Cit. p. 1021.

<sup>10</sup> “Procede la notificación de alimentos provisorios mediante Whatsapp al progenitor residente en Canadá”. Publicado en [www.abogados.com.ar](http://www.abogados.com.ar), , fecha lunes 8 de febrero de 2021.

Contra dicha decisión se alzó la actora manifestando que el tiempo que demoraría la notificación mediante exhorto internacional en las condiciones sanitarias de público conocimiento, atentaba contra la tutela de los derechos discutidos.

Las Dras. Bermejo y Benavente manifestaron que les resultaba viable acudir a las herramientas tecnológicas actualmente disponibles, “con el objetivo de facilitar a las partes el acceso a la justicia. Ello en virtud de que la medida referida era en protección del derecho de una persona menor de edad.

En dicho marco las camaristas autorizaron la notificación por medio de Whatsapp bajo la responsabilidad de la parte actora y por el plazo que corresponde de acuerdo a lo dictado en el art.158 del código...”.

Este caso nos pareció interesante incluirlo en el marco del Deber General de Cooperar en razón de que ordenó utilizar esta herramienta gratuita de uso masivo, muy expeditiva. También se hace referencia al tiempo de demora en la tramitación del exhorto internacional. Esta herramienta constituye un modo ágil para facilitar y agilizar la cooperación jurisdiccional internacional.

## **II. Comunicaciones Judiciales Directas. Art. 2612 CCCN**

La norma en análisis plantea varios aspectos de la asistencia procesal internacional, no obstante, nos interesa referirnos a las Comunicaciones Directas. Establece la norma en su parte pertinente: *“Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso”*.

Esta valiosa herramienta incorporada no debe circunscribirse al ámbito de las sustracciones internacionales de menores, pues si bien se reconoce que tales prácticas se han originado en el ámbito del foro de La Haya, con franca vinculación a los jueces del enlace en el ámbito de las restituciones de niños. Adviértase que no hay en el texto condicionamien-

to, por tanto, puede utilizarse esta práctica para otros aspectos procesales.

*a. LD 6034/2020. Tribunal de Treviso, República de Italia*

A modo de ejemplo, queremos citar el caso que se presentó por ante un tribunal concursal de la ciudad de Mendoza. La plataforma fáctica fue la siguiente: El tribunal de Treviso, República de Italia solicita con fundamento en la Convención de La Haya de 1965 asistencia judicial a fines de practicar una notificación con traslado de una frondosa documentación a entregar al interesado con domicilio en la provincia. A través del notificador interviniente se procede verificar la tramitación con individualización de la persona y entrega del traslado remitido desde el tribunal extranjero. Una vez verificada, se presenta en el tribunal el profesional de la Empresa local y denuncia que, entre los documentos dejados como traslado, hay un faltante de documentación. Verificada la situación por ante el tribunal local, se determina que efectivamente no se encuentra parte de las piezas invocadas, ni tampoco recibidas efectivamente, en razón de los cargos respectivos en el tribunal interviniente. Planteada la situación, mediante dictamen fundado en la norma en análisis se propuso a la Sra. magistrada interviniente la posibilidad de contactar con el estado extranjero y solicitar la documentación faltante. Se fundó el dictamen en el Deber General de Cooperación del Art. 2611 y como modo de garantizar este Deber, la herramienta de la Comunicación Judicial Directa. Se le propuso verificar la misma a través de comunicación telefónica, e-mails, o bien, videoconferencia. La juez entendió que era procedente la aplicación de esta normativa y prefirió la utilización de la comunicación telefónica; por intermedio de la Unidad de Cooperación y con la participación de la secretaria del tribunal requerido, se ventilo una comunicación telefónica, la que previamente se organizó vía e-mails. En dicha comunicación se expuso al tribunal requirente la necesi-

dad de remitir la documentación faltante. Se acordó en definitiva la remisión de la misma, extremo que se concretó meses después a través de un nuevo redespacho de documentación. Contando con la documentación reclamada, se procedió a una nueva notificación, la que se concretó en el domicilio denunciado. Verificada la solicitud de asistencia se procedió a su devolución por el conducto de la autoridad central argentina, que fue la vía por la cual la misma tramitó.

Este caso nos ha permitido vislumbrar que estas comunicaciones pueden ser de gran utilidad para casos como el de marras, donde pudo sanearse la recepción de una parte de la documentación no enviada. También nos pareció pertinente, como lo hicimos en el dictamen del caso en análisis, hacer coadyuvar al deber General de Asistencia con las comunicaciones judiciales directas, en tanto estas últimas pueden ser el elemento dinámico en la concreción del Deber General de Cooperar. Evidentemente la vida procesal, siempre más rica que las previsiones, irán dando cuenta de nuevas situaciones donde pueda aplicarse el instituto.

## **6. Conclusiones**

Las disposiciones del Código Civil en los arts. 2611 y 2612 ponen al derecho argentino a la altura de los tiempos en materia de cooperación judicial internacional.

De acuerdo a los datos estadísticos que maneja la SEJUCAI no han habido más casos desde la entrada en vigencia de estas disposiciones, pero en lo cualitativo el Deber General de Cooperar legitima la labor del juez como director del proceso en la búsqueda del modo más idóneo, en nuestra opinión el modo más expedito que permita en el caso concreto facilitar y agilizar una tramitación internacional, siempre claro está, que sea factible poder arbitrar entre distintas vías posibles de acuerdo al tipo de cooperación de que se trate y las posibilidades que conlleva el convenio que resulte aplicable.

Este comportamiento diligente de nuestros jueces, hará que los artículos reseñados no queden dibujados en la normativa y que con el tiempo se enmarquen en un maravillo cuadro estático, como bien se sabe que ocurre con diversas normas codificadas. Se propone algo muy distinto y es el rol activo de los jueces para facilitar y agilizar la asistencia.

El legislador ha hecho su parte, ha consagrado estos criterios, pero ya sabemos que la hora de la verdad se da en lo Sociológico, es rol de los jueces protagonizar el efectivo ejercicio del Deber General de Cooperar.

Si levantamos el foco de análisis es dable al menos recordar que la llave del acceso a la justicia, a un proceso justo con garantías del debido proceso está íntimamente conectado con una diligente cooperación judicial internacional. No hablemos de protección a los DDHH donde en un proceso una notificación demora 6 u 8 meses, o un año; preguntémonos también si con estos tiempos de demora, que se traducen en prolongaciones interminables de los procesos, no hay una causa más para que el hombre de a pie desconfíe de la justicia.

A nuestro entender, con las dos normas descriptas, se puede hablar de un antes y un después en materia de asistencia. Breaguemos para que, en los hechos, los mismos se concreten.



EL ARTÍCULO 2610 “IGUALDAD DE TRATO”,  
CAPÍTULO 2, “JURISDICCIÓN INTERNACIONAL,  
TÍTULO IV, “DISPOSICIONES DE DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO, LIBRO SEXTO, CÓDIGO  
CIVIL Y COMERCIAL DE NACIÓN, UN HITO EN LA  
EVOLUCIÓN REGIONAL EN EL TRATO AL LITIGANTE  
AJENO AL FORO

Eduardo Tellechea Bergman\*

*En la América del Sud la materia se simplifica y las dificultades se desvanecen, porque gozando los extranjeros de los mismos derechos civiles que los nacionales, deben tener un acceso igualmente fácil a los Tribunales en demanda de justicia. Si el extranjero goza en los países sudamericanos de todos sus derechos civiles ¿Qué derechos serían esos que cualquiera podría vulnerar impunemente? La administración de justicia no es una prerrogativa del soberano, ni un privilegio del nacional, es por el contrario una garantía de la per-*

---

\*Profesor de Derecho Internacional Privado: Maestría de Relaciones Internacionales, Escuela de Postgrado, Facultad de Derecho - Universidad de la República; Centro de Postgrados, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo; Maestría en Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Miembro Ad Honorem del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado y de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, ASADIP. Director, años 1985 - 2010 de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional de Uruguay. Delegado de Uruguay a las CIDIP. Presidente, años 1992 - 2010, de la Delegación de Uruguay a la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur.

*sona y un deber del Estado. Sin justicia eficaz, no se concibe derecho efectivo*<sup>1</sup>.

SUMARIO: 1. LA NO DISCRIMINACIÓN AL FORÁNEO, UNA PREOCUPACIÓN DESDE LOS INICIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN NUESTROS PAÍSES; 2. LOS DESARROLLOS INICIALES DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA; 3. RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN PROCESAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LOS AÑOS OCHENTA DEL SIGLO VEINTE; 4. TRATAMIENTO DE LA CONDICIÓN PROCESAL DEL LITIGANTE FORÁNEO EN LOS ACUERDOS DEL MERCOSUR; 5. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN PROCESAL EN LOS DERECHOS NACIONALES DE LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR A PARTIR DEL PROTOCOLO DE LAS LEÑAS; 6. LA IGUALDAD DE TRATO PROCESAL EN LOS PRINCIPIOS DE ASADIP SOBRE ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA Y DE ALI/UNIDROIT; 7. LA IGUALDAD DE TRATO PROCESAL CONSAGRADA POR LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LOS ESTADOS DEL MERCOSUR Y EN ESPECIAL, POR EL ARTÍCULO 2610 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, CONSTITUYE UN AVANCE DE SIGNIFICATIVO A INCLUIR EN UNA NECESARIA PUESTA AL DÍA DEL MARCO CONVENCIONAL DE LA COOPERACIÓN JURISDICCIONAL A NIVEL CONTINENTAL.

---

<sup>1</sup> Palabras de Manuel Quintana transcritas por RAMÍREZ, Gonzalo, *El Derecho Procesal Internacional en el Congreso Jurídico de Montevideo*, Montevideo: Imprenta Central, 1892, p. 175.

## **1. La no discriminación al foráneo, una preocupación desde los inicios en el Derecho internacional privado de nuestros países**

### **I. Los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional**

En ocasión del Congreso Sudamericano de Derecho Internacional de Montevideo de 1888 – 1889, del que emergieron los Tratados de 1889, el representante argentino, Manuel Quintana, uno de los Delegados más relevantes en el Congreso, junto a nuestro compatriota Gonzalo Ramírez, gran propulsor de los Tratados, hace referencia a las conclusiones de la Sesión de Zúrich de 1877 del Instituto de Derecho Internacional, en las que se proclamara: “El extranjero deberá ser admitido en juicio en las mismas condiciones que el nacional, es decir, en completa igualdad” y expresa los conceptos transcritos en el acápite de este trabajo, que suscribimos plenamente, y que en puridad constituyen la prefiguración teleológica del artículo 2610.

El Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 es sensible a tales planteos y acoge el principio de indiscriminación en el artículo 1º, preceptuando: “Las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas a los casos ocurrientes ya sean nacionales o extranjeras la personas interesadas en la relación jurídica de que se trate”<sup>2</sup>. Disposición mantenida, cincuenta años más tarde, por el artículo 1º del Protocolo Adicional a los Tratados de 1940.

Textos de los que surge explícito el rechazo a todo trato discriminatorio, incluso en lo procesal, hacia el extranjero, pero que resultaron insuficientes para determinar la derogación o no aplicación por las jurisprudencias de los Estados

---

<sup>2</sup> Principio de indiscriminación recibido en los albores de la construcción jurídica sudamericana, por la Constitución de Cundinamarca de 1811 de la Gran Colombia, e incorporado luego en el Código Civil de Chile de 1855, de Andrés Bello, en la llamada “regla de oro”, artículo 55, “La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero”.

Partes de aquellas normas que discriminaban al foráneo, ya exigiéndole en tanto actor la prestación de fianza de arraigo, ya invirtiendo en perjuicio de la parte ajena al foro la carga de la prueba, ya considerando la cualidad de no domiciliado en el foro del deudor demandado condición suficiente para la traba de medidas cautelares sobre su patrimonio.

## II. El Código de Bustamante

La otra codificación continental clásica del Derecho Internacional Privado, el Código de Bustamante, La Habana, 1928, no obstante regular expresamente acerca de la no discriminación al foráneo, concediendo a los nacionales de los Estados contratantes el beneficio de defensa por pobre en las mismas condiciones que a los locales y excluyendo expresamente en relación a los mismos la imposición de la fianza de arraigo, la inversión de la carga de la prueba y la pertinencia de embargos preventivos fundados en la mera condición de ajeno al foro del deudor demandado, Libro Cuarto, "Derecho Procesal Internacional", Título Cuarto, "Del Derecho de Comparecer en Juicio y sus Modalidades", artículos 382 a 387<sup>3</sup>, tampoco logra una efectiva recepción de

---

<sup>3</sup> Código de Bustamante, Libro Cuarto, "Derecho Procesal Internacional", Título Cuarto, "Del Derecho de Comparecer en Juicio y sus Modalidades": artículo 382, "Los nacionales de cada Estado contratante gozarán en cada uno de los otros del beneficio de defensa por pobre en las mismas condiciones que los naturales; artículo 383, "No se hará distinción entre nacionales y extranjeros en los Estados contratantes en cuanto a la prestación de la fianza para comparecer en juicio"; artículo 384, "Los extranjeros pertenecientes a un Estado contratante podrán ejercitar en los demás la acción pública en materia penal, en las mismas condiciones que los nacionales; artículo 385, "Tampoco necesitarán esos extranjeros prestar fianza para querellarse por acción privada, en los casos en que no se exija a los nacionales; artículo 386, "Ninguno de los Estados contratantes impondrá a los nacionales de otro la caución *judici sisti* o el *onus probandi* , en los casos en que no se exijan a sus propios naturales"; artículo 387, "No se autorizarán embargos preventivos, ni fianza de cárcel segura ni otras medidas procesales de índole análoga, respecto de los nacionales de los Estados contratantes por la sola condición de extranjeros". El Código de Bustamante fue

sus soluciones en materia de igualdad de trato procesal en la normativa nacional de las Partes.

### III. La doctrina

Frente a este panorama, a nivel de doctrina, el maestro Couture, en ocasión del Primer Congreso Nacional – argentino– de Ciencias Procesales, celebrado en Córdoba en 1939, expresaba:

“Es evidente que la fianza de arraigo toma partido por la aversión hacia el extranjero. La sociedad en que vivimos, felizmente, no obstante, los desfallecimientos que pareciere tener en estos momentos, ha progresado en este sentido. Desde el punto de vista de la consagración positiva, no tengo, sino que referirme a los textos en los cuales están suprimidas éstas fianzas. Opiniones de los más reputados maestros aconsejan su supresión y los tratados intencionales tienden a suprimirla”<sup>4</sup>. De manera coincidente, pocos años más tarde, el iusprivatista argentino, Víctor Romero del Prado, califica la fianza de arraigo como “resto atenuado de prejuicios contra el extranjero”<sup>5</sup>. Y en la misma época, en el ámbito europeo, se pronuncia en similar sentido el procesalista Gaetano Morelli, señalando que desde el punto de vista del ordenamiento jurídico internacional, la obligación del Estado de conferir al foráneo capacidad de sujeto procesal atribuyéndole en particular la capacidad de accionar, debe considerarse como necesario complemento de la obligación de-

---

aprobado por: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. Argentina, Paraguay y Uruguay, Estados Partes de los Tratados de Montevideo, por razones técnicas, no ratificaron el Código.

<sup>4</sup> COUTURE, Eduardo, en: *Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales*, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1942, p.356.

<sup>5</sup> ROMERO DEL PRADO, Víctor, *Derecho Internacional Privado*, T.III, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1961, p.360.

rivada de la norma consuetudinaria que reconoce al extranjero personalidad jurídica<sup>6</sup>.

## **2. Los desarrollos iniciales de la Conferencia de La Haya**

La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, desde sus etapas iniciales atiende la condición procesal del litigante foráneo. El Convenio de 1905 sobre Procedimiento Civil, dispone: “Ninguna caución o depósito, bajo cualquier denominación que sea podrá imponerse, sea en razón de la calidad de extranjeros, sea por la falta de domicilio o residencia en el país, a los nacionales de los Estados Partes que sean demandantes en otro de estos Estados”. Principio de no discriminación reafirmado más tarde por el Convenio de octubre de 1954 sobre Procedimiento Civil, Capítulo III, “Cautio Judicatum Solvi”, en especial, artículo 17; previendo, además, en el Capítulo IV, “Asistencia Judicial Gratuita”, artículos 20 a 24, que a los súbditos de cada uno de los Estados contratantes se les concederá en los demás Estados Partes el beneficio de pobreza en igualdad que a los nacionales del Estado en donde se solicite la defensa gratuita.

## **3. Recepción del principio de no discriminación procesal en el Derecho internacional privado de los años ochenta del siglo veinte**

La incidencia de regulaciones internacionales de significativa relevancia en materia de derechos fundamentales a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 8 y 10<sup>7</sup> y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

---

<sup>6</sup> MORELLI, Gaetano, *Derecho Procesal Civil Internacional*, Buenos Aires: EJE, 1953, p.77, traducción al español de *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938.

<sup>7</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 8, “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos funda-

Hombre, artículo XVIII<sup>8</sup>, ambas de 1948, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16.12.1966<sup>9</sup>, artículo 14<sup>10</sup>; y la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica del 19.12.1966<sup>11</sup>, artículos 8 y 25<sup>12</sup>, textos incompatibles con cualquier tratamiento procesal discriminatorio, son determinantes de nuevos desarrollos convencionales que atendieron la igualdad de trato procesal, así como de cambios en las regulaciones normativas na-

---

mentales reconocidos por la constitución o por la ley”; artículo 10, “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

<sup>8</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVIII, “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer vales sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

<sup>9</sup> Aprobado por Uruguay por Ley 13.751 de 11.7.1969.

<sup>10</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1, “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...”

<sup>11</sup> Aprobada por Uruguay por Ley 15.737 de 8.3.1985.

<sup>12</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8, “Garantías Judiciales “ numeral 1, “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”; artículo 25, “Protección Judicial”, numeral 1, “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

cionales y en la postura de las jurisprudencias de los países sobre el tema<sup>13</sup>.

## **I. Desarrollos regionales**

A principios de los años ochenta se concluye entre la República Argentina y la República Oriental de Uruguay el Convenio sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos<sup>14</sup>, cuyo artículo 1º proclama: “Los domiciliados en un Estado Parte gozarán ante los tribunales del otro del mismo trato procesal de que gozan quienes en él se domicilian”. Convenio que no distingue entre personas físicas y jurídicas, correspondiendo inferir que ambas están contempladas atento al alcance amplio de la disposición, empleándose la conexión domicilio en la medida que los Tratados de Montevideo Civil Internacional y de Derecho Comercial Internacional, ratificados por ambos Estados, la acogen tanto para las personas físicas, cuanto para las personas jurídicas.

Similar solución es consagrada, entre otros, por el Convenio coetáneo, aprobado entre la República Oriental del Uruguay y la República de Chile sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, artículo 1º<sup>15</sup> y también por el Convenio entre la República Oriental del Uruguay y la República del Perú sobre Igualdad de Trato Procesal<sup>16</sup>.

## **II. La Conferencia de La Haya**

En la misma época, en la Decimocuarta Sesión, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado aprueba el Convenio para Facilitar el Acceso Internacional a la

---

<sup>13</sup> Ver al respecto, SOSA, Gualberto L., “Cooperación judicial transnacional en el MERCOSUR”, en: *El Derecho Procesal en el Mercosur- Libro de Ponencias*, Santa Fe: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - Universidad Nacional del Litoral, 1997, p. 340.

<sup>14</sup> El Convenio fue aprobado por Uruguay por Decreto - Ley 15.110 de 17.3.1981.

<sup>15</sup> Convenio aprobado por Uruguay por Decreto - Ley 15.251 de 26.3.1982.

<sup>16</sup> Aprobado por Uruguay por Decreto - Ley No. 15.721, vigente desde el 2.2.1989.



Justicia, firmado el 25.10.1980, que en el artículo 1º consagra, con amplitud, el derecho de las personas que tengan la nacionalidad de un Estado Parte o residencia habitual en él, a gozar en los otros de asistencia judicial en materia civil y comercial en las mismas condiciones que sus pares locales; y en el artículo 14 dispone: “no podrá exigirse caución o depósito de clase alguna de las personas físicas o jurídicas que tengan su residencia habitual en uno de los Estados contratantes y que sean demandantes o intervinientes ante los tribunales de otro Estado contratante por el sólo motivo de su condición de extranjeros o de no estar domiciliados o ser residentes en el Estado en que se hubiere iniciado el procedimiento. La misma norma se aplicará al pago que pueda exigirse para garantizar las costas judiciales a los demandantes intervinientes”. El Relator de la Convención, Gustaf Moller, al comentar esta norma señala como sensible mejora respecto a los textos anteriores, la expresa mención a las personas morales, “es decir, a las sociedades y las asociaciones”<sup>17</sup>.

#### **4. Tratamiento de la condición procesal del litigante foráneo en los acuerdos del Mercosur<sup>18</sup>**

---

<sup>17</sup> Ver al respecto, MOLLER, Gustaf, *Conférence de la Haye de droit international privé. Convention tendant a faciliter l'accès international a la justice. Tirage a part des Actes et documents de la Quatorzième Session et Rapport explicatif*, La Haye : Bureau Permanent de la Conférence, 1983, pp. 281 - 283.

<sup>18</sup> Ver al respecto, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *Derecho Internacional Privado*, Título III, “Condición Procesal del Litigante Ajeno al Foro”, Montevideo: LA LEY – Uruguay, 2010, pp. 131 - 148; “Desarrollos Necesarios en el Ámbito Interamericano en Materia de Condición Procesal del Litigante Foráneo y Asistencia Judicial Internacional”, en: KLEINHEISTERKAMP, Jean - Gonzalo LORENZO IDIARTE, Gonzalo (dirs.), *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Montevideo: Max - Planck Institute - Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 519 - 528; “Condición Procesal del Litigante Foráneo en el Derecho Internacional Privado Interamericano, del Mercosur y Uruguayo de Fuente Nacional”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión - Mercosur*, año 3, No.6, 2015, pp. 323 - 336.

El principio de no discriminación procesal al ajeno al foro, es profundizado en el ámbito subregional por sendos Convenios concluidos en 1991 por la República Argentina y por la República Oriental del Uruguay con la República Federativa del Brasil sobre Cooperación Judicial Internacional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa<sup>19</sup>, respectivamente, Capítulo VII, “Disposiciones generales”, artículos 27 y 28; y Capítulo VI, “Igualdad de Trato Procesal”, artículos 21 y 22, precedentes directos de las soluciones consagradas al año siguiente por el Protocolo de Las Leñas.

**I. Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión 05/92 y Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02<sup>20</sup>**

---

Ver, asimismo, SCOTTI, Luciana B., *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: Thomson Reuters, LA LEY, 2017, pp.188 - 195. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, Décima Edición actualizada por PERUGINI ZANETTI, Alicia M., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, pp. 829 - 839. VESCOVI, Eduardo, *Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el Mercosur y América*, Capítulo III, “La Condición Procesal del Litigante Foráneo”, Montevideo: Ediciones Idea, 2000, pp.63 - 68; “Aspectos generales del sector del derecho procesal civil intencional privado”, en colaboración con FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, en: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (dir.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires: Zavalía Editor, 2003, pp. 357 - 363.

<sup>19</sup> El Convenio uruguayo - brasileño de Cooperación Judicial fue ratificado por Uruguay por Ley 16.728 de 5.12.1995.

<sup>20</sup> El Protocolo se encuentra vigente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, que lo aprobó por Ley 16.971 de 15.6.1998.

Iguales soluciones son legisladas por el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Estados ratificantes: Argentina, Brasil, Paraguay y Chile. Estados adherentes: Ecuador y Perú. Según información aportada por la

El Protocolo, Capítulo III, "Igualdad de Trato Procesal", artículo 3, asegura a las personas físicas, ciudadanos o residentes permanentes de un Estado Parte actuante ante tribunales de otro, libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses en igualdad de condiciones con sus pares locales. Equiparación que supone excluir eventuales discriminaciones al foráneo en su capacidad procesal o a que se invierta en su perjuicio la carga de la prueba. El principio de igualdad consagrado implica asimismo que comprobada que fuere la carencia de recursos de la persona ajena al foro, se le otorgue la asistencia procesal que se brinda al litigante local en similar condición. Se reafirma de este modo una condición esencial a la justicia, la universalidad en su aplicación, de modo que su acceso no quede vedado a nadie, propio o extraño. Disposición de la que resulta que en el ámbito del Mercosur tanto los residentes permanentes de un Estado miembro, incluso en caso de ser nacionales de otros Estados, cuanto los nacionales de una de las Partes, aun cuando estuvieran radicados en un tercer país, gozarán ante los estrados de igualdad de trato procesal con su pares locales<sup>21</sup>. La igualdad de trato se extiende a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de las Partes.

Si bien el principio de igualdad procesal excluye, por definición, la posibilidad de imponer al foráneo cauciones o depósitos para acceder a los tribunales que no se exijan a los locales, dado que varios de los Derechos de los Estados Parte aún mantenían tales exigencias<sup>22</sup> y que ciertos desarrollos doctrinales las aceptaban como defensa del demandado lo-

---

Autoridad Central de Uruguay, actualmente se encuentra a estudio la aprobación del Acuerdo.

<sup>21</sup> Las mismas soluciones consagra el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile.

<sup>22</sup> Situación en la que no corresponde incluir a Uruguay, que, como se verá, ya había excluido en su normativa procesal nacional tales institutos discriminatorios.

cal ante demandas interpuestas por actores ajenos al foro, se consideró conveniente regular expresamente sobre el tema. Al respecto el artículo 4 dispone que ninguna caución o depósito, “cualquiera que sea su denominación”, sea impuesto por un Estado a personas físicas, ciudadanos o residentes permanentes de otras de las Partes o a personas jurídicas constituidas, autorizadas o inscriptas en alguna de ellas.

## **II. Acuerdos entre los Estados Partes del Mercosur y entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Jurídica Gratuita, Decisiones CMC 49 /00 y 50/00<sup>23</sup>**

Estos Acuerdos profundizan la equiparación del trato procesal de los litigantes ajenos al foro con los locales, confiriendo a los nacionales, ciudadanos y residentes habituales de las Partes, actuantes ante los tribunales de las otras, en igualdad de condiciones con sus pares locales, los beneficios de litigar sin gastos y de asistencia jurídica gratuita, artículo 1, siendo competentes para conceder estos beneficios las autoridades del Estado que tenga jurisdicción para conocer en el proceso en el cual se solicitan, artículo 2. La oportunidad procesal para presentar la solicitud, los extremos en los cuales la misma debe fundarse y cualquier otra cuestión procesal, se regirán por el Derecho del Estado con jurisdicción para conceder el beneficio, artículo 3, es decir, aquel, como se indicara, competente para conocer en la acción en la cual dicho tratamiento ha sido solicitado. El mismo ordenamiento ha de regir la eventual extinción del beneficio.

Asimismo, en los casos de cooperación jurisdiccional internacional de mero trámite, probatoria y cautelar, el dere-

---

<sup>23</sup> El Acuerdo entre los Estados Partes del Mercosur se encuentra vigente entre Brasil y Paraguay, habiendo entrado en vigor el 3.2.2007; y el Acuerdo entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, se encuentra vigente entre Brasil, Paraguay y Chile, habiendo entrado en vigor el 30.8.2007.

cho a litigar sin gastos concedido en el Estado requirente será reconocido en el requerido, artículo 4; y en igual sentido, el beneficio otorgado en el Estado de origen de la sentencia, será mantenido en el de presentación para su reconocimiento o ejecución, artículo 5.

En materia de reintegro internacional de menores y de conformidad con la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989, artículo 14, y el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, artículo 25, los Acuerdos comprometen a los Estados a adoptar medidas para lograr la gratuidad de los procedimientos, así como para informar a los interesados acerca de las defensorías de oficio y de los beneficios de litigar sin gastos y de asistencia jurídica gratuita a los que pudieren acceder, artículo 6.

En casos de reclamos internacionales de alimentos, se dispone que el beneficio de litigar sin gastos concedido en el Estado Parte donde se hubiera planteado el reclamo, será reconocido en aquel donde se solicitare el reconocimiento o la ejecución, artículo 7, solución paralela a la dispuesta por la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de Montevideo de 1989, artículo 14, párrafo segundo.

Los Estados Partes se comprometen, asimismo, a brindar asistencia jurídica gratuita en igualdad de condiciones con la ofrecida a sus nacionales o ciudadanos, a las personas que gocen del beneficio de litigar sin gastos, artículo 9.

Los Acuerdos prevén, además, la posibilidad de cooperación internacional probatoria específica para la materia, pudiendo requerir la autoridad competente para conceder el beneficio de litigar sin gastos información a las autoridades de los otros Estados sobre la situación económica del solicitante a través de pedidos formulados vía Autoridad Central, diplomática o consular y en zonas de frontera, directamente, sin necesidad de legalización, artículo 12.

El diligenciamiento de las actuaciones requeridas en el ámbito de la cooperación jurisdiccional internacional por personas que hayan obtenido los beneficios de litigar sin

gastos y asistencia jurídica gratuita en uno de los Estados Partes en materia civil, comercial, laboral y contencioso – administrativo, son exoneradas del pago de costas judiciales y demás gastos procesales, artículo 14.

El Estado que conceda el beneficio de litigar sin gastos y la asistencia jurídica gratuita en conformidad con el Acuerdo no podrá exigir reembolso alguno al Estado Parte al que pertenece el beneficiario, artículo 15.

Las soluciones legisladas por estos Acuerdos, que desarrollan y profundizan, en áreas muy sensibles, el principio de igualdad de trato procesal recibido por el Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y el Acuerdo paralelo entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, imponen la necesidad de su aprobación por los Estados que aún no lo hubieren hecho, como medio de facilitar, aún más, la realización de la justicia en la región.

## **5. El principio de no discriminación procesal en los derechos nacionales de los Estados Partes del Mercosur a partir del Protocolo de Las Leñas**

A diferencia de lo que aconteciera con textos anteriores, las soluciones de no discriminación al foráneo consagradas por el Protocolo de Las Leñas han tenido efectiva recepción en los Derechos de los Estados Partes.

### **I. Paraguay**

Frente a lo dispuesto por el artículo 225 del Código de Proceso Civil, que contempla la fianza de arraigo, la jurisprudencia de Paraguay ha hecho valer el artículo 4 del Protocolo del Mercosur respecto a actores, personas físicas -ciudadanos o residentes permanentes en los otros Estados Partes - o personas jurídicas - constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de las otras Partes. Así, acción de inconstitucionalidad No. 326/1999, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, en juicio, “Souza Cruz S.A. c/ la Vencedora S. A. s/nulidad de la

marca Hollywood”, Sentencia 268/2001, referida a un caso en que la parte actora, empresa constituida en Brasil (Cía. Souza Cruz), demanda por nulidad de marca a una empresa paraguaya (La Vencedora S.A.), que alega en su contestación la excepción de fianza de arraigo, fijándose la misma en la suma de Gs. 50.000.000. La empresa brasileña recurre y el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, revoca la resolución de primera instancia, frente a lo cual La Vencedora S.A., solicita la declaración de inconstitucionalidad de la resolución de segunda instancia. La Corte Suprema de Justicia al rechazar la acción de inconstitucionalidad, señala que la resolución del Tribunal “hace alusión al hecho de que nuestro país, como miembro del Mercosur, ha ratificado el Protocolo de Las Leñas, Ley 270/93, el cual dispone: “Ninguna caución o depósito (...)” agregando, “El análisis realizado por los jueces se ajusta a la legislación interna, sin que pueda inferirse del fallo vulneración de norma constitucional alguna. En estas condiciones corresponde el rechazo de la presente acción”<sup>24</sup>.

## II. Uruguay

El Código General del Proceso, Ley No.15.982 de 18.10.1988, entrado en vigor el 20.11.1989, determina cambios trascendentes en materia de realización transnacional de la justicia.

El Código consagra en el Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, artículos 524 a 543 inclusive, una completa regulación de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros en defecto de normas convencionales<sup>25</sup> y constituye junto al

---

<sup>24</sup> Jurisprudencia citada por PEROTTI, Alejandro, “Protocolo de Las Leñas. La excepción de arraigo en la jurisprudencia de los Estados del Mercosur”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, 3.9.2003, fascículo 10, pp.71 - 76.

<sup>25</sup> El Título X, “Normas Procesales Internacionales”, abarca: Capítulo I, “Principios Generales”; Capítulo II, “De la Cooperación Judicial Internacional”; Capítulo III, “De la Cooperación Judicial Internacional en Materia Cautelar”; Capítulo IV, “Del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras”.

Apéndice del Código Civil, Ley 10.084 de 3.10.1941, que ha de ser sustituido por la Ley General de Derecho Internacional Privado, No. 19.920, que entrará en vigencia en marzo de 2021 –textos que legislan todo lo relativo a la regulación de los casos privados intencionales y la jurisdicción internacional en caso de ausencia de normas convencionales– el otro pilar fundamental del sistema uruguayo de DIPr de fuente nacional. El Código General del Proceso supuso, además, la derogación en el Derecho uruguayo de todos aquellos institutos que como la *cautio iudicatum solvi* o la inversión de la carga de la prueba, suponían un trato discriminatorio para el litigante ajeno al foro, habiendo existido unanimidad en la Comisión Redactora del Código, integrada por los procesalistas, Profesores, Drs. Adolfo Gelsi Vidart, Enrique Vescovi y Luis Torello, así como en los redactores del Título “Normas Procesales Internacionales”, el maestro Dr. Didier Operti y el autor, que estas soluciones eran lesivas de principios constitucionales básicos, así como de tratados internacionales de superior jerarquía vigentes para la República. Posición que junto al Profesor Operti ya habíamos sostenido antes en artículo sobre el tema, en el que señaláramos que tales institutos “vulneraban claros mandatos constitucionales que hacen de la igualdad ante la ley un principio cardinal de nuestro sistema jurídico”, agregando, “de lo anterior se infiere la incompatibilidad de la fianza de arraigo con el conjunto del orden jurídico nacional, por lo cual debe considerársela abrogada”<sup>26</sup>.

Posteriormente, la Ley 18.250 de 6.1.2008, “Díctanse normas en materia de migración”, aprobada por amplia mayoría legislativa, en la misma línea del Código General del Proceso, y de modo explícito, reafirma el derecho de los migrantes y sus familias de acceder a la justicia, disponiendo en el

---

<sup>26</sup> OPERTTI, Didier - Eduadro TELLECHEA BERGMAN, “La *cautio iudicatum solvi* en el actual Derecho Internacional Privado uruguayo”, en: *IV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Maldonado, 19 a 22 de marzo de 1987, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1987, pp. 545 - 561.



artículo 1º: “El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares, sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho...al debido proceso y acceso a la justicia...”, agregando al respecto en el Capítulo III, “Derechos y Obligaciones de las Personas Extranjeras”, artículo 9, “La irregularidad migratoria en ningún caso impedirá que la persona extranjera tenga libre acceso a la justicia...”. Preocupación por asegurar la plena vigencia del principio de no discriminación al foráneo también acogida por la Ley 18.387 de 23.10.2008 sobre “Declaración judicial del concurso y reorganización empresarial”, artículo 242: “No existirá ninguna diferencia en el tratamiento de los acreedores nacionales y extranjeros...”.

### **III. Brasil**

Frente a una jurisprudencia no homogénea en la observancia del principio de igualdad procesal consagrado por el Protocolo de las Leñas respecto a la exigencia de la fianza de arraigo, prevista por el artículo 835 del Código de Procedimiento Civil, Ley 5.869 de 11.01.1973<sup>27</sup>, el principio de no discriminación procesal se reafirma plenamente, con el nuevo Código de Procedimiento Civil, Ley 13.105 de 16.3.2015, entrado en vigor el 15.3.2016, que en el Capítulo II, “De la Cooperación Internacional”, Sección I, “Disposiciones Generales”, artículo 26.II, consagra la “Igualdad entre nacionales y extranjeros, residentes o no en Brasil, en relación al acceso a la justicia y a la tramitación de los procesos, asegurándose asistencia judicial a los necesitados”.

---

<sup>27</sup> *Código de Procedimento Civil de 1973*, artículo 835, “O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente as custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento”.

#### IV. Argentina

Ya antes de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, la jurisprudencia rechaza la imposición de la fianza de arraigo prevista en normas procesales como el artículo 348 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, invocando lo dispuesto por textos convencionales que la excluían vigentes entre la República Argentina y el Estado al que perteneciera el actor. Tales, entre otros, lo resuelto en el caso *Petropol S. A.*, en el que el Juzgado Nacional Comercial No. 9, Resolución de 4.7.1995, rechaza la excepción de fianza de arraigo respecto a una empresa constituida en Uruguay, sosteniendo en referencia al artículo 3 del Protocolo de Las Leñas, “que el principio de igualdad de trato procesal por definición excluye cualquier posibilidad de imponer al foráneo cauciones o depósitos para acceder a los Tribunales”; así como Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 31.10.2002, “*Banco del Sol S.A. c/Provincia de Misiones, s/cobro de pesos*”, en que también en relación a una sociedad constituida en Uruguay, en aplicación del Convenio argentino - uruguayo sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, en vigor desde el 12. 5. 1981, se dispone: “no corresponde imponer a quien tiene su domicilio en la República Oriental del Uruguay la obligación de garantizar los gastos causídicos que ocasionare a la otra parte la tramitación del juicio, pues de lo contrario se le conferirá un trato procesal distinto al que se le otorga a un connacional con domicilio en el país, con total prescindencia de la legislación citada...”. De igual modo, jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, Sala 2, de fecha 06.09.1995, respecto a una empresa constituida en Brasil, autos, “*Sadia Concordia Industria e Comercio c/Sadia SA Empresa Constructora s/cese de uso de marca*”, en base a lo dispuesto por el artículo 28 del Acuerdo argentino - brasileño de Cooperación Judicial en vigencia desde el 18.5.1995.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Casos citados por PEROTTI, Alejandro Daniel, op. cit., pp.71- 76.

El Código Civil y Comercial de la Nación, Libro Sexto, “De las disposiciones comunes a los derechos reales y personales”, Título IV, “Disposiciones de derecho internacional privado”, Capítulo 2, “Jurisdicción internacional”, en el artículo 2610, “Igualdad de trato”<sup>29</sup>, traduce en breve pero preciso artículo, la evolución de los países de la región en la materia, legislando de manera explícita y con alcance general, el rechazo a cualquier discriminación procesal en perjuicio del litigante ajeno al foro. Con directos antecedentes en lo dispuesto por el Convenio bilateral sobre Cooperación Jurídica entre Argentina y Brasil concluido en 1991 y en el Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, Decisión CMC 05/92, Capítulo III, y con fundamento en textos de alcance mundial y continental sobre Derechos Humanos, se consagra con carácter universal, que los ciudadanos y residentes permanentes en el extranjero “gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derecho e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina, agregando, “Ninguna caución o depósito, cualquiera que sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado”. Igualdad de trato procesal que también alcanza a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero.

## **6. La igualdad de trato procesal en los Principios de ASADIP y de ALI/UNIDROIT**

Los Principios de ASADIP sobre Acceso Transnacional a la Justicia, aprobados en Buenos Aires en 2016, acogen la postura

---

<sup>29</sup> Ver al respecto valiosos análisis de SCOTTI, Luciana B., op. cit. y de FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. P., “Título IV: Disposiciones de derecho internacional privado. Capítulo 2, Jurisdicción internacional”, en: RIVERA, Julio C. - Graciela MEDINA, (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires: La Ley, 2014, p. 826.

regional antes expuesta y de manera coincidente, disponen específicamente en el Capítulo 2, “Tratamiento del litigante foráneo y asistencia jurídica subvencionada”, artículo 2.1: “Los Estados otorgarán a los litigantes extranjeros o con residencia foránea los mismos derechos que le confieren a sus nacionales o residentes. No es compatible con el derecho de acceso a la justicia exigir cauciones o garantías a los ciudadanos extranjeros o residentes foráneos cuando dicha exigencia no tenga otro fundamento que la ciudadanía extranjera, el domicilio o residencia en el extranjero, o cumplir con reglas de reciprocidad.” Agregando en el 2.2: “La asistencia jurídica gratuita o subvencionada en favor de nacionales o residentes de un Estado se prestará a los extranjeros o residentes foráneos que se encontraren en las mismas condiciones.”

Igualdad procesal también consagrada por los Principios de ALI/UNIDROIT sobre el Proceso Civil Transnacional. En tal sentido el Principio 3. 2, preceptúa que la igualdad procesal de las partes se opone a toda discriminación no justificada, de cualquier tipo que fuere, especialmente las fundadas sobre la nacionalidad o residencia de aquellas, previendo, además, que el tribunal ha de tomar en consideración las dificultades que encuentre una parte extranjera para poder actuar en el proceso.

**7. La igualdad de trato procesal consagrada por la evolución del derecho de los países del Mercosur y, en especial, por el artículo 2610 del Código Civil y Comercial de la Nación, constituye un avance significativo a incluir en una necesaria puesta al día de los distintos aspectos del marco convencional regulador de la cooperación jurisdiccional a nivel continental**

La cooperación jurisdiccional internacional en el ámbito interamericano es regulada por textos convencionales aprobados hace ya más de cuarenta años<sup>30</sup>. Convenios<sup>31</sup> que constituyen

---

<sup>30</sup> Las Convenciones de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero fueron aprobadas hace cincuenta

un verdadero código en la materia que ha servido para dinamizar la asistencia jurisdiccional en el ámbito continental, pero que en razón del tiempo transcurrido, requieren de imprescindibles actualizaciones y desarrollos.

**I. Actualización referida a la enunciación explícita del deber de prestar cooperación jurisdiccional en un amplio universo de materias**

El deber de prestar cooperación jurisdiccional, principio básico para asegurar la realización transnacional de la justicia, sin otro límite que la no afectación del orden público internacional del Estado requerido, es consagrado claramente por los artículos 2011 y 2012 del Código Civil y Comercial de la Nación. Obligación también acogida en el ámbito del Mercosur<sup>32</sup> por el artículo 14 del Protocolo de las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional en relación a la cooperación de mero trámite y probatoria, al imponer a las autoridades rogadas el deber de comunicar a las requirentes las razones del incumplimiento<sup>33</sup> y respecto a la cooperación cautelar, por el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, artículo 15. Disposiciones que no tienen similar en el ámbito interamericano.

---

años y las de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, hace cuarenta y seis años.

<sup>31</sup> A las mencionadas Convenciones cabe agregar algunos textos que desarrollan algunas de las soluciones de aquellas, tales, los Protocolos de Montevideo de 1979 a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y de La Paz de 1984 a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; y la Convención de la Paz de 1984 sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras.

<sup>32</sup> Así como también en el DIPr uruguayo de fuente nacional, Título X, "Normas Procesales Internacionales", *Libro Segundo del Código General del Proceso*.

<sup>33</sup> Por lo que la prestación del auxilio deja de ser una mera gentileza del Estado rogado para transformarse en una verdadera obligación.

Asimismo, la necesidad de asegurar la prestación de una asistencia de amplio espectro, superadora de restricciones en razón de materia que surgen de los artículos 2 de las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, que limitan el auxilio a lo civil y comercial, quedando a arbitrio de los Estados Partes extender por declaración, que no todos han realizado, su ámbito a otros temas, artículos 16 y 15 de los convenios mencionados, imponen una imprescindible puesta al día de los textos interamericanos.

## **II. Consagración del principio de igualdad de trato procesal**

Dentro de los desarrollos necesarios para lograr una mejor realización transnacional de la justicia en el continente, se inscribe, asimismo, la consagración explícita del principio de igualdad de trato procesal con carácter general y universal. Una convención interamericana moderna, que abarque en su totalidad la cooperación jurisdiccional internacional, no debe dejar de atender la condición procesal del litigante ajeno al foro, superando limitaciones y vacíos hoy existentes.

Así, en materia de limitaciones, la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículo 12, parte final, mantiene una solución obsoleta, fuertemente restrictiva del auxilio jurisdiccional, al prever: “El beneficio de pobreza se regulará por las leyes del Estado requerido”, disposición que abarca, de acuerdo al alcance de la Convención, artículo 2, literales a y b, tanto la prestación de asistencia mero trámite, cuanto probatoria<sup>34 35</sup>. Un texto interamericano sensible a los reque-

---

<sup>34</sup> Salvo reserva expresa de los Estados respecto a la aplicación de la Convención a este último nivel de asistencia.

<sup>35</sup> Criterio restrictivo, que textos posteriores han modificado de manera positiva respecto a niveles de cooperación más complejos, previendo que el beneficio de pobreza concedido en el Estado requirente sea mantenido en el requerido, Convención sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, artículo 16, en tanto que la Convención sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, artículo 5, dispone: “El benefi-

rimientos del acceso transnacional a la justicia, deberá consagrar de manera general, para todos los niveles de la asistencia jurisdiccional, la extraterritorialidad del beneficio, tal como lo consagran a nivel del Mercosur el Acuerdo sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Jurídica Gratuita, Decisión CMC 49/00 de 15.12.2000 y el texto espejo concluido entre el Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 50/00.

En cuanto al tratamiento general de la condición procesal del litigante foráneo, se impone concretar una regulación de alcance continental que legisle específicamente la igualdad de trato procesal de manera global, abarcando tanto las personas físicas cuanto las jurídicas, cuestión al presente sólo atendida, de modo parcial, en relación a las personas físicas, por las Convenciones Interamericanas de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias y sobre Restitución Intencional de Menores, artículos 14<sup>36</sup> y 23<sup>37</sup>, respectivamente. Los desarrollos del Mercosur sobre el tema, Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, Capítulo II, "Igualdad de Trato Procesal" y el texto espejo concluido con los Estados Asociados y muy especialmente, el artículo 2610 del Código Civil y Comercial de

---

cio de pobreza reconocido en el Estado de origen de la sentencia será mantenido en el de su presentación".

<sup>36</sup> Convención sobre Obligaciones Alimentarias, artículo 14, "Ningún tipo de caución será exigible al acreedor de alimentos por la circunstancia de poseer nacionalidad extranjera, o tener su domicilio o residencia habitual en otro Estado.

El beneficio de pobreza declarado en favor del acreedor en el Estado Parte donde hubiere ejercido su reclamación será reconocido en el Estado Parte donde se hiciere efectivo el reconocimiento o la ejecución. Las partes se comprometen a prestar asistencia judicial gratuita a las personas que gocen del beneficio de pobreza."

<sup>37</sup> Convención sobre Restitución Internacional de menores, artículo 23, "La tramitación de los exhortos o solicitudes contemplados en la presente Convención y las medidas a las que diere lugar serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución, cualquiera que sea su denominación".

la Nación, que legisla el principio con alcance universal, constituyen un hontanar desde el cual encarar, a través de una posición conjunta de los países de la región, una imprescindible tarea de actualización y profundización de la normativa interamericana referida a la realización de la justicia más allá de fronteras.



## **CAPÍTULO 4**

### **RELACIONES DE FAMILIA Y NIÑEZ**

I. ALBORNOZ, María Mercedes: “Argentina ante la gestación por sustitución transfronteriza”.

II. ANTÓN PÉREZ, Mariana: “La responsabilidad parental internacional y otros institutos de protección de la niñez y adolescencia: desafíos planteados en su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

III. BALTAR, Leandro: “La autonomía de la voluntad como criterio de ley aplicable en las uniones matrimoniales”.

IV. FRANCO, Mariana: “Consideraciones sobre la tramitación de los reclamos de alimentos en el extranjero. algunos aportes del Código Civil y Comercial en la materia”.

V. RUBAJA, Nieve: “Las disposiciones de Derecho internacional privado del Código Civil y Comercial de la Nación como vehículo para concretar el interés superior del niño”.

VI. URIONDO DE MARTINOLI, Amalia: “El caso Carolina, mujer argentina atrapada en Egipto”.

## ARGENTINA ANTE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA

María Mercedes Albornoz\*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA: CUESTIONES GENERALES; 3. LA FILIACIÓN Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN; 4. EL ARDUO CAMINO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ARGENTINA; 5. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y EN LOS PROYECTOS DE LEY MÁS RECIENTES; 6. REFLEXIONES FINALES.

### 1. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) ha cumplido en 2025 diez años de vigencia. Se está, por tanto, en un momento propicio para hacer un alto, observar cómo se lo ha venido implementando, si hay vacíos que merezcan ser llenados y reflexionar con miras al futuro. En eso consiste la propuesta de este capítulo, enfocada en la figura de la gestación por sustitución transfronteriza.

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) permiten que una mujer geste un embrión para que tenga descendencia otra persona o pareja que no puede gestar por sí misma.

---

\* Profesora investigadora titular, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Doctora y DEA en Derecho Internacional Privado, *Université Panthéon-Assas, Paris II*. Abogada, Universidad Nacional del Litoral. Miembro del Grupo de Expertos de filiación y gestación por sustitución de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y del Grupo de Expertos de *International Social Service* sobre gestación por sustitución.

En este ámbito, como en otros, se comprueba una vez más que la constante evolución de la tecnología plantea nuevos retos para el derecho. En particular, en materia de familias y filiación, la gestación por sustitución desafía el dogma “*mater semper certa est*” –en virtud del cual siempre hay certeza sobre quién es madre: la persona que da a luz–, demandando decidir qué peso conferirle a la voluntad procreacional<sup>1</sup>. Adicionalmente, es factible que la gestación por sustitución tenga elementos de internacionalidad y dé lugar a intrincados conflictos para cuya solución se requiera recurrir al derecho internacional privado.

A fin de estar en mejores condiciones de examinar la reacción del derecho argentino ante esta nueva realidad que no se detiene en las fronteras de un Estado, se comenzará con la presentación de algunas nociones generales y de la problemática en torno a la gestación por sustitución y a la gestación por sustitución transfronteriza. Posteriormente, se encuadrará el tema en el marco de la regulación de la filiación y las TRHA en el CCC argentino y se hará un breve recorrido por el arduo camino que la gestación por sustitución ha transitado en nuestro país. Luego se analizará la gestación por sustitución transfronteriza en el CCCN y en los proyectos de ley más recientes y se concluirá algunas reflexiones.

---

<sup>1</sup> Según Eleonora LAMM, la voluntad procreacional “es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento posterior”. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona: Publicacions y Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, p. 55. Andrés GIL DOMÍNGUEZ la define, de manera más amplia, desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, como “el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas”. *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*, Buenos Aires: Ediar, 2015, p. 13.

## **2. Gestación por sustitución y gestación por sustitución transfronteriza: nociones generales y problemática**

### **I. Nociones generales**

El universo de sujetos susceptibles de estar relacionados con un acuerdo de gestación por sustitución es bastante amplio. Como mínimo, debe haber una persona gestante y otra que le solicite la gestación. Esta última se denomina padre intencional –o madre intencional, según el caso–, o comitente. Sin embargo, es muy común que los comitentes sean una pareja conformada por una mujer y un hombre, dos hombres, o dos mujeres. Además, un sujeto de fundamental relevancia es aquél cuya gestación y cuyo nacimiento se busca recurriendo a las TRHA.

Adicionalmente, es esencial la participación de profesionales de la medicina y también debería ser indispensable la de profesionales del derecho y de la psicología. Igualmente, si la persona gestante fuese casada, podría requerirse el asentimiento de su cónyuge. Asimismo, en principio, uno o varios intermediarios podrían participar en la gestación por sustitución para poner en contacto a los padres intencionales con la gestante y su intervención podría implicar un involucramiento de mayor o de menor intensidad<sup>2</sup>. Finalmente, otros sujetos que podrían aparecer en escena son los donantes de gametos femeninos o masculinos.

Ahora bien, a pesar de la amplitud del elenco de sujetos que pueden estar vinculados con esta práctica, no todos ellos son parte del acuerdo de gestación por sustitución. Sólo lo son la gestante y los padres y/o madres intencionales. En

---

<sup>2</sup> No obstante, hay sistemas jurídicos que desincentivan la participación de intermediarios. Por ejemplo, según el artículo 380 Bis 4 del Código Civil para el Estado de Tabasco, México: “El contrato de gestación será nulo si se realiza bajo las siguientes circunstancias: (...) IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas”. Código Recuperado de: <https://congresotabasco.gob.mx/wp/wp-content/uploads/2019/11/Codigo-Civil-para-el-Estado-de-Tabasco.pdf>.

efecto, jurídicamente, la gestación por sustitución es “un contrato –celebrado a título gratuito u oneroso– entre una persona gestante y otra persona o pareja de padres intencionales, a fin de que la primera geste un embrión, aportando o no sus gametos, y el niño nacido en consecuencia tenga vínculos jurídicos de filiación con el o los padres intencionales”<sup>3</sup>. Se advierte así el carácter fundamental de la voluntad procreacional de los padres intencionales<sup>4</sup>, cuya contracara es la ausencia de voluntad procreacional en la persona gestante.

La finalidad del acuerdo de voluntades lícito entre las partes consiste en la gestación de una persona para que sea legalmente hija de los padres intencionales. Esto último presupone, claro está, que el sistema jurídico aplicable lo permita y que se hayan verificado todos los requisitos en él establecidos. Así, por ejemplo, podría exigirse un control judicial previo a la implantación del embrión y/o posterior al nacimiento del niño o de la niña.

En la definición propuesta tienen cabida diversas modalidades, que serán determinadas por la presencia o la ausencia de ciertos elementos. Entre ellos, cabe destacar dos cuestiones de sobresaliente importancia: si la persona gestante aporta o no material genético propio y si recibe o no de los

---

<sup>3</sup> ALBORNOZ, María Mercedes - Mónica María Antonieta VELARDE MÉNDEZ, “Aproximación a la gestación por sustitución”, en: ALBORNOZ, María M. (editora), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2020, p. 9.

<sup>4</sup> Ver *supra*, nota 1. Ver también LAMM, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, número 24, 2012, pp. 76-91, disponible en: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7610/9516>, y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - Eleonora LAMM - HERRERA, Marisa, “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 2013-D, pp. 195-206.

padres intencionales una compensación económica por la gestación.

Independientemente de cuál sea la modalidad pactada – tradicional o gestacional, onerosa o gratuita –, un caso de gestación por sustitución puede ser totalmente doméstico, o bien presentar factores que lo vinculen con los sistemas jurídicos de dos o más Estados. En el segundo supuesto se está ante una gestación por sustitución transfronteriza. Los elementos de extranjería más relevantes en estos contratos son “la residencia de los padres intencionales y la mujer gestante en países diferentes, así como el lugar de nacimiento del niño en un Estado diferente a aquel donde residen y donde muy probablemente continuarán viviendo quienes tienen la voluntad de procrearlo”<sup>5</sup>. A estos dos últimos Estados se los puede denominar “Estado de origen” y “Estado de destino” de la gestación por sustitución transfronteriza, respectivamente.

## II. Problemática

El tema de la gestación por sustitución es altamente controvertido; pero cuando se examina su dimensión transfronteriza la problemática se agrava más aún. Dilemas jurídicos y dilemas éticos se entrecruzan en la práctica con intereses divergentes en juego y con actitudes diferentes por parte de los Estados y de organizaciones religiosas y de la sociedad civil. Asimismo, desde una perspectiva internacional, la ausencia de un marco jurídico uniforme para lidiar con la gestación por sustitución transfronteriza agrega incertidumbre. No sorprende que en un escenario tan complejo existan casos de filiación claudicante; es decir, situaciones en las cuales la filiación legalmente establecida en un Estado no sea aceptada o reconocida en otros Estados.

Una disyuntiva ante la cual los Estados no pueden permanecer indiferentes es la de si corresponde promulgar le-

---

<sup>5</sup> ALBORNOZ, María Mercedes, “Gestación por sustitución...”, *Op. Cit.*, p. 76.

gislación en materia de gestación por sustitución, o dejar una laguna normativa y esperar que, quizás, la jurisprudencia la vaya llenando gradualmente. Además, al emitir normas al respecto sería factible prohibir la figura –incluso sancionando penalmente a quienes participen o de cualquier manera la faciliten–, o bien permitirla y regularla. Igualmente, al establecer un régimen para la gestación por sustitución, éste podrá ser liberal o más estricto. Esta cuestión se relaciona con las modalidades que cada Estado esté dispuesto a admitir, con las condiciones de acceso para cada una de las partes y con el papel de las autoridades estatales.

Entre los intereses que los Estados deberían considerar, son especialmente importantes los de la persona gestante, dado que ella podría encontrarse en circunstancias de vulnerabilidad y sufrir explotación o algún otro tipo de abuso por parte de los intermediarios o, eventualmente, de los padres y/o de las madres intencionales. En este sentido, cuando la gestación por sustitución es permitida, deben ser arbitrados los medios necesarios para garantizar que la gestante haya prestado su consentimiento libre e informado, comprendiendo cabalmente los efectos del acuerdo. Los Estados también deberían tomar en cuenta los intereses de los padres intencionales, sus derechos reproductivos y a formar una familia y, a su vez, asegurarse de que tengan motivos legítimos para acceder a la gestación por sustitución. Asimismo, es fundamental que tengan presente el interés superior del niño o de la niña que nace como resultado de esta práctica. El derecho a la identidad, a conocer sus propios orígenes, a que la filiación establecida en un país sea reconocida en el extranjero, a desarrollarse en el seno de una familia, a no sufrir discriminación debido a las circunstancias de su nacimiento, deben ser siempre valorados en cada caso concreto, a la luz del interés superior de la infancia.

Justamente, la preocupación por garantizar el respeto a los derechos humanos<sup>6</sup> de las partes y los de los niños nacidos a raíz de la gestación por sustitución transfronteriza en un contexto de diversidad de actitudes estatales frente al tema, impulsó distintos esfuerzos para avanzar hacia una regulación a nivel internacional. Se ha tomado como punto de partida el hecho de que la gestación por sustitución que traspasa fronteras existe y que, también, ha dado lugar a problemas cuya repetición es necesario evitar o al menos prevenir.

Dos iniciativas de alcance global merecen ser destacadas. En primer lugar, el trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado sobre la viabilidad de adoptar un Protocolo sobre gestación por sustitución transfronteriza, el cual forma parte de un proyecto más amplio<sup>7</sup>, que comprende la filiación en supuestos internacionales, en general –con excepción de la adopción internacional, ya regulada en otro instrumento generado por el mismo organismo

---

<sup>6</sup> Para un análisis del debate de derechos humanos en la gestación por sustitución, ver MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena María, “El debate de derechos humanos en el abordaje de la gestación por sustitución”, en: Albornoz, María M. (editora), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2020, pp. 31-54.

<sup>7</sup> Toda la información pública relativa al Proyecto de filiación y gestación por sustitución (*Parentage /Surrogacy Project*), regularmente actualizada, se encuentra disponible en la sección correspondiente del sitio de internet de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. Ver también ALBORNOS, María Mercedes y RUBAJA, Nieve, “Los desafíos en la labor del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre filiación y gestación por sustitución”, en: Fresno de Aguirre, Cecilia – Gonzalo LORENZO IDIARTE (coords.), *130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889. Legado y Futuro de sus Soluciones en el Concierto Internacional Actual*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2019, pp. 663-681.



intergubernamental<sup>8</sup>-. En segundo lugar, la labor de Servicio Social Internacional a favor de una mejor protección de los derechos de los niños en acuerdos reproductivos transfronterizos, en particular, de gestación por sustitución<sup>9</sup>. Cabe destacar que, en el marco de este último proyecto, después de más de cinco años de trabajo de un nutrido Grupo de Expertos internacional y multidisciplinario, el pasado 25 de febrero de 2021 fueron adoptados los Principios para la protección de los derechos del niño nacido por gestación por sustitución (Principios de Verona)<sup>10</sup>.

### 3. La filiación y las TRHA en el CCCN

En el derecho argentino, por regla general, la filiación materna se establece por el parto. En consecuencia, se considera que es madre quien da a luz y la única excepción a esta regla es la filiación adoptiva. Esto ya era así en el Código Civil<sup>11</sup> y no ha

---

<sup>8</sup> Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, del 29 de mayo de 1993, Recuperado de: <https://assets.hcch.net/docs/217d14e2-9788-46f1-a4ad-48e22fa3aa65.pdf>.

<sup>9</sup> Acerca de este proyecto, ver RUBAJA, Nieve, “La labor de foros internacionales en materia de gestación por sustitución”, en: Albornoz, María M. (editora), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2020, pp. 339-340.

<sup>10</sup> Debido al carácter tan reciente de la adopción de este instrumento de *soft law*, sólo se lo ha publicado en internet en inglés, que es el idioma original; pero pronto será traducido al francés y al castellano. Recuperado de: [https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples\\_25February2021.pdf](https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf).

<sup>11</sup> El artículo 242 del Código Civil argentino (según Ley 24.540, de 1995) establecía lo siguiente: “La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido (...)”.

cambiado con la entrada en vigor del CCC, a pesar de que el código añadió las TRHA como una de las fuentes de la filiación.

Efectivamente, el artículo 558 del CCCN regula las fuentes de la filiación y determina que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante TRHA o por adopción. Asimismo, dispone que tanto la filiación por naturaleza, como por TRHA o por adopción plena surten los mismos efectos. Como consecuencia de esa igualdad de efectos, los certificados de nacimiento expedidos por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas tienen que ser redactados de manera tal “que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida o ha sido adoptada” (artículo 559 del CCCN). La finalidad perseguida es la de evitar dar pie a cualquier tipo de discriminación contra una persona debido a las circunstancias de su nacimiento y del establecimiento de su filiación.

Al regular las TRHA, la legislación argentina se pone a tono con los tiempos que corren acogiendo la noción de voluntad procreacional y permitiendo que quien haya prestado su consentimiento previo, informado y libre –inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas– sea padre o madre de una persona nacida por TRHA (artículo 562 del CCCN)<sup>12</sup>. De este modo, se le confiere a la voluntad de procrear el efecto de determinar la filiación en casos de TRHA (artículo 575 del CCCN), sin que a tal fin sea relevante quién haya aportado los gametos para la concepción. Además, cuando se hayan

---

<sup>12</sup> Se ha afirmado que la consagración de las TRHA en tanto nueva fuente de filiación se configura “como una garantía del derecho a la voluntad procreacional. En especial, a partir de la ley 26.862 sobre acceso a las técnicas de reproducción humana asistida y la ley 26.742 sobre identidad de género toda persona puede acceso al derecho a formar una familia”. DREYZIN DE KLOR, Adriana y BRITOS Cristina, “El Derecho Internacional Privado Argentino bajo el prisma de la Convención de los Derechos del Niño: ¿y si 30 años son solo el comienzo?”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, número 23, 2019-2020, p. 54.

Recuperado

de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7169783>.

empleado gametos de terceros, no se establece un vínculo jurídico entre dichos terceros y quien nace gracias a las TRHA<sup>13</sup>.

Sin embargo, la modernización de la regulación nacional en esta materia tiene un alcance limitado, puesto que la persona nacida por TRHA también es considerada hija de quien dio a luz (artículo 562 del CCCN). En este sentido, la perpetuación del *“mater semper certa est”* incluso cuando se recurre a las TRHA, no favorece la gestación por sustitución. Al contrario, es una “regla inversa a la que contemplan las legislaciones que admiten la figura”<sup>14</sup>. Por si esto fuera poco, adicionalmente, la determinación de la filiación por el parto en casos de gestación por sustitución es contraria a la voluntad de la persona que da a luz, quien carece de la intención de ser madre. El artículo 562 del CCCN constituye un obstáculo para la plena producción de efectos jurídicos de la voluntad procreacional que, actualmente, sólo puede ser removido por vía judicial o a través de la falsificación de la partida de nacimiento. En este último caso, se estaría cometiendo un delito penal contra el estado civil y la identidad –artículos 138 y siguientes del Código Penal–.

#### **4. El arduo camino de la gestación por sustitución en Argentina**

A lo largo de la última década, el camino hacia la regulación de la gestación por sustitución en Argentina ha sido difícil, experimentándose tanto avances como limitaciones<sup>15</sup>. Dado que

---

<sup>13</sup> “(...) excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena” (2° párrafo, artículo 575 del CCC).

<sup>14</sup> SCOTTI, Luciana Beatriz, “La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, *Revista de la Facultad de Derecho*, número 38, 2015, p. 238. Recuperado de: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n38/2301-0665-rfd-38-231.pdf>.

<sup>15</sup> HERRERA, Marisa, “Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino”, *Revista de Antropología Social*, volumen 27, número 2, 2018, especialmente, sección III, pp. 365 y

se trata de un tema controvertido, los diversos intentos de legislar y reglamentar esta práctica encontraron resistencia en algunos sectores de la sociedad. Ello explica que en el derecho argentino exista un vacío legislativo en la materia. Además, desde una perspectiva internacionalprivatista, pensando en casos transfronterizos de gestación por sustitución, se ha sostenido que “la inexistencia de la institución en el país hasta nuestros días, aun cuando no está prohibida expresamente, podría motivar el recurso al orden público internacional a fin de negarle efectos en nuestro territorio”<sup>16</sup>.

Ahora bien, según el artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Esta norma fue tomada en cuenta por la sociedad para aprovechar en el terreno fáctico el silencio de la ley y llevar a cabo esta práctica, que ha encontrado apoyo en la actividad jurisdiccional. Pero lo cierto es que, aunque se observa que la jurisprudencia contribuye a ir llenando gradualmente la laguna normativa, el panorama no está aún libre de incertidumbre. Por esta razón, en busca de mayor certeza, hay familias que se deciden por la gestación por sustitución transfronteriza.

---

ss. Recuperado de: <https://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/61856/4564456548315>.

<sup>16</sup> SCOTTI, Luciana Beatriz, “La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, *Revista de la Facultad de Derecho*, número 38, 2015, p. 221. Recuperado de: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n38/2301-0665-rfd-38-231.pdf>.

## I. Esfuerzos por legislar la gestación por sustitución

En el Anteproyecto de CCCN, de 2012<sup>17</sup>, la gestación por sustitución estaba regulada. El proyectado artículo 562 exigía el consentimiento previo, libre e informado de las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución y ese consentimiento debía ser homologado por una autoridad judicial antes de que se produjera la transferencia embrionaria. Entre las condiciones para que procediera la homologación se requería que se hubiese tenido en mira el interés superior del menor, que la gestante no hubiera aportado gametos, pero sí lo hubiera hecho alguno de los comitentes y que la gestante no hubiese recibido retribución alguna. Obtenida la homologación, la filiación se determinaba con base en la voluntad procreacional.

No obstante, la Comisión Bicameral cedió a la presión de “dos grupos antagónicos: la Iglesia Católica y voces provenientes del feminismo más radical”<sup>18</sup>. En consecuencia, decidió eliminar la gestación por sustitución del proyecto de CCCN, para lo cual invocó dos argumentos. En primer lugar, que “...la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario”<sup>19</sup>. En segundo lugar, que existía un “contexto de incertidumbre y

---

<sup>17</sup> *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Infojus, 2012. Recuperado de: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1522>.

<sup>18</sup> HERRERA, Marisa, “Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino”, *Revista de Antropología Social*, volumen 27, número 2, 2018, p. 367. Recuperado de: <https://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/61856/4564456548315>. Acerca de la influencia de la Iglesia Católica en este tema en Sudamérica, ver TORRES, Gloria, SHAPIRO, Anne – Tim K. MACKEY, “A review of surrogate motherhood regulation in South American countries: pointing to a need for an international legal framework”, *BMC Pregnancy and Childbirth*, volumen 19, artículo número 46, pp. 4 y 9. Recuperado de: <https://rdcu.be/cijx8>.

<sup>19</sup> HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN, *Dictamen de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación*, 2013.

cuasi silencio legal en el Derecho Comparado”<sup>20</sup>. Sin lugar a duda, el tema encierra dilemas éticos y jurídicos, que se encuentran en la raíz de la complejidad de la gestación por sustitución. En cambio, resulta sorprendente el argumento del silencio legislativo en derecho comparado, puesto que ya en esa época no correspondía a la realidad internacional. Los fundamentos del propio Anteproyecto de CCCN referían que el derecho comparado reconocía diferentes posiciones frente a la gestación por sustitución<sup>21</sup> y esa diversidad, además, había sido documentada y analizada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado<sup>22</sup>.

Desde entonces, muchos han sido los intentos de regular la gestación por sustitución en Argentina<sup>23</sup>. Por lo pronto,

---

<sup>20</sup> *Ídem*.

<sup>21</sup> *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Infojus, 2012, p. 588. Recuperado de:

<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1522>.

<sup>22</sup> OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Documento Preliminar N° 10, marzo de 2012, especialmente, apartado III. Recuperado de:

<https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>.

<sup>23</sup> En la página de internet de la Cámara de Diputados

(<https://www.hcdn.gob.ar/>) puede consultarse el texto y la información sobre el trámite parlamentario de los siguientes proyectos sobre gestación por sustitución:

- Ley sobre gestación por sustitución, Expediente Senado 2574-S-2015, Diario de Asuntos Entrados N° 128, 14 de agosto de 2015.
- Gestación por sustitución. Régimen, Expediente Diputados 5759-D-2016, Trámite Parlamentario N° 117, 31 de agosto de 2016.
- Gestación por sustitución. Régimen. Modificación del Código Penal y de la Ley 26862, sobre técnicas de reproducción humana asistida, Expediente Diputados 3765-D-2017, Trámite Parlamentario N° 86, 10 de julio de 2017.
- Gestación por sustitución como técnica de reproducción médicamente asistida. Régimen. Modificación de la Ley 26862, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y del Código Civil y Comercial de la Nación, Expediente Diputados 5141-D-2017, Trámite Parlamentario N° 134, 26 de septiembre de 2017.

cabe destacar que los dos proyectos de ley más recientes fueron publicados en julio de 2020, originados en distintas Cámaras –de Senadores, el 1429-S-2020 y de Diputados, el 3524-D-2020– y que ambos contienen disposiciones relevantes para el derecho internacional privado. Sin embargo, Argentina aún no cuenta con legislación sobre gestación por sustitución y advierte que es necesario colmar esa laguna<sup>24</sup>.

Se considera que el momento actual es oportuno para debatir la posible adopción de un nuevo marco jurídico en la materia. Además de que la práctica se realiza en el país a pesar del silencio de la ley y de que la jurisprudencia la ha venido apoyando, también la opinión pública se ha ido involucrando cada vez más en el tema. En este sentido, es de sumo interés un estudio reciente basado en encuestas aplicadas a 1800 participantes, según el cual: “7 de cada 10 argentinos están de acuerdo con la gestación por sustitución, y la mitad, en su mayoría mujeres, apoya la compensación económica para la gestante o que esta no pertenezca al círculo íntimo de familiares o amigos[, observándose] (...) que, a mayor edad, mayor fue el porcentaje de personas que rechazaron la utili-

- 
- Código Civil y Comercial. Modificación. Incorporación de la gestación por sustitución, Expediente Diputados 0084-D-2018, Trámite Parlamentario N° 1, 2 de marzo de 2018.
  - Gestación por sustitución. Régimen, Expediente Diputados 1374-D-2018, Trámite Parlamentario N° 15, 22 de marzo de 2018.
  - Regular el alcance, las relaciones, consecuencias jurídicas y el proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución, Expediente Senado 0825-S-2018, Diario de Asuntos Entrados N° 41, 28 de marzo de 2018.
  - Gestación por sustitución, Expediente Senado 1429-S-2020, Diario de Asuntos Entrados N° 68, 6 de julio de 2020.
  - Código Civil y Comercial de la Nación. Modificación. Incorporación de la gestación por sustitución, Expediente Diputados 3524-D-2020, Trámite Parlamentario N° 84, 15 de julio de 2020.

<sup>24</sup> NOTRICA, Federico Pablo, “Hay que decir sí a una regulación de gestación por sustitución”, *Derecho y Ciencias Sociales*, número 18, 2018, pp. 82-98. Recuperado de: <https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/5249/4275>.

zación de la técnica, y hubo un 15% de los encuestados que no apoyó la remuneración hacia la gestante”<sup>25</sup>.

## II. Jurisprudencia sobre gestación por sustitución en general

El silencio legislativo que todavía impera en Argentina en materia de gestación por sustitución no impide, sin embargo, que haya habido y continúe habiendo familias que recurren a esta práctica en el país. La ausencia de prohibición de la gestación por sustitución y de sanción para las partes, aunada a la inexistencia de legislación que establezca un régimen jurídico especial, genera un escenario de incertidumbre. En este sentido, la conducta de las personas involucradas en un caso de gestación por sustitución no puede ser considerada ilícita, pero ellas suelen enfrentar dificultades cuya superación requiere la intervención de órganos jurisdiccionales receptivos.

Poco a poco, la jurisprudencia va abriendo caminos en el país<sup>26</sup> a favor de las familias que deciden celebrar acuerdos de gestación por sustitución para poder procrear. El pertinente relevamiento de casos presentado en los Fundamentos del Proyecto de ley 3524-D-2020 localizó cincuenta y dos sentencias, correspondientes a cuarenta y siete casos –en algunos casos hubo varias sentencias–<sup>27</sup>. En este universo de

---

<sup>25</sup> NICOTRA PERASI, Pamela, NABEL, Adan, MOSCOSO, Guido y CERISOLA, María Valeria, “El imaginario sobre fertilidad y técnicas de reproducción asistida en la opinión pública argentina”, *Reproducción*, volumen 35, número 2, 2020, p. 8. Recuperado de: <https://bit.ly/2Or0UsM>.

<sup>26</sup> Ver CURTI, Patricio Jesús, “Autonomía de la voluntad y gestación por sustitución en Argentina”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 38, 2018-II, pp. 159-177. Recuperado de: [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/692470/RJUAM\\_38\\_8.pdf?sequence=1&isAllowed=](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/692470/RJUAM_38_8.pdf?sequence=1&isAllowed=). Ver también NOTRICA, Federico, COTADO, Francisco y CURTI, Patricio Jesús, “La figura de la gestación por sustitución”, *Revista Ius*, volumen 11, número 39, 2017, p. 163. Recuperado de: <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/302/298>.

<sup>27</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Modificación. Incorporación de la gestación por sustitución, Expediente Diputados 3524-D-2020, Trámite Parlamentario N° 84, 15 de julio de 2020.



casos judicializados, la relación entre los padres intencionales y la gestante es de parentesco en el 38%, de amistad íntima también en el 38% de los casos y la gestante es una persona sólo “conocida” en el 24% de casos<sup>28</sup>. Así, el documento concluye que “en el 76% de los casos planteados en la justicia, la relación afectiva está comprobada y, por lo tanto, existe una fuerte presunción de ser o tratarse de una gestación por sustitución altruista”<sup>29</sup>.

Esta apertura jurisprudencial que se aprecia en distintos tribunales del país es positiva en cuanto posibilita el ejercicio efectivo de derechos. Sin embargo, no necesariamente hay homogeneidad de criterios de un tribunal a otro; es decir que, incluso en casos idénticos o similares, la disposición del órgano competente para acoger las pretensiones de las partes puede variar sustancialmente. En este contexto, también debe tenerse en cuenta que, en algunas jurisdicciones, quienes juzgan pueden tender a ser más –o bien, menos– liberales que en otras. Por tanto, es necesario contar con disposiciones legales que regulen la gestación por sustitución estableciendo los estándares aceptables y sus límites, que deban ser aplicadas de modo uniforme a lo largo y a lo ancho del territorio nacional.

### **III. Jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza**

Con respecto a los acuerdos internacionales de gestación por sustitución en los cuales son parte personas que residen habitualmente en Argentina, hubo varios casos antes de la entrada en vigor del CCCN. En tales casos con India, Rusia o México como Estados de origen de la gestación por sustitución transfronteriza, se ordenó la transcripción en registros nacionales de partidas de nacimiento extranjeras y/o la expedición de documentos de viaje, a pesar de la ausencia de legislación vigente que expresamente ordenara reconocer la

---

<sup>28</sup> *Ídem*.

<sup>29</sup> *Ídem*.

filiación establecida en el extranjero como resultado de acuerdos de este tipo. A título ilustrativo, se hará alusión brevemente al caso de Tobías y al de Cayetana, ambos vinculados con el ordenamiento jurídico de la India.

El niño Tobías, hijo de Alejandro y Carlos, un matrimonio de argentinos que residían en Argentina, nació en 2012 en India, gestado por una mujer nacional de y residente en ese país. El embrión se formó con gametos de uno de los padres y de una donante canadiense. Los progenitores lograron que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se ordenara la inscripción registral de la copaternidad<sup>30</sup>. El tribunal competente motivó su decisión trayendo a colación la noción de voluntad procreacional e invocando los convenios de derechos humanos con rango constitucional<sup>31</sup>.

Cayetana, al igual que Tobías, nació en 2012 en India, de una gestante india que residía en su propio país. El padre intencional de la niña era español y la madre intencional era argentina. La pareja tenía su residencia en España. Como consecuencia de la regla del *ius sanguinis* que prevalece en India y de la oposición de España a la gestación por sustitución<sup>32</sup>, Cayetana nació apátrida. Por su parte, el Consulado argentino en Nueva Deli se negó a registrarla como argenti-

---

<sup>30</sup> Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, D.C.G y G.A. M. c/GCBA, s/Amparo. AP/JUR/288/2012.

<sup>31</sup> *Ídem*.

<sup>32</sup> El artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, declara: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero” y agrega que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Boletín Oficial del Estado número 126, del 27 de mayo de 2006, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>. Acerca del estado actual del tema en España, ver DURÁN AYAGO, Antonia, “Gestación por sustitución en España: a *hard case needs law*. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 11, número 2, 2019, pp. 575-582. Recuperado de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4977/3454>.

na. Entonces, la niña no tenía documentos de viaje para abandonar su Estado de nacimiento e ingresar legalmente al territorio español. La situación era grave, a punto tal que habían transcurrido más de cuarenta días desde su nacimiento y aún no había sido inscripta.

Fue entonces cuando un juzgado familiar de San Lorenzo, en la provincia de Santa Fe, dictó una medida autosatisfactiva reconociendo la nacionalidad argentina de Cayetana y ordenando su inscripción en el Consulado<sup>33</sup>. Para adoptar esta medida, el tribunal tomó como consideración primordial el interés superior de la niña y sus derechos humanos – en especial, el derecho a la identidad, el derecho a tener una nacionalidad y el derecho a la igualdad–, además de la Convención de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989<sup>34</sup>.

Al igual que lo que en la actualidad sucede en casos de gestación por sustitución doméstica, en la modalidad transfronteriza la solución de cada situación particular dependía en gran medida de cuál fuese la autoridad competente para decidir. Sin embargo, bajo la vigencia del CCC, la legislación aporta mayor seguridad jurídica para situaciones con elementos de internacionalidad.

## **5. La gestación por sustitución transfronteriza en el CCCN y en los proyectos de ley más recientes**

Aunque la gestación por sustitución fue eliminada del CCCN, está comprendida en el ámbito de aplicación de las normas de derecho internacional privado del código que regulan la filiación por TRHA. Éstas se encuentran en la Sección 5ª (Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida) del Capítulo 3, dedicado a la Parte especial, del Título IV del CCCN, reservado a las Disposiciones de derecho

---

<sup>33</sup> Juzgado de 1ª Instancia de Distrito de Familia, San Lorenzo, 02/07/2012, “S.G.E.F.y.G.C.E.”.

<sup>34</sup> *Ídem*.

internacional privado. Asimismo, los proyectos más recientes para legislar la práctica de la gestación por sustitución en Argentina contienen algunas reglas relevantes desde la perspectiva internacional privatista.

## **I. Jurisdicción y derecho aplicable**

En lo atinente a la jurisdicción para determinar e impugnar la filiación, el artículo 2631 del CCCN establece varios foros alternativos entre los cuales la parte actora podrá optar. En efecto, el primer párrafo de la norma referida dispone: “Las acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación deben interponerse, a elección del actor, ante los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor”. La apertura de foros alternativos persigue, como se verifica en este caso, la finalidad de facilitar el acceso a la justicia.

Con respecto a la determinación del derecho aplicable, el CCCN contiene una norma de conflicto materialmente orientada, aplicable tanto al establecimiento y la impugnación de la filiación, como a la legitimación para el ejercicio de las acciones, al plazo de interposición de la demanda y los requisitos y los efectos de la posesión de estado. Se trata del artículo 2632, según el cual todas esas cuestiones se rigen por “el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio” y, entre todos ellos, por “el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo”. Al presentar un abanico de derechos, entre los cuales debe ser aplicado el que más satisfaga los derechos de la persona cuya filiación es controvertida, la norma conflictual está despojada de la neutralidad que tradicionalmente caracterizaba este tipo de normas. En cambio, el artículo 2632 asume un objetivo de protección que lo tiñe de una coloración material.

Adicionalmente, la frase final del artículo 2634 del CCCN establece que “En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño”. La obligación de favorecer a la niña o al niño contemplada en este artículo irradia sus efectos más allá de los casos de emplazamiento filial constituido en el extranjero a los que específicamente se refiere el artículo 2634. En este sentido, se debe interpretar que también alcanza la determinación de la jurisdicción competente y la del derecho aplicable, previstas dentro de la misma Sección 5ª, Capítulo 3, Título IV del CCCN.

## **II. Reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero**

El artículo 2634 del CCCN es una norma novedosa<sup>35</sup>, crucial para la filiación en casos de derecho internacional privado examinados desde la perspectiva del ordenamiento jurídico argentino. Apela al método del reconocimiento con el objetivo de garantizar la estabilidad del vínculo filial, su continuidad transfronteriza. En el primer párrafo, el artículo 2634 dispone: “Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño”. Como se puede apreciar, no se formula distinción alguna en cuanto al modo de establecimiento de la filiación, por lo que todo emplazamiento filial que haya sido constituido con arreglo al derecho de otro país queda comprendido en el ámbito de aplicación de la norma y debe ser reconocido. Ello incluye, por supuesto, la filiación en casos de gestación por sustitución.

---

<sup>35</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana - Cristina BRITOS subrayan el carácter novedoso del artículo 2634 del CCCN. “El Derecho Internacional Privado...” Op. Cit., p. 55.

ción, a pesar de la inexistencia en la legislación vigente de un régimen de fondo para esta figura<sup>36</sup>.

El reconocimiento, que debe estar guiado por el *favor filiationis*, dando satisfacción al derecho de la niña o el niño a su identidad<sup>37</sup>, opera de manera independiente con respecto al régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras<sup>38</sup>. De hecho, se produce sin necesidad de exequatur y tiene una eficacia casi automática, sujeta únicamente al control del orden público internacional argentino<sup>39</sup>.

En efecto, el reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero de acuerdo con el derecho extranjero debe efectuarse en Argentina con apego a los principios de orden público internacional que inspiran el ordenamiento jurídico nacional. Sin perjuicio de la mutabilidad inherente a la noción misma de orden público, el artículo 2634 del CCCN alude de manera expresa a la consideración prioritaria del interés superior del niño y a los principios que regulan las normas sobre filiación por TRHA, como principios de orden público de la República Argentina. Asimismo, en cuanto a los que rigen en materia de TRHA, establece que “integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o ins-

---

<sup>36</sup> LAMM, Eleonora - Nieve RUBAJA “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Revista de Bioética y Derecho*, número 37, 2016, p. 166. Recuperado de: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/16156/19163>.

<sup>37</sup> SCOTTI, Luciana Beatriz, “La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, *Revista de la Facultad de Derecho*, número 38, 2015, p. 239.

<sup>38</sup> IUD, Carolina, “Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año V, número 8, 2013, pp. 43-51, recuperado en: <https://societip.files.wordpress.com/2013/12/iud-los-matices-del-orden-pc3bablico-internacional-en-las-relaciones-de-familia.pdf>.

<sup>39</sup> *Ídem*.

cripción de personas nacidas a través de estas técnicas” (2º párrafo del artículo 2634 del CCCN). Además, como se indicó en el apartado previo, recuérdese que la norma culmina con una directiva contundente: “En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño”.

Finalmente, con respecto al artículo 2634 del CCCN, vale la pena tener presente que, en diciembre de 2015 –cuando el CCCN ya había entrado en vigor– la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto tuvo oportunidad de pronunciarse acerca del reconocimiento de la filiación establecida legalmente en el extranjero en casos de gestación por sustitución y que lo hizo dictaminando a favor de la obligatoriedad de reconocerla, aunque la figura no estuviera regulada en Argentina<sup>40</sup>. En efecto, resolvió que: “A criterio de esta Dirección de Asistencia Jurídica, resultaría (...) la obligatoriedad de reconocer toda filiación constituida de acuerdo al derecho extranjero, en beneficio del interés superior del niño, incluso aquellas filiaciones surgidas de una maternidad subrogada. Ello así, independientemente de que el contrato de maternidad subrogada se encuentre o no regulado por nuestro régimen legal”<sup>41</sup>.

### **III. Reglas relevantes para el Derecho internacional privado en los proyectos de ley más recientes sobre gestación por sustitución**

Los dos proyectos de ley más recientes que pretenden regular la gestación por sustitución en Argentina fueron presentados, uno en el Senado y el otro en la Cámara de Diputados, en julio de 2020. El primero de ellos, **Expediente Se-**

---

<sup>40</sup> Nota N° 15573/15, del 14 de diciembre de 2015, firmada por el Embajador Horacio A. Basabe.

<sup>41</sup> *Ídem*.

nado 1429-S-2020<sup>42</sup>, propone una ley especial sobre gestación por sustitución; el segundo, Expediente Diputados 3524-D-2020<sup>43</sup>, plantea la incorporación de la gestación por sustitución al CCCN. Aunque hay puntos de convergencia, también existen diferencias entre ambos proyectos. Sin embargo, un análisis comparativo de las referidas iniciativas de ley excede el objetivo de este apartado y de este texto en su conjunto. Lo que interesa particularmente destacar aquí que, entre las condiciones de acceso a la gestación por sustitución que prevén, ambas contienen los mismos requisitos relevantes desde la lente del derecho internacional privado.

En efecto, los dos proyectos para legislar en materia de gestación por sustitución establecen las siguientes condiciones de acceso, tanto para la persona gestante como para los padres intencionales: su nacionalidad debe ser argentina y, si no lo fuese, las personas en cuestión deben tener cinco años de residencia ininterrumpida en el país. No obstante, hay una diferencia entre ambos proyectos al exigir estas condiciones a los padres intencionales: el proyecto 1429-S-2020 sólo exige que se verifiquen con respecto a al menos uno, mientras que el proyecto 3524-D-2020 las requiere para los dos padres intencionales, cuando se trata de una pareja.

De este modo, el proyecto 1429-S-2020 dispone que “La “gestante” y por lo menos uno de los “padres procreacionales” deberán acreditar tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país” (artículo 8°). Además, prevé que antes de realizar un procedimiento de gestación por sustitución, el centro médico debe verificar que se cuente con documentación “que acredite la nacionalidad argentina o naturalización, o la residencia en el país de cinco (5) años respecto de la gestante y de alguno de los padres procreacionales” (artículo 16, b), (iv)).

---

<sup>42</sup> Diario de Asuntos Entrados N° 68, 6 de julio de 2020.

<sup>43</sup> Trámite Parlamentario N° 84, 15 de julio de 2020.



Por su parte, el proyecto 3524-D-2020 regula estas condiciones entre los requisitos de procedencia de la autorización judicial de gestación por sustitución necesaria para que los vínculos de filiación se generen con la persona o pareja de pretensos progenitores. Dispone que “La persona gestante y el o los pretensos progenitores [deben] (...) tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país excepto [que] se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país” (artículo 5°, a)).

Se percibe con claridad que el objetivo perseguido por ambos proyectos de ley al establecer estas restricciones de acceso para la gestante y para los padres y las madres intencionales consiste en evitar que Argentina se convierta en destino de turismo reproductivo para gestación por sustitución. En otros términos, se busca desincentivar, por un lado, que quienes desean ampliar su familia por esta vía vengan a Argentina sólo para una gestación por sustitución y, por otro, que personas interesadas en ser gestantes en el marco de este tipo de acuerdos se desplacen al país a fin de celebrarlos y/o de darles cumplimiento.

Ahora bien, abrir o cerrar las fronteras para que personas residentes en el exterior lleven a cabo esta práctica en el territorio nacional y, en su caso, el nivel de rigidez del cierre es una decisión de corte netamente político. Pero se debe considerar que si lo que se busca es un cierre total, el criterio más adecuado no sería el de la nacionalidad, sino el del lugar de domicilio o residencia de la gestante y de ambos padres intencionales –en caso de que se tratase de una pareja–. Es preciso ser conscientes de que, al combinar los puntos de conexión nacionalidad y residencia por cinco años como se lo hace en los dos proyectos de ley, se deja la puerta entreabierta para personas de nacionalidad argentina residentes en el extranjero, o que llevan menos de cinco años de haber vuelto a vivir en el país. Queda igualmente entreabierta en el proyecto 1429-S-2020, en la medida en que –como ya se indicó más arriba– la exigencia de estas condiciones de acceso a

la gestación por sustitución cuando hay una pareja de padres intencionales se limita a sólo uno de ellos.

## **6. Reflexiones finales**

En este último apartado, a modo de reflexiones finales y con vistas al futuro cercano, se comparte un puñado de ideas acerca de la problemática que fue abordada a lo largo del presente texto.

Se considera necesario llenar laguna legislativa que actualmente existe en Argentina en materia de gestación por sustitución. Más allá de si la futura regulación se elabora con base en alguno de los proyectos que actualmente gozan de estado parlamentario y de la cuestión formal de si se modifica el CCCN o si se crea una ley especial, es importante que exista un régimen normativo que ofrezca certeza jurídica, garantizando los derechos humanos de todas las personas involucradas. La regulación que se apruebe deberá sentar normas claras en cuanto al establecimiento de la filiación materna y deberá procurar un equilibrio entre los intereses de la gestante y los de los padres y/o madres intencionales, anteponiendo siempre la protección de la persona nacida como resultado de la gestación por sustitución.

Por otro lado, en cuanto a los casos internacionales, corresponde distinguir los supuestos en los cuales Argentina es el Estado de destino, de aquellos en los que es el Estado de origen de la gestación por sustitución transfronteriza. Para los primeros, resulta sumamente positivo que entre las normas vigentes se encuentre el artículo 2634 CCCN, que establece la obligación de reconocimiento del emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero y la directiva acerca del interés superior del niño. Para los segundos, el vacío normativo delinea un panorama de incertidumbre.

Llenar ese vacío requiere enfrentar el desafío de decidir si es mejor permitir o impedir que Argentina sea Estado de origen de acuerdos transfronterizos de gestación por sustitución, o, en su caso, permitirlo tan solo en situaciones excepcionales o al menos en un número reducido de supuestos. Además,

una vez determinada la meta, se debe seleccionar el camino más apropiado para llegar a ella. Por ejemplo, si se quisiera evitar el flujo desde el extranjero hacia el territorio nacional de personas que viniesen para participar en gestaciones por sustitución, se podría establecer como condición de acceso que las partes sean residentes en Argentina, con no menos de cinco años de residencia continua en el país.

Asimismo, cuando se haya logrado legislar en materia de gestación por sustitución, las autoridades competentes para interpretar y aplicar la ley deberían ser muy cuidadosas y no pretender ver encarnados en cada norma interna principios de orden público internacional argentino. De otra manera, se correría el riesgo de obstaculizar sistemáticamente el reconocimiento de emplazamientos filiales realizados en el exterior, de acuerdo con el derecho extranjero, debido a la existencia de diferencias no esenciales entre aquel derecho extranjero y el derecho argentino en materia de gestación por sustitución. En tales circunstancias, la persona que podría resultar más afectada es la que ha nacido como consecuencia de un acuerdo transfronterizo para gestarla.

En definitiva, el abordaje de la gestación por sustitución transfronteriza debe tener el interés superior del niño como norte. Toda controversia debe ser decidida en el sentido que más beneficie a cada niña o niño gestado mediante esta práctica, procurando también hacer efectivos los derechos humanos de los padres y las madres intencionales, así como los de las personas gestantes.

Argentina tiene ante sí la valiosa oportunidad de elegir mantener el *statu quo* o de debatir cómo regular la gestación por sustitución garantizando los derechos humanos y si prefiere abrir, cerrar, o dejar apenas entreabierta la puerta para que personas residentes en el extranjero puedan gestar de este modo en el país. La realización de la práctica en la República y la jurisprudencia que la ha venido apoyando, junto con una opinión pública cada vez más informada e involucrada, generan un entorno propicio para que, esta vez, se aproveche la ocasión para discutir a fondo el tema de la gestación por susti-

tución y llenar el vacío normativo existente. Adicionalmente, ello permitirá que la posición de Argentina ante la gestación por sustitución transfronteriza sea clara, no solamente en relación con los casos entrantes –gracias al artículo 2634 del CCCN– sino también con los casos salientes.

**LA RESPONSABILIDAD PARENTAL  
INTERNACIONAL Y OTROS INSTITUTOS DE  
PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA:  
DESAFÍOS PLANTEADOS EN SU REGULACIÓN  
EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA  
NACIÓN**

**Mariana Antón Pérez\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN AL TEMA; 2. DE LA PATRIA POTESTAD A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL: EL CAMINO RECORRIDO POR LA LEGISLACIÓN NACIONAL; 3. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL; 4. LA REGULACIÓN DE LA CURATELA, TUTELA Y OTROS INSTITUTOS DE PROTECCIÓN EN EL CCCN; 5. MEDIDAS URGENTES: EL COROLARIO AL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS INFANCIAS Y LAS PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA O INCAPACES; 6. BREVES COMENTARIOS RESPECTO DE LA LEY URUGUAYA DE DIPr. CONCLUSIONES.

---

\* Abogada graduada en la Universidad de Buenos Aires con diploma de honor. Magister en Derecho Internacional Privado (UBA). Doctoranda en Derecho Internacional (UBA). Docente de las materias Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración (UBA). Secretaria de Redacción de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja" (Facultad de Derecho, UBA). Investigadora Categoría V (Ministerio de Educación). Mail: [marianaantonperez@derecho.uba.ar](mailto:marianaantonperez@derecho.uba.ar)

## 1. Introducción al tema

La protección a la infancia nos plantea grandes desafíos de cara a garantizar los derechos fundamentales de este grupo tan vulnerable, más aún cuando estamos en presencia de casos con elementos extranjeros relevantes.

De por sí, el derecho de familia actual, en clara sintonía con la tendencia que afortunadamente busca profundizar en el camino de la constitucionalización del derecho privado y el cumplimiento de DDHH fundamentales para los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) consagrados principalmente en la Convención sobre Derechos del Niño (en adelante CDN), propende al desarrollo autónomo de los hijo/as en un marco de igualdad y ya no de sometimiento a los designios parentales hasta el arribo de la mayoría de edad.

Es así como instrumentos internacionales a los que se encuentra vinculada la República Argentina, imponen a nuestra Nación *so pena* de incurrir en responsabilidad internacional, la inefable tarea de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas, que incluyen reconocer el derecho de los NNA a las medidas de protección que requiere su condición por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (art. 19 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>1</sup>), su derecho a no ser separado de sus padres en contra de su voluntad, salvo por decisión fundada de la autoridad competente a reserva de revisión judicial (art. 9.1 CDN), su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular cuando esté separado de uno o ambos, incluso cuando sus padres residan en Estados diferentes, debiendo respetar los Estados el derecho de NNA y padres de salir de cualquier país y entrar a otro para llevar a cabo la reunión familiar (art. 9.3 y art. 10 CDN), entre otros.

Desde luego, le asisten garantías y derechos de cariz más procesal, como lo son la defensa en juicio, acceso a la justicia y tutela judicial oportuna previstos en los instrumentos interna-

---

<sup>1</sup> CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por LEY N° 23.054, sancionada el 1ro. de marzo de 1984 y promulgada el 19 de marzo de 1984.

cionales vigentes, como en el artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>2</sup>.

Esta tendencia es refrendada por las voces que entienden que el NNA para el código actual no es ya un objeto de protección, sino que es un sujeto en desarrollo. Todo ello basado en la inteligencia de considerar al joven como sujeto con responsabilidades y derechos que han de poder ser ejercidos en consonancia con su desarrollo<sup>3</sup>.

La comisión legislativa encargada de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) se ha hecho eco de la importancia de regular dicha problemática abordando cuestiones de suma relevancia que hemos de discutir en este espacio.

Es así, que el presente trabajo tiene como objetivo poner de relieve la incorporación de la regulación de las temáticas, reguladas desde la óptica del DIPr, de la responsabilidad parental a nivel de fuente interna con la sanción del código actual; de la tutela, curatela y otros institutos de protección, con más la posibilidad acordada a los jueces de emitir cautelares en materia de niñez.

Previo a ingresar en el estudio pormenorizado de cada una de estas instituciones, es dable definir a los institutos involucrados en el presente estudio.

La responsabilidad parental ha sido definida como “una función en cabeza de ambos progenitores destinada a satisfacer las necesidades del hijo, teniendo como preocupación esencial su interés superior”<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> ARTÍCULO 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

<sup>3</sup> A fin de profundizar consultar BELOFF, Mary Ana, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2009.

<sup>4</sup> LORENZETTI, Ricardo L, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. IV, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 267.

Asimismo, una importante fuente en la materia como lo es el Convenio Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (en adelante CLH 1996)<sup>5</sup> califica el término como aquel que “comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño”.

Clásicamente, la tutela y la curatela han sido definidas como institutos jurídicos cuya finalidad es la protección de las personas menores de edad, en el primero de los supuestos, y a las personas con afecciones mentales, en el segundo caso<sup>6</sup>.

De hecho, la tutela ha sido definida históricamente por la doctrina local como “la institución tuitiva, personalísima, que funciona como carga pública, representando y cuidando la persona del menor no sometido a la patria potestad, atendiendo a la salud física y moral, a su educación y asistencia, administrando al incapaz y asumiendo su representación legítima en todos los actos de la vida civil”<sup>7</sup>. Más modernamente, se la ha definido por exclusión ante la inexistencia de responsabilidad parental como aquella que se otorga “a toda persona que no habiendo alcanzado la plena capacidad civil –menor de edad– no se halla sujeta a la responsabilidad parental”<sup>8</sup> con la finalidad de proteger sus bienes y su persona.

---

<sup>5</sup> El Convenio data de fecha 19 de octubre de 1996 y cuenta en la actualidad con 53 Estados contratantes (consultado en la página <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=70> – Fecha de consulta: 05/05/2021). Argentina aún no ha culminado con el proceso de incorporación del mismo.

<sup>6</sup> HERRERA, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias*, 1a ed. 1a reimp., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015, S/P, versión pro-  
wiev.

<sup>7</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., *Patria Potestad, tutela y curatela*, Buenos Aires: Ed. Depalma, 1993, p. 166.

<sup>8</sup> SOLARI, Néstor Eliseo, *Derecho de las familias*, 1a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015, S/P, versión pro-  
wiev.



Es dable mencionar, que previo al CCCN, en materia de Derecho Internacional Privado han sido elaborados en la República Argentina diversos proyectos. Algunos de ellos, han concebido la posibilidad de formar un código especial en la materia o una ley de Derecho Internacional Privado, mientras que otros se han limitado a incluirlo dentro del Código Civil o Civil y Comercial, siendo esta última la posición que ha primado. Acto seguido, veamos los significativos cambios en la regulación de estas figuras jurídicas en el *corpus iuris* vigente.

## **2. De la patria potestad a la responsabilidad parental: el camino recorrido por la legislación nacional**

La legislación argentina ha sufrido diversas modificaciones desde la sanción y entrada en vigor del llamado Código Civil de Vélez Sarsfield a finales del siglo XIX. Éste consagraba el instituto de la patria potestad, que si bien de algún modo ponía el acento en la figura del padre, ya era vista como una relación de derecho-obligaciones y protectoria de la figura del menor de edad, teniendo presente las diferencias que la ley hacía en virtud de “su origen y la situación jurídica de sus padres, en especial, si éstos se encontraban o no casados”<sup>9</sup>.

A *posteriori*, se fueron reconociendo mayores derechos a la madre y con la ley 23.264 se equipararon los derechos de todos los hijos, además de modificarse la definición de patria potestad.

Es así, que el código ya no vigente la conceptualizaba como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.”

Con la reforma, el cambio sustancial está dado por la modificación del *nomen iuris* hacia el adoptado actualmente de “responsabilidad parental”.

---

<sup>9</sup> HERRERA, Marisa, *Manual de Derecho...*, Op. Cit.

Indica Medina que “(e)l motivo del cambio de nombre radica en que sus redactores consideran que el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico, y a diferencia de lo que sucede con el concepto de patria potestad, que nos remite a la idea de poder de la potestad romana y pone el acento en la dependencia absoluta del niño dentro de una estructura familiar organizada jerárquicamente, el concepto de ‘responsabilidad parental’ es inherente al de ‘deber’ que, cumplido adecuadamente, subraya el compromiso paterno de orientar al hijo hacia la autonomía”<sup>10</sup>.

Resulta innegable que el acento en nuestros tiempos está puesto en la figura NNA y no ya en la figura paterna como antaño, lo cual será materia de análisis en el siguiente acápite.

### **3. La regulación actual del instituto de la responsabilidad parental**

Es dable destacar que el Código Civil anterior no contaba con previsiones para casos iusprivatistas internacionales, sino que se limitaba a regular a la por entonces llamada “patria potestad” para casos domésticos.

Esta falta de designación motivaba diversas posturas doctrinarias al respecto. Es así como Werner Goldschmidt sostenía que debían aplicarse analógicamente las soluciones previstas en la fuente convencional Tratado de Montevideo de Derecho Civil (en adelante TMDC) de 1940<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> MEDINA, Graciela, “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *DFyP*, noviembre 2014, Cita Online: AR/DOC/3797/2014, Recuperado de: [https://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Medina\\_La\\_responsabilidad\\_parentalenelCCYC.pdf](https://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Medina_La_responsabilidad_parentalenelCCYC.pdf)

<sup>11</sup> El citado autor considera que, en los problemas atinentes a la niñez omitidos de ser regulados en fuente interna argentina, hoy derogada “corresponde aplicar analógicamente las disposiciones del Tratado de 1940” GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*, 10ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 531.

Brevemente, ambos TMDC en cuanto a la jurisdicción aplican los criterios generales de domicilio del demandado y el *forum causae* o paralelismo entre juez competente y derecho aplicable<sup>12</sup> para acciones personales, agregando el TMDC 1889 en su art. 59 que las acciones que procedan del ejercicio de la patria potestad, tutela y curatela se ventilarán, en todo lo que les afecte personalmente, ante los tribunales del país en que estén domiciliados los padres, tutores o curadores. Es dable señalar, que este tratado prevé que los padres tienen su domicilio en el territorio del Estado por cuyas leyes se rigen las funciones que desempeñan, en consonancia con el TMDC 1940 que indica que está en el lugar de su representación. Por ende, se debe calificar, en el supuesto de tratarse de domicilios separados, si será en el del NNA o en el de ellos, debiendo inclinarnos claramente por la primera de las opciones.

En relación al derecho aplicable, el TMDC 1889 establece que los derechos y deberes personales que hacen a la patria potestad se regirán por la ley del lugar en que se ejercita, obligándonos nuevamente a calificar el término. Mientras que en lo concerniente a los derechos de los padres sobre los bienes de los hijos opta por el criterio real del lugar donde los bienes están situados. En cambio, el TMDC 1940 pone el acento en la aplicación del derecho en ambos casos del domicilio de quien ejercita la patria potestad –la figura del padre para la época de su creación-, reservando la aplicación de la ley de lugar de situación de los bienes para todo lo que esté prohibido por ésta en materia de estricto carácter real.

Por otra parte, el Dr. Boggiano, sostenía que debía de establecerse la determinación del juez competente como del dere-

---

<sup>12</sup> Para los TMDC 1889 y 1940 sus respectivos artículos 56 establecen: “Las acciones personales deben entablarse ante los Jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio. Podrán entablarse igualmente ante los Jueces del domicilio del demandado.”

Mientras que el TMDC de 1940 incluye otra previsión adicional “...Se permite la prórroga territorial de la jurisdicción si, después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales.”

cho aplicable utilizando el criterio de la residencia habitual del NNA, lo que se desprendía del juego armónico de las fuentes convencionales<sup>13</sup>.

Luego de la reforma, la figura de la responsabilidad parental es definida por las normas de derecho local contenidas en el CCCN como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”<sup>14</sup> (Art. 638).

En consonancia con la inteligencia de privilegiar la figura del NNA, los principios que inspiran la regulación de este instituto son el, siempre presente, interés superior del niño; la autonomía progresiva del hijo/a conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, siendo inversamente proporcional la relación, a mayor autonomía del NNA, menor representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; y asegurar el cumplimiento del derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 639 CCCN). Estos principios han de ser tenidos en cuenta a los fines de determinar contradicciones con el orden público internacional local en esta materia.

Sin perjuicio de la regulación interna anteriormente reseñada, en la sección 7ª del Título IV del Libro sexto del CCCN, se ha incorporado una norma que expresamente determina el derecho aplicable a los casos iusprivatistas internacionales en los que se encuentre vinculada la temática *sub examine*.

---

<sup>13</sup> BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, 7a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015, S/P.

<sup>14</sup> Esta definición ha sido criticada por autores como Belluscio que indica que sería más correcto el término autoridad parental, entendiendo que por responsabilidad parental debiéramos comprender a la “de los padres hacia sus hijos por el incumplimiento de sus deberes o frente a terceros por los daños causados por sus hijos”. Asimismo, entiende que no debería de haberse adoptado la palabra progenitores sino padres dado que “no se trata solamente de los padres biológicos sino también de los padres adoptivos.” BELLUSCIO, Augusto César, *Derecho de Familia*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016, S/P, versión electrónica.

Es así que el legislador ha decidido adoptar un criterio de regulación consistente en una conexión rígida con más una flexible al establecer en el art. 2639 CCCN que “todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho del lugar del centro de vida del hijo al momento en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes”.

Si adoptamos una calificación *lex fori*, podemos concluir con que al momento de referirse la norma a “todo lo atinente” estaríamos englobando asimismo lo previsto en el art. 640 CCCN como figuras derivadas de la responsabilidad parental enunciadas, a saber: la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; el cuidado personal del hijo por los progenitores; y la guarda otorgada por el juez a un tercero.

Previo a ingresar al análisis de las normas incorporadas luego de la reforma, es dable referenciar que se ha manifestado que éstas encuentran su inspiración en el CLH 1996<sup>15</sup> y la ley de Derecho Internacional Privado de Bélgica<sup>16</sup>. Como así también,

---

<sup>15</sup> Nos referimos específicamente a los siguientes artículos: “Artículo 5: 1. Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.” y “Artículo 15: 1. En el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley. 2. No obstante, en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho. 3. En caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, la ley de este otro Estado rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual a partir del momento en que se produce la modificación.”

<sup>16</sup> Nos referimos específicamente al Artículo 35.1 “1er. L'autorité parentale, la tutelle et la protection de la personne et des biens d'une personne âgée de moins de dix-huit ans sont régies par Convention concernant la compé-

en la CDN y el estado de la jurisprudencia y doctrina elaborada en relación a la determinación del derecho de custodia en las convenciones sobre restitución internacional de NNA<sup>17</sup>.

### **I. La falta de disposición atributiva de la competencia: cuando todos los caminos nos conducen al centro de vida del NNA**

En consonancia con las manifestaciones vertidas en la exposición de motivos del proyecto de reforma del código, “(e)l derecho internacional privado actual no puede prescindir de una localización jurisdiccional de los conflictos (...). Este sector es de naturaleza federal –tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– pues delimita el ámbito del ejercicio de la soberanía jurisdiccional del propio Estado frente a la jurisdic-

---

tence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, conclue à La Haye le 19 octobre 1996. Il en va de même, lorsque la personne est âgée de moins de dix-huit ans et que la compétence internationale est fondée sur les dispositions du Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 décembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le Règlement (CE) n° 1347/2000 ou sur les dispositions de la présente loi.” (“La patria potestad, la tutela y la protección de la persona y los bienes de una persona menor de dieciocho años se rigen por el Convenio sobre jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños, concluido en La Haya el 19 de octubre de 1996.- Lo mismo se aplica cuando la persona es menor de dieciocho años y la jurisdicción internacional se basa en las disposiciones del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de diciembre de 2003, sobre jurisdicción, reconocimiento y ejecución de sentencias. en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) n° 1347/2000 o sobre las disposiciones de esta ley.” - Traducción propia)

<sup>17</sup> RUBAJA, Nieve, “Sección 7ª. Responsabilidad parental e instituciones de protección. ARTÍCULO 2639. Responsabilidad parental” en CAMELO, Gustavo; Sebastián, PICASSO; HERRERA, Marisa (Dir.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. VI, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infocus, 2015, p. 399.

ción de Estados extranjeros.”<sup>18</sup> Es por ello, que se han establecido normas atributivas de jurisdicción para prácticamente todos los institutos regulados en la parte especial, además de normas generales que regulan la temática de la jurisdicción que tendrán incidencia en la parte especial.

Sorpresivamente, uno de los pocos institutos a los que no se les prevé una determinación de juez competente específica es la responsabilidad parental.

La referida circunstancia nos deja un interrogante que ha de ser resuelto brindando posibilidades a fin de suplir dicho vacío legal.

Respondiendo al *leitmotiv* del título, veremos cómo los caminos transitables nos conducen al mismo lugar: la residencia habitual del NNA.

Ahora bien, previo a detenernos en las posibles regulaciones al respecto, considero necesario calificar qué entendemos por residencia habitual del NNA.

A nivel de fuente interna, contamos con la calificación autárquica el art. 2614 CCCN sobre domicilio de personas menores de edad, que refiere que éste se encuentra en el Estado del domicilio de quienes ejerzan la responsabilidad parental. Sin embargo, cuando el ejercicio es plural, la norma brinda como criterio subsidiario el de la residencia habitual del NNA.

Se ha sostenido que tal regulación encuentra su motivación en razón de que los menores de edad “carecen de la posibilidad de constituir por sí mismos su propio domicilio”<sup>19</sup>.

Por otra parte, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes brinda una definición de centro de vida, considerando por tal aquel “lugar

---

<sup>18</sup> Expresión de motivos proyecto de ley “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación,” *Biblioteca Digital*, consulta 5 de abril de 2021, p. 728, Recuperado de <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1522>).

<sup>19</sup> MENICOCCL, Alejandro A. y Mariela C., RABINO. “Personas Humanas” en MEDINA, Graciela y Julio C., RIVERA, (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires: La Ley, 2014, p. 839.

donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”<sup>20</sup>.

Desde la doctrina, podemos mencionar que “la residencia habitual del menor ha venido a constituirse en un punto de conexión con elementos específicos, pues se habla de su centro de vida. Los elementos a tener en cuenta son aquellos hechos que vinculan al menor con un ámbito espacial, no es, por tanto, sólo una noción jurídica sino con mayor contenido sociológico, así el centro de vida será el del lugar en donde está la escuela a la que asiste, el lugar de encuentro con sus amigos, el lugar donde se encuentran los familiares, esto es la vinculación con los seres y cosas que conforman el mundo real y emocional del niño. Por eso debe tenerse especial cuidado y prudencia al definir el centro de vida como la residencia habitual del menor”<sup>21</sup>.

Una vez establecido esto, podemos adentrarnos en buscar contactos jurisdiccionales que nos permitan suplir la laguna normativa. Una de las alternativas, es entender que resulta competente el juez de la residencia habitual de NNA, de su centro de vida, realizando una especie de paralelismo (*forum causae*) entre la determinación del derecho aplicable establecido en el 2639 CCCN y el establecimiento del juez competente.

Otra de las posibilidades, sigue encontrándose en la fuente interna, sin embargo, implica recurrir a la norma de jurisdicción prevista para casos locales. Es así que el art. 716 CCCN establece la competencia del juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida para los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes, en los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y

---

<sup>20</sup> De conformidad con lo establecido en el artículo 3 inc. f) de la ley 26.061 del año 2005.

<sup>21</sup> BIOCCA, Stella Maris, *Derecho Internacional Privado. Un nuevo enfoque*, t. I, Buenos Aires: Ed. Lajouane, 2004, p. 133.



otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional.

Por último, otra de las opciones resulta de aplicar analógicamente las soluciones de la CLH 1996 y del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (en adelante CLH 1980).

En relación a la CLH 1996, establece el juez competente para diversos escenarios posibles de ocurrir en la materia que regula, adoptando el contacto jurisdiccional de la residencia habitual del NNA para los supuestos generales de adopción de medidas para la protección de su persona o de sus bienes establecidos en el art. 5. Además, determina que para el supuesto de cambio de la residencia habitual del NNA<sup>22</sup>, serán competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

Sin perjuicio de estas alternativas específicas, tenemos siempre abierta la posibilidad de recurrir a los fines de determinar la jurisdicción a la norma general prevista para acciones personales del art. 2608 CCCN<sup>23</sup> que abre jurisdicción ante los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado.

Por último, podría suscitarse el caso de la complementación con la aplicación del foro de necesidad previsto en el art. 2602 CCCN<sup>24</sup>. Desde luego, éste tendrá operatividad

---

<sup>22</sup> Por último, se contemplan los casos en que el NNA ha sido desplazado o retenido ilícitamente abordando claramente la problemática de la sustracción internacional de NNA, donde se establece que las autoridades del Estado donde el NNA tenía su residencia habitual serán las competentes hasta que adquiera una nueva residencia. Sin embargo, “las autoridades del Estado contratante al que el niño ha sido desplazado o donde se encuentra retenido solamente pueden tomar las medidas urgentes necesarias para la protección de la persona o los bienes del niño” (Artículo 7).

<sup>23</sup> El art. 2608 CCCN indica: “Domicilio o residencia habitual del demandado. Excepto disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado.”

<sup>24</sup> El art. 2602 CCCN establece: “Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argen-

cuando concurren los requisitos allí enumerados, atribuyéndose competencia un juez argentino que en principio no la tiene, a los fines de evitar la denegatoria internacional de justicia, teniendo en miras que el asunto tenga vinculación con el foro local, se pueda arribar a una sentencia eficaz y no sea razonable iniciar el proceso en otra jurisdicción.

El fundamento de ello se encuentra en que el “*forum necessitatis*” permite que el juez amplíe su competencia judicial internacional cuando no este prevista legalmente, con sustento en el principio de la tutela judicial efectiva que es la contracara de la prohibición de denegación de justicia”<sup>25</sup>.

Una vez planteado el abanico de posibilidades al momento de la determinación del juez competente, debemos de adentrarnos en el sector del derecho aplicable.

## **II. Importancia de la selección del centro de gravedad del NNA para determinar el derecho aplicable**

A los fines de realizar el análisis de la norma prevista para la determinación del derecho aplicable incorporada en el art. 2639 CCCN, he decidido dividir la disposición en dos partes a fin de proceder al estudio particular y pormenorizado de cada una de sus previsiones.

Es así que la primera norma incorporada en dicho artículo adopta como punto de conexión el de la residencia habitual, con la limitación temporal de fijarlo al momento en que se suscita el conflicto.

Es de importancia remarcar, entonces, que al momento de optar por esta conexión fijada en el tiempo, se permite evitar el conflicto móvil y, por ende, la manipulación del punto de cone-

---

tinios, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.”

<sup>25</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El Derecho Internacional Privado Actual*, t. I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Zavalía, 2015, p. 115.

xión por parte de los padres/madres al mudar el centro de vida del hijo a otro Estado<sup>26</sup>. Todo ello, se complementa ineludiblemente con la disposición del art. 2614 CCCN *in fine* para los supuestos de sustracción internacional de NNA.

La expresión de motivos del anteproyecto da cuenta de que la elección del derecho aplicable para la temática obedece a que “(e)l centro de gravedad en la materia “responsabilidad parental y otros institutos de protección” se ha fijado en la residencia habitual del niño, que es la tendencia recogida en las legislaciones nacionales a partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.”<sup>27</sup>

En consonancia, se ha planteado que “(e)l fundamento de la norma es la búsqueda de los lazos estrechos entre la vida del niño y el derecho que debe aplicarse. En ausencia de regla específica, la noción de residencia habitual del niño está dada en la fuente interna, por el art. 2613, inc. b), perfectamente compatible con la noción autónoma de residencia habitual que utilizan las Convenciones de La Haya de 1980 y de 1996”<sup>28</sup>.

De ello, se puede extraer, como adelantamos, que la inspiración de esta disposición podemos encontrarla en el contenido del articulado previsto en la CLH 1996, dado que indica que la atribución o la extinción de la responsabilidad parental de pleno derecho o en virtud de un acuerdo o de un acto unilateral, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa, y el ejercicio de la responsabilidad parental se rigen por la ley del Estado de la residencia habitual del niño.

---

<sup>26</sup> RUBAJA, Nieve, “Sección 7ª. Responsabilidad parental...” Op. Cit., p. 400.

<sup>27</sup> “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Biblioteca Digital*, consulta 5 de abril de 2021, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1522>. p. 731.

<sup>28</sup> NAJURIETA, María Susana, “Principios y caracteres del Derecho Internacional Privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 41, Número 93, 2016, p.151.

### III. El catalizador de iniquidades conflictuales: la cláusula de excepción y su aplicación a la norma de derecho aplicable

La segunda norma que completa la determinación del derecho aplicable en materia de responsabilidad parental, entraña una innovadora incorporación para la legislación argentina al prever una cláusula de excepción específica. Ésta indica que “en la medida en que el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes”.

Es dable entonces referirnos brevemente a las cláusulas de excepción como aquellas que nos permiten flexibilizar el contenido pétreo de la norma indirecta clásica, corrigiendo eventuales iniquidades a las que arribaríamos por la utilización de un punto de conexión rígido que nos derive a la aplicación de un derecho con una vinculación no tan estrecha con la relación jurídica que pretende regular.

Nuestra legislación luego de la reforma ha incorporado en el art. 2597 CCCN<sup>29</sup> la posibilidad de apartarnos excepcionalmente de las soluciones rígidas previstas por la norma de conflicto cuando, en virtud de las circunstancias de hecho, ésta nos deriva a la aplicación de un derecho que no guarda íntima relación con el caso, optando por la aplicación de un derecho que tenga vínculos más estrechos con éste.

De modo que, la doctrina ha establecido que en estos casos “el legislador difiere al intérprete la determinación del derecho aplicable en el caso concreto, dándole, en algunos casos, sólo alguna orientación de carácter finalista o sustancial”<sup>30</sup>. Justamente este el caso de la norma *sub examine*.

---

<sup>29</sup> Dicho artículo indica: “Cláusula de excepción. Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente.”

<sup>30</sup> UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: Ed. La Ley, 2016, p. 49.

Ahora bien, debiéramos entonces preguntarnos si esta disposición ha de ser aplicada en consonancia con la cláusula de excepción genérica prevista en el art. 2597 CCCN o solo es dable utilizarla teniendo en miras el cumplimiento del requisito de favorecer el interés superior del NNA.

La doctrina se ha inclinado por la segunda de las opciones al manifestar que “(s)e trata de una cláusula escapatoria específica, no sustentada solamente en el principio de proximidad sino en valores sustanciales: el razonamiento habilita a “tomar en consideración” otro derecho con lazos relevantes en tanto sea necesario para concretar en el caso concreto el “interés superior del niño”<sup>31</sup>.

Por ende, debemos destacar que a diferencia de la cláusula escapatoria general, la del art. 2639 *in fine* no refiere ya a vínculos estrechos, sino a que éstos sean relevantes, siempre teniendo en miras la orientación material que contiene<sup>32</sup>.

Nuevamente, la CLH 1996 se encuentra como musa inspiradora de dicha disposición, en especial, cuando en su art. 15.2 establece para el juez la posibilidad de apartarse de la aplicación del derecho designado optando por aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho.

Es así como podemos afirmar que al momento de proceder a la lectura completa del derecho designado por aplicación del art. 2639 CCCN el operador jurídico “debe prestar atención en el derecho positivo, a todas las graduaciones que conciernen al punto de conexión rígida, a su núcleo firme y a su periferia indistinta, aprovechando la flexibilidad que el sistema le permite utilizar para valorar los lazos más estrechos del caso con un ordenamiento u otro. Sin embargo, deberá mantener un adecuado equilibrio entre la necesidad general de previsibilidad que es exigencia del sistema y la necesidad de flexibilidad que,

---

<sup>31</sup> NAJURIETA, María Susana, “Principios y caracteres...”, Op. Cit., p.151.

<sup>32</sup> SCOTTI, Luciana, “Flexibilización y cláusula de excepción En El Derecho Internacional Privado Argentino”, *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*. Año VIII, N° 2, 2020, p. 281.

excepcionalmente, pueda demandar el caso concreto, obrando la armonización a través de una solución adaptada”<sup>33</sup>.

De la lectura general del artículo, teniendo presente lo visto hasta el momento podríamos concluir que el orden de lectura estaría invertido. Si bien, en esencia, las llamadas cláusulas escapatorias no son la regla, sino la *ultima ratio*, en este supuesto por la indicación material que la precede –con respecto a la imposición de preponderar los designios del interés superior del niño– podríamos aseverar que deberíamos brindarle protagonismo a esta norma que vigila la concreción de esta premisa, de este principio fundamental efectivizándolo materialmente con la aplicación del derecho que guarde mayor vinculación con el caso<sup>34</sup>.

#### **4. La regulación de la curatela, tutela y otros institutos de protección en el CCCN**

Otras de las figuras que han sufrido sustanciales modificaciones en su definición, regulación y abordaje han sido las que estudiaremos bajo este título.

En la actualidad, el instituto de la tutela es definido en el art. 104 del CCCN como aquella “(...) destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental”. A este instituto se aplicarán los mismos principios que hemos visto para la responsabilidad parental, por lo que tienen similar importancia a la hora de juzgar la existencia del límite de orden público internacional en estos casos.

En el supuesto de la curatela, hemos mutado hacia un sistema de protección de las personas con discapacidad en el que se parte de la premisa de que la regla es presumir la capacidad y restringirla solo en la medida de lo necesario para la protección

---

<sup>33</sup> UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit, p. 110.

<sup>34</sup> Ver esta postura reflejada en BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional...*, Op. Cit., S/P.

de la persona. Es así que la designación de un curador solo será pertinente en casos de restricción máxima de la capacidad, designándose para casos menos gravosos, figuras menos rígidas, como el sistema de apoyos cuya la finalidad es procurar la asistencia y acompañamiento de la persona<sup>35</sup>.

Se establece como principal función del curador según el art. 138 CCCN el cuidado de la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud, debiendo destinar las rentas de los bienes de la persona protegida, preferentemente, a ese fin.

El giro copernicano que se evidencia luego de la reforma ha sido inspirado en instrumentos de D.D.H.H., principalmente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>36</sup>, encontrando su correlato en los principios vigentes en la materia. Éstos se encuentran consignados en su art. 31 que dispone que "(l)a restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades".

---

<sup>35</sup> HERRERA, Marisa, *Manual de Derecho...*, Op. Cit., S/P.

<sup>36</sup> Nos referimos a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad conjuntamente con su Protocolo Facultativo, incorporada por la ley 26.378 del año 2008. En 2010, se abre paso a la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental, N° 26.657.

## I. La regulación anterior prevista en el Código Civil velezano

A lo largo del Código Civil anteriormente vigente nos encontramos con diversas previsiones a partir del artículo 377<sup>37</sup> respecto de este tema pero que prácticamente se limitan a regular la cuestión a nivel interno.

Como punto de partida, es interesante destacar la definición dada de tutela, como “el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil” (Artículo 377).

De esta definición se desprende que la figura del tutor adquiriría notable relevancia en la medida en que quien la ejercía se convertía en el representante legítimo del menor de edad en todos los negocios civiles.

En relación a la regulación de DIPr, podemos sucintamente señalar como normas de policía o internacionalmente imperativas<sup>38</sup> a aquellas consagradas en los artículos 385 y 386. La primera de ellas establecía las cláusulas que eran consideradas como prohibidas y prescribían la consecuencia de tenerlas por no escritas. Éstas eran las cláusulas que eximían al tutor de hacer el inventario de los bienes del menor, o de dar cuenta de su administración, o aquellas que lo autorizaban a entrar en la posesión de los bienes, antes de hacer el inventario. La segunda de ellas establecía la prohibición para los “padres de nombrar dos o más tutores, que funcionen como tutores conjuntos y si lo hicieren, el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados, en el caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos”.

---

<sup>37</sup> Se encuentra regulado dentro de la Sección Segunda - De los Derechos en las Relaciones de Familia, dentro del Libro Primero - De las Personas.

<sup>38</sup> Se erigen como “una categoría de normas que, inspiradas en rigurosas consideraciones de orden público, excluyen el funcionamiento de las normas de conflicto y de toda otra norma.” Conf. BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional...*, Op. Cit., S/P.



Ahora bien, es dable remarcar que en el sistema argentino debemos diferenciar a la *tutela legal*, que tiene lugar cuando los padres no han nombrado tutor para sus hijos o cuando los nombrados no la ejercen, o dejan de ser tutores; de la *tutela dativa*, en la que hay ausencia de designación de tutor por parte de los padres y no existen parientes llamados a ejercerla, o cuando, existiendo, no sean capaces o idóneos, o hayan hecho dimisión de la tutela, o hubiesen sido removidos, por lo que el juez es quien lo hará en subsidio.

Las formas en que se daba por terminada la tutela es conforme el artículo 455:

- Por la muerte del tutor, su remoción o excusación admitida por el juez;
- Por la muerte del menor, por llegar éste a la mayor edad, o por contraer matrimonio.

En relación a la rendición de cuentas por parte del tutor, es dable destacar que las mismas debían ser dadas en el lugar en que se desempeñe la tutela. (Artículo 463)

En cuanto a la curatela, se la definía como aquella dada al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes, conforme el artículo 468 el Código Civil.

#### *a. Juez competente*

En materia de juez competente, a los fines de proceder al discernimiento de la tutela el juez habilitado era el del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio, ciñéndolo temporalmente al día del fallecimiento de los mismos (Artículo 400).

Ahora bien, cuando los padres se encontraban domiciliados fuera de la República Argentina tanto al día de su fallecimiento o el día en que se trataba de constituir la tutela, se modificaba el contacto jurisdiccional dado, optándose por el juez del lugar de la última residencia al día del fallecimiento de los padres en el primero de los casos, mientras que en el segundo de ellos será el de la residencia actual de ellos (Artículo 401).

Asimismo, contenía previsiones a los efectos de establecer el juez competente tanto para el discernimiento de la tutela como para dirigir todo lo que a ella concierne en cuanto a los huérfanos o menores abandonados, determinando que sería el del lugar en que ellos se encontraren, aun cuando los bienes del menor de edad se encontraren fuera de su jurisdicción (Artículo 404).

Tampoco constituye una cuestión relevante a la hora de determinar la competencia del juez que haya discernido la tutela, el hecho de que el menor o sus padres muden su domicilio o residencia de manera posterior, conforme al mismo sólo se encomienda la dirección de la tutela hasta que ésta cese por parte del pupilo (Artículo 405) .

#### *b. Ley aplicable*

En relación al derecho aplicable a la tutela, el CC preveía dos supuestos.

El primero de ellos establecía en el artículo 409, que “la administración de la tutela, discernida por los jueces de la República, será regida solamente por las leyes de este código, si en la República existiesen los bienes del pupilo.”

Mientras que acto seguido establece que la administración de tales bienes y enajenación de los bienes muebles o inmuebles que el pupilo tuviese fuera de la República, se regirán por la *lex situs*, o sea por la ley del lugar donde se encuentren.

En relación a la ley aplicable y juez competente en materia de curatela, se realiza en el artículo 475 una remisión a las leyes sobre tutela, equiparando a los declarados incapaces a los menores de edad en cuanto a su persona y bienes.

## **II. La reforma del Código Civil y Comercial de la Nación**

Con la sanción del CCCN, no solo encontramos una notable diferencia en relación a la puesta del acento en la figura de la

persona cuya protección se pretende, sino que específicamente se adopta una norma que regula el tema en cuestión.

Si bien no prevé norma de jurisdicción, podríamos al igual que la cuestión anteriormente analizada, considerar que el juez argentino sería competente si el domicilio de la persona en cuestión de conformidad con las calificaciones de los arts. 2614 y 2615 CCCN está en la República Argentina, “en atención al fundamento de proximidad que caracteriza a la conexión elegida, a la inmediatez del juez de la causa con el sujeto a proteger y a la tutela judicial efectiva de este último”<sup>39</sup>.

Si tenemos en cuenta las fuentes del artículo 2640 CCCN, podemos concluir que es de toda lógica adoptar dicha alternativa dado que como hemos visto, tanto el CLH como Ley de Derecho Internacional Privado de Bélgica, remiten al juez de la residencia habitual del NNA.

Otra de sus fuentes, el Proyecto de Código del año 2003, en relación a la tutela y curatela, incluía disposiciones en materia de jurisdicción coincidentes con las previstas en el proyecto de 1998<sup>40</sup>. En tal sentido, en su artículo 40 determinaba que “para el discernimiento de la tutela y de la curatela tienen jurisdicción los tribunales del domicilio de la persona de cuya protección se trate. Si se trata de persona en estado de abandono tienen jurisdicción los tribunales de su residencia habitual y si ésta no se conociere, los del lugar donde se encuentra”. Mientras que en

---

<sup>39</sup> RUBAJA, Nieve, “ARTÍCULO 2640. Tutela e institutos similares” en CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa (Dir.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. VI, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 403.

<sup>40</sup> El Proyecto de reforma del Código Civil elaborado en el año 1998, que en un principio constaba de siete libros, terminó por incluir al LIBRO OCTAVO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO a iniciativa de la misma comisión redactora, quienes ya en su nota de elevación de diciembre de 1.998, habían previsto que “un proyecto separado de Ley de Derecho Internacional Privado deberá ser tratado simultáneamente con aquél”. Mientras que, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 difiere del anterior en el sentido en que se trataba de un código pura y exclusivamente de Derecho Internacional Privado.

su artículo 41 establece que “el desplazamiento o la retención ilegales de un incapaz no altera la jurisdicción”<sup>41</sup>.

En relación a la determinación de derecho aplicable, se establece en el artículo 2640<sup>42</sup> que no sólo la tutela y la curatela, sino todas las demás instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida, van a regirse por “el derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate al momento de los hechos que den lugar a la de terminación del tutor o curador”.

Pero sus previsiones no se limitan a ello, sino que permite el reconocimiento y efectos de lo que denomina como “otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable”, siempre y cuando éstos “sean compatibles con los derechos fundamentales del niño”.

Las fuentes de este artículo son las que hemos ya referenciado, teniendo como norte las previsiones incorporadas en el CLH y la ley de DIPr de Bélgica.

Asimismo, podemos mencionar al artículo 117 del Proyecto de Código de DIPr de 2003 que indicaba que la tutela y demás instituciones análogas de protección de los incapaces no sometidos a patria potestad estarán regidas por el derecho de su domicilio y, en su defecto, por el de su residencia habitual. Como así también lo estarán la curatela e instituciones análogas.

De este modo, este proyecto establecía una conexión principal tomando en primer lugar el domicilio de la persona y subsidiariamente el de la residencia habitual, diferenciándose del

---

<sup>41</sup> Ambos artículos se encuentran insertos en el Capítulo II Jurisdicciones especiales dentro del Título II Jurisdicción internacional.

<sup>42</sup> Dicho artículo refiere: “Tutela e institutos similares. La tutela, curatela y demás instituciones de protección de la persona incapaz o con restricciones a su capacidad, se rigen por el derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate al momento de los hechos que den lugar a la determinación del tutor o curador. Otros institutos de protección de niños y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño.”

proyecto del año 1998, el que solo preveía este último punto de conexión para establecer la ley aplicable en estos casos.

Al ingresar al estudio propiamente dicho de la norma vigente, el primero de sus párrafos adopta una norma con conexión personal rígida, fijada en el tiempo, lo que, como ya hemos referenciado anteriormente, permite evitar el problema del conflicto móvil.

En relación a la calificación del antecedente normativo, “(s)e ha interpretado que la norma no resulta excluyente de otros institutos que puedan existir respecto de sujetos con capacidades restringidas o incapaces aunque no se trate de menores de edad”<sup>43</sup>.

La segunda parte del artículo contiene una norma de reconocimiento, elaborada con la finalidad de reconocer una relación jurídica válidamente constituida bajo el amparo de un derecho extranjero y que despliegue sus efectos en el país, independientemente de la existencia o inexistencia de regulación de un instituto equivalente en la normativa local. Todo ello sin la necesidad de recurrir al exequátur<sup>44</sup> ni de cumplir con los requisitos que esto implicaría.

De algún modo, la norma busca la preservación del “derecho a la estabilidad de los vínculos familiares como un derecho humano fundamental”<sup>45</sup>.

En igual sentido, podemos afirmar que “teniendo en cuenta las dispares tradiciones jurídicas, culturales y religiosas que entran en relación, una misma situación podría ser tratada de manera diferente y, eventualmente, dar lugar a relaciones claudicantes, esto es, consideradas válidas en el país de origen, pero no en el país del reconocimiento (...) La tendencia moderna en el Derecho internacional privado es evitar estas relaciones clau-

---

<sup>43</sup> RUBAJA, Nieve, “ARTÍCULO 2640. Tutela...”, Op. Cit., p. 402.

<sup>44</sup> Regulado a partir del art. 517 en el CPCCN y en sus equivalentes en las respectivas jurisdicciones.

<sup>45</sup> RUBAJA, Nieve, “ARTÍCULO 2640. Tutela...”, Op. Cit., p. 403.

dicantes, a través de un principio general de reconocimiento en los otros Estados”<sup>46</sup>.

La profesora Najurieta nos ilustra sobre el tema manifestando que “(l)a regla no explica el concepto de “constitución regular”. La realidad de nuestro tiempo permite afirmar que esa característica no depende de la verificación de la norma de conflicto del foro, puesto que la regularidad puede provenir de conductas de cooperación internacional no ajustadas al método conflictual sino a una convención internacional. En segundo lugar, el legislador toma una opción en cuanto a la transposición de instituciones. En efecto, el reconocimiento puede limitarse a la existencia del instituto y a su validez, o comprender los efectos de la situación extranjera “cristalizada” en clara referencia a los efectos propios del derecho extranjero de constitución. Tan delicado es este punto, que los autores más prestigiosos han propuesto distinguir los efectos inescindibles de la existencia, de los efectos futuros, es decir, aquéllos que solo existirían virtualmente al tiempo de la inserción del instituto dado que necesitan de un derecho que les otorgue contenido a medida que se despliegan. El dilema consiste en la tensión entre dos objetivos del derecho internacional privado: la uniformidad de las soluciones, que tiende, por un lado, a la cohesión social y a la igualdad de regímenes en vigencia en un mismo territorio y, por el otro, el principio del respeto a la alteridad, la tolerancia de lo extranjero y la convivencia de formas de vida que responden a la diversidad cultural creciente de nuestros pueblos. (...) En este orden de ideas, el art. 2640, segundo párrafo, decide la inserción respetando los efectos propios de la institución extranjera, sin deformaciones, al menos en los límites compatibles con el orden público internacional del foro”<sup>47</sup>.

Sin embargo, este reconocimiento no operará en todos los casos, ya que la propia norma prevé como limite el respeto de

---

<sup>46</sup> URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de familia*, Córdoba: Ed. Lerner, 2017, p. 195.

<sup>47</sup> NAJURIETA, María Susana, “Principios y caracteres...”, *Op. Cit.*, pp. 158-159.

los derechos fundamentales de los NNA, disposición que irradia características compatibles con el orden público internacional.

Uno de los supuestos más habituales que encuadran dentro de esta norma es el de la *kafala* islámica<sup>48</sup>, institución desconocida para el derecho local que busca su reconocimiento como figura que implica la protección de NNA. Lo cierto, es que en estos casos se presenta el problema de cómo calificaremos estos institutos foráneos sin correlato a nivel nacional, por lo que será necesario recurrir a la adaptación a “fin dar respuesta al problema de la incompatibilidad o fricción entre normas de distintos sistemas jurídicos que deben ser aplicados simultáneamente”<sup>49</sup>.

Asimismo, se ha sostenido en la jurisprudencia reciente la aplicación del art. 2640 CCCN para este tipo de casos, dando cuenta de que la finalidad de dicha norma “no implica el reconocimiento de un acto jurisdiccional extranjero sino, propiamente, de la forma de colocación o de reubicación de niños creada en el extranjero”<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Para evaluar la jurisprudencia comparada, se puede ingresar en la resolución de casos como “Harroudj v. France” pronunciado en fecha 4 de octubre de 2012 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ, Mónica Sofía. “Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino: El tratamiento de las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado”, *Revista Pensar en Derecho*, N° 8, p. 220.

<sup>50</sup> Recientemente se ha expedido en este sentido el Juzgado Nacional en lo Civil N° 25 abordado la temática en un caso jurisprudencial, “S., A. M. y otro s/Exequatur y Reconocimiento de Sentencia Extranjera”. El caso versa sobre el pedido de reconocimiento de los efectos de una *kafala* otorgada en Argelia a nivel local. El juez argentino decide designar a la pareja como tutores de la niña en cuestión, ordenando su inscripción conjuntamente con la de su nacimiento, todo ello invocando el art. 2640 CCCN. Mientras que acerca del efecto del instituto en relación a la obligación de criar a la niña en la religión islámica, considera el juez que en respeto de la autonomía progresiva de la niña, pueden guiar de acuerdo a sus propias convicciones y en línea al culto que profesan a la niña, pero, de modo alguno pueden imponerle ni cercenarle ninguno de sus derechos.

## 5. Medidas urgentes: el corolario al sistema de protección de las infancias y las personas con capacidad restringida o incapaces

Por último, pero no por ello menos relevante, hemos de ingresar en el análisis de la norma restante de este triunvirato normativo que corona el cierre de la sección 7ma.

Nos referimos al artículo 2641, que contiene disposiciones sobre las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en territorio argentino.

Previo a sumergirnos en esta norma, es dable referenciar que el código anterior no contenía regulación para la temática. Por lo que se sugería la aplicación analógica de las soluciones del TMDC 1940 que, de forma concordante a su versión anterior de 1889, establecía a la residencia habitual de las personas como contacto jurisdiccional para la toma de medidas, adoptando el criterio de la residencia habitual de padres, tutores y curadores para las medidas urgentes concernientes a las relaciones personales que hagan al ejercicio de la patria potestad, tutela y curatela<sup>51</sup>.

Estas medidas han de ser tomadas por la autoridad competente aplicando la *lex fori*, encontrándose obligada a anotar dicha decisión al Ministerio Público y, en su caso, a las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada.

---

<sup>51</sup> El art. 24 del TMDC 1889 y el art. 30 del TMDC 1940 establece: “Las medidas urgentes que conciernen a las relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y a la tutela y curatela, se rigen por la ley del lugar en que residen los cónyuges, padres de familia, tutores y curadores.”

El art. 64 del TMDC 1889 y el art. 61 del TMDC 1940 indica: “Los jueces del lugar de la residencia de las personas son competentes para conocer de las medidas a que se refiere el art. 24/30.”



Es importante remarcar que para calificar los domicilios de las personas involucradas recurriremos nuevamente a las calificaciones autárquicas de los artículos 2614 y 2615.

Finalmente, en consonancia con criterios protectorios hacia las personas que revistan la calidad de refugiados, se exige a la autoridad competente de poner en conocimiento de las autoridades anteriormente referidas en casos en los que esté involucrada la protección internacional de éstos.

Esta salvedad resulta de toda lógica dado que de la propia definición que brinda ACNUR<sup>52</sup> de refugiado se desprende que “son personas que están fuera de su país de origen debido a un temor de persecución, a un conflicto, violencia u otras circunstancias que perturben gravemente el orden público, y quienes, en consecuencia, requieren ‘protección internacional’. Su situación suele ser tan peligrosa e intolerable que cruzan las fronteras nacionales para buscar seguridad en los países vecinos, y así poder ser reconocidos internacionalmente como ‘refugiados’ con acceso a la asistencia de los Estados, del ACNUR y las organizaciones pertinentes. (...) [P]ara ellos es demasiado peligroso volver a su lugar de origen y, por tanto, necesitan asilo en otro lugar. Para estas personas, la negación del asilo tiene consecuencias potencialmente mortales”<sup>53</sup>. En similar sentido se expide la Convención relativa al Estatuto de los Refugiados, “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacio-

---

<sup>52</sup> La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados fue establecida el 14 de diciembre de 1950 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La agencia tiene el mandato de dirigir y coordinar la acción internacional para la protección de los refugiados a nivel mundial de conformidad con lo determinado en su página oficial: <https://www.acnur.org/el-acnur.html>

<sup>53</sup> Según su página oficial: <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2016/3/5b9007344/preguntas-frecuentes-sobre-los-terminos-refugiados-y-migrantes.html> .

nalidad y hallándose a consecuencia de tal acontecimiento, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”<sup>54</sup>.

La determinación de la *lex fori* como aplicable, impone para la toma de estas medidas la concurrencia de los requisitos generales previstos para las medidas cautelares: verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela.

Entre las fuentes del artículo traemos nuevamente a colación la CLH 1996, especialmente su art. 11 apartado 1 que faculta a cualquiera de los Estados contratantes donde se encuentre el niño o sus bienes a tomar todas las medidas de protección que sean necesarias, en casos de urgencia<sup>55</sup>.

Otra de sus fuentes es el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003. En su artículo 118, determinaba una previsión concordante con la del proyecto de 1998 al sostener que “la autoridad competente aplica su propio derecho material para adoptar las medidas urgentes de protección res-

---

<sup>54</sup> El Artículo 1. A. 1. de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Con entrada en vigor el 22 de abril de 1954. Argentina la ha sancionado el 13 de septiembre de 1961 y promulgada el 2 de octubre de 1961.

<sup>55</sup> El artículo 11. 1.: “En caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan. 2. Las medidas adoptadas en aplicación del apartado precedente respecto de un niño que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante dejan de tener efecto desde que las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 a 10 adopten las medidas exigidas por la situación. 3. Las medidas adoptadas en aplicación del apartado primero respecto de un niño que tenga su residencia habitual en un Estado no contratante dejan de tener efecto en todo Estado contratante desde que las medidas exigidas por la situación y adoptadas por las autoridades de otro Estado se reconocen en dicho Estado contratante.”

pecto de los incapaces o de sus bienes cuando se encuentren en su territorio”<sup>56</sup>.

Resulta inevitable formular una relación con la disposición contenida en la parte general que desde luego abarca casos genéricos: el 2603<sup>57</sup> CCCN, especialmente su inciso 2. En él se advierte que los jueces argentinos, incluso siendo incompetentes para entender en el proceso principal, pueden dictar medidas cautelares o provisionales no solo en casos de urgencia, sino también a pedido de un juez competente, cuando las personas o los bienes se encuentren o puedan encontrarse en nuestro país. Como contrapartida, se prevé en el inciso 1 que en los casos en que sea el juez argentino competente y esté interviniendo en el proceso principal también tendrá jurisdicción para tomar este tipo de medidas cuando las personas o los bienes no se encuentren en Argentina. Esta disposición es claramente complementaria de la primigeniamente reseñada.

## **6. Breves comentarios respecto de la ley uruguaya de DIPr**

En razón de la enriquecedora participación en el panel del Seminario que motiva esta obra, de los destacados profesores de la hermana República Oriental del Uruguay, Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre y Dres. Eduardo Tellechea y Eduadro Véscovi, considero imperativo realizar un breve comentario

---

<sup>56</sup> Incorporado en el Capítulo XII. Protección de los incapaces no sometidos a patria potestad.

<sup>57</sup> Los jueces argentinos son competentes para disponer medidas provisionales y cautelares: a) cuando entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República; b) a pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal; c) cuando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina. El cumplimiento de una medida cautelar por el juez argentino no implica el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera, pronunciada en el juicio principal.

sobre la regulación de los temas abordados en la recientemente aprobada ley de DIPr uruguaya<sup>58</sup>.

En lo que respecta a los temas referidos en este título, en el artículo 21 establece como derecho aplicable a la protección de los incapaces, la patria potestad, la tutela y la curatela el del domicilio del incapaz. Esta ley también será la encargada de regular los derechos y deberes personales entre los incapaces y sus padres, tutores o curadores, salvo las obligaciones alimentarias, como así también, los derechos y obligaciones respecto de los bienes de los incapaces en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes.

Para la correcta aplicación de la norma hace falta hacer referencia a la calificación autárquica prevista en el artículo 16, que establece que el domicilio de los menores sujetos a patria potestad está en el Estado en que se domicilian sus padres cuando éstos ejercen efectivamente su representación. Fuera de este caso, así como cuando dichos padres se encuentran domiciliados en Estados diferentes, los menores incapaces se consideran domiciliados en el lugar de su residencia habitual. En concordancia con esta última disposición, los incapaces sujetos a tutela, curatela u otro mecanismo equivalente de protección, se consideran domiciliados en el lugar de su residencia habitual.

Por último, el inciso 3ro. del artículo 21 se refiere a las medidas de protección territorial que deben brindar los tribunales uruguayos en casos de urgencia, en forma provisoria y de conformidad con su ley interna.

En la exposición de motivos se referencia que “se innova al distinguir la ley regularmente aplicable al fondo del asunto por un lado y la jurisdicción y la ley aplicable por excepción por razones de urgencia por otro (art.21), las cuales, siguiendo los principios generales de inmediatez en este tipo de circunstan-

---

<sup>58</sup> Aprobada el 17 de noviembre del 2020 por el Parlamento uruguayo.

cias, son territoriales. Cuando la urgencia desaparece, se retorna a la aplicación de la ley regularmente aplicable”<sup>59</sup>.

Como contrapartida de esta norma, encontramos el artículo 59, en el que se brinda jurisdicción a los tribunales uruguayos para dictar medidas cautelares o de urgencia en materia de protección de incapaces, cuando el incapaz se encuentre en territorio de la República.

Es dable remarcar, que existen criterios generales de jurisdicción, además del específico mencionado, que brindar competencia a los tribunales uruguayos cuando opere el foro general del domicilio del demandado; por *forum causae* cuando la materia que constituye el objeto de la pretensión deducida se rige por la ley uruguaya según las normas sobre conflictos del derecho uruguayo; para conocer de demandas o pretensiones que se encuentren ligadas por vínculos estrechos a otra a cuyo respecto los tribunales de la República sean competentes en la esfera internacional, cuando exista interés en instruir las y juzgarlas conjuntamente, a fin de evitar soluciones inconciliables si los procesos se entablaren en distintas jurisdicciones internacionales; por prórroga de jurisdicción tácita, en caso de acciones personales, cuando el demandado, después de promovida la acción, comparezca en el proceso ejerciendo actos positivos de defensa, sin cuestionar la jurisdicción internacional del tribunal de la República en el momento procesal pertinente; por foro de necesidad; y para adoptar medidas provisionales o conservatorias, aun cuando no sean competentes para conocer el fondo del asunto.

A grandes rasgos, y a pesar de las divergencias terminológicas, podemos concluir con que las soluciones previstas para el DIPr argentino y el uruguayo son más bien coincidentes.

---

<sup>59</sup> “Exposición de motivos ley DIPr uruguaya”, p. 7 <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/exposic3b3n-de-motivos-proyecto-ley-de-dipr-uruguaya.pdf>.

## 7. Conclusiones

Hemos sido espectadores –y por qué no protagonistas– de un momento histórico de suma relevancia para nuestra historia jurídica con la sanción de un código unificado. Esta aseveración entraña especial relevancia para la disciplina del DIPr ya que se ha dado un paso significativo en pos de la codificación de nuestra materia en un cuerpo uniforme que pueda al menos aunar una serie de soluciones, en materias de vital importancia, incluida la regulación en cuestiones que hacen a la niñez y adolescencia.

En este humilde trabajo se ha buscado estudiar las soluciones previstas en el CCCN para los institutos de la responsabilidad parental, tutela, curatela, otras instituciones protectorias de la niñez y la posibilidad de toma de medidas precautorias protectorias.

En tal sentido, se puede arribar a una serie de conclusiones al respecto.

En primer lugar, se ha avanzado con buen tino en el reconocimiento de los menores de edad como sujetos de derecho, capaces de tomar decisiones en virtud de criterios como la capacidad progresiva.

Más allá de los avances en la regulación de fondo en la fuente interna, resulta necesario remarcar que con la incorporación de regulaciones en la materia *sub examine* para relaciones ius-privatistas internacionales, aumentamos la protección de la niñez y adolescencia, como así también de las personas sujetas a curatela y otros institutos desconocidos para el derecho local pero que han de reconocerse en pos de la concreción del principio fundamental que rige esta temática, como lo es el interés superior del niño.

Fundamentalmente, es mi deseo remarcar la necesidad de incorporación de estas normas a fin de garantizar que las relaciones jurídicas que traspasan las fronteras gocen de regulación acorde. Cuestión que se garantiza con la adopción de criterios no solo conflictuales rígidos, sino también flexibles con la infaltable orientación material tendiente a favorecer al débil jurídico en este tipo de relaciones. Asimismo, se garantiza que la protec-

ción brindada a una persona en un Estado pueda ser reconocida en otro a través de la adopción del método de reconocimiento incorporado en el art. 2640.

Sin perjuicio de que hemos visto que puede suplirse la falta de determinación de juez competente para estos casos, por las razones expuestas, quizás sería aconsejable en una próxima reforma, la incorporación de normas que regulen este sector tan fundamental del DIPr.

Coincido con la conclusión arribada por la Dra. Najurieta en relación a que las disposiciones del CCCN en relación al DIPr de la infancia denotan “la pluralidad de objetivos que caracterizan a la disciplina en nuestro tiempo: por una parte, se refleja la tensión entre el binomio justicia conflictual/justicia material y, por la otra, el balance y equilibrio de dos principios generales del derecho internacional privado: previsibilidad y flexibilidad”.<sup>60</sup>

Me gusta pensar en estas disposiciones como las tres estrellas que componen el cinturón de Orión –comúnmente llamas las Tres Marías– que son las que deberán guiar el camino de los operadores jurídicos que deberán velar por su correcta interpretación, pero sobre todo por su aplicación dado que de ese resultado material depende la vida de sectores sumamente vulnerables de nuestra sociedad como lo son los NNA y las personas con capacidad restringida o que carecen de ella.

---

<sup>60</sup> NAJURIETA, María Susana, “Principios y caracteres...”, Op. Cit., p. 148.

# LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO CRITERIO DE LEY APLICABLE EN LAS UNIONES MATRIMONIALES

**Leandro Baltar\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. LA FACTIBILIDAD DEL USO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD; 3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS UNIONES MATRIMONIALES; 4. REFLEXIONES FINALES.

## **1. Introducción**

Las relaciones familiares se distinguen por su profunda conexión con principios de índole cultural, social y moral. En su seno se desarrollan vínculos socioafectivos que pueden generar una multiplicidad de efectos jurídicos, sobre los cuales los Estados han manifestado un marcado interés regulatorio. En este contexto, el matrimonio, y en determinados ordenamientos también las uniones convivenciales, han adquirido una relevancia similar, en tanto institutos capaces de proyectar consecuencias jurídicas significativas.

La familia, en tanto instituto, trasciende el ámbito estrictamente jurídico, en la medida en que constituye un factor determinante para el desarrollo integral de las personas y de la sociedad en su conjunto. La doctrina coincide en reconocer a los Derechos Humanos como uno de los principales vectores de

---

\* Abogado (UBA). Magister en Derecho Internacional Privado por la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Doctorando en Derecho Internacional (UBA). Investigador Siglo 21. Docente de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Siglo 21. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Autor de artículos y capítulos de libros sobre temas de su especialidad.



transformación de las instituciones familiares, imponiendo a los Estados la obligación de adecuarse a dichos estándares, ya sea mediante la reformulación de las soluciones normativas existentes o, en su caso, a través de su sustitución por nuevas respuestas acordes a los principios que aquellos consagran<sup>1</sup>. El 8 de agosto de 1986 Argentina se adhirió al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, convenio que goza de una jerarquía constitucional conforme lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. En su artículo 23 se dispone que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección por parte de la sociedad y del Estado. Solo se podría lograr ello si se asegura la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos tanto durante el matrimonio como al momento de su disolución. Similar protección la vamos a encontrar en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en el artículo 13 que, del mismo modo que la anterior, goza de igual posición jerárquica en nuestro país.

Si intentamos arribar a una definición, advertimos que determinar qué se entiende hoy por “familia” puede resultar una tarea más compleja que en tiempos pasados. Esta dificultad ha sido señalada por autores como Julio C. Rivera y Graciela Medina, quienes sostienen que no es posible hallar una fórmula que, de manera abarcadora, refleje tanto la multiplicidad de realidades fácticas en que se organiza la vida familiar en las sociedades contemporáneas como las diversas funciones que estas estructuras cumplen en el plano social, afectivo y jurídico<sup>2</sup>. De la misma manera, Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras nos dicen que el concepto de familia

---

<sup>1</sup> Conf. LLOVERAS, Nora y Marcelo, SALOMÓN, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009, p. 45 y 107; BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A., ZANNONI, *Manual de derecho de familia*, 7ª Edición, Buenos Aires: Astrea, 2016, p. 13; entre otros.

<sup>2</sup> RIVERA, Julio C. - Graciela MEDINA (Dir.) *Derecho de Familia*, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2016, p. 144, p. 1.

actual poco tiene en común con aquella configuración histórica vigente para un momento de la organización jurídica argentina reconocida en el Código derogado. Entienden de esta manera al decir que estamos ante una “crisis de identidad” con la fuerza suficiente de erosionar la visión del matrimonio como modelo familiar<sup>3</sup>.

En este contexto, el concepto de familia se encuentra tensionado entre dos tesis claramente antagónicas. La postura clásica concibe a la familia como una institución natural, estructurada esencialmente en torno al matrimonio. Desde esta perspectiva, es en el marco de dicha unión en la que las personas nacen, se desarrollan y adquieren las herramientas necesarias para integrarse socialmente. Esta visión continúa reconociendo a la familia como una institución de interés público, en la que el Estado tiene no sólo la posibilidad, sino también la obligación, de intervenir mediante normas de carácter imperativo. En contraposición, la denominada tesis moderna entiende a la familia como una construcción contingente, influida por factores culturales, históricos y sociales, y no necesariamente fundada en el matrimonio. En este modelo, las uniones no matrimoniales adquieren protagonismo y reconocimiento jurídico. Asimismo, se desvincula la noción de familia de la función procreativa, especialmente a partir del reconocimiento del matrimonio igualitario, lo que evidencia una apertura hacia nuevas configuraciones familiares que no responden a los parámetros tradicionales<sup>4</sup>.

El matrimonio es reconocido a nivel universal, de una u otra manera no hay dudas que todo los Estados contemplan en su ordenamiento jurídico esta figura con diversos efectos y alcances, los cuales dependerán de los valores de la sociedad. La concepción en cuanto a cómo la unión es entendida, su esencia,

---

<sup>3</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - Marisa HERRERA -LLOVERAS, Nora (Dirs) *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*, t. I, 1º Edición, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2014, p. 95.

<sup>4</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso L. - Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Décimo Segunda edición, Granada: Editorial Comares, 2012, p. 78.

el vínculo afectivo y la forma de composición evolucionó a lo largo del tiempo. De la misma manera, los derechos y obligaciones de cada miembro fueron cambiando en búsqueda de un equilibrio cada vez más marcado gracias a la regulación universal consagrada con el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por su parte, la regulación de las uniones convivenciales (de hecho, no registrables o concubinato, según como sean llamadas en el país que se analice) no gozan del mismo reconocimiento, aún encontramos países que no cuentan con una regulación al respecto y, en aquellos que sí, las soluciones pueden ser consideradas aún de tímidas.

Abundante es la producción doctrinaria en torno a la regulación que el Código Civil y Comercial de la Nación ha previsto para este tipo de uniones. La literatura jurídica ha ofrecido valiosos aportes tanto en obras descriptivas como valorativas, a los cuales me remito<sup>5</sup>. No constituye el objeto del presente trabajo reiterar tales desarrollos, ya suficientemente abordados. Por el contrario, pretende adoptar una perspectiva crítica a fin de examinar de qué modo las normas propias del derecho de familia se ven impactadas por las transformaciones que atraviesa actualmente el Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr). En particular, el análisis se centrará En el rol que ocupa la autonomía de la voluntad (en adelante, AV) dentro del régimen matrimonial, así como el alcance de su ejercicio.

La posibilidad de optar por la ley aplicable ha logrado consolidarse, tras años de resistencia y omisiones, como principio rector –y en muchos casos, prioritario– en el ámbito de las obligaciones contractuales, hallándose hoy expresamente consagrada en la normativa de numerosos Estados. Este reconocimiento expreso, plasmado en el actual Código, ha sustituido a la antigua necesidad de inferir su existencia ante el silencio

---

<sup>5</sup> No puede dejar de mencionarse, entre otros, las obras de: Adriana Dreyzin de Klor en sus dos tomos y el manual de Luciana Scotti.

normativo que caracterizaba al derogado Código Civil. Sin embargo, dicho principio no limitó su expansión a esa materia. Desde una perspectiva internacional y de derecho comparado, comenzó a proyectarse hacia ámbitos otrora considerados vedados o de escasa probabilidad de recepción. Así, fue introduciéndose progresivamente en el campo de las obligaciones extracontractuales<sup>6</sup>, en el régimen de las sucesiones internacionales<sup>7</sup> y, como se abordará en el presente trabajo, luego de un prolongado y complejo proceso, incursionó de manera incipiente en el derecho de familia, en particular en lo atinente al régimen internacional del matrimonio y a las obligaciones alimentarias.

En definitiva, cabe preguntarse: ¿la autonomía de la voluntad constituye un criterio jurídicamente aplicable a las relaciones matrimoniales o continúa siendo una aspiración teórica, distante de una concreción normativa efectiva?

## **2. La factibilidad del uso de la autonomía de la voluntad**

En una primera y rápida lectura puede resultarnos contravertido asociar a la autonomía de la voluntad a institutos tradicionalmente gobernados por normas imperativas. Sin embargo, hoy se habla de un “inevitable avance de la autonomía de la voluntad, íntimamente relacionada con la libertad del individuo y el liberalismo político. Cada vez con más frecuencia, los ordenamientos jurídicos reconocen con amplitud a los actores

---

<sup>6</sup> SCOTTI Luciana B. y Jonathan BRODSKY, “Algunas propuestas en torno a las obligaciones extracontractuales en el Derecho Internacional Privado Argentino. Con particular referencia a la reciente entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación” ponencia presentada en XXVII Congreso Argentino de Derecho Internacional celebrado en la Universidad Nacional de la Matanza 8, 9 y 10 de septiembre de 2016.

<sup>7</sup> Conforme Reglamento (UE) N° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

privados la facultad de elegir el derecho aplicable. Autonomía que está llegando incluso a ámbitos que le eran ajenos, como el derecho de familia”<sup>8</sup>. En este sentido, Hans Van Loon reflexiona acerca del creciente rol de la autonomía de las partes en contratos comerciales transnacionales y como ella tiene paralelos en otros campos, incluyendo el Derecho de familia transnacional. De esta manera, el autor entiende que la autonomía de las partes puede ser vista como un modo de permitirles manejar tales asuntos más fácilmente cuando los problemas se extiendan a varios países, permitirles dar expresión a su identidad cultural y facilitar la continuidad de las relaciones a través de las fronteras. Sin embargo, aquí la expansión de la autonomía de las partes ha sido, de hecho, más modesta que en el campo comercial. Además, la cuestión de sus limitaciones es un asunto todavía en discusión<sup>9</sup>.

Hace tiempo la doctrina destacó que la AV en el DIPr está influenciada por dos tendencias opuestas: en las relaciones contractuales denotan lo que llaman un “retorno del Estado” en la cual las regulaciones obligatorias empezaron a ganar terreno, mientras que en las relaciones familiares la voluntad de las personas logró ser tenidas con mayor consideración<sup>10</sup>. Como ejemplo, señalan lo sucedido en 2006 cuando la Comisión Europea presentó la propuesta de reglamento de los contratos (hoy Reglamento 593/2008 conocido como Roma I) donde se proponía abolir la autonomía de la voluntad en los contratos de consumo, pero propuso introducir la facultad de los cónyuges de elegir la ley aplicable al divorcio y la separación legal.

---

<sup>8</sup> SCOTTI, Luciana B. “Nuevos paradigmas del Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación” en Revista *En Letra Civil y Comercial* año I, número 2, 2016, p. 8.

<sup>9</sup> VAN LOON, Hans, *El horizonte global del Derecho Internacional Privado*, Caracas: ASADIP, 2020, p. 67.

<sup>10</sup> KOHLER, Christian, *L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme*, en The Pocket Books of The Hague Academy of International Law, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Volume: 19, Brill, 2013, p. 301.

La posibilidad de plantear y examinar esta alternativa emerge como consecuencia directa de la crisis que atraviesan los métodos tradicionales y las normas clásicas del Derecho Internacional Privado. Este fenómeno constituye el principal catalizador que impulsa la búsqueda de soluciones renovadas y adaptadas a la complejidad contemporánea.

Cuando los legisladores redactaron las normas clásicas hace varios siglos, el contexto social, jurídico y cultural distaba profundamente del actual: la concepción de la familia, del matrimonio e, incluso, el rol jurídico de la mujer, eran sustancialmente distintos. Con el tiempo, los derechos y facultades atribuidos a las mujeres han evolucionado, alcanzando un plano de igualdad respecto del varón. Si el límite tradicional impuesto a la autonomía de la voluntad se justificaba en la necesidad de garantizar seguridad jurídica y prevenir fraudes o violaciones normativas, cabe hoy reconsiderar la validez de dicho argumento.

A ello se suma la irrupción –aún debatida– del método del reconocimiento, en el marco del pluralismo metodológico que atraviesa al Derecho Internacional Privado. Es a partir de esta innovación que comienza a discutirse la posibilidad de extender la autonomía como mecanismo de determinación del derecho aplicable a relaciones jurídicas más allá del ámbito contractual. En este sentido, Cristian Kohler ha sostenido que el método del reconocimiento constituye, en cierto modo, una antesala de la autonomía de la voluntad individual, en tanto la creación de derechos se halla asociada a un incremento del poder de autodeterminación de las personas<sup>11</sup>.

La crisis de los métodos tradicionales ha impactado de manera significativa en la regulación del derecho de familia, tanto en su dimensión interna como internacional, provocando transformaciones sustanciales. En la actualidad, se advierte una mayor permeabilidad a la voluntad de los individuos, impulsada por la influencia determinante de los derechos humanos. En

---

<sup>11</sup> KOHLER, Christian, *L'autonomie de la volonté en droit international privé...* Op. Cit, p. 403.

este contexto, se sostiene que nos encontramos ante un avance inevitable de la autonomía de la voluntad, estrechamente vinculada con la libertad individual y con los postulados del liberalismo político. Ciertamente, la consagración de dicha facultad puede generar conflictos y tensiones, tanto entre los propios cónyuges o convivientes como en relación con terceros o incluso con los Estados. Para evitar tales riesgos, resulta indispensable un uso controlado y restringido de esta herramienta, como vía de progresiva implementación. Tal como lo destaca Yves Lequette<sup>12</sup>, debe garantizarse que la elección de ley aplicable sea el resultado de una decisión consciente, informada y basada en la voluntad común, evitando su imposición unilateral.

Además, la consolidación de esta tendencia ha sido favorecida por el fortalecimiento del rol del individuo, en parte como resultado de la creciente contractualización del derecho de familia. No obstante, es preciso reconocer que la autonomía de la voluntad en este ámbito se encuentra considerablemente limitada en comparación con su alcance en los contratos internacionales, lo cual resulta jurídicamente razonable. Sin embargo, esta constatación no debe implicar un retorno a enfoques rígidos en materia de relaciones familiares, ya que la invocación indiscriminada del orden público como barrera resulta incompatible con el enfoque propuesto por la doctrina internacional en materia de derechos humanos.

Otro de los fundamentos que se esgrimen en favor de la autonomía de la voluntad reside en la justicia material<sup>13</sup>. En consonancia con lo señalado por Yves Lequette, se afirma que las partes no buscarán necesariamente la ley más próxima, sino aquella cuyo contenido se ajuste mejor a sus intereses, revelando así el objetivo material de su elección. En tal sentido, la autonomía de la voluntad permite satisfacer tanto las exigencias de justicia material como las propias del Derecho Internacional

---

<sup>12</sup> LEQUETTE, Yves, "Les mutations du Droit International Privé...", Op. Cit., p. 438.

<sup>13</sup> LEQUETTE, Yves, "Les mutations du Droit International Privé...", Op. Cit, p. 437.

Privado. Cabe recordar que el citado autor sostiene que, además de propiciar una buena justicia material, la autonomía contribuye a concretar la denominada justicia del DIPr. Si bien el método conflictual persigue dicho ideal, no siempre logra alcanzarlo, lo cual justifica el papel complementario de la autonomía de la voluntad para asegurar una solución más equitativa en ambos planos. Este argumento es desarrollado su Curso de La Haya, donde introduce la noción de “fragmentación de la ley” y propone a la autonomía como un remedio idóneo. Señala que la utilización de diferentes puntos de conexión para regular los distintos aspectos del matrimonio –y también de las sucesiones– puede derivar en la aplicación de legislaciones diversas, generando una falta de coherencia normativa y la consiguiente merma de derechos.

Para evitar este riesgo, el autor sugiere que se acuda a la autonomía de la voluntad como mecanismo tendiente a lograr la unidad del régimen jurídico aplicable, especialmente entre materias íntimamente vinculadas, como lo son el régimen económico matrimonial y la sucesión.

La multiplicidad de factores que sacudieron los cimientos del Derecho Internacional Privado lo obligaron a reconfigurarse en un contexto global en el que sus principios clásicos ya no resultan plenamente aplicables sin suscitar cuestionamientos y objeciones. Esta transformación llevó a la doctrina internacionalista a reconocer en el principio de autonomía de la voluntad un elemento esencial en las relaciones familiares internacionales, y particularmente en las crisis matrimoniales, al haber superado el anquilosamiento originario que lo circunscribía al ámbito patrimonial, para proyectarse progresivamente sobre esferas vinculadas a las relaciones personales. Algunos autores incluso sostienen que nos encontramos transitando una etapa de “constitucionalización” del principio de autonomía de la voluntad<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> PALAO MORENO, Guillermo, “Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad”, En *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales*, Número 1, Vitoria-Gasteiz, 2013, p. 457.



No obstante, dicha expansión no ha logrado abrirse paso de manera uniforme en todas las áreas, lo cual no desmerece los avances que diversas legislaciones estatales –entre ellas la nuestra– han alcanzado en procura de una regulación más adecuada y acorde con las nuevas realidades. En este sentido, puede afirmarse que asistimos a una evolución paulatina hacia la autorregulación, constituyendo este nuevo paradigma uno de los desarrollos más relevantes del Derecho Internacional Privado contemporáneo.

### **I. La posibilidad del ingreso de la autonomía de la voluntad en el DIPr argentino**

Para abordar la disponibilidad del derecho aplicable en el marco de estas uniones, resulta necesario, como paso previo, examinar la concepción legislativa vigente respecto de la supletoriedad –o ausencia de ella– de las normas que rigen tales vínculos.

En el ordenamiento jurídico argentino, tanto en el plano interno como en el internacional, la autonomía de la voluntad ha sido tradicionalmente excluida del ámbito del derecho de familia. Diversos argumentos han sido articulados para justificar la imposición de normas de carácter coactivo que vedaban su operatividad. En este sentido, resulta ilustrativo evocar las palabras de Henri Battifol, quien ya en 1975 afirmaba: “La familia importa demasiado al Estado como para que pierda interés en su regulación”<sup>15</sup>. Amparados en la necesidad de preservar el interés general y garantizar la seguridad jurídica en cuestiones impregnadas de un fuerte contenido cultural y de derechos humanos, se erigió el orden público como principal mecanismo de resguardo, a través de la formulación de normas imperativas y de carácter internacionalmente imperativo. Por tal motivo, el

---

<sup>15</sup> BATIFFOL, Henri, “Existence et spécificité du droit de la famille”, *Archives de philosophie du droit, La famille*, t. XX, 1975, p. 7 ss., Citado por LEQUETTE, Yves, “Les mutations du Droit International Privé: vers un changement de paradigme?”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Brill, t. 387, 2018, p. 534.

derecho de familia de corte clásico, plasmado en el Código Civil derogado, dejó escaso –cuando no nulo– margen para la autonomía de la voluntad, al estar estructurado en torno a disposiciones revestidas de dicha naturaleza<sup>16</sup>.

La renovación legislativa introducida por el Código Civil y Comercial de la Nación trajo consigo una transformación que revela una inclinación hacia la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho de familia, desplazando paulatinamente a los tradicionales institutos y principios sustentados en el orden público y, en consecuencia, en la imperatividad normativa. La viabilidad de su incorporación al Derecho Internacional Privado de familia encuentra fundamento en la crisis que atraviesa este sector del ordenamiento.

Si se pretende sostener la plena vigencia de la imperatividad al momento de determinar el derecho aplicable a las relaciones matrimoniales o convivenciales, al menos debería garantizarse que tal elección responda al principio de justicia y posea la eficacia necesaria para evitar prácticas asimilacionistas. En efecto, si se desea respetar dicho principio –hoy esencial en todos los sistemas jurídicos– no puede imponerse a quienes residen dentro del territorio estatal la aceptación forzosa de la cultura local, con su correspondiente lengua, valores, normas y rasgos identitarios, en detrimento de su propio bagaje cultural.

En definitiva, las normas de conflicto fundadas en criterios rígidos no constituyen mecanismos enteramente idóneos, ni suficientes para atender adecuadamente la complejidad inherente a los conflictos familiares en contextos marcados por la multiculturalidad. Así, cabe preguntarse: ¿Cuál sería la vía adecuada para honrar la creciente pluralidad y afrontar los desafíos derivados de su interacción conflictiva? ¿Constituye la autonomía de la voluntad una solución adecuada? Estos simples –aunque profundos– interrogantes dotan a la elección del derecho aplicable de un renovado y destacado protagonismo.

---

<sup>16</sup> ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5ª Edición, t.I, Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 64.

A la hora de determinar el derecho aplicable al matrimonio, los criterios rígidos han sido, históricamente, los que prevalecieron con mayor fuerza. Incluso en aspectos concretos, la localización temporal y espacial del punto de conexión operó como herramienta central para asegurar la seguridad jurídica y prevenir posibles fraudes a la ley. Sin embargo, con el tiempo comenzó a delinearse un camino distinto, atravesado por la noción de cambio. La concepción clásica del matrimonio como un instituto regido por normas imperativas y puntos de conexión tradicionales empezó a ceder frente a nuevas formas de unión marcadas por la internacionalidad, la modernidad y los efectos de la globalización. Hoy nos encontramos transitando un sendero en el que el rol de los individuos adquiere una trascendencia sin precedentes, especialmente en virtud del estrecho vínculo entre sus vínculos personales y su identidad cultural. En lo que respecta a las uniones convivenciales, su evolución normativa transita un derrotero más lento y complejo, aún con escasa proyección internacional.

El cambio iniciado tiempo atrás sembró una semilla que comenzó a germinar progresivamente en diversas ramas del derecho: la idea de la imperatividad comenzó a debilitarse en el ámbito de las relaciones familiares, y la autonomía de la voluntad emergió como un nuevo criterio disponible. No podemos dejar de recordar cómo, años atrás, en un contexto quizá aún inmaduro, un jurista francés presentó ante la comunidad jurídica internacional la posibilidad de que las partes eligieran el derecho aplicable a su régimen patrimonial mediante una manifestación tácita de voluntad. Hoy, ese planteo vuelve a adquirir relevancia, colocándonos ante la necesidad de retomar el debate, reconsiderar sus fundamentos y evaluar su admisibilidad en el marco de nuestro sistema jurídico.

Anticipando el análisis de las disposiciones vigentes en el Código Civil y Comercial de la Nación, puede afirmarse que la autonomía de la voluntad ha sido incorporada como un criterio válido para la determinación del derecho aplicable, aunque su admisión se circunscribe únicamente a ciertos aspectos, fundamentalmente aquellos de índole patrimonial, en los que su re-

cepción resultaba más propicia. Incluso en estos supuestos autorizados, su ejercicio se encuentra acotado, tanto por el reducido número de ordenamientos jurídicos entre los cuales puede efectuarse la elección, como por la propia razón que posibilitó su ingreso: los derechos humanos. A modo de salvaguarda, la aplicación de la autonomía de la voluntad no puede implicar la afectación de principios fundamentales del derecho de familia, tales como la igualdad entre los cónyuges, la solidaridad familiar o la protección del hogar conyugal.

Pese a las transformaciones introducidas, nos encontramos aún frente a un ámbito normativo donde persiste una marcada presencia de normas imperativas, aunque ya no con el carácter absoluto y cerrado que las caracterizaba en siglos anteriores. El Código Civil y Comercial refleja una nueva orientación al conferir a las personas la posibilidad de optar, por ejemplo, por la forma de constitución del vínculo –ya sea matrimonio o unión convivencial–, disolver consensuadamente dicha unión, elegir un régimen patrimonial o modificarlo con posterioridad. Esta impronta de cambio también se proyecta en el derecho internacional privado, y corresponde ahora indagar con qué alcance y profundidad se ha materializado dicha transformación.

Este giro hacia una mayor apertura, expresado en la atenuación de la imperatividad, constituye una novedad dentro del sistema jurídico argentino, tradicionalmente rezagado en la materia. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del panorama internacional, donde desde hace ya varios años la doctrina extranjera viene postulando una creciente aceptación del principio de autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado contemporáneo, en consonancia con los cambios evidenciados en los datos sociológicos y demográficos que caracterizan la vida internacional<sup>17</sup>. En ese contexto, se ha reconocido a la voluntad libremente expresada y su respeto como el mejor criterio jurídico, afirmando sin ambages que “Los cónyu-

---

<sup>17</sup> GANNAGÉ P., “La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, en *Revue critique de droit international privé*, 1992, p. 427.

ges son, sin margen de error, los que se encuentran en mejor situación para elegir el ordenamiento rector de sus relaciones matrimoniales, y en su caso, el ordenamiento rector de su crisis matrimonial”<sup>18</sup>.

### **3. La autonomía de la voluntad en las uniones matrimoniales**

No es la primera ocasión en que el Derecho Internacional Privado es convocado a desempeñar un rol de resguardo frente a los desafíos propios de la globalización. En esta línea, resulta particularmente relevante la afirmación de Hans van Loon<sup>19</sup>, quien sostiene que el Derecho Internacional Privado no debe obstruir, sino más bien apoyar y facilitar las relaciones transfronterizas. Tal objetivo puede alcanzarse mediante la incorporación, en el ámbito del derecho de familia, de la autonomía de la voluntad en forma limitada y cuidadosamente regulada. En este sentido, el ejercicio de la autonomía de la voluntad permite no solo dotar de mayor previsibilidad al sistema, sino también atenuar la rigidez de las normas de conflicto mediante la posibilidad de designar la ley más próxima o más favorable a los intereses de los cónyuges o convivientes.

#### **I. La validez del matrimonio**

El Código Civil y Comercial de la Nación introdujo escasas innovaciones al modificar algunos requisitos relativos a la existencia del matrimonio e incorporar ciertos ajustes en cuanto a los impedimentos que obstan a su validez. No obstante, del análisis del artículo 2622 se desprende con claridad la ausencia de cambios sustanciales en relación con el régimen anterior, lo que permite concluir, al menos en prin-

---

<sup>18</sup> DIAGO DIAGO, María P, “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI/2 Madrid, julio-diciembre 2014, p. 24.

<sup>19</sup> VAN LOON, Hans, *El horizonte global del Derecho Internacional Privado*, Op. Cit., p. 15.

cipio, que no se habilita un uso efectivo de la autonomía de la voluntad en este ámbito.

En efecto, para que el matrimonio produzca efectos jurídicos, debe ajustarse al cumplimiento de requisitos cuya determinación responde a condicionamientos históricos, sociales, culturales y normativos propios de cada Estado. Dichos requisitos, establecidos de manera imperativa, delinean un marco que excluye cualquier posibilidad de negociación entre las partes. No obstante, esta configuración no debe entenderse como inmutable, ya que las exigencias pueden modificarse en la medida en que las legislaciones nacionales se adapten a nuevas realidades sociales. El caso argentino resulta ilustrativo: las condiciones requeridas para la celebración válida del matrimonio han evolucionado conforme a las transformaciones socioculturales, tal como se observa en los diversos cuerpos normativos que rigieron la materia.

Si bien resultaría razonable admitir la autonomía de la voluntad en lo que respecta a los aspectos concernientes a la celebración de actos jurídicos, lo cierto es que, en casos como el presente, esta posibilidad parece constituir una excepción a la regla. Ello no significa, sin embargo, que su presencia esté completamente excluida. Por el contrario, es posible identificar ámbitos en los que su aplicación podría ser viable. Para ilustrar esta idea, resulta pertinente rescatar una reflexión particularmente sugerente que habilita a reconsiderar esta percepción restrictiva.

Nos remitimos a la doctrina elaborada por Savigny y especialmente a la “sumisión voluntaria” como una antesala a la posibilidad de elegir el derecho aplicable. En este sentido, Jean-Yves Carlier<sup>20</sup> objeta la opinión de aquellos autores para quienes el subjetivismo inherente a la autonomía de la voluntad no podría integrarse en el sistema de vinculación objetiva del tipo Savigniano sin distorsionarlo. Para este jurista, la inserción de la autonomía de la voluntad se mencionó im-

---

<sup>20</sup> CARLIER, Jean-Yves, “Autonomie de la volonté et statut personnel: étude de droit international privé”, Tesis doctoral, Rigaux: François, 1991, p. 50.

plícitamente en Savigny cuando escribió esta regla: “la ley local aplicable a cada relación legal está bajo la influencia del libre albedrío de las personas interesadas que voluntariamente se someten a un derecho específico, aunque esta influencia no es ilimitada”<sup>21</sup>.

Someter la validez del matrimonio, tanto intrínseca como extrínseca, a la ley del lugar de celebración sin importar que los cónyuges hayan mudado su domicilio para no sujetarse a las leyes que en el rigen es aceptar una autonomía de la voluntad de modo –quizás- no visible. Entonces, si los cónyuges pueden mudar su domicilio para no sujetarse a las leyes locales, como señaló Werner Goldschmidt, se les está dejando elegir un derecho distinto al de su domicilio buscándose matrimonios internacionalmente válidos, por estar ante un fraude inocuo<sup>22</sup>. Sí existe la posibilidad de disponer, la norma permite a aquellos que quieran contraer nupcias manipular el punto de conexión sin que ello sea sancionado, al poder elegir, buscar la forma y condiciones que den validez a su unión, es reconocerle un acotado ámbito a la autonomía de la voluntad. Sumado a ello, podemos mencionar la posición desarrollada por Kohler quien en su curso de La Haya expresó que “un modo indirecto de elegir la ley aplicable puede resultar de la elección del lugar donde se celebrará el matrimonio”<sup>23</sup>.

Esta línea de pensamiento tiene sus detractores. Henri Battifol entiende que la llamada sumisión voluntaria de Savigny tiene, de la voluntad, solo el nombre y es solo un ré-

---

<sup>21</sup> SAVIGNY F.-C., *Traité de droit romain*, t. VIII, paragraphe 360, p. 110, citado por LEQUETTE, Yves, “Les mutations du Droit International Privé...”, Op. Cit., p. 85.

<sup>22</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, 10ª Edición Actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 2009, p. 427.

<sup>23</sup> “Un choix indirect de la loi applicable peut résulter du choix du lieu de conclusion du mariage” Conf. KOHLER, Christian, *L'autonomie de la volonté en droit international privé...*, Op. Cit., p. 417.

gimen impuesto: lo que Savigny llama sumisión voluntaria no es aparte de una voluntad objetiva, siempre la misma<sup>24</sup>. Es decir, no hay nada de una AV como hoy la conocemos. Por su parte, Antonio Boggiano también se opone a esta interpretación para quién la ley del lugar de celebración es imperativa y no hay una alternatividad entre domicilio y celebración, pese a la apariencia del texto<sup>25</sup>.

## II. La disolución

El divorcio, en tanto institución que pone fin al vínculo matrimonial, ha sido concebido y regulado de manera diversa por los distintos ordenamientos jurídicos. Esa misma diversidad se replica en las normas de conflicto que buscan determinar el derecho aplicable, lo que evidencia una marcada variabilidad en el tratamiento del instituto. Este ámbito constituye, quizás, uno de los más complejos para la admisión de la autonomía de la voluntad. En primer lugar, debido a la histórica asimetría de género que caracterizó las relaciones familiares, y en segundo lugar, por la lenta y progresiva evolución del divorcio vincular en el derecho argentino: si durante décadas ni siquiera era jurídicamente posible la disolución del matrimonio por voluntad de las partes, resultaba aún más impensable permitirles elegir la ley aplicable a dicha disolución.

Las causales del divorcio, sus modalidades y efectos, así como los procedimientos mediante los cuales se instrumenta, se encuentran íntimamente ligados a la cosmovisión cultural de cada sociedad y a la forma en que ésta concibe el matrimonio y su eventual ruptura. En contextos donde interviene un elemento de extranjería, este trasfondo multicul-

---

<sup>24</sup> BATIFFOL, Herni, "Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux", en *Cursos recopilados de la Academia de Derecho Internacional de La Haya*, Volume: 120, 1968.

<sup>25</sup> BOGGIANO, Antonio *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*. 4ª Edición ampliada y actualizada, Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, 2003, p. 367.



tural genera tensiones que han llevado, en muchas ocasiones, a la negativa de reconocer divorcios dictados conforme a derechos extranjeros, especialmente cuando los valores subyacentes resultaban disímiles. Frente a los profundos cambios sociales y jurídicos que caracterizan al mundo actual, resulta indispensable interpelar los criterios clásicos de determinación del derecho aplicable, evaluando si aún conservan la razonabilidad necesaria que debe regir toda norma para garantizar la seguridad jurídica.

Desde esta perspectiva, podría sostenerse que existe un fundamento plausible para admitir, en determinadas circunstancias, que la unión nacida de la voluntad de los cónyuges se disuelva también conforme a un derecho elegido por ellos, siempre que se resguarden los principios fundamentales del orden público internacional.

El Código Civil y Comercial de la Nación introdujo modificaciones sustanciales al instituto del divorcio, particularmente a través de la eliminación de las causales como requisito para su procedencia y la incorporación de la posibilidad, prevista en los artículos 438 y 439, de que los cónyuges celebren un convenio regulador destinado a fijar los efectos de la disolución del vínculo. En el Capítulo 8, titulado “Disolución del vínculo matrimonial”, ubicado en el Título I “Matrimonio” del Libro Segundo “De las relaciones familiares”, se estructuran en tres secciones las distintas fases de este proceso. La Sección 3, relativa a los efectos del divorcio, reconoce expresamente la autonomía de la voluntad de los cónyuges como mecanismo de regulación. Se parte del entendimiento de que son ellos, como protagonistas de la relación familiar, quienes se encuentran en mejores condiciones para establecer el alcance de los efectos derivados del cese del vínculo. En este sentido, el artículo 438 dispone que la petición de divorcio debe ir acompañada de un convenio regulador, cuya ausencia impide incluso que se le dé curso al trámite judicial. Este acuerdo, que puede ser presentado en forma conjunta o unilateral, debe abordar el modo en que se cumplirán los derechos y deberes emergentes

de la sentencia de divorcio, otorgando a las partes una considerable libertad en la distribución de cargas y bienes, sujeta al control judicial en tanto mecanismo de resguardo del interés familiar. Sin embargo, al analizar las disposiciones de Derecho Internacional Privado, concretamente el artículo 2626 del CCCN, se advierte que dicho avance interno no encuentra reflejo a nivel internacional. La norma no contempla la posibilidad de que las partes elijan el derecho aplicable a los efectos del divorcio, manteniendo una conexión rígida basada en criterios tradicionales, cuyo fundamento principal es la prevención del fraude a la ley.

Aquí resulta interesante la doctrina elaborada por los juristas españoles Calvo Caravaca y Carrascosa González llamada “relatividad de las soluciones en DIPr”. Estos autores ponen énfasis en el *forum shopping*. Entienden que ante la falta de AV, acceder a esta herramienta no sería malo pues permitiría a las partes elegir leyes mejores: de esta forma se flexibilizaría la solución. Nosotros, desde la mirada local, deberíamos acudir a la cláusula de excepción general del CCCN para poder corregir esa conexión rígida, pero la pregunta es: si permitimos que el juez corrija esa solución, ¿Por qué no permitirles a las propias partes hacerlo de común acuerdo? Nuestro Código no acepta en este aspecto la AV, quedará sujeto a una posterior evolución donde su admisión siempre contará con un control por parte de la autoridad judicial quien deberá verificar si su aplicación al caso concreto impide, por ejemplo, la disolución de la unión conyugal o el derecho elegido pueda violar el principio de igualdad de los cónyuges o conduzca a otra solución inaceptable.

### **III. Relaciones personales**

La configuración de los efectos personales del matrimonio está intrínsecamente vinculada a la concepción y finalidad que cada ordenamiento jurídico le atribuye a dicha institución. En este sentido, la importancia de los deberes personales asumidos por los cónyuges dependerá directamente del valor normativo que se le reconozca a la unión conyugal.

Cuanto mayor sea el énfasis legislativo en el cumplimiento de las cargas derivadas del matrimonio, mayor será también la relevancia atribuida a sus efectos personales.

En el contexto normativo argentino, puede advertirse una progresiva incorporación de los Derechos Humanos como criterio transversal, lo que ha conducido a una paulatina despersonalización de estas obligaciones conyugales, salvo en lo que respecta al deber alimentario, donde aún persiste una regulación de mayor densidad normativa. Este proceso de transformación encuentra uno de sus puntos de inflexión más significativos con la recepción del divorcio vincular, que supuso una ruptura con la concepción histórica de la indisolubilidad matrimonial, generando a su vez una mutación en los contornos del orden público internacional. Actualmente, tanto la doctrina especializada como el propio Código Civil y Comercial de la Nación adoptan una mirada notablemente atenuada respecto de los deberes personales entre cónyuges. La mirada tanto de la doctrina como del propio CCCN hacia los deberes se encuentra completamente diluida si lo comparamos a lo que acontecía años atrás.

El artículo 2624 del Código Civil y Comercial de la Nación consagra la tradicional regla de conflicto basada en el domicilio conyugal efectivo para determinar el derecho aplicable a los efectos del matrimonio, excluyendo expresamente la posibilidad de que los cónyuges ejerzan autonomía de la voluntad en esta materia. Esta previsión normativa restringe la libertad de elección y consolida un punto de conexión rígido que, si bien persigue la finalidad de respetar la identidad cultural del matrimonio, puede resultar inapropiado en ciertos contextos. La referencia al domicilio conyugal efectivo no puede ser entendida automáticamente como el lugar más próximo o más estrechamente vinculado a la vida matrimonial, pues dicha presunción podría desvirtuar las particularidades de uniones con fuerte impronta internacional. Ante esta eventual disfuncionalidad, la única vía disponible para corregir las consecuencias injustas de la aplica-

ción automática de esta norma parece ser el recurso al artículo 2597 del CCCN. No obstante, resulta legítimo cuestionarse si este remedio excepcional constituye una herramienta adecuada frente a las exigencias actuales. Parafraseando al profesor Jean-Yves Carlier, permitir a los cónyuges la posibilidad de designar el derecho aplicable a sus relaciones personales contribuiría a preservar su vida privada en contextos migratorios, evitando la imposición de una normativa ajena a su identidad cultural. Esta visión, que promueve una flexibilización del punto de conexión, refleja la tensión entre la seguridad jurídica y la protección de los derechos fundamentales en un entorno marcado por la diversidad y la movilidad internacional<sup>26</sup>.

#### IV. Alimentos

La obligación alimentaria representa una manifestación concreta del deber de asistencia derivado de la unión matrimonial –o convivencial, según corresponda– y se materializa en prestaciones económicas orientadas a garantizar la subsistencia o manutención de quien las requiere<sup>27</sup>. Se trata de una expresión de la solidaridad familiar, cuya finalidad es la satisfacción de las necesidades materiales de las personas involucradas en ese vínculo<sup>28</sup>. A la luz del principio de igualdad jurídica, con consagración constitucional, dicha obligación ha dejado de recaer exclusivamente sobre el marido. En la actualidad, se concibe como una carga compartida entre ambos cónyuges o convivientes, en proporción a las posibilidades económicas de cada uno.

---

<sup>26</sup> CARLIER, Jean Y., “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en CALVO CARAVACA, A.; IRIATE, Angel, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid: Ed. Colex, 2000, p. 35.

<sup>27</sup> BOSSERT, Gustavo, A. y Eduardo A. ZANNONI, *Manual de derecho de familia*, 7 Ed., Buenos Aires – Bogotá – Porto Alegre: Astrea, 2016, p. 149.

<sup>28</sup> FARAONI, Fabian, “Alimentos para los hijos e interés superior”, en TAGLE DE FERREYRA, Graciela (Dir.) *Interés superior del niño. Visión Jurisprudencial y aportes doctrinarios*, Córdoba: Nuevo Enfoque, 2009, p. 164.

Al momento de legislar en la materia, se planteó el dilema acerca de cómo regular jurídicamente una cuestión tan compleja como esencial. Tanto desde la perspectiva del derecho interno como desde el Derecho Internacional Privado, surge la problemática de determinar si las obligaciones alimentarias revisten un carácter autónomo –lo que justificaría el dictado de una norma específica, propia e independiente– o si, por el contrario, deben considerarse como derivadas o accesorias de otro instituto o negocio jurídico. Esta última concepción fue la que prevaleció durante la vigencia del Código derogado.

Actualmente se instauró en la doctrina una tendencia inclinada en considerar, teniendo en cuenta la finalidad de asegurar la protección al acreedor entendido como un sujeto débil, al derecho alimentario como requirente de una categoría jurídica autónoma y con completa independencia de la relación de familia que provenga. Años atrás Juan Carlos Fernández Rozas se preguntó “¿Puede darse una respuesta autónoma al régimen de la obligación alimenticia con independencia de la relación jurídica de la que deriva, o debemos incluirla dentro del ámbito de la ley aplicable a esta última?”<sup>29</sup>. En el XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional Privado celebrado en la Provincia de Córdoba los primeros días de octubre de 2009 por unanimidad se llegó a la siguiente conclusión: “La obligación alimentaria responde al derecho humano fundamental de la subsistencia y debe ser concebida como una categoría autónoma no solamente en cuanto a merecer una regulación independiente sino también en cuanto al reconocimiento de un fundamento propio que reside en el ‘estado de necesidad’ del acreedor alimentario”<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, Juan C., “Las obligaciones alimentarias en el DIPr español”, en *Revista española de derecho internacional*, Vol. 37, Nº 1, 1985, p.77.

<sup>30</sup> Recuperado de <http://www.aadi.org.ar/index.php?acc=4> (última consulta 01.04.2021).

Bajo una profunda innovación en el ámbito legislativo interno, el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora en su Sección Cuarta un conjunto de normas específicas destinadas al tratamiento internacional de las obligaciones alimentarias. De este modo, puede afirmarse que nuestro sistema de Derecho Internacional Privado se muestra alineado con las tendencias contemporáneas, al consagrar un método autónomo de regulación para un instituto de tanta trascendencia.

A diferencia de lo hasta aquí observado, el uso de la AV en este aspecto es una tendencia fácilmente detectable no solo en nuestro ordenamiento sino en el derecho comparado. Por ejemplo, podemos mencionar el Protocolo de 2007 en el ámbito de las Conferencias de La Haya el cual permite que el acreedor y el deudor puedan acordar designar la ley del Estado del cual uno u otro tiene la nacionalidad, el de su residencia habitual, el del régimen patrimonial o el del aplicable al divorcio. Contar con un contenido patrimonial, pues los alimentos se traducen como una prestación valorizada económicamente, empezó a cuestionar al método conflictual como el más apropiado y susceptible de resolver los problemas que la multiculturalidad y la internacionalidad generan en las relaciones alimenticias.

El artículo 2630 del Código Civil y Comercial de la Nación contiene tres disposiciones diferenciadas. La primera de ellas se refiere específicamente a aquellos supuestos en los que el derecho a alimentos surge de relaciones jurídicas ajenas a una unión matrimonial o convivencial, razón por la cual queda fuera del presente análisis. En cambio, el segundo párrafo consagra expresamente la posibilidad de celebrar un convenio alimentario entre acreedor y deudor. La cuestión que se impone es si dicha previsión resulta aplicable también a los alimentos derivados de vínculos matrimoniales o convivenciales, o si, por el contrario, su alcance se limita a los casos comprendidos en el primer párrafo. Optamos por una interpretación afirmativa.

En efecto, cuando existe un acuerdo entre las partes, debe entenderse que estas procuran establecer de manera consensuada las condiciones, pautas y modalidades que regirán la obligación alimentaria. En tal sentido, la norma recepta una solución novedosa: someter la prestación alimentaria a lo estipulado por las partes, sin perjuicio de su carácter de orden público internacional, dada su naturaleza asistencial reconocida tanto por la Constitución Nacional como por los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Considerar esta obligación desde otra perspectiva implicaría desconocer la existencia de normas imperativas que impiden desvirtuar, limitar, restringir o suprimir el derecho a alimentos.

Desde nuestra perspectiva, y a partir de una lectura integral del Código, que atienda a su esencia, finalidad y espíritu, entendemos que la disposición en análisis admite la autonomía de la voluntad material. Ello implica, en términos concretos, la posibilidad de que las partes pacten libremente las condiciones, montos y modalidades de la prestación alimentaria. En consecuencia, se admite la celebración de convenios en los que las partes determinen la forma en que asumirán la obligación alimentaria. Cuando dichos acuerdos se celebren en territorio argentino, estarán sujetos a los límites impuestos por nuestra legislación interna, es decir, a una autonomía de la voluntad material controlada por el orden público local. Asimismo, se reconocerán los acuerdos suscriptos en el extranjero siempre que no contravengan los principios fundamentales del orden jurídico argentino y resulten válidos conforme a la ley aplicable a la obligación alimentaria.

El empleo de la autonomía de la voluntad conflictual resulta más fácilmente identificable, toda vez que la propia norma habilita expresamente a las partes a optar entre el derecho del domicilio o el de la residencia habitual de cualquiera de ellas al momento de la celebración del convenio. De esta manera, en el marco del acuerdo alimentario, los interesados pueden determinar el ordenamiento jurídico que

regirá esta obligación derivada del vínculo matrimonial o convivencial, aunque dicha elección no es irrestricta ni arbitraria. Es el propio legislador quien ha definido cuáles son los derechos razonablemente más vinculados con la relación jurídica, circunscribiendo la elección al domicilio o residencia habitual de cualquiera de las partes al momento de la celebración. Esta limitación “refuerza el principio cardinal de tutela al alimentado, que no queda a merced de una elección desconectada dependiendo de la voluntad del acreedor (parte fuerte) de la relación alimentaria”<sup>31</sup>.

Asimismo, la norma introduce un segundo límite, temporal, al fijar como criterios de conexión el domicilio o la residencia habitual al tiempo de la celebración del acuerdo, impidiendo su alteración mientras subsistan dichas conexiones. No obstante, si las partes celebraran un nuevo acuerdo, y alguna de estas conexiones hubiere variado, el derecho aplicable podrá ser nuevamente elegido, siempre dentro de los márgenes establecidos por la normativa.

Como se puede observar, estamos ante una facultad en un área hasta entonces completamente excluida, pero de modo limitado. Coincidimos con Beatriz Pallarés para quien: “...la introducción de la autonomía de la voluntad de las partes en esta materia, no debe permitir dejar de lado los objetivos de la institución. Los alimentos tienen la condición o supuesto una situación de desamparo material del peticionante y por objetivo la sobrevivencia del beneficiario. Este criterio deberá respetarse en la aplicación de las reglas de esta sección, especialmente al juzgar acerca de la validez de un pacto que comprometa los intereses del peticionante. Deberán tenerse presentes las reglas relativas a la capacidad, for-

---

<sup>31</sup> MENICOCCHI Alejandro A., “El régimen de alimentos en el DIPr en fuente interna y un debut previsible de la cláusula de excepción” en *El Derecho, Diario de doctrina y jurisprudencia*, N° 13.972, Buenos Aires: 2016, p. 4.



ma y validez intrínseca de los pactos, así como la función correctora del orden público”<sup>32</sup>.

Resulta acertada esta afirmación. El principio rector de la autonomía privada, que garantiza a los individuos la facultad de autorregularse y autogestionarse, encuentra un límite claro en el principio de protección del cónyuge o conviviente en situación de vulnerabilidad, así como en el principio de igualdad jurídica entre las partes.

En ausencia de una elección expresa del derecho aplicable por parte de los sujetos involucrados, la normativa recurre a conexiones subsidiarias, construidas a partir de criterios clásicos y de corte rígido. Lo singular de la solución legislativa no solo radica en los puntos de conexión seleccionados, sino también en la modalidad mediante la cual son presentados. En efecto, se advierte la existencia de tres conexiones alternativas, lo cual otorga al acreedor alimentario la facultad de optar entre ellas sin condicionamientos, a diferencia de lo que ocurre en materia de alimentos para menores, donde la libertad de elección se encuentra sujeta a ciertas restricciones. Así, al hablar de una alternatividad libre entre diversas posibilidades previamente establecidas, nos situamos nuevamente en una forma de autonomía de la voluntad limitada, construida sobre los mismos parámetros ya analizados. El “catálogo del legislador” aparece, en definitiva, como el instrumento elegido para canalizar y controlar la libertad conferida a los cónyuges –o ex cónyuges– o convivientes, garantizando con ello un equilibrio entre la autonomía individual y la protección del alimentado.

## **V. Relaciones patrimoniales**

Este aspecto hoy es reconocido por ser el más favorable al posible uso de la autonomía. En esta sintonía, Erik Jayme<sup>33</sup> y

---

<sup>32</sup> PALLARÉS, Beatriz, “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 3: Parte especial. Sección 4<sup>a</sup>: Alimentos”, en RIVERA, Julio C. y Graciela MEDINA (Dirs) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires: La Ley, 2.014, p. 880.

Cristian Kohler<sup>34</sup> detectan que si bien hay aún Estados aún reticentes en su inclusión en el derecho de familia, en este aspecto de la uniones siempre se vieron una factibilidad y hasta lo han incluido. Sin embargo, celebrar convenios destinados a regular el aspecto patrimonial del matrimonio contó con un gran debate doctrinario desde sus inicios, dejar supeditado a los propios deseos de los cónyuges el modo de cómo se desarrollará implicaba acercarlo al concepto de un contrato y ello le quitaba a la unión toda finalidad afectiva y sentimental. Con una gran influencia religiosa, moral e histórica se pretendía desacreditar a la autonomía de la voluntad como un criterio disponible por lograr transformar en una verdadera sociedad a este vínculo que nada tiene de comercial.

La posibilidad de recurrir a la autonomía de la voluntad en el ámbito del régimen patrimonial matrimonial se presenta como una consecuencia directa del reconocimiento legislativo de la facultad de los cónyuges o convivientes para determinar convencionalmente el régimen aplicable a sus bienes. Este enfoque encuentra respaldo en el Código Civil y Comercial de la Nación, que, no sin controversias, ha debido sortear múltiples críticas para consolidar un sistema que se erija como justo y funcional. En este sentido, resulta fundamental garantizar a los sujetos involucrados la posibilidad de prever el marco normativo que regirá sus relaciones patrimoniales antes de adoptar decisiones generadoras de efectos jurídicos. Tal previsibilidad se torna indispensable en contextos donde la relación presenta elementos de extranjería, ya que sin ella se imposibilita cualquier intento de planificación patrimonial efectiva.

---

<sup>33</sup> JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, t. 251, 1995.

<sup>34</sup> KOHLER, Christian, *L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes*, en *The Pocket Books of The Hague Academy of International Law*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Volume: 19, Brill, 2013.

Los efectos patrimoniales del matrimonio con relevancia internacional se regulan mediante una norma autónoma contenida en el artículo 2625 del CCCN. La particularidad –y, a la vez, la complejidad– radica en la técnica legislativa adoptada, que demanda una interpretación cuidadosa por parte de los operadores jurídicos, en tanto procura conjugar los principios de autonomía conflictual con las exigencias derivadas del orden público y la tutela de situaciones vulnerables.

Primeramente, el régimen de bienes queda sometido a las convenciones que los cónyuges hayan realizado. Ellas pueden efectuarse antes de la celebración del matrimonio como durante toda su vigencia y hasta el momento inmediato anterior a su disolución. El contenido y alcance en cuanto a lo que pueda pactarse es lo segundo a resolver ¿Hasta dónde puede llegar la autonomía de la voluntad? Entre la doctrina internacionalista argentina, buscando poder responder sobre este alcance, Nieve Rubaja considera que el margen en que puede ser usada y ejercida, junto a su admisibilidad, queda sometida al derecho que rijan los aspectos matrimoniales<sup>35</sup>. Siguiendo este razonamiento, dependerá el momento en que la capitulación sea realizada, todas las que se lleven adelante antes de la celebración del matrimonio quedan sometidas al –clásico– primer domicilio conyugal, las que posteriormente se realicen quedarán sometidas a la ley donde los esposos establezcan su domicilio al momento de la celebración.

Podemos concluir, entonces, que una convención matrimonial celebrada en el extranjero que tenga por objeto regular bienes –incluso aquellos situados en territorio argentino– debe gozar de pleno reconocimiento y eficacia, siempre que se ajuste a la ley designada por el punto de conexión pertinente. No obstante, dicho reconocimiento se encuentra condicionado por el respeto a los principios fundamentales que integran el orden público internacional argentino, en especial cuando se trate de

---

<sup>35</sup> RUBAJA, Nieve, “Matrimonio arts. 2621-2626”, En HERRERA, Marisa - Gustavo CARMELO - PICASSO, Sebastián (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 368.

cuestiones de carácter estrictamente real. En tal sentido, se admite la operatividad de la autonomía de la voluntad material expresada en capitulaciones celebradas fuera del país.

En caso de inexistencia de tales convenciones o ante su eventual invalidez o ineficacia extraterritorial, corresponde aplicar el segundo párrafo del artículo 2625 del CCCN, que introduce un sistema subsidiario de marcada rigidez normativa, fundado en un tradicional punto de conexión. Esta solución pretende ofrecer un marco de certeza jurídica, orientado a prevenir maniobras fraudulentas que puedan perjudicar los derechos de terceros o de alguno de los cónyuges, garantizando así la estabilidad de las relaciones patrimoniales con elementos de extranjería.

Dejar la solución en tales términos, esto es, supeditar el régimen patrimonial internacional al criterio exclusivo del Estado donde los cónyuges fijaron su primer domicilio conyugal –sin contemplar, aunque sea de manera limitada, la posibilidad de modificar dicho punto de conexión– implicaría desaprovechar una oportunidad normativa valiosa y optar por la alternativa más desfavorable. Sin embargo, el tercer párrafo del artículo 2625 del CCCN introduce una respuesta innovadora y particularmente significativa. Esta disposición, con ciertas adaptaciones, recepta los postulados de la célebre teoría formulada por Dumoulin hace siglos, la cual, pese a haber demorado en consolidarse, finalmente encontró reconocimiento gracias al impulso de la doctrina contemporánea, que coadyuvó a su efectiva implementación.

Este último segmento normativo representa un avance significativo que confronta tanto la rigidez de la inmutabilidad de la ley aplicable –característica dominante bajo el régimen del Código derogado– como las tradicionales restricciones impuestas por el ordenamiento local respecto de la autonomía de la voluntad conflictual. Puede afirmarse que aquella concepción inmutable ha cedido parcialmente, aunque en un ámbito aún restringido. Con la debida salvaguarda de los derechos de terceros, el sistema admite una “mutabilidad controlada” que faculta a los cónyuges a modificar el régimen patrimonial, adaptándolo a las transformaciones propias del vínculo matrimonial. El modelo

de apego obligatorio al primer domicilio conyugal, objeto de reiteradas críticas, solía generar situaciones de injusticia al desconocer los cambios sustanciales ocurridos en el seno de la relación, especialmente cuando implicaban el traslado del centro de vida a otro Estado. En tales casos, si bien el matrimonio se desvinculaba fácticamente del lugar de origen, el derecho aplicable al régimen de bienes permanecía estático, generando disfuncionalidades. El artículo en cuestión cierra con una cláusula de especial trascendencia, al introducir una solución flexible que, aunque posiblemente insuficiente para colmar todas las expectativas, representa sin duda un hito en la evolución normativa hacia un sistema más justo y adaptable.

Para que la elección pueda producirse es necesario que se produzca el cambio del domicilio conyugal a nuestro territorio, entendido como el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges<sup>36</sup>, y ello solo puede darse mediando mutuo consentimiento de los esposos. En caso de optarse por nuestras leyes todo el régimen patrimonial queda sometido a ellas no admitiéndose particiones, es decir, no estaría admitiéndose el fraccionamiento o *dépeçage*. La inmutabilidad de la ley aplicable quedó eliminada. Esto era un generalizado reclamo de la doctrina, tal como lo expresó la Dra. Najurieta<sup>37</sup>: tanto la inmutabilidad como la mutabilidad automática pueden conducir a soluciones injustas y sorpresivas.

La selección se encuentra limitada: solo puede elegirse el derecho argentino. Esto nos hace llegar a una consideración: ¿Cuáles son los argumentos para limitar la elección exclusivamente al derecho argentino? Buscar el razonamiento que llevó a los legisladores a limitar la posibilidad de elección únicamente al derecho local es una tarea ardua. Coincidimos en considerar que no se encuentra un fundamento jurídico serio por el cual no

---

<sup>36</sup> Usamos la calificación dada por el artículo 2621 del CCCN.

<sup>37</sup> NAJURIETA, María Susana, "La Convención de La Haya de 1978 sobre regímenes matrimoniales y la reforma del derecho internacional privado de fuente interna", publicado en LA LEY1984-D, 1316, Cita Online: AR/DOC/10421/2001

se permita el caso inverso más que una preferencia por querer aplicar el derecho local<sup>38</sup>cuasi –en palabras ya propias– en un capricho jurídico territorialista.

#### 4. Reflexiones finales

La autonomía de la voluntad goza de una nueva y relevante consideración como consecuencia de los efectos del mundo globalizado y su impacto en los sistemas jurídicos quienes hoy se encuentran debilitados. El método conflictual nuevamente está padeciendo críticas y golpes en cuanto a la razonabilidad y conexión entre la situación iusprivatista internacional y el derecho conectado, esta es la primordial razón que justifica, entre tantas cosas, el ingreso en materias como las relaciones de familia como respuesta del DIPr. Tal como señaló Hans Van Loon, el impacto de la globalización en el desarrollo del Derecho internacional privado en materia de personas y de familia a nivel global, se hace particularmente manifiesto cuando el Derecho internacional privado es llamado a ofrecer protección contra los riesgos de la globalización<sup>39</sup>.

Mantenernos en una postura que impida a los cónyuges o convivientes poder elegir bajo las normas de qué Estado desea someter el acto jurídico que realizan es ir en contra del importante fenómeno migratorio de los últimos tiempos. Pensar de esta manera, mantener un restrictivo uso de la autonomía de la voluntad imponiendo una solución, afecta a todos aquellos que buscan asentarse en nuevos Estados deseando mantener un estilo y modo de vida o queriendo adoptar uno nuevo. En efecto, y como señalara Erik Jayme, “la elección de ley aplicable o mejor dicho la posibilidad de su ejercicio puede ser percibida como expresión del principio de libertad personal que se integra en los derechos humanos y permite a las partes diseñar sus

---

<sup>38</sup> SCOTTI, Luciana, B., *Manual de Derecho Internacional Privado*, Op. Cit, p. 367.

<sup>39</sup> VAN LOON, Hans, *El horizonte global del Derecho Internacional Privado*, Op. Cit., p. 68.

relaciones patrimoniales y delimitar sus intereses de forma más efectiva que la realizada por el legislador”<sup>40</sup>.

De conformidad a todo lo desarrollado, podemos afirmar que el uso de la Autonomía de la Voluntad logró ingresar en algunos aspectos desde la regulación del DIPr. Sin embargo, corresponde aclarar que su papel en estos temas tiene sus propias características y es fundamentalmente distinto del que posee en asuntos contractuales.

En muchos casos el seguir manteniendo soluciones rígidas es el camino adecuado, no lo discutimos. Sin embargo, parece correcto considerar que debe ser regulado de modo subsidiario dándoles a los propios interesados la posibilidad de adaptar la solución al caso, a sus propios intereses y ello solo se puede lograr aceptando, regulando y permitiendo el uso de la autonomía de la voluntad.

No debe identificarse la autonomía de la voluntad con una liberalidad absoluta. La posibilidad de elegir el régimen de bienes, por ejemplo, no implica prescindir del conjunto normativo previsto por alguno de los Estados involucrados. La normativa aplicable conserva una función supletoria esencial, operativa ante la inexistencia, nulidad o insuficiencia de la voluntad manifestada. La facultad de elección del derecho aplicable requiere necesariamente el consenso entre los cónyuges, sin que ello pueda traducirse en una afectación de los derechos o de la igualdad de oportunidades que les asisten. En ese marco, el orden jurídico tiene un rol protagónico en tanto instrumento de control y salvaguarda de la parte vulnerable. Del mismo modo, la actuación judicial resulta fundamental. Los jueces, en su carácter de garantes de la seguridad jurídica, tienen el deber de constatar que la elección haya sido realizada de manera consciente, informada y libre. Ello exige que los cónyuges, además de exteriorizar su voluntad, acrediten haber comprendido íntegramente las implicancias jurídicas del convenio que celebren.

---

<sup>40</sup> JAYME, Erik, “Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies”, en *Yearbook of Private International Law*, Vol. XI, 2009, p. 1 y ss.

Solo así puede considerarse válida y eficaz la autonomía de la voluntad en el marco del Derecho Internacional Privado.

El cambio legislativo representa un avance significativo. Aun cuando nos encontramos frente a una autonomía de la voluntad de carácter limitado –configurada como una “opción del legislador”, en la que la verdadera selección normativa ha sido realizada previamente por éste y los cónyuges o convivientes solo ejercen una facultad de preferencia dentro del abanico restringido ofrecido–, se trata del inicio de un proceso evolutivo que podría conducir, en el futuro, a una mayor apertura. El reconocimiento progresivo de la posibilidad de elegir, con mayor amplitud, el derecho aplicable, permitiría a las partes preservar los vínculos jurídicos y culturales con sus comunidades de origen o, en sentido inverso, integrarse plenamente al ordenamiento del Estado en el que proyectan su vida común. Este enfoque no solo es respetuoso de la diversidad cultural, sino que también constituye una respuesta adecuada a los desafíos que plantea la movilidad internacional de las personas, en un contexto marcado por crecientes flujos migratorios y por la pluralidad de modelos familiares y patrimoniales que coexisten en el plano global. Como sostiene la catedrática María Pilar Diago Diago, “(...) la opción de Derecho facilita (...) una adaptación flexible en el tiempo y en el espacio y no está pensada para un único tipo de inmigración. Se satisfacen, así, los dos objetivos trazados, aquerencia del particular que puede elegir la ley que le resulte más conveniente y que, se sobreentiende, será con la que tenga una mayor vinculación”<sup>41</sup>.

En definitiva, puede afirmarse que el Derecho internacional privado de familia argentino ha iniciado una apertura hacia la autonomía de la voluntad, aunque de forma incipiente y con márgenes acotados: solo se admite su ejercicio en ciertos aspectos específicos y, aun en ellos, su operatividad se encuentra sujeta a restricciones. Como afirmara Jean-Yves Carlier en su tesis doctoral, permitir el recurso a la autonomía es, en definiti-

---

<sup>41</sup> DIAGO DIAGO, María P., “El matrimonio y su crisis...”, Op. Cit, p. 57.



va, permitir a las personas “reclamar parte de su destino” <sup>42</sup>. Esta perspectiva ilustra con claridad las razones que han legitimado la introducción de la autonomía de la voluntad como criterio regulador –aunque aún en forma restringida– dentro de las normas aplicables a las relaciones familiares. Se trata, sin dudas, de un giro sustantivo en la evolución histórica del Derecho internacional privado de familia en la Argentina.

---

<sup>42</sup> CARLIER, Jean-Yves, “Autonomie de la volonté...”, Op. Cit., p. 50.

# CONSIDERACIONES SOBRE LA TRAMITACIÓN DE LOS RECLAMOS DE ALIMENTOS EN EL EXTRANJERO. ALGUNOS APORTES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN LA MATERIA

**Mariana Franco\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL Y LOS INSTRUMENTOS CONVENCIONALES QUE FACILITAN LA TRAMITACIÓN DE LOS RECLAMOS DE ALIMENTOS AL EXTRANJERO; 3. LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN LA FUENTE INTERNA. APORTES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE PARA EL TRATAMIENTO DE LOS ALIMENTOS INTERNACIONALES; 4. OTROS INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL, QUE DESDE LA PERSPECTIVA DEL *SOFT LAW* CONTRIBUYEN A FACILITAR LA TRAMITACIÓN DE LOS ALIMENTOS INTERNACIONALES; 5. CONCLUSIONES.

## **1. Introducción**

El objeto del presente trabajo es plantear algunas consideraciones sobre la tramitación de los reclamos de alimentos al extranjero, compartiendo las buenas prácticas y herramientas que

---

\* Titular a cargo de la Cooperación Internacional Civil de la Dirección Nacional de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina (Autoridad Central de aplicación de Convención de Nueva York sobre la obtención de alimentos en el extranjero, de 1956) El contenido del presente trabajo refleja exclusivamente la opinión de la autora.

facilitan la resolución de esta problemática. Se pretende poner a disposición del operador jurídico, del profesional y del interesado en el tema, algunos instrumentos de cooperación jurídica internacional aplicables al momento de buscar hacer efectivo el derecho alimentario cuando una de las partes se encuentra residiendo en otro Estado.

El abordaje se realiza a partir de la experiencia adquirida desde el rol de autoridad central de la Convención marco a través de la cual tramitan mayoritariamente este tipo de reclamos en la República Argentina –La Convención de Nueva York sobre la obtención de alimentos en el extranjero, de 1956– y de fuente de consulta especializada en la materia.

El contexto de globalización que se ha venido desarrollando en los últimos años y que ha dado lugar a la internacionalización de aspectos privados de las relaciones familiares, ha hecho que cada vez sea más frecuente encontrarse con conflictos de familia que tienen una arista transfronteriza. Así, se ha ido modificando el escenario en el que habitualmente se desarrollan las obligaciones alimentarias y se ha afectado el acceso a la justicia y el efectivo goce del derecho a los alimentos.

La pandemia generada con el Covid 19 es un indicador más de la dimensión alcanzada por la globalización. Además, ha puesto en evidencia las desigualdades preexistentes en la sociedad para afrontar las consecuencias que esta interrelación genera. La población más vulnerable no sólo es la más afectada en el ámbito laboral, económico, social y tecnológico sino también la que dispone de menos recursos para acceder a la justicia, especialmente cuando existe algún componente extranjero en el requerimiento.

En este contexto, son cada vez más frecuentes las situaciones en las que alimentante y alimentado -deudor y acreedor alimentario- se encuentran viviendo en distintos Estados. Es decir, en diferentes jurisdicciones, con ordenamientos jurídicos distintos y con dificultades prácticas y legales para realizar un reclamo de alimentos en el extranjero; ya sea para solicitar la fijación y obtención de la cuota alimentaria, el reconocimiento y/ o ejecu-

ción de una sentencia de alimentos o el aumento de una cuota alimentaria.

Esta problemática adquiere aún mayor trascendencia si consideramos que los afectados son generalmente niños, niñas y adolescentes que no sólo reciben el impacto del abandono afectivo y económico de su progenitor residente en el extranjero, sino también deben afrontar múltiples inconvenientes para lograr la determinación de la cuota alimentaria, la ejecución de una sentencia, el cobro y que se haga efectivo el derecho alimentario. El cumplimiento de sus derechos básicos, como es el derecho a los alimentos, con todo lo que éste implica, muchas veces termina convirtiéndose en un desafío.

En este escenario, surgen inconvenientes e incertidumbre al momento de decidir cómo encarar la acción que haga efectivo el cumplimiento de estos derechos.

Por un lado, si se pretende iniciar la acción en el Estado de residencia del demandado –donde éste desarrolla su vida habitual, generalmente tiene sus bienes y percibe sus ingresos–, surgen inconvenientes como la distancia, el costo del traslado, de las legalizaciones, el acceso a la asistencia jurídica y a la representación letrada gratuitas en el extranjero.

Por el otro, si se pretende iniciar la acción en el Estado de residencia de la parte demandante y beneficiaria, las dificultades surgen al momento de efectuar notificaciones, obtener medidas de prueba en el extranjero<sup>43</sup>, conocer y aplicar el derecho extranjero, u obtener el cumplimiento de medidas dictadas en Argentina. También los obstáculos surgen cuando es necesario solicitar la ejecución de una sentencia en el extranjero; con el agravante de que si fue dictada en un Estado distinto al que se pretende sea ejecutada, previamente habrá que efectuar su reconocimiento a través de un exequatur para declarar la ejecutividad de la resolución foránea en ese Estado, dotarla de validez y poder ejecutarla.

---

<sup>43</sup> Por ejemplo, sobre la capacidad de pago del demandado residente en el extranjero, sobre sus bienes.

Es decir, en ambos planos, atento a las circunstancias descriptas, se plantean dificultades para acceder a la justicia en el extranjero y para hacer efectivo el reclamo y el cumplimiento del derecho alimentario.

Ante esta problemática, los instrumentos de cooperación jurídica internacional vigentes en la materia aportan el marco para regular estas situaciones y encausar las peticiones transnacionales de alimentos.

En este contexto, es relevante para el operador jurídico contar con algunas pautas y con las herramientas de cooperación jurídica internacional disponibles que regulan la materia, que le ayuden a discernir qué pasos a seguir cuando se encuentra ante un caso de alimentos internacionales.

En pos de lo descripto precedentemente, me voy a centrar en el desarrollo de tres ejes de análisis.

En primer lugar, plantear algunas cuestiones prácticas del abordaje de los reclamos de alimentos en el extranjero, desde la perspectiva de la fuente internacional y la aplicación de los convenios de cooperación jurídica vigentes en la materia.

En segundo lugar, considerar los aportes del Código Civil y Comercial de la Nación al ordenamiento jurídico vigente para el tratamiento de los alimentos internacionales; haciendo el enfoque desde la perspectiva de la fuente interna.

Y finalmente, hacer referencia a otros instrumentos de cooperación jurídica internacional, que desde la perspectiva del soft law contribuyen a facilitar la tramitación de los alimentos internacionales.

## **2. La cooperación jurídica internacional y los instrumentos convencionales que facilitan la tramitación de los reclamos de alimentos al extranjero**

### **I. Los instrumentos de fuente internacional en materia de obligaciones alimentarias**

Como referí precedentemente, los instrumentos de cooperación jurídica internacional vigentes en la materia

aportan el marco para regular y encausar las peticiones transnacionales de alimentos.

*a. La Convención de las Naciones Unidas sobre la obtención de alimentos en el extranjero, suscripta en Nueva York el 20 de junio de 1956.*

En primer lugar, me voy a referir a la Convención de las Naciones Unidas sobre la obtención de alimentos en el extranjero, suscripta en Nueva York en 1956, en el marco de la cual tramitan mayoritariamente los reclamos de alimentos en el extranjero. Tanto los casos salientes, es decir, los que se originan con la solicitud formulada por la parte demandante y beneficiaria residente en Argentina y son remitidos al Estado de residencia del demandado para su tramitación; como los casos entrantes, o sea los que se originan con la solicitud formulada por la parte demandante y beneficiaria residente en el extranjero y son recibidos para tramitar en nuestro país, donde reside el demandado.

Este instrumento aprobado por la República Argentina mediante Ley 17.156 es de carácter universal y aplicable en 65 Estados.

Tiene como finalidad “facilitar a una persona, llamada en lo sucesivo demandante, que se encuentra en el territorio de una de las Partes Contratantes, la obtención de los alimentos que pretende tener derecho a recibir de otra persona, llamada en lo sucesivo demandado, que está sujeta a la jurisdicción de otra Parte Contratante” (artículo 1.1); poniendo el énfasis en el lugar en que se encuentran las partes, independientemente de la nacionalidad.

Está estructurada sobre la base de la cooperación administrativa entre autoridades centrales, por lo que no se requiere de iniciativa judicial para poner en marcha el esquema de cooperación. Es suficiente la presentación de la solicitud por parte del interesado ante la autoridad central designada en el Estado de su residencia.

El principal aporte de esta Convención es la posibilidad que abre para iniciar la acción con asistencia y representación jurídica gratuita, en el lugar de residencia del demandado, donde éste desarrolla su actividad laboral, percibe sus ingresos, dispone de sus bienes, cuentas bancarias y desenvuelve su vida en general.

*¿Cómo se instrumenta esta Convención?*

Se instrumenta a través de la asistencia y representación jurídica gratuita proporcionados por las autoridades centrales y los organismos del Ministerio Público de la Defensa que cada Estado prevé; en base al poder conferido por la parte demandante residente en el extranjero, con el objeto de impulsar acciones administrativas y judiciales hasta la obtención de la ejecución completa de la sentencia. Este poder no requiere intervención notarial, sino que se confiere a través de la suscripción de un formulario ante la autoridad central del Estado de su residencia, que acompaña a la solicitud de cooperación formulada en el marco de la Convención.

En este sentido, este instrumento facilita el acceso a la justicia en el extranjero en forma gratuita y con representación letrada, contribuyendo a superar los inconvenientes que pudieran surgir con el diligenciamiento de las rogatorias, que sería necesario tramitar en el caso de que la causa fuera radicada en el Estado de residencia de la parte demandante.

*¿Cuáles son los procedimientos que prevé la Convención para la tramitación de las solicitudes de cooperación?*

Las tramitaciones se efectúan a través de las autoridades centrales designadas en cada Estado parte; no estando contemplada la posibilidad de efectuar una presentación directa del interesado ante la Institución Intermedia-

ria designada en el Estado de residencia del demandado, donde va a tramitar la acción<sup>44</sup>.

La Convención prevé en su artículo 1, en el que define su alcance, que su finalidad se “perseguirá mediante los servicios de organismos llamados Autoridades Remitentes e Instituciones Intermediarias”. Y que en el momento de depositar el instrumento de ratificación o adhesión cada Parte Contratante designará una o más Autoridades judiciales o administrativas para que ejerzan en su territorio estas funciones. (artículo 2. 1 y 2.2)

También prevé que las Autoridades Remitentes y las Instituciones Intermediarias podrán comunicarse directamente con las Autoridades remitentes y las Instituciones Intermediarias de los demás Partes Contratantes. (artículo 2.4)

En la República Argentina, la autoridad central designada en carácter de Autoridad Remitente e Institución Intermediaria es el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que a través de la Dirección Nacional de Asuntos Internacionales desarrolla las actividades que genera la aplicación de esta Convención, con la cooperación de las autoridades provinciales intervinientes.

El interesado se presenta ante la autoridad central, no siendo necesario contar con patrocinio letrado, expone su caso y recibe asesoramiento y asistencia para la formulación de la solicitud de cooperación en el marco de la Convención.

En la autoridad central, se evalúa el caso en los términos previstos por la Convención y por la normativa vigente en el Estado extranjero donde va a tramitar la acción con el objeto de evaluar su encuadre, efectuar suge-

---

<sup>44</sup> Puede consultar listado de Estados miembros, autoridades centrales, reservas y declaraciones, texto en el link [https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XX-1&chapter=20&Temp=mtdsg3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XX-1&chapter=20&Temp=mtdsg3&clang=_en) .



rencias y optimizar su tramitación ante la Institución Intermediaria.

En este sentido, es importante el aporte que hace la autoridad central en relación al alcance de la obligación alimentaria en el Estado extranjero, dado que es el aplicable. Así, por ejemplo, si es necesario solicitar desde Argentina, que se inicie una acción de alimentos en Chile, en el marco de la Convención, se tendrá en cuenta que la ley chilena prevé el derecho a la pensión de alimentos hasta los 28 años de edad si el beneficiario continúa estudiando. Con lo cual, si estamos ante un caso en el que el beneficiario vive en Argentina, independientemente que en nuestro país la ley contemple el derecho a solicitar alimentos del hijo mayor que se capacita hasta los 25 años de edad, se podrá presentar una solicitud en los términos previstos por la ley chilena si están dadas las condiciones.

De la misma manera, resulta fundamental conocer el alcance de la obligación alimentaria en el derecho extranjero para poder determinar si es viable su tramitación; por ejemplo, una demanda de alimentos a favor de un hijo extramatrimonial no reconocido, de un hijo por nacer, de hijos afines, del cónyuge, del cónyuge divorciado, de los parientes por afinidad, entre otros.

Los perfiles de país sobre obligación alimentaria constituyen una herramienta muy útil para poder acceder a esta información en forma ágil y precisa.

Además, la autoridad central asiste al interesado en el cumplimiento de los requisitos previstos en la solicitud, como la obtención de informes socioeconómicos, la apertura de cuentas bancarias para la transferencia de la cuota alimentaria, entre otros. Y en la formulación de la solicitud hasta la obtención de la versión definitiva que da origen al expediente que va a integrar el Registro de Solicitudes Internacionales de Alimentos y que va a ser remitido a la autoridad extranjera, con la recomendación de

que se brinde asistencia jurídica gratuita hasta el cumplimiento total de la sentencia definitiva.

Conjuntamente con la solicitud y la documentación que acredita el vínculo se remite el poder conferido por la parte demandante a la autoridad central extranjera interviniente, para que ejerza su representación en el Estado donde reside el demandado; donde con patrocinio jurídico gratuito se inicia la acción e impulsan las medidas correspondientes contempladas en el derecho de ese Estado a fin de obtener lo solicitado. Incluso, si la normativa lo prevé, es factible obtener la decisión sobre la cuota alimentaria, mediante acuerdo entre partes en instancia administrativa, con las gestiones amistosas de las autoridades centrales; los que luego son homologados a los efectos de alcanzar la validez de sentencia.

Una vez entablada la acción en el extranjero, desde la autoridad central remitente, se efectúa el seguimiento del proceso hasta que se obtenga lo solicitado y se extinga el derecho que le dio origen; mediante comunicaciones permanentes que se efectúan con las instituciones extranjeras intervinientes.

Un aspecto a destacar, es el canal de comunicación que se genera entre las partes con la aplicación de la Convención. Se abre un espacio en el que se expresan y dirimen otros aspectos que van más allá de la naturaleza alimentaria. Es habitual que se planteen necesidades en torno a la obtención de documentación, autorizaciones, viajes, visitas etc., sobre las cuales en muchos casos se llega a un acuerdo cuando existe voluntad entre las partes.

También cabe destacar que muchas de las audiencias que han tenido lugar especialmente a partir de la situación de aislamiento generada con el Covid 19, se han desarrollado vía online a través de plataformas virtuales, con la participación directa de los representados y no sólo a través de sus representantes. Esto ha permitido dar más agilidad a las comunicaciones y celeridad a los pro-

cesos; especialmente cuando el demandado formula una contrapropuesta que requiere que la parte demandante se expida. Con ello, se han optimizado las condiciones en las cuales se negocian los términos de los acuerdos.

Finalmente, se señala que la Convención en su artículo 1.2 establece que “Los medios jurídicos a que se refiere son adicionales a cualesquiera otros medios que puedan utilizarse conforme al Derecho interno o al Derecho internacional y no sustitutivos de los mismos”. Interpretándose que este instrumento busca adicionar medios jurídicos para hacer efectivo el derecho alimentario, pero no sustituirlo. Por lo que se la entiende como una norma complementaria e integradora y no exclusiva o excluyente.

Este instrumento es el más adecuado para tramitar las solicitudes de alimentos en el extranjero cuando aún no ha sido fijada la cuota alimentaria. También, para aquellos casos en los que se pretende alcanzar un acuerdo en instancia administrativa.

No obstante, también contempla la posibilidad de tramitar solicitudes que tengan por objeto tramitar un aumento de cuota alimentaria, un reconocimiento y/o ejecución de sentencia de alimentos.

Los últimos datos estadísticos disponibles en la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos sobre la aplicación de la Convención, a fines de 2019, arrojan los siguientes resultados y tendencias.

Sobre un total de 358 solicitudes en trámite, 158 son casos entrantes –originados en el extranjero, con el alimentante residiendo en Argentina– y 200 son casos salientes –originados y con acreedor alimentario en Argentina, destinados al extranjero donde reside el deudor alimentario–.

Entre los principales Estados destinatarios y originarios de las solicitudes se destacan Chile, España, Brasil, Colombia y México -que constituyen el 80 % de los casos-

y también Alemania, Suiza, Francia, Ecuador, Uruguay, Bélgica, Países Bajos, Rumania, Israel, Italia.

Estas solicitudes tienen por objeto en un 68 % iniciar una demanda de alimentos en el extranjero cuando no existe documento judicial que fije la cuota alimentaria.

El 60 % de los casos se resuelven a través de Acuerdo entre partes con la asistencia y representación de las autoridades centrales y provinciales intervinientes; ganándose en celeridad y economía procesal.

A continuación, me voy a referir brevemente, a dos instrumentos de carácter convencional que regulan también la prestación internacional de alimentos.

*b. La Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, suscripta en Montevideo, el 15 de julio de 1989.*

Ratificada por la República Argentina mediante Ley 25.593.

Es de carácter regional, aplicable en 13 Estados<sup>45</sup>. Este instrumento no prevé la cooperación administrativa, sino que se requiere de iniciativa judicial para la puesta en funcionamiento. Regula la tramitación de rogatorias en materia de obligaciones alimentarias y se materializa a través del exhorto judicial.

Hace un aporte importante en cuanto a la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, a la competencia y a la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado Parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro Estado Parte.

Establece la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras en materia de obligación alimentaria, constituyendo una herramienta muy apropiada para tramitar los reclamos de alimentos en los que ha sido fijada la sen-

---

<sup>45</sup> Puede consultar los Estados miembros, reservas y declaraciones, texto de la Convención en <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-54.html>).

tencia en un Estado Parte y es necesario ejecutarla en otro Estado Parte.

Es aplicable “a las obligaciones alimentarias respecto de menores por su calidad de tales y a las que se deriven de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales” (art. 1); previendo que “Los Estados podrán declarar al suscribir, ratificar o adherir a esta Convención que la restringen a las obligaciones alimentarias respecto de menores”. Se considerará menor a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años, extendiéndose los beneficios de esta Convención a quién habiendo cumplido dicha edad, continúe siendo acreedor de prestaciones alimentarias de conformidad a la legislación aplicable (art.2). También contempla que “Los Estados al momento de suscribir, ratificar o adherir a la presente Convención, así como con posterioridad a la vigencia de la misma, podrán declarar que esta Convención se aplicará a las obligaciones alimentarias en favor de otros acreedores; asimismo, podrán declarar el grado de parentesco u otros vínculos legales que determinen la calidad de acreedor y deudor de alimentos en sus respectivas legislaciones (art.3).

Su texto, no prevé la designación de autoridades centrales. Se aplica con la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en el diligenciamiento de las rogatorias libradas por autoridad judicial.

*c. El Convenio de La Haya sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, suscripto el 20 de noviembre de 2007*

Este Convenio fue formulado sobre la base de los instrumentos preexistentes en la materia, especialmente de la Convención de Nueva York de 1956, con el objeto de aggiornarlos, adaptarlos a las nuevas realidades y de hacer más operativos los mecanismos previstos a fin de lograr el cumplimiento efectivo del derecho alimentario.

De esta manera, apunta a contemplar y reglamentar todos los aspectos y procedimientos previsibles para lograr el cobro efectivo de los alimentos, promoviendo el uso de las nuevas tecnologías.

Entre sus aportes más significativos, sin pretender hacer un análisis exhaustivo, se destaca que:

Contempla la posibilidad de reconocer y ejecutar en otro Estado parte acuerdos en materia de alimentos, en tanto sean ejecutables en el país de origen. (artículo 30)

Prevé la posibilidad de incluir en la solicitud de alimentos la determinación de la filiación (artículo 10. 1, c).

Contempla la posibilidad de que una autoridad central pueda dirigir una petición a otra para que se adopten medidas específicas, antes de enviar la solicitud, tales como: averiguación de domicilio del deudor; información sobre ingresos y bienes del deudor, etc. (artículo 7).

Amplía y especifica las competencias de las autoridades centrales y de los procedimientos.

Incorpora la posibilidad de efectuar la tramitación electrónica de las solicitudes mediante un sistema de gestión (Isupport) que contempla además el procesamiento de datos, la comunicación ágil entre autoridades centrales e incluso la fiscalización de las transferencias de las cuotas alimentarias.

Prevé expresamente bases para el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de alimentos (artículos 20 al 29). Incluso previendo un procedimiento de reconocimiento abreviado, rápido, automático de la decisión extranjera, sin someterla a exequatur, en tanto no contradiga el orden público del Estado requerido y se encuentre probado que es ejecutoria en el Estado de origen (artículo 23). También contempla que los Estados deberán prever la aplicación de medidas efectivas para la rápida ejecución (artículo 34).

Este instrumento a marzo de 2021 es aplicable en 41 Estados, entre los que se incluye EEUU y Brasil. La República Argentina aún no es parte. El trámite para su

puesta en vigencia se encuentra en “trámite parlamentario”, para su posterior ratificación.

Prevé la exclusividad de la gratuidad en los procedimientos para los casos de a) las obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 21 años derivadas de una relación paterno-filial y b) el reconocimiento y-o ejecución de una decisión sobre obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges cuando la solicitud se presente conjuntamente con una demanda a favor de su hijo menor. (artículo 2). También en el mismo artículo se prevé que “Cualquier Estado contratante podrá, de conformidad con el artículo 62, reservarse el derecho de limitar la aplicación del Convenio a las personas que no hayan alcanzado la edad de 18 años, así como declarar que extenderá la aplicación de todo o parte del Convenio a otras obligaciones alimenticias derivadas de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo en particular las obligaciones a favor de personas vulnerables. Y que tal declaración sólo creará obligaciones entre dos Estados contratantes en la medida en que sus declaraciones incluyan las mismas obligaciones alimenticias y partes del Convenio”.

En cuanto al tipo de solicitudes disponibles para tramitar en su marco, en el artículo 10, se identifican las siguientes categorías:

- a) La obtención de una decisión en el Estado requerido cuando no exista una decisión previa, incluida la determinación de filiación en caso necesario;
- b) El reconocimiento o reconocimiento y ejecución de una decisión dictada en un Estado distinto al requerido;
- c) La ejecución de una decisión dictada en el Estado requerido;
- d) La modificación de una decisión de alimentos dictada en el Estado requerido o en un Estado distinto del requerido

Así mismo, contempla la posibilidad de que sea el deudor quien presenta las solicitudes previstas en b, c, y d (artículo 10.2)

Si bien este instrumento fue formulado sobre la base de la cooperación administrativa entre las autoridades centrales designadas, contempla la posibilidad de la cooperación directa. Es decir, que el interesado (acreedor o deudor alimentario) haga una presentación directamente ante los órganos judiciales o administrativos competentes del país adonde reside el deudor.

El convenio no regula la ley aplicable sino el Protocolo de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, hecho el 23 de noviembre de 2007. Para aquellos Estados partes que hayan firmado el Convenio de la Haya de 2007 y no firmen el Protocolo de la Haya de 2007, éste último no será vinculante.

En el [link https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=131](https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=131) puede consultarse el texto del Convenio, Estados Partes, autoridades centrales designadas, Perfiles de país y otras cuestiones inherentes a su aplicación. Así como también el Protocolo sobre la ley Aplicable.

## **II. Algunas preguntas orientadoras para abordar la tramitación de los reclamos de alimentos en el extranjero**

A modo de hoja de ruta, se plantean a continuación algunas preguntas orientadoras para abordar la tramitación de los reclamos de alimentos en el extranjero, a la luz de los instrumentos de cooperación internacional vigentes que regulan la materia.

Descrita ya la normativa convencional, sus características, beneficios, aportes, fortalezas y debilidades, la siguiente cuestión es cómo determinar cuál de ellos es el aplicable ante el caso concreto a tramitar.

En este sentido, se propone abordar las siguientes preguntas orientadoras: ¿Cuál es el Estado de la residencia habitual del acreedor, del beneficiario y del deudor alimenta-



rio? E identificar qué instrumentos convencionales de los descriptos vinculan a esos Estados. Considerar también, el Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos.

Por ejemplo, estando el acreedor alimentario residiendo en Argentina y el deudor alimentario en España, Francia, Alemania, Italia, Suiza, Suecia, Austria, Israel, Chile, China, Australia, entre otros, el instrumento aplicable en la materia podrá ser la Convención de Nueva York. Si en vez el deudor alimentario se encuentra residiendo en Brasil, Colombia, México, Uruguay, Ecuador, Guatemala o Haití, además de la Convención de Nueva York, también podrá considerarse la aplicación de la Convención Interamericana. Para el caso en el que el deudor alimentario, se encuentre residiendo en Paraguay, Bolivia, Perú, Panamá, Costa Rica, Venezuela, no podrá aplicarse la Convención de Nueva York, por no ser Estados Partes, pero sí lo será la Convención Interamericana. En el caso que el deudor alimentario, se encuentre residiendo en EEUU, no son aplicables por el momento ninguno de los instrumentos descriptos, porque si bien Estados Unidos ha ratificado el Convenio de la Haya de 2007 sobre cobro internacional de alimentos, en Argentina aún no es aplicable. En este contexto, destaco la relevancia que adquiere su ratificación en vista a cubrir este vacío jurídico en la regulación de la prestación internacional de alimentos con este Estado.

¿Cuál es el objeto del reclamo? Identificar cuál es la situación y qué se pretende con la acción:

- a. No existe una decisión que determine la cuota alimentaria. Se pretende solicitar su fijación, el inicio de la acción y su prosecución hasta obtener sentencia y su cumplimiento hasta que se extinga el derecho que dio origen a la petición.
- b. No existe una decisión que determine la cuota alimentaria. Se pretende obtener un acuerdo de alimentos en instancia prejudicial, a partir de la reali-

zación de gestiones amistosas ante el deudor previas al inicio del procedimiento judicial.

- c. Existe una sentencia que determina la cuota alimentaria. Se pretende solicitar su ejecución en el extranjero ante el incumplimiento del deudor alimentario residente en otro Estado. Previamente, habrá que evaluar si esa sentencia fue dictada en el Estado que se pretende sea ejecutada o en uno distinto; para que en el caso que corresponda se contemple también su reconocimiento en el Estado que se pretende sea ejecutada.
- d. Existe una sentencia que determina la cuota alimentaria. Se pretende solicitar el aumento de la cuota alimentaria ya fijada, atento a la variación de las circunstancias al momento en que fue establecida.

Una vez definido este aspecto se evaluará cuál es el instrumento más apropiado para lo que se pretende. Es decir, cual contempla el tipo de solicitud que responde al objeto de la petición pretendida.

¿Quién es el beneficiario del reclamo que ve afectado su derecho alimentario y se encuentra ante la necesidad de impulsar la acción? ¿Un hijo menor de 18 años? ¿Un hijo mayor que se capacita; de qué edad? ¿Un hijo extramatrimonial, no reconocido? ¿Un hijo por nacer-la mujer embarazada? ¿Un hijo del cónyuge o conviviente del progenitor? ¿Un cónyuge no divorciado? ¿Un cónyuge divorciado? ¿Un conviviente? ¿Un abuelo? ¿Un hermano? ¿Un pariente por afinidad? ¿Un beneficiario de una donación?

Y evaluar cuál es el alcance de la obligación alimentaria en cada instrumento para determinar cuál es aplicable desde esta perspectiva. Es decir, considerar si la aplicación del instrumento está restringida a una determinada obligación alimentaria.

Por ejemplo, la Convención Interamericana, limita su aplicación “a las obligaciones alimentarias respecto de menores por su calidad de tales y a las que se deriven de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido

tales” (artículo 1). No obstante, también prevé en el mismo artículo que “Los Estados podrán declarar al suscribir, ratificar o adherir a esta Convención que la restringen a las obligaciones alimentarias respecto de menores.” Por lo cual, habrá que consultar si los Estados vinculados por el reclamo que se pretende efectuar han realizado declaraciones al respecto.

El Convenio de La Haya prevé la exclusividad de la gratuidad en los procedimientos para los casos de a) las obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 21 años derivadas de una relación paterno-filial y b) el reconocimiento y-o ejecución de una decisión sobre obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges cuando la solicitud se presente conjuntamente con una demanda a favor de su hijo menor. (artículo 2). También en el mismo artículo se prevé que “Cualquier Estado contratante podrá, de conformidad con el artículo 62, reservarse el derecho de limitar la aplicación del Convenio a las personas que no hayan alcanzado la edad de 18 años, así como declarar que extenderá la aplicación de todo o parte del Convenio a otras obligaciones alimenticias derivadas de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo en particular las obligaciones a favor de personas vulnerables. Y que tal declaración sólo creará obligaciones entre dos Estados contratantes en la medida en que sus declaraciones incluyan las mismas obligaciones alimenticias y partes del Convenio.

La Convención de Nueva York no define expresamente que se entiende por obligación alimentaria ni cuál es su alcance, como sí lo hacen los otros instrumentos referidos en este trabajo. Sí contempla que el derecho aplicable es el del Estado del demandado (artículo 6, inciso 3). Con lo cual, se infiere que el alcance de la obligación alimentaria está determinado por el derecho del Estado en el que reside el deudor alimentario. En este contexto, es fundamental conocer que prevé el derecho de este Estado al respecto para poder determinar si es posible tramitar una solicitud. Así, por ejemplo, si la normativa de ese Estado no contempla el re-

clamo de alimentos a favor de los hijos afines, no podrá iniciarse en ese Estado, en el marco de esta Convención, una solicitud de estas características, aunque la normativa del Estado de residencia de la parte acreedora lo contemple. En sentido contrario, si la normativa del Estado extranjero donde va a tramitar la acción, contempla el derecho alimentario del hijo mayor que continúa estudiando y no puede subsistir por sus propios medios, hasta alcanzados los 28 años de edad, como es el caso de Chile, se podrá tramitar una solicitud de esas características, independientemente de que la normativa del Estado de residencia de la parte demandante prevea un alcance más limitado.

¿Cuál es la normativa vigente en la materia en el Estado extranjero donde va a tramitar la acción? Conocer cuál es el derecho aplicable en la materia en el Estado de residencia del demandado, no sólo resulta indispensable para saber quiénes tienen derecho a petitionar por el cumplimiento del derecho alimentario y respecto a quien –como fue descrito en el punto anterior- sino también para determinar qué tipo de solicitud es posible tramitar en ese Estado. Independientemente de lo que prevea el instrumento internacional marco, si la normativa de ese Estado no lo contempla, no es posible su aplicación.

Este aspecto adquiere relevancia, en la aplicación de la Convención de Nueva York, que expresamente prevé que el derecho aplicable es el del Estado del demandado.

En este sentido, cabe mencionar que si bien este instrumento resulta el más adecuado para iniciar y proseguir la acción de alimentos cuando aún no existe sentencia en la materia, su aplicación está supeditada a lo que contemple la normativa de ese Estado. Por ejemplo, en Italia, Israel, entre otros, se requiere de la existencia de un documento judicial que determine la cuota alimentaria para poder darse inicio a una tramitación en el marco de la Convención en estos países. Es decir, solo es viable tramitar solicitudes de ejecución de sentencias. Otros Estados, como Francia y Bélgica, en la misma sintonía, contemplan solo la posibilidad de fijar cuota

alimentaria mediante acuerdo extrajudicial, pero no iniciar acción de alimentos en sede judicial si no existe sentencia. Las autoridades centrales prestan cooperación en esta instancia administrativa, pero si no se ponen de acuerdo las partes, no se inicia la acción judicial para la fijación de cuota alimentaria. Para dar impulso a la acción judicial se requiere de la existencia de un documento judicial preexistente.

Por otro lado, no todos los Estados contemplan la posibilidad de acordar en sede administrativa la cuota alimentaria.

En el mismo sentido, los procedimientos y plazos de prescripción son los previstos en el Estado de residencia del deudor alimentario.

En este sentido, la labor realizada desde la autoridad central asesorando al respecto, es fundamental para ganar celeridad en las tramitaciones.

¿Dónde tramitar la acción? ¿Ante sede local o extranjera?

Las respuestas obtenidas ante los interrogantes planteados precedentemente, serán determinantes al momento de decidir dónde tramitar la acción. ¿En sede nacional o extranjera? ¿En jurisdicción del domicilio del acreedor, del beneficiario, del deudor alimentario, del último domicilio conyugal, de los bienes o donde el deudor percibe sus ingresos?

Es decir, ¿me inclino por iniciar la demanda de alimentos en la Argentina, obtener sentencia y luego, solicitar su reconocimiento y ejecución en el extranjero o por iniciarla en el extranjero con patrocinio jurídico gratuito; incluso con la posibilidad de obtener un acuerdo en la materia?

Y sobre esta base, el paso siguiente será identificar qué instrumentos de cooperación resultan los más adecuados para lograr mejores resultados en la obtención del reclamo pretendido.

### **III Otros instrumentos convencionales aplicables en los reclamos de alimentos al extranjero**

No quiero dejar de mencionar otros instrumentos de cooperación jurídica internacional que, si bien no son específicos en materia de obligación alimentaria, resultan aplicables en juicios

de alimentos que tramitan en sede local, tienen un componente transnacional y requieren del cumplimiento de alguna medida en el extranjero, en el Estado de residencia del demandado. Tales como, notificaciones o requerimientos de medidas de mero trámite, obtención de prueba, obtención de información sobre el derecho extranjero, cumplimiento de una medida cautelar, reconocimiento y/o ejecución de una sentencia.

Entre estos instrumentos destaco:

- En el ámbito del Mercosur: el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscripto en Las Leñas el 27/6/92; aprobado por la República Argentina mediante Ley 24.578. El Acuerdo complementario de Asunción de 1997 (Ley 25.222). La Enmienda de Buenos Aires de 2002 (Ley 25.934). El Protocolo de medidas cautelares suscripto en Ouro Preto 1994 aprobado por la República Argentina mediante Ley 24.579. El Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados parte del Mercosur, Bolivia y Chile (Ley 25.935). El Acuerdo sobre Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Gratuita entre los Estados Partes del Mercosur y las República de Bolivia y Chile, suscripto en Florianópolis en 2000, aún no aprobado en nuestro país, se encuentra con trámite parlamentario.
- En el ámbito del Sistema Interamericano: la Convención sobre exhortos o cartas rogatorias, suscripta en Panamá 1975 aprobada por la República Argentina mediante Ley 25.503. La Convención sobre recepción de pruebas en el extranjero, suscripta en Panamá 1975 aprobada por la República Argentina mediante Ley 23.481. La Convención sobre cumplimiento de medidas cautelares suscripta en Montevideo en 1979, aprobada por la República Argentina mediante Ley 22.921. La Convención sobre Prueba e información acerca del derecho extranjero, suscripta en Montevideo 1979, aprobada por la República Argentina mediante Ley 23.506. La Convención sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitra-

les extranjeros, aprobada por la República Argentina mediante Ley 22.921

- En el ámbito de la Conferencia de La Haya: el Convenio sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial, 1965, aprobado por la República Argentina mediante Ley 25.097. El Convenio sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y comercial, 1970 aprobado por la República Argentina mediante Ley 23.480
- En el ámbito bilateral: El Convenio sobre igualdad de trato procesal y exhortos, suscripto por nuestro país con la República Oriental del Uruguay en Montevideo en 1980 y aprobado por la República Argentina mediante Ley 22.410. El Convenio sobre aplicación e información del derecho extranjero, suscripto por nuestro país con la República Oriental del Uruguay en Montevideo en 1980 y aprobado por la República Argentina mediante Ley 22.411. La Convención de asistencia judicial y de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil con suscripta por nuestro país con la Italia, en Roma en 1987 y aprobada por la República Argentina mediante Ley 23.720. El Tratado de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, suscripto por nuestro país con la Federación de Rusia en 2002 y aprobado por la República Argentina mediante Ley 25.595<sup>46</sup>. (4)

El libramiento de rogatorias en el marco de los citados instrumentos, efectuado por el juez competente, con jurisdicción en el domicilio de la demandante al juez competente, con jurisdicción en el domicilio del demandado, es el *modus operandis* de estos instrumentos. Se diligencian a través del Ministerio de Relaciones Exteriores Comercio Internacional y Culto, a excepción de los convenios bilaterales suscriptos con Uruguay que tramitan a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En virtud de la existencia de formularios específicos para

---

<sup>46</sup> Para mayor abundamiento se sugiere consultar RUBAJA, Nieve, *Derecho Internacional Privado de Familia*, 1ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

la tramitación de muchos de estos instrumentos, se sugiere consultar a las mencionadas autoridades centrales.

El alcance de su aplicación está determinado por lo que prevé cada uno de estos instrumentos, por la vigencia en los Estados en los que se pretende aplicar y por las declaraciones y reservas efectuadas.

Es bastante habitual, la aplicación de estos instrumentos en las causas de alimentos que vinculan a Argentina con Uruguay, Paraguay, Bolivia y Perú.

Finalmente, hago mención a la “Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, que en nuestro país tiene rango constitucional y que contempla especialmente la obligación alimentaria en los artículos 3.2 y 27.

### **3. La cooperación jurídica internacional en la fuente interna.**

#### **Aportes del Código Civil y Comercial de la Nación al ordenamiento jurídico vigente para el tratamiento de los alimentos internacionales**

El Código aporta algunos instrumentos para la resolución de los casos transfronterizos, especialmente aplicables ante la ausencia de normativa convencional internacional que vincule a los Estados en los que se requiere implementar.

A priori, en el artículo 2594 sobre normas aplicables, sienta las bases sobre el abordaje de los casos transfronterizos, previendo que “Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.

¿Cuáles son estos aportes?

#### **I. Las Disposiciones de Derecho internacional privado, Título IV, Capítulo 3, Sección 4 que hacen referencia especial a alimentos y aportan pautas para la determinación de la ju-**



**jurisdicción donde puede tramitar una acción con un componente internacional, así como la ley aplicable**

El artículo 2629, sobre la Jurisdicción. Prevé que la acción debe interponerse, a elección de quien la requiera, ante los jueces de su domicilio, de su residencia habitual o ante los del domicilio o residencia habitual del demandado; pudiéndose también considerar el domicilio dónde el demandado tiene sus bienes. En las acciones de alimentos entre cónyuges o convivientes, podrá considerarse también el último domicilio conyugal o convivencial o la jurisdicción en la que se disolvió el vínculo. Si se hubiere celebrado un convenio, a opción del actor, las acciones pueden también interponerse ante el juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración de dicho convenio si coincide con la residencia del demandado.

El artículo 2630, sobre el derecho aplicable. Prevé que “el derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario. Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos. El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo.”

**II. Las Disposiciones de Derecho internacional privado, Título IV, Capítulo 1 y 2 que contemplan la cooperación jurídica internacional en general y que son aplicables para el tratamiento de alimentos internacionales**

El artículo 2610, sobre igualdad de trato procesal entre nacionales y extranjeros. El Código reconoce expresamente el principio de igualdad de trato procesal entre nacionales y extranjeros, según el cual los ciudadanos y los residentes

permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina. Asimismo, contempla que ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado. Y que esta igualdad de trato se extiende a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero.

El artículo 2611 sobre Cooperación Jurisdiccional que establece el deber de cooperar “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral”. Pudiendo sólo ser denegada en caso de ausencia de los requisitos básicos exigibles para proceder a la cooperación solicitada o bien que la rogatoria afecte de manera grave y manifiesta algún principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 2612 sobre Asistencia Procesal Internacional que establece y regula las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras mediante exhorto e incorpora la vía de la comunicación judicial directa: “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso.

Se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida”.

No quiero dejar de destacar entre los instrumentos que aporta el código para aplicar en la tramitación de los casos de alimentos con algún componente foráneo, lo dispuesto en los artículos 2602 y 2603.

El artículo 2602, sobre foro de necesidad. Este artículo contempla la posibilidad de otorgar jurisdicción internacional a los jueces, excepcionalmente, para dictar medidas urgentes, con la finalidad de evitar la denegación de justicia a nivel internacional y garantizar el acceso a la misma; en casos en los que exista el riesgo a lesionar de manera grave los derechos humanos fundamentales; siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

El artículo 2603, sobre medidas provisionales y cautelares que dispone que los jueces argentinos son competentes para disponer de estas medidas bajo ciertas condiciones concretas: “a) cuando entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República; b) a pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal; c) cuando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina”. También prevé que “el cumplimiento de una medida cautelar por el juez argentino no implica el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera, pronunciada en el juicio principal”.

Ante la ausencia de normativa convencional para aplicar, el Código a través de estos artículos aporta algunas pautas interesantes para impulsar la acción.

### **III. Otros aportes del Código en materia de regulación alimentaria y su repercusión en el tratamiento de los casos de alimentos internacionales**

Finalmente, considero importante resaltar los aportes que el Código hace en materia de regulación alimentaria y cómo estos se ven reflejados en los casos de alimentos internacionales que tramitan en Argentina; especialmente en el marco de la Convención de Nueva York y en tanto ésta prevé que la normativa aplicable es la vigente en el Estado de residencia del demandado.

Algunos se refieren a cuestiones de fondo, como por ejemplo:

El alcance de la obligación alimentaria. Esto se advierte claramente si tenemos en cuenta que con el Código se amplía el abanico de posibilidades en cuanto a los potenciales beneficiarios de alimentos con derechos a reclamarlos.

Si bien estas disposiciones hacen referencia a una cuestión de normativa interna, tienen repercusión en los alimentos internacionales en tanto amplía también el alcance de las solicitudes de alimentos provenientes del extranjero y de quienes tienen derechos a formularlas. Así por ejemplo, si el Código contempla el derecho alimentario del hijo menor de 18 años, del hijo mayor que se capacita, del hijo extramatrimonial no reconocido, del hijo por nacer-la mujer embarazada, del hijo del cónyuge o conviviente del progenitor, del cónyuge no divorciado, del cónyuge divorciado, del conviviente, del abuelo, del hermano, del pariente por afinidad, podrá tramitarse en Argentina una solicitud de alimentos proveniente del extranjero que tenga por objeto obtener el cumplimiento del derecho alimentario de todos los beneficiarios contemplados por la normativa en nuestro país.

En especial, hago referencia a los artículos 586 y 664 que se refieren al derecho alimentario del hijo extramatrimonial no reconocido. “Durante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor, de conformidad a lo establecido en el Título VII del Libro Segundo.” (artículo 586). “El hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado. Si la demanda se pro-

mueve antes que el juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota fijada mientras esa carga esté incumplida.” (artículo 664)

Este aspecto adquiere aún mayor relevancia a la luz del Convenio de La Haya de 2007 que contempla la posibilidad de incluir en la solicitud de alimentos la determinación de la filiación.

Y otros aportes se refieren a cuestiones de forma, como por ejemplo:

La presentación simultánea de la demanda de alimentos al obligado primario y a los ascendientes. El artículo 668 contempla la posibilidad de que los alimentos a los ascendientes sean reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; acreditándose verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado.

Es solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor (artículo 551). Pudiéndose aplicar respecto al empleador o de un deudor del obligado.

En la experiencia práctica de la aplicación de la Convención de Nueva York en la República Argentina se encuentran reflejados estos aportes.

Se detallan a continuación algunos indicadores a modo de ejemplo.

Se encuentran en trámite solicitudes en las que el beneficiario es el hijo mayor que se capacita.

También, solicitudes que tienen por objeto la fijación de la cuota alimentaria a favor de un menor no reconocido. En virtud de lo previsto en el Código, y en pos de que el hijo no reconocido no vea impedido su derecho humano a accionar, se dió trámite a solicitudes de esta índole. Algunas resueltas en instancia prejudicial, con la presencialidad de la parte peticionante y el beneficiario extranjero, con el desarrollo de

las pruebas de ADN que confirmaron la paternidad y sentaron las bases para la obtención de un acuerdo de alimentos en sede administrativa con la voluntad de las partes y el asesoramiento y representación letrada de las autoridades centrales argentina y extranjera. Y otras iniciadas en sede judicial, que no prosperaron por la no disposición de la parte actora residente en el extranjero a presentarse con su hijo menor a realizar las pruebas de ADN necesarias para probar la filiación.

Son habituales en las demandas de alimentos iniciadas en Argentina a partir de las solicitudes de cooperación formuladas en el marco de la Convención de Nueva York, las presentaciones simultanea contra obligado principal y secundario.

Y en el mismo sentido, la aplicación de lo previsto en el artículo 551 descripto precedentemente.

#### **4. Otros instrumentos de cooperación jurídica internacional, que desde la perspectiva del soft law contribuyen a facilitar la tramitación de los alimentos internacionales**

No quiero dejar de mencionar otras herramientas que sin tener la fuerza imperativa de la norma, facilitan la tramitación de los reclamos de alimentos al extranjero.

Me refiero a aquellos instrumentos formulados desde la práctica, a fin de facilitar la aplicación de la normativa convencional y que resultan muy orientadores al momento de resolver cómo abordar un caso de alimentos transfronterizo. Tales como, las guías de buenas prácticas, los manuales de procedimientos, los formularios modelo, los perfiles de país en materia de obligación alimentaria, los informes explicativos, entre otros.

En el mismo sentido, los foros generados en la materia, constituyen instancias fundamentales para el abordaje de las problemáticas que surgen con la tramitación de los casos transfronterizos. También, para el desarrollo de recomendaciones, la generación de consensos y de herramientas operativas.

Entre ellos, destaco los desarrollados en el marco de:

## **I. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado**

Además de los instrumentos convencionales formulados en la materia como el Convenio de 2007, proporciona un espacio para el debate, la creación, el seguimiento y la evaluación; brindando una serie de herramientas que facilitan la aplicación de los convenios y la resolución de los casos de alimentos transfronterizos.

En su seno, periódicamente se conforman grupos de expertos y comisiones especiales a fin de tratar cuestiones específicas que se identifican prioritarias. Tales como, la conformada a efectos de dar seguimiento a la aplicación del Convenio de 2007 sobre cobro internacional de alimentos y el Protocolo sobre Ley aplicable, o la referente a la transferencia internacional de fondos en concepto de alimentos y la cooperación administrativa.

Asimismo, hace un importante aporte a través de informes orientativos, manuales de procedimientos para las tramitaciones, guías de buenas prácticas, los perfiles de país sobre obligación alimentaria, cuestionarios; desarrollando también estadísticas que permiten medir no sólo la aplicación del instrumento sino también su eficacia<sup>47</sup>.

## **II. La Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur y Estados Asociados**

En este marco, también se ha planteado la problemática que se genera en torno a la tramitación de los reclamos de alimentos en la región; advirtiéndose que no todos los instrumentos se encuentran operativos en todos los Estados, ya sea porque no han sido ratificados o no se aplican en la medida que podrían serlo. Por el momento, sólo Brasil ha ratificado el Convenio de La Haya de 2007. Bolivia y Paraguay no

---

<sup>47</sup> Puede consultarse en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-support>).

han ratificado la Convención de Nueva York de 1956. Esta situación ha generado que en varias ocasiones queden sin atender los derechos de muchas personas que pretenden iniciar una demanda de alimentos en estos Estados y que se ven imposibilitados de acceder al mecanismo de cooperación administrativa, de asistencia y patrocinio jurídico gratuito que posibilita esta Convención.

Esto ha llevado, en el seno de las reuniones técnicas, a instar a los Estados partes a ratificar y hacer aplicables los instrumentos convencionales existentes en la materia. También a suscribir, en mayo de 2019 un “Memorándum de entendimiento sobre la cooperación en materia de obligación alimentaria internacional, en el ámbito de los Ministerios representados en la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur y Asociados” que tiene por finalidad promover una mayor coordinación interinstitucional entre las partes, con el objeto de facilitar la aplicación de la normativa y el acceso a la justicia en materia de obligaciones alimentarias internacionales.

También en este marco, se han elaborado perfiles de país sobre obligaciones alimentarias y se acordó el desarrollo de un foro especial en la materia.

### **III. La Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) y de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed), que opera a través de los Puntos de Contacto y Enlace designados en los organismos judiciales, Ministerios Públicos y Ministerios de Justicia y Autoridades Centrales de los Estados Iberoamericanos.**

En este marco, en materia de alimentos internacionales y por intermedio de la plataforma de cooperación jurídica internacional iber@ que garantiza una comunicación segura y en tiempo real, se evacúan inquietudes, se proporciona información sobre normativa, procedimientos, estado de tramitación de rogatorias y solicitudes de cooperación, autoridades competentes en cuestiones específicas, sobre expe-



riencias existentes en la materia de consulta; facilitando herramientas que contribuyen al acercamiento de las partes en conflicto residentes en distintos Estados Partes.

Cabe mencionar, el “Manual Práctico para responsables de expedientes de reclamación internacional de alimentos” y al documento Perfil País desarrollados por el grupo de trabajo Obligaciones Alimentarias de IberRed, de la coautoría de integrantes de la Dirección Nacional de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y aprobados en la Reunión Plenaria desarrollada en Madrid en octubre 2019.

A su vez la nueva plataforma puesta en marcha a partir de marzo 2021, incorpora funcionalidades como la videoconferencia y la firma digital.

Recientemente, en 2019 Argentina ha suscripto el Tratado Relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional entre Autoridades Centrales en Medellín, Colombia en el marco de la XXI Asamblea Plenaria de la COMJIB, en pronta implementación; constituyendo una herramienta muy útil especialmente a partir de los procesos de digitalización que impone el mundo post Covid.

A nivel interno, desde el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, cabe mencionar, algunas buenas prácticas desarrolladas en el carácter de autoridad central de la Convención de Nueva York de 1956, para facilitar su implementación.

Entre ellas, la conformación de una red de enlaces internos con las autoridades de aplicación provincial de la Convención -organismos de los poderes ejecutivos y judiciales provinciales- que ha permitido facilitar la coordinación interinstitucional de los reclamos de alimentos internacionales, disponer de una estructura especializada en la materia con alcance en todo el territorio nacional y optimizar los resultados de la aplicación de este instrumento. Esto a su vez, facilita la difusión de sus beneficios, poniéndolos a disposición de

todos los potenciales usuarios, apuntando a obtener la federalización en su implementación.

Asimismo, se ha desarrollado una red de enlaces externos con las autoridades de aplicación extranjera a fin de obtener mayor fluidez en las comunicaciones y precisión en cuanto a la normativa y los requisitos exigidos por cada Estado para las tramitaciones.

También cabe resaltar, otras buenas prácticas desarrolladas desde este ámbito que contribuyen a facilitar la tramitación de los reclamos de alimentos al extranjero, como a) el asesoramiento online que se brinda a los consultantes y la asistencia para la formulación de las solicitudes de cooperación internacional; b) el adelanto de las solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales a través de correos electrónicos oficiales; c) el seguimiento online de la tramitación de las solicitudes d) la generación de una instancia administrativa para la negociación de los términos de acuerdos de alimento; e) la intervención a fin de facilitar que se haga efectivo el cobro; f) la conformación de un registro confidencial de solicitudes internacionales de alimentos.

Finalmente, el desarrollo de encuentros, seminarios, jornadas –presenciales y virtuales– entre los diferentes actores que intervienen en la aplicación de los convenios de cooperación jurídica internacional (autoridades centrales, jueces, defensores, operadores de la justicia, profesionales, colegios de abogados, instituciones académicas) en los que se intercambian experiencias, se difunden las herramientas de cooperación, sus aspectos operativos y se efectúan recomendaciones, hacen un importante aporte para facilitar las tramitaciones.

Estas herramientas contribuyen a la difusión de los instrumentos de cooperación jurídica internacional, a hacerlos más operativos, accesibles y aplicables. Y en el mismo sentido, agilizan la preparación de las solicitudes de cooperación jurídica internacional en materia de obligaciones alimenta-

rias, posibilitando una mayor eficacia en su tramitación y en el cumplimiento del derecho que les da origen.

## 5. Conclusión

Con este trabajo, se espera haber hecho un aporte para la tramitación de los reclamos internacionales de alimentos. Haber contribuido a construir un puente que facilite el cumplimiento del derecho alimentario cuando existen dificultades transnacionales que pueden obstaculizar su efectivización. Un puente que posibilite poner a disposición de los beneficiarios, de sus gestores y de todos aquellos que intervienen para que se haga efectivo el derecho alimentario, los instrumentos de la fuente convencional, de la fuente interna y del *soft law* que regulan la materia.

La difusión de sus beneficios, del *modus operandi*, de las buenas prácticas que se generan con su aplicación, los dota de vitalidad, bajándolos a la realidad que los necesita.

Con ello, se espera haber contribuido también a lograr una mayor eficacia en la cooperación jurídica internacional en la materia, especialmente por el alto impacto que genera en la sociedad y en particular, en las poblaciones más vulnerables que son las que más dificultades tienen para acceder a la justicia en el extranjero.

Concluyo con el convencimiento de que aún existen desafíos pendientes.

Uno de ellos, tiene que ver con el modo en que se hacen efectivas las transferencias internacionales de las cuotas alimentarias. Todos los convenios hacen referencia a la gratuidad y celeridad de los procedimientos, incluso de la transferencia de fondos destinados al pago de alimentos. Sin embargo, en la práctica, la normativa bancaria e impositiva vigente en muchos Estados y entre ellos en Argentina, constituye un importante obstáculo que opaca el espíritu de cooperación y gratuidad que prima en los instrumentos descriptos y en la labor desarrollada por los actores intervinientes. En este sentido, se propicia que los Estados intervengan reglamentando estas transferencias,

estableciendo la eximición de costos de comisiones e impuestos; de manera que un derecho humano básico, como lo es el derecho alimentario –cuyos beneficiarios son mayoritariamente menores en condiciones de vulnerabilidad y en los que la cuota alimentaria constituye la base de su sustento–, no sea afectado. Ello, en consonancia con lo establecido en el artículo 75, inciso 22 instaurado con la reforma constitucional de 1994, a través del cual los tratados y concordatos gozan la jerarquía constitucional, adquiriendo jerarquía superior a las leyes. Así como también en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Argentina y con rango constitucional, en la cual se establece en el artículo 27.4. “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados”.

Otro de los desafíos pendientes es disponer de manera operativa en todos los Estados, los instrumentos descriptos precedentemente. En este sentido, se propicia su ratificación en aquellos Estados que aún no lo han hecho, la elaboración de la normativa reglamentaria que los haga aplicables y accesibles a todos los ciudadanos potencialmente beneficiarios y su difusión en todo el territorio. En esta tarea, nos encontramos.

**LAS DISPOSICIONES DE DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO DEL CÓDIGO  
CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMO  
VEHÍCULO PARA CONCRETAR EL INTERÉS  
SUPERIOR DEL NIÑO**

**Nieve Rubaja\***

SUMARIO: 1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO VEHÍCULO PARA SU PROTECCIÓN EN SITUACIONES CON ARISTAS DE INTERNACIONALIDAD; 2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NNA EN LAS DISPOSICIONES DE DIPr DEL CCCN; 3. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE DIPr COMO VEHÍCULO PARA REALIZAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO; 4. CONCLUSIONES.

**1. El interés superior del niño como vehículo para su protección en situaciones con aristas de internacionalidad**

Sabido es que mediante la Convención de los derechos del niño (en adelante, CDN) los Estados nacionales se han obligado a velar por el respeto y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) y que se han contemplado especialmente situaciones con artistas de internacionalidad. Es decir, que desde su elaboración se consideró el fenómeno que la globalización ha ocasionado en el devenir de

---

\* Abogada y especialista en Derecho de Familia por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente de Derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Nacional de José C. Paz y en la Universidad Nacional de Avellaneda. Profesora invitada en maestrías y posgrados en Argentina y en el extranjero. Vicepresidenta Académica de la ASADIP.

las familias tanto por los desplazamientos familiares voluntarios, los desplazamientos forzados, las familias compuestas por miembros de diversos orígenes, entre otros, y así se ha puesto especial atención a la vulnerabilidad que la internacionalidad trae aparejada (por ejemplo, en casos de sustracción internacional de niños, arts. 9, 10 y 11; responsabilidad parental, arts. 9 y 10; adopción internacional, arts 7, 8, 20, 21; cobro internacional de alimentos, art. 27.4; tráfico internacional de niños, art. 35, entre otros)<sup>1</sup>. En este sentido, en la CDN, luego del reconocimiento de los derechos en marcos de internacionalidad, se ha sugerido como medio para garantizar una protección de mayor efectividad la elaboración de convenciones internacionales o la adhesión a convenios ya existentes apelando a las ventajas que la uniformidad trae aparejada en este campo. Atender a la vulnerabilidad a la que se ven expuestos los NNA por el fenómeno de la frontera ha constituido un punto de partida clave para la arquitectura de la regulación del Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr) en la protección de la niñez en los años siguientes a la CDN<sup>2</sup>. A su turno, también los sistemas autóno-

---

<sup>1</sup> Para ampliar ver: RUBAJA, Nieve, “La protección de los derechos del niño en las fuentes de derecho internacional privado”, en *Avances, críticas y desafíos de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes a 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Dir. HERRERA, Marisa – Andrés Gil Dominguez, L. Giosa, Buenos Aires: Ediar, 2019, p. 115-138.

<sup>2</sup> *Ibidem*. En este sentido Van Loon ha sostenido que “el impacto de la globalización en el desarrollo del Derecho internacional privado en materia de personas y de familia a nivel global, se hace particularmente manifiesto cuando el Derecho internacional privado es llamado a ofrecer protección contra los riesgos de la globalización, sobre todo para los niños. Y una vez más (...), observamos un cambio notorio, desde una visión anclada en el (foro) espacio del Estado-nación, hacia una perspectiva transnacional, o más bien, global”. VAN LOON, Hans. *El horizonte global y el Derecho Internacional Privado, Traducción de la obra «The Global Horizon of Private International Law», Inaugural Lecture 2015, Recueil des Cours de l'Académie de La Haya*, Vol. 380, 2016, p. 9-108, Traducción realizada por Javier Laureano Ochoa Muñoz, Gonzalo Salazar, Saúl Blanco, Giancarlo Carrazza, Krizia Cincotti, Marian de Abreu, Shaday Forero, Ivette Fortuny, María Alejandra García, Rafael Gómez, Rafael González, Diana Iglesias, Freddy Medina, Harold

mos se han ido reformulando en aras de comprender y garantizar los derechos de la niñez en situaciones internacionales, algunos Estados lo han hecho desde la regulación del derecho de la niñez –ej. Códigos del NNA–, otros desde leyes de DIPr o leyes especiales, y en el caso de nuestro país, a partir de las nuevas disposiciones de DIPr del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN).

En todas las variables, ha impactado transversalmente el cambio de paradigma que impuso la CDN y que progresivamente ha ido ganando terreno en todos los ámbitos del derecho de la niñez. Entre las disposiciones de la CDN, merece ser destacado el principio que emana del art. 3.1. de la CDN que establece la premisa de dar una consideración primordial al interés superior del niño en los siguientes términos: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. Así, veremos que este principio funciona como un vehículo para garantizar el goce de los derechos humanos de los NNA y para atender a sus particulares circunstancias, adquiriendo ciertos matices en cada una de las situaciones que toman contacto con más de un ordenamiento jurídico. Ello, tanto desde la perspectiva de la regulación como desde la aplicación e interpretación de los derechos de los NNA en la búsqueda de las soluciones justas en cada caso concreto.

Por ello, y con el objetivo de adentrarnos en su análisis, debe recordarse que este término o concepto -interés superior del niño- no ha sido definido y que tal circunstancia es totalmente deliberada en función de la operatividad que se aspira a que

---

Miñarro, Andreína Mussa, Cecilia Rivero, Ana Schepmans y Edgar Vivas, Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) Editorial RVLJ (Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A.). disponible en [www.asadip.org](http://www.asadip.org). Disponible al: 3/4/2021. p.68.

aquél tenga<sup>3</sup>. En ese sentido, y a los fines de su apropiada interpretación, la comunidad jurídica internacional ha trazado ciertos lineamientos que resultan de gran provecho; entre ellos, merecen ser destacados los parámetros elaborados por el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, el Comité). Así, la Observación General 14/2013 se erige especialmente en torno de este principio y en aquella se ha sostenido que el artículo 3.1 de la CDN enuncia uno de los principios generales de la CDN en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y se lo considera como un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución<sup>4</sup> y que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto<sup>5</sup>.

A los fines de determinar su alcance señalaremos algunos aspectos que consideramos fundamentales:

En primer lugar, cabe atender a que del análisis que se efectúa en tal documento respecto a la extensión del principio del interés superior del niño se observa que éste apunta a la protección de los NNA tanto en lo general como para cada niño en particular; así, se destacan los siguientes párrafos:

*“Sin embargo, el término “niños” implica que el derecho a que se atienda debidamente a su interés superior no solo se aplique a los niños con carácter individual, sino también general o como grupo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de evaluar y tener en cuenta como consideración primordial el interés*

---

<sup>3</sup> En este sentido, hemos calificado a tal interés como versátil, en razón de que es capaz de adaptarse con facilidad y rapidez a diversas funciones. Sin embargo, también hemos aseverado que ha sido constante el intento de precisar su alcance que, en definitiva, ha quedado ligado tanto a la efectividad del resto de los derechos humanos como a su evolución y progresividad. RUBAJA, Nieve “El interés superior del niño en el contexto de los procesos de restitución internacional de niños” en TENORIO GODÍNEZ, Lázaro; Nieve RUBAJA y CASTRO Florencia (coords.) *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México: Ed. Porrúa, 2017, p. 22 y ss.

<sup>4</sup> Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1), párr. 11.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, párr. 1.



*superior de los niños como grupo o en general en todas las medidas que les conciernan...”<sup>6</sup>.*

*“Eso no quiere decir que, en una decisión relativa a un niño en particular, se deba entender que sus intereses son los mismos que los de los niños en general. Lo que el artículo 3, párrafo 1, quiere decir es que el interés superior del niño debe ser evaluado individualmente....”<sup>7</sup>.*

*“El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos”<sup>8</sup>.*

Al respecto, hemos sostenido que para satisfacer este interés y, en consecuencia, los derechos de los NNA de manera plena, la versatilidad de este concepto permite y conlleva a poner el foco en determinados derechos que se encuentran en juego a la hora de procurar delimitar su alcance en cada campo específico. Es decir, que la protección y garantía de los derechos vulnera-

---

<sup>6</sup> *Ibíd*em, párr. 23.

<sup>7</sup> *Ibíd*em, párr. 24.

<sup>8</sup> *Ibíd*em, párr. 32.

dos en cada problemática o materia es la que dará un contorno a este principio en la aspiración de dicha meta. Por ejemplo, en el campo de la adopción, el foco estará puesto, principalmente, en garantizar el cuidado del niño y en hallar un emplazamiento familiar apropiado, en asegurar su derecho a la identidad, en prevenir el secuestro, la venta y el tráfico de niños; en el área de la atribución y ejercicio de la responsabilidad parental o custodia, se procurará, en principio, atender al derecho del niño a mantener relaciones periódicas y contacto personal con ambos progenitores; en materia de cambio de residencia del niño, se atenderá, prioritariamente, a las posibilidades de alcanzar su desarrollo integral; en el establecimiento de la filiación, se tendrá en miras la protección del derecho a la igualdad, a la nacionalidad, a la inscripción de su nacimiento en tiempo y forma, a la identidad, a la estabilidad; en materia de sustracción internacional de niños, la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños<sup>9</sup>, en el artículo 2, segundo párrafo, concentra los principales derechos que darán contenido a este interés en ese campo y dispone: *“Se consagra como criterio orientador de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño. Considerándose por tal a los efectos de la presente ley, el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional”*. En todos los casos cobrará una importancia vital el derecho del niño a ser oído, en los términos del artículo 12 de la CDN<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Esta Ley Modelo fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya y el Instituto Interamericano del Niño. Se puede acceder su texto en [http://www.hcch.net/upload/iap28ml\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf), (al 15/3/2021).

<sup>10</sup> Cabe así destacar lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Atala Riffo, K. y niñas v. Chile”, 24/2/2012 en relación a este derecho: *“De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación*

Es decir, el enfoque general del interés superior del niño permitirá delinear los derechos de la infancia a proteger en cada temática y, por lo tanto, será de fundamental importancia para su análisis “*ex ante*”; es decir, cuando el legislador diseña una solución a la medida de los derechos que se encuentren en juego en esa problemática en particular. Asimismo, desde una perspectiva “*ex post*” el interés superior del niño implicará que el juzgador atienda a las circunstancias particulares de cada caso y de cada niño y que cuente con los recursos necesarios para concretarlo<sup>11</sup>.

En particular, y en cuanto a los posibles despliegues que puede darse a tal interés, en la aludida observación Observación se ha establecido que el principio del interés superior del niño es un concepto triple o de tres dimensiones: a) Un derecho sustantivo: en función del cual el interés superior del niño debe ser una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: en esta inteligencia, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

En segundo lugar, cabe destacar que en la Observación General se asevera que el objetivo del principio del interés supe-

---

entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida” (párr.197).

<sup>11</sup> RUBAJA, Nieve “El interés superior del niño en el contexto de los procesos de restitución internacional de niños”, Op. cit., p. 36.

rior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño<sup>12</sup>. Tal aseveración hace referencia no sólo a la necesidad de una apropiada regulación y elaboración de instrumentos y recursos legales de protección a nivel internacional y autónomo en los que se reconozcan tales derechos, sino que alude a la imperiosa necesidad de alcanzar una apropiada interpretación de los mismos y, fundamentalmente, de conseguir su efectividad como una condición para su garantía. Nótese que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva 17/2002, sostuvo que *“la expresión ‘interés superior del niño’ consagrada en el artículo 3 de la CDN, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”*<sup>13</sup>.

A partir de estas premisas, en el presente trabajo nos proponemos reflexionar sobre el abordaje que se ha dado a la protección del interés superior del niño como vehículo para concretar y efectivizar los restantes derechos humanos de los NNA en las disposiciones de DIPr del CCCN. Veremos que en tal objetivo estas disposiciones atienden a la doble dimensión antes señalada: por un lado, aspiran a proteger los derechos de la niñez y su interés superior en situaciones de DIPr (en general); por otro, procuran darle al juez las herramientas necesarias para alcanzar el interés superior del niño en cada caso particular. Para ello organizaremos los próximos puntos desde una triple perspectiva: en primer lugar, destacaremos cómo las disposiciones de DIPr del CCCN apuntan a proteger los derechos humanos de la niñez desde una perspectiva sustancial, aunque admitiendo ciertas concesiones o flexibilizaciones en aras de garantizar el interés superior del niño en cada caso en particular; en segundo lugar, señalaremos cómo se despliega esta protección mediante disposiciones relativas al procedimiento; y finalmente, procura-

---

<sup>12</sup> Observación general N° 14 (2013), párr. 4.

<sup>13</sup> Opinión Consultiva OC -17/2002, 28/8/2002, opinión N° 2.

remos reflejar cómo algunas de estas disposiciones ya han sido interpretadas y aplicadas por nuestros tribunales atendiendo a la concreción y efectividad del interés superior del niño en cada supuesto. En este sentido, veremos como los operadores del derecho vienen realizando un esfuerzo para alcanzar una apropiada interpretación y aplicación de estas disposiciones y ello, a su vez, se convierte en un buen insumo para otros casos, consolidando lo que podemos considerar “propuestas” realizadas por el legislador y llevarlas al plano de la realidad, puesto que aunque son derecho vigente es su aplicación práctica lo que les da un verdadero sentido.

## **2. El interés superior del NNA en las disposiciones de DIPr del CCCN**

El capítulo 3 de las disposiciones de DIPr contiene diversas Secciones en las que se regulan situaciones con elementos extranjeros para proteger los derechos humanos de la niñez (especialmente, Secciones 4 a 8). Las soluciones allí diseñadas por el legislador han conferido suficiente certeza y seguridad jurídica, sacando provecho para ello del pluralismo normativo y metodológico y de otros recursos propios de nuestra materia, destacándose la previsión de soluciones en ámbitos en los que carecíamos de regulación en la fuente autónoma (alimentos derivados de la filiación, filiación internacional, restitución internacional de niños, responsabilidad parental, tutela y otros institutos de protección, medidas urgentes para la protección de niños). Incluso, las disposiciones han permitido la coordinación con la fuente internacional vigente (ej.art. 2642) y han previsto la sintonía con fuentes aún no vigentes en nuestro país (ej. 2637)<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Véase especialmente la solución que brinda el art. 2637 en relación a la adopción internacional y las previsiones del Convenio de La Haya de 1993 en la materia que es la fuente por la que se otorgan gran cantidad de adopciones internacionales en el extranjero. NAJURIETA, María Susana “Principios y caracteres del Derecho Internacional Privado de la infancia con

En varias de las disposiciones de estas Secciones se hace expresa referencia a la satisfacción del interés superior del niño y sus derechos fundamentales; pero aún cuando la referencia no sea expresa debe recordarse que de los arts. 1 y 2 del CCCN, como de la constitucionalización del derecho privado en general –y especialmente de la jerarquía de fuentes establecida en la Constitución Nacional, art. 75 inc. 22<sup>15</sup>–, se desprende este camino de manera inexorable. En definitiva, la intención del legislador ha sido dotar a las disposiciones de las aludidas Secciones de esta impronta u orientación material<sup>16</sup>, pero al fin del día será el juez quien en el caso concreto deberá recurrir a la aplicación integral de las fuentes y disposiciones vigentes en la búsqueda de la solución que garantice la concreción de los derechos del NNA y, en consencuencia, de su interés superior.

A continuación, señalaremos algunos lineamientos que permiten advertir cómo se ha canalizado este objetivo desde la triple perspectiva propuesta:

## **I. Perspectiva sustancial**

Señalaremos a continuación algunos aspectos en los que se destaca la protección del interés superior del niño en las disposiciones de las Secciones aludidas, en las que se deja ver la clara intención o propósito del legislador de brindar la mayor previsibilidad posible a las situaciones conflictivas en las que los derechos de los NNA puedan verse afectados pero, a su vez, admitiendo suficiente flexibilidad como para alcanzar el interés superior de aquellos en el caso concreto.

En primer lugar, y a propósito del pluralismo normativo y metodológico que caracteriza a la disciplina, cabe advertir

---

especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de La Nación”, *Revista jurídica de Buenos Aires*, Año 41, núm. 93, 2016, p. 160.

15 Además, deben tenerse presente las directivas que impone la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, arts. 31 y 32, sobre la interpretación de las fuentes.

16 Conforme se expresó en los Fundamentos de la reforma “las soluciones aportadas están inspiradas e impregnadas por el derecho internacional de los derechos humanos”.

que el CCCN contiene diversas normas de conflicto con puntos de conexión rígidos y alternativos (art. 2630, 2632/3, 2636, etc.). Estas circunstancias conllevan a que, por un lado, se brinde una mayor seguridad jurídica pero, por el otro, a que se ofrezca cierta flexibilidad a los fines de atender al interés superior del NNA en el caso concreto. Nótese que algunas de estas disposiciones hacen expresa alusión a dicho interés expresado en cada contexto –ej. interés del acreedor alimentario, art. 2630; derechos fundamentales del hijo, art. 2632–; aunque tal como hemos expresado, todas las disposiciones en materia del DIPr de la niñez deben ser interpretadas siempre en clave de derechos humanos.

Incluso, esta seguridad aumenta cuando el criterio elegido es el domiciliario (arts. 2632/3, 2636, 2640) justamente para alcanzar las certezas que necesita el derecho de la niñez; aunque, asimismo, podemos aseverar que con una razonable justificación se ha optado por criterios dotados de mayor flexibilidad como es el de la “residencia habitual” por ejemplo para regular las cuestiones atinentes a la responsabilidad parental (art. 2639) o cuando se prevé una calificación del término “domicilio” relativo a los menores de edad, atendiendo a su particular situación –cuando sus progenitores no residan en el mismo Estado– y con un enfoque infátocéntrico (art. 2614).

En definitiva, podemos aseverar que el conflictualismo que caracteriza a las soluciones de los problemas del DIPr de la niñez en las Secciones 4 a 7 no es neutral<sup>17</sup>, principalmente puesto que la elección de los puntos de conexión se caracteriza por un contenido material e incluso en varios casos la

---

<sup>17</sup> En similar sentido se ha sostenido que desde una perspectiva funcional el DIPr puede difícilmente seguir siendo tomado como un mero instrumento “neutral” para la repartición de competencias a poco que se preste atención al rampante proceso de materialización que lo viene animando en las últimas décadas. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 22/6/2012 disponible en [www.eldial.com](http://www.eldial.com) al 10/4/2021.

orientación material ha sido expresamente proveída por el legislador (ej. arts. 2630, 2632, 2639)<sup>18</sup>.

El materialismo hacia la concreción del interés superior de los NNA también se hace presente en otros recursos que, a su vez, ofrecen la flexibilidad necesaria al intérprete en aras de concretar los derechos humanos comprometidos en cada situación evitando que la rigidez del razonamiento repercuta negativamente en dicho interés, por ej. mediante soluciones materialmente orientadas (ej. arts. 2630, 2632, 2633); por medio de la incorporación de la noción del orden público internacional matizado por el interés superior del niño para garantizar la continuidad de sus emplazamientos filiatorios a pesar del fenómeno de la frontera (arts. 2634, 2637)<sup>19</sup>; otras herramientas flexibilizadoras se encuentran tanto en la cláusula general como en la cláusula especial de excepción (arts. 2597, 2639), o en el método de la adaptación recogido

---

18 En los términos del Dr. Boggiano: "...El nuevo Código, en sus disposiciones de derecho internacional privado, está imbuido de esta dialéctica conflictual-material". El autor pasa detallada revista de esta circunstancia y analiza cómo el materialismo impregna cada una de las áreas del DIPr y del DIPr de familia en particular en BOGGIANO, Antonio, *Tratado de derecho internacional privado*, Op. cit., p.XI y ss.

19 Nótese que este es el posicionamiento que ha tomado la Corte Europea de Derechos Humanos para resolver los casos que se han presentado en casos de gestación por sustitución transfronteriza. En tal sentido, se sostuvo que el margen de apreciación de los Estados para regular las técnicas de gestación por sustitución se restringe frente la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños. "Mennesson c. Francia" (nro. 65192/11) y "Labassee c. Francia" (nro. 65941/11). El Tribunal siguió el mismo criterio en los casos: "Foulon y Bouvet c. Francia (asuntos 9063/14 y 10410/14)" y "Laborie c. Francia (asunto 44024/13)". Puede apreciarse el impacto de la doctrina de estos casos en la jurisprudencia europea, entre otros, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, "Gestación por sustitución y orden público" y QUIÑONES ESCAMEZ, Ana, "El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley", *Revista InDret*, Barcelona: Abril, 2017, ps. 165-200 y 201-251 respectivamente. Disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com).



en el art 2595 c)<sup>20</sup>; incluso en las las diversas posibilidades que ofrece el de funcionamiento del reenvío, art. 2596 (por ejemplo el reenvío equidad o “*in favorem*”)<sup>21</sup>; entre otros.

En definitiva, si bien uno de los principales objetivos de la regulación es la aspiración a la previsibilidad y seguridad jurídica, a veces la rigidez puede conducir a soluciones que no esten dotadas de justicia como para materializar el interés superior del NNA en el aso concreto. Por ello, la regulación de fuente autónoma ha recurrido a diversas herramientas flexibilizadoras en aras de alcanzar este objetivo.

En tal sentido, hemos sostenido que debe procurarse hallar un balance apropiado sin caer en a ninguno de los dos extremos: ni respuestas rígidas que no permitan alcanzar o realizar la justicia de la solución; ni soluciones que abandonen el razonamiento propio del DIPr y que pongan en riesgo la previsibilidad y debida defensa de los derechos de las partes. En otras palabras, la flexibilización deberá estar justificada, argumentada razonablemente y deberá procurar proteger y asegurar los derechos humanos de todos los sujetos involucrados en el caso<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> La Prof. Najurieta ha sostenido que este puede consistir en una corrección modifica dora de un derecho sustancial a fin de armonizarlo materialmente con el otro o bien en una corrección de los derechos nacinales. NAJURIETA, María Susana, “Principios y caracteres del Derecho Internacional Privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de La Nación”, *Revista jurídica de Buenos Aires*, Op. cit., p. 152.

<sup>21</sup> BOGGIANO, Antonio, *Tratado de derecho internacional privado*, 6ta edición, t. I, La Ley, 2017 p. 570; UZAL, María Elsa, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires: La Ley, 2016, p.136; NAJURIETA, María Susana, “Principios y caracteres del Derecho Internacional Privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de La Nación”, Op. cit., p. 160. La Prof. Najurieta sostiene que estos institutos no funcionan de manera automática o abstracta, sino que responden a la finalidad de lograr una mejor coordinación de sistemas diferentes.

<sup>22</sup> RUBAJA, Nieve, “Desafíos actuales del Derecho internacional privado de la familia”, XIX Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Interna-

En palabras de la Prof. Najurieta “...en el Derecho internacional privado de la infancia, la previsibilidad no debe imponer un marco excesivamente rígido y abstracto, que impida a los jueces efectuar los ajustes necesarios a las necesidades de los niños, en constante dinamismo”<sup>23</sup>.

## II. Perspectiva procesal

También desde la perspectiva procesal el CCCN muestra una metodología orientada a garantizar los derechos humanos y, en materia de DIPr de la niñez, contribuye a asegurar el interés superior de los NNA. Además, nótese que tanto desde la parte general (Capítulo 2 titulado “Jurisdicción internacional”) como desde las Secciones relativas al DIPr de la niñez (4 a 8) diferentes disposiciones recogen esta impronta.

Mencionaremos algunos de estos recursos, sin pretensiones de exhaustividad. Así, la multiplicidad de criterios ofrecidos para acceder a la jurisdicción en cada materia busca facilitar el acceso a justicia cuando están en juego los derechos de los NNA –admitiendo incluso en este abanico el foro del actor– (ej. arts. 2629, 2631), además se adiciona a estas alternativas la posibilidad de recurrir al foro de necesidad (art. 2602) cuando se cumplan con los requisitos allí establecidos. Esta perspectiva tan abierta únicamente se ve notoriamente restringida en el art. 2635 cuando se trate del proceso de adopción de NNA con domicilio en nuestro país en los que la jurisdicción será exclusiva de los jueces nacionales en una temática que encuentra una razonada justificación<sup>24</sup>.

---

cional, Relato Sección Derecho internacional privado, Anuario Argentino de Derecho Internacional XXVI, 2017, p. 131 a 202.

<sup>23</sup> NAJURIETA, María Susana, “Principios y caracteres del Derecho Internacional Privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de La Nación”, Op. cit., p. 160.

<sup>24</sup> Es sabido que la Argentina ha mantenido una posición de rechazo hacia la figura de la adopción internacional, especialmente a raíz de la sustracción y sustitución de la identidad de niños durante la dictadura militar en nuestro país. Esta posición resulta acorde con la reserva efectuada por la

Además, sabemos que el deber general de brindar cooperación interancional, que ya estaba contemplado en la fuente internacional, pero que hoy se recoge de manera expresa también en la fuente autónoma (art. 2611); ello, sumado a las riquezas del art. 2642 en materia de sustracción internacional de niños, tanto para los casos que exceden a la aplicación de los instrumentos internacionales –con la expresa incorporación de los principios de *hard* y de *soft law* que emanan de dichos instrumentos–, mediante disposiciones para asegurar el regreso del NNA una vez que es ordenada la restitución y para promover los acuerdos entre los progenitores en todo momento a lo largo de estos procesos, como para garantizar las medidas anticipadas de protección como una forma de proteger el interés superior del niño en estos casos –con extensión a la protección de los adultos cuyos derechos se encuentren en juego–. Por último, es un gran aporte la incorporación expresa de las comunicaciones judiciales directas en materia de niñez, sobre todo por la urgencia que caracteriza a estas problemáticas donde la celeridad repercutirá en el derecho a restablecer sus derechos en un plazo razonable (art. 2612)<sup>25</sup>.

---

ley 23849 a la CDN art. 21, incs. b), c), d) y e) y con las disposiciones de la ley de fondo. Concretamente, con el art. 600 que exige entre sus recaudos que los adoptantes cuenten con una residencia continua en la República por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción, exceptuando de esa exigencia a las personas de nacionalidad argentinas o naturalizadas en el país. Es decir, de estas disposiciones se desprende el principio de que los niños domiciliados en la Argentina pueden ser adoptados únicamente por residentes argentinos, argentinos naturalizados, o por argentinos que se domicilian en el extranjero.

25 La facultad de los jueces argentinos de establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros está sujeta únicamente al cumplimiento de ciertos requisitos allí enunciados: necesidad de la situación, que el juez extranjero acepte la práctica y que se respeten las garantías del debido proceso. Así, hemos sostenido que la laguna respecto de la formalidad en el empleo de este recurso ha sido deliberada en aras de concretar su finalidad, mientras se cumpla con el último de los recaudos aludidos. Además, entendimos

Cabe también recordar la protección que ofrece el CCCN en situaciones de urgencia, tanto desde la jurisdicción internacional (art. 2603 inc. b) como desde el sector del derecho aplicable (art. 2641).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, sin perjuicio de que en el CCCN no ha podido ser incorporada la regulación relativa al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, sí se ha insertado en el ordenamiento jurídico el deber de reconocer situaciones jurídicas otorgadas al amparo del derecho extranjero, concretamente filiaciones por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida (art. 2634), adopciones (art. 2637) y otros institutos de protección de la niñez más allá de los contemplados en nuestra fuente interna (art. 2640)<sup>26</sup>. Nótese que ello implica obviar el mecanismo que prevén los códigos procesales para el reconocimiento de sentencias (por ejemplo, art. 517 y ss del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), limitándose la labor del operador en cada caso a verificar los pertinentes requisitos

---

que la práctica no resulta limitativa a autoridades judiciales, ya que se estima que también puede sacarse provecho de este recurso a nivel administrativo. IUD, Carolina - Nieve RUBAJA, "Algunas herramientas para mejorar el acceso a la justicia en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino", en *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado*. Jornadas de la ASADIP 2015, Asunción, Ed. CEDEP-ASADIP y Mizrachi & Pujol, p. 244 y ss.

<sup>26</sup> En relación a la adaptación, se ha aseverado que el cumplimiento del derecho a la igualdad, contemplado en el art. 2 CDN, puede llevar al legislador a diseñar una política que trate a todos los niños por igual y que, por lo tanto, conduzca a rechazar institutos de protección desconocidos en el foro. Sin embargo, la primacía del respeto a los derechos fundamentales de cada individuo debe conducir a dar prioridad al derecho del niño a respetar la naturaleza de los vínculos con sus familiares, especialmente cuando corresponden a su particularidad cultural. En definitiva, se trata de un problema de coordinación de ordenamientos jurídicos que puede solucionarse ofreciendo la posibilidad de transponer e insertar ese instituto sin forzarlo a encajar en una categoría similar del foro. NAJURIETA, María SUSANA, "*L'adoption internationale des mineurs et les droits de l'enfant*", *Recueil des Cours*, t. 376, Leiden: Brill Nijhoff, 2016, p. 419.

formales y los otros recaudos establecidos en las aludidas disposiciones<sup>27</sup>. En relación al rol del interés superior del niño en aquéllos, cabe destacar que este matizará o focalizará el control del orden público que se efectúe para el reconocimiento o inserción de las situaciones creadas en el extranjero<sup>28</sup>. En definitiva, se establece el deber de reconocimiento y admisión del despliegue de efectos en nuestro país de esas situaciones jurídicas creadas al amparo del derecho extranjero en aras de garantizar la continuidad del estatuto familiar, el derecho a la igualdad, a la identidad y demás derechos humanos de los NNA; es decir, asegurar su interés superior.

### **3. Interpretación y aplicación de las disposiciones de DIPr como vehículo para realizar el interés superior del niño**

Hemos ya destacado la importancia de la valoración del interés superior del niño en cada caso concreto, atendiendo a sus particulares circunstancias, sopesando los distintos intereses que se encuentren en juego, el contexto en el que el NNA vive y se desarrolla. Asimismo, hemos señalado la importancia de advertir la presencia de la internacionalidad de las situaciones, puesto que ello coloca a los NNA en una situación de vulnerabilidad pero, a su vez, permite poner en marcha las herramientas que el DIPr en la actualidad ofrece a los operadores del de-

---

<sup>27</sup> Nótese que especialmente el art. 2634 refiere al deber de “las autoridades competentes” por lo que la directiva está destinada tanto a la autoridad judicial como a la autoridad administrativa, según como se presente en cada caso.

<sup>28</sup> Hemos sostenido que esta reducción que efectúa el legislador en relación a la consideración de los principios que ordenan nuestro orden público internacional resulta justificada y razonable en función de los derechos que procuran protegerse y asegurarse. RUBAJA, Nieve, “Las disposiciones de Derecho Internacional Privado del nuevo Código Civil y Comercial sobre la triple fuente de filiación: por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción”, *RCCyC* 2017 (septiembre), 05/09/2017, 63.

recho y así encaminar la búsqueda de la justa solución a esos casos.

En este sentido, sostuvimos que en las disposiciones de DIPr del CCCN –y en particular para regular las temáticas relativas al DIPr de la niñez– el legislador ha procurado ofrecer soluciones que se caracterizan por estar dotadas de actualidad y previsibilidad –aunque admitiendo cierto margen de flexibilidad–, coordinadas con las fuentes internacionales y, fundamentalmente, que permitan al interprete hallar soluciones justas y que conduzcan a concretar los derechos humanos de los NNA. En definitiva, el legislador ha hecho su parte y ha ofrecido los recursos para que la regulación sirva de vehículo para concretar el interés superior del niño; luego, es la responsabilidad de los operadores del derecho conducir apropiadamente tal vehículo para realizar tal interés en el caso concreto.

En el tiempo que lleva de vigencia el CCCN hemos advertido que han sido numerosos los casos en que los jueces han realizado un esfuerzo por razonar apropiadamente los casos con elementos extranjeros y que han podido captar las riquezas de esas propuestas que realizaron los legisladores<sup>29</sup>. Ello, trae importantes beneficios; así, por un lado, redundando en la posibilidad de concretar el interés superior del NNA en cada caso materializando los derechos que han sido reconocidos por nuestro país en diversos instrumentos de derechos humanos y que se encuentran en juego en cada situación problemática; por otro lado, muchas veces estas interpretaciones resultan ilustrativas, son tomadas luego como ejemplos o parámetros a seguir, máxime cuando estos se transforman en estándares que luego son seguidos, por ejemplo, por tribunales inferiores. Sabemos que este es un constante desafío, por ello esperamos que esta imprevista impregne a cada caso que llegue a nuestros tribunales con aristas de internacionalidad. Para contribuir en este objeti-

---

<sup>29</sup> Ver a modo ilustrativo la Sección de “Actualidad en el Derecho internacional privado de familia” de nuestra autoría, que se publica anualmente en la Revista de Derecho de Familia, Editorial Thomson Reuters, en el que presentamos algunas de las novedades jurisprudenciales en la temática.

vo, entendemos que resulta clave la sinergia que pueden producir en tal sentido los aportes que provengan del sector de la academia y de la intervención de los distintos operadores del derecho (asesores, defensores, abogados de parte, etc.).

En esa inteligencia, y en razón de la extensión a la que debemos señarnos en el presente, nos limitaremos a señalar algunos de los aspectos antes analizados en dos recientes fallos. En primer lugar, una decisión en un caso en que se solicitaba el reconocimiento y despliegue de efectos en nuestro país de una sentencia de *kafala*<sup>30</sup> proveniente del extranjero, puesto que consideramos que en éste se ha logrado captar el espíritu de las normas DIPr que se aplican y, sobre todo, se han tenido en cuenta las circunstancias particulares de la niña, el conexto y la relación con los derechos de los otros protagonistas del caso, conduciendo a una solución que permitió materializar sus derechos humanos y concretar su interés superior. En segundo lugar, una sentencia en una solicitud de restitución internacional de niños, en la que se ordenó el retorno de una niña a Chile y en la que tanto para la toma de la decisión en cuanto a la restitución como en lo relativo a la ejecución de la misma se tuvieron en cuenta las directivas del CCCN, el *hard law* y el *soft law* en la materia y se evaluó el interés superior de la niña en sus diferentes despliegues.

#### **I. Juzgado Nacional en lo Civil N° 25, 25/09/2020, "S., A. M. Y OTRO Y O. S/ Exequatur"**<sup>31</sup>

Un matrimonio se presentó ante la justicia nacional solicitando el reconocimiento judicial de una sentencia extranjera dictada por la Corte Judicial de Oum El Boughu Tribunal de

---

<sup>30</sup> Recordamos que la *kafala* es la figura mediante la cual se adquiere voluntariamente un compromiso de cuidado, educación en la fe musulmana y protección similar a la de padre e hijo aunque sin alterar los vínculos biológicos.

<sup>31</sup><https://victoriafamafamilias.blogspot.com/2020/10/reconocimiento-de-la-kafala-juzg-nac.html?spref=fb&fbclid=IwAR081SFgKfq-mAvE5Om-6Oqn0q9DfnLpygKqXAM68J-bLdIrANu01gcbKN0&m=1>, disponible al 10/4/21.

Ain El Beida de la ciudad de Meskiana, República de Argelia, en la que con fecha 17/6/19 se había otorgado la *kafala* definitiva respecto una niña. El matrimonio manifestó que frente a la imposibilidad de concebir un hijo decidieron comenzar los trámites necesarios a fin de realizar una *kafala* en Argelia, país de origen del marido, y luego de dos años les informaron sobre una niña en situación de *kafala* requiriéndoles la necesidad de viajar a la ciudad de Meskiana para iniciar el proceso judicial y administrativo correspondiente. Cumplidos todos los trámites, el 8/10/19, retornaron a la Ciudad de Buenos Aires junto a la niña, nacida el 22/7/18.

El matrimonio manifestó ante la Defensora de menores que, durante su matrimonio, tuvieron como proyecto la adopción y que tras nueve años de espera (estando inscriptos en el RUAGA), sin ser convocados, pensaron en la opción de la *kafala*, pues se encontraban conectados cultural y afectivamente con el mundo musulmán. Además, sostuvieron que como la niña no contaba con apellido, el Sr. X., a través de un trámite ante el Ministerio de Justicia argelino le "donó" su apellido, por eso figura así en los documentos. Sumado a ello, hicieron saber que era su deseo que cuando la niña adquiriera la mayoría de edad, quedara protegida patrimonialmente, por eso estudiarían la forma de que sus bienes pasen a ella. Sostuvieron que su preocupación principal en la actualidad era la cobertura de salud y que también les preocupaba su condición migratoria, ya que debían iniciar en lo inmediato los trámites de residencia para regularizar su situación.

A los fines de evaluar el reconocimiento de la sentencia el juez tuvo especialmente en cuenta que la documentación acompañada se encontraba legalizada y era auténtica y, en cuanto al control del orden público, se señaló que la CDN establece que el Estado debe ser garante de los derechos humanos de los niños y que entre los cuidados que menciona el art. 20 se alude a “...la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al



*considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico". Así, concluye que "Bajo estos preceptos, puedo adelantar que –en principio– la "kafala" no es contraria a los principios de nuestro ordenamiento jurídico". En definitiva, si la kafala está contemplada en un instrumento con jerarquía consuetudinaria en nuestro país, indudablemente ese tipo de protección no vulneraría, en términos generales, ningún principio del orden público internacional argentino.*

Respecto de este instituto de protección proveniente del derecho extranjero se asevera que: *"La "kafala" se erige como la institución de mayor protección para los menores en el mundo musulmán ya que al no ser posible crear relaciones jurídicas que no tengan carácter biológico, a través de ella se asume el compromiso de proteger, educar y mantener a un menor desamparado. Dicha figura se constituye cuando una persona (kafil), quien debe profesar el Islam, se hace cargo voluntariamente de las necesidades de un niño que fue privado de su familia (makful) y se comprometa a educarlo en la religión musulmana. El principal objetivo de ésta figura es ofrecer al menor abandonado o huérfano un entorno familiar donde pueda desarrollarse como persona y sea protegido por adultos responsables y afectuosos, en definitiva consiste en la búsqueda del bienestar de la infancia."*

Por ello, se estima que corresponde evaluar y asegurarse que la validez y ejecutoriedad pretendida satisface el interés superior de la niña en el caso en concreto; es decir, atender a tal interés de una manera circunstanciada o personalizada.

En este contexto, entendemos que en la decisión se realiza una apropiada y adecuada interpretación y aplicación del art. 2640 del CCCN cuando dispone: *"... otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño".* Advierte el magistrado con acierto que en *"La disposición no implica el reconocimiento de un acto jurisdiccional extranjero sino, propiamente, de la forma de co-*

locación o de reubicación de niños creada en el extranjero. Para ello, se recurre al llamado “método de reconocimiento”, entendido como aquel que opera para insertar una situación jurídica que ya ha sido creada al amparo del derecho extranjero y con la finalidad de que este despliegue efectos en el foro, sin necesidad de someterla al procedimiento de *exequatur*”. Además, admite que esta vía evita recurrir al trámite previsto en el art. 517 CPCCN (como a los previstos en los respectivos códigos provinciales). En definitiva, creemos que en el fallo se capta el espíritu y finalidad de protección del mencionado artículo que persigue - en palabras citadas por el juez- “la estabilidad de los vínculos familiares como un derecho humano fundamental”.

Luego, para deteminar los efectos de la *kafala* en nuestro país se recurre al instituto de la adaptación<sup>32</sup> y se refiere a lo dispuesto en el art. 104 del CCCN para regular la tutela<sup>33</sup>, que se lo hace extensivo a este supuesto. En definitiva, se produce una adaptación de nuestro ordenamiento jurídico, respetando la figura de protección creada al amparo del derecho extranjero, su espíritu y sus alcances sin recurrir a la

---

<sup>32</sup> Nótese que, para emplear adecuadamente este instituto, hoy receptado en el art. 2595 inc. c) del CCCN, el magistrado recurre a la doctrina extranjera cuando sostiene que este recurso “... supone atribuir efectos en el foro a los conceptos y categorías, que aún cuando difieren técnicamente respecto a otro ordenamiento jurídico, en ambos cumplen una función jurídica similar equivalente respecto de las mismas instituciones...”. FERNÁNDEZ ROZAS, José C. “Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación”, *Revista Mexicana de Derecho internacional Privado y Comparado* N° 25, 2009, p.15.

<sup>33</sup> Así, recuerda el juez que el CCCN establece que la tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental y que para ello se aplican los principios generales enumerados en el Título VII del Libro Segundo respecto de la responsabilidad parental de modo tal que debe respetarse a) el interés superior del niño; b) su autonomía progresiva conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, disminuyendo la representación en la medida que aumenta la autonomía, y c) su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

figura de la adopción puesto que ello devendría en detrimento del interés superior de la niña en el caso concreto.

La única salvedad que se realiza al pleno reconocimiento de la sentencia proveniente del extranjero es respecto a la obligación de "...educar a la niña según la religión musulmana...". Al respecto se sostiene que "El art. 12 inc. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece que los padres tienen derecho a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Sin embargo, dicho precepto no puede ser interpretado en forma aislada sino a la luz de la Convención de los Derechos del niño, en primer lugar; y de la ley 26061 y el Código Civil y Comercial en segundo. En el art. 14 inc. 1 y 2 de la CDN los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, los padres tendrán el derecho y el deber de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades".

Así, en este caso se concluye que frente a las características particulares que presenta el instituto *kafala*, en tanto implica cierta dificultad de separación fáctica entre creencia práctica religiosa e identidad cultural musulmana, correspondía respetar la autonomía progresiva de la niña, imponiéndole a los petitionants el deber de guiarla de acuerdo a sus propias convicciones y en línea al culto que profesan, pero, de modo alguno podían imponerla ni cercenarle ninguno de sus derechos.

Finalmente, cabe destacar que se concluye "*que el reconocimiento de la sentencia extranjera resulta la respuesta adecuada para la satisfacción del interés superior de la niña de autos y, también, del interés familiar que debe preservarse*"<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Cabe recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado esta figura en el asunto "Harroudj" del 4/10/2012 y concluyó que la protección del derecho a la vida familiar es también resultante de la *kafala*, por sobre el proyecto de convertir en el caso a la figura en una adopción del derecho francés. CEDH, "Harroudj v. France", asunto N° 43631/09. Para profundizar se recomienda compulsar: NAJURIETA, María SUSANA,

Creemos que en esta decisión el juez atiende a las aristas de internacionalidad del caso, al diálogo de fuentes – especialmente a los tratados de derechos humanos y a la CDN–, considera las particularidades del caso, de la niña y de la familia; en definitiva, aplica e interpreta apropiadamente las disposiciones de DIPr del CCCN, haciendo jugar los recursos y herramientas que provee la disciplina y en su decisión permite concretar el interés superior de la niña.

**II. Tribunal de Familia de la ciudad de Formosa, Sala B, 3/11/2020, “Defensoría de Pobres y Ausentes Nro 1 s/ restitución internacional de menor”<sup>35</sup>**

El caso versó sobre una solicitud de restitución instada por el padre de una niña de 7 años cuya residencia habitual anterior a la retención ilícita se encontraba en Arica, Chile. En agosto del 2019, los padres convinieron el cuidado personal de la niña estaría a cargo del padre, y que su madre ejercería un régimen de comunicación libre de relación directa y regular. El padre, además, otorgó una autorización para que la niña pasara sus vacaciones con su madre en la ciudad de Formosa, Argentina, acordando el regreso de la niña a Chile a finales del mes de febrero del 2020. De acuerdo a lo estipulado, la niña viajó a la Argentina a vacacionar junto a su madre, pero no retornaron a la ciudad de Arica en la fecha establecida. El día 28 de septiembre del 2020, el padre inició el pedido de Restitución Internacional ante el Tribunal de Familia de la ciudad de Formosa.

El tribunal comienza su razonamiento recordando que el art. 2642 del CCCN establece que *“En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios conte-*

---

*“L’adoption internationale des mineurs et les droits de l’enfant”*, Op. cit., p. 428 y ss.

<sup>35</sup> Inédito.

*nidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño...*". A partir de esta premisa, se advierte que tanto las riquezas del *hard law* como del *soft law* en la materia son tenidas en cuenta en todos los aspectos de la decisión, es decir, se resuelve el caso en aplicación del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, Convenio de La Haya) y se toman especialmente en consideración la Guía de Buenas Prácticas sobre la aplicación del art. 13(1)(b) –excepción de grave riesgo–, la Guía de Buenas Prácticas sobre ejecución de ordenes de restitución<sup>36</sup> y el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños (en adelante, el Protocolo), aprobado por la Comisión de Acceso a Justicia de la Corte Suprema en el año 2017. Sumado a ello, también se realiza una constante alusión y se reproducen los estándares alcanzados en la temática por la CSJN.

Se advierte del fallo la celeridad en el establecimiento de los plazos procesales, el uso de tecnologías para sustanciar el proceso (especialmente atendiendo al contexto de la pandemia), el rigor con que se respetó el marco de conocimiento del proceso y, asimismo, de la prueba producida. Además, en la valoración de las excepciones se tuvieron especialmente en miras los lineamientos establecidos en la nueva Guía de Buenas Prácticas sobre la interpretación y aplicación del art. 13 (1) (b).

Es dable destacar la apropiada valoración que se realizó del interés superior de los NNA (en general) atendiendo especialmente al despliegue de tal interés en los procesos de restitución internacional de NNA; en este sentido el Tribunal sostuvo: *"Que la aplicación e interpretación de las excepciones en un proceso de restitución debe ser restrictiva y, a pesar de que se fundan en el interés superior del niño, niña y adolescente, en el*

---

<sup>36</sup> Estos instrumentos están disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, [www.hcch.net](http://www.hcch.net), Sección "Sustracción internacional de niños".

*mismo no debe involucrarse cuestiones de custodia ni proceder a dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o custodia, su único objetivo es brindar una solución urgente, centrada en determinar si medió traslado o retención ilícita y de ser así, restituir al niño, sin discutir aquí la cuestión de fondo, puesto que el objeto del proceso es que el niño regrese, debiendo el juez natural, el del centro de vida, decidir sobre el ejercicio de custodia; por lo tanto, a los fines de no desvirtuar la finalidad de la C.L.H. 1980, las excepciones procederán únicamente cuando concurran los presupuestos previstos para ello". Asimismo, en el análisis de las excepciones se recuerda en varios pasajes que el interés superior del niño en estos supuestos es regresar al Estado de su residencia habitual anterior. Y se establece la apropiada diferencia con este interés en el contexto del proceso de custodia posterior en los siguientes términos: "Que las autoridades del Estado de residencia habitual están en mejores condiciones para determinar los méritos de una disputa de custodia, que normalmente implica una evaluación integral del "interés superior", como, entre otras cosas, y, por lo general, tendrán un acceso más completo y fácil a la información y las pruebas relevantes para la toma de tales determinaciones."*

Además, se pone especial atención en el interés superior de la niña considerando sus circunstancias personales y al contexto en el cual vivía en Chile, su familia ampliada, las alegaciones respecto a algunos de sus primos que se habían mostrado violentos para con ella y sus manifestaciones cuando fue escuchada por un magistrado, una psicóloga del equipo interdisciplinario del Tribunal y la Asesora de menores en una audiencia mediante una plataforma virtual.

Finalmente, luego de resolver que en el caso no correspondía hacer lugar a ninguna de las excepciones planteadas y al momento de decidir la forma en que se efectuaría el retorno, se tuvo especialmente en cuenta lo dispuesto en el art. 2642, segundo párrafo del CCCN, cuando establece que "... El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adoles-

*cente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión...”.-*

En este sentido, se recordó que la Guía de Buenas Prácticas relativa a la Ejecución de las órdenes de restitución establece que dichas órdenes deberán realizarse “... *en la forma más detallada y específica posible, tomando incluso las medidas que resulten necesarias para proteger rápidamente al niño, niña o adolescente de cualquier otro peligro, así como se deberán implementar medidas tendientes a preparar al niño, niña o adolescente sustraído para su restitución.- Que estas medidas deben considerarse especialmente cuando la restitución involucre el cambio de la persona que ejerce el cuidado primordial del niño, niña o adolescente y/o cuando el contacto entre éste y el progenitor perjudicado se interrumpió por un tiempo considerable, en estos casos el tiempo previsto para ello se limitará a lo que sea necesario, por cuanto será también objetivo primordial, evitar el fracaso de la ejecución de restitución debido a la oposición del niño, niña o adolescente a ser restituido, malográndose el propósito del Convenio y de la orden de restitución.*”

También se consideró que el Protocolo de actuación en su art. 17 establece que, para garantizar el regreso seguro del niño, la sentencia que ordena la restitución, mínimamente debería contener: 1) la fecha o el plazo en que se hará efectiva la restitución; 2) la indicación de la persona que acompañará al menor, sin que ello se convierta en un obstáculo para el regreso del niño; 3) la determinación de quien correrá con los gastos (tickets del niño y del acompañante y alojamiento); 4) el levantamiento de las medidas cautelares de prohibición de salida del país, a los efectos del viaje de regreso y para ese destino; 5) una exhortación a las partes a cooperar y promover el cumplimiento voluntario, para evitar demoras indebidas; 6) establecer si se convocará a psicólogos, mediadores, intérpretes, etc., para dar cumplimiento a la orden, siempre que ello no genere demoras en la ejecución de la sentencia; recaudos que solo configuran una orientación general, pudiendo ser adaptados a las peculiaridades de cada caso.

Todas estas circunstancias debían ser atendidas pero también las peculiaridades del supuesto, entre ellas: el contexto de la pandemia que a ese momento había conducido al cierre de fronteras (especialmente en la Provincia de Formosa), a restricciones en los vuelos internacionales y nacionales e incluso se encontraba suspendido el transporte de pasajeros por vía terrestre; sumado a ello, debía considerarse el hecho de que la madre de la niña estaba cursando el 5to mes de un embarazo, lo que la colocaba en una situación de riesgo o vulnerabilidad frente a la pandemia. Al respecto, el Tribunal sostuvo *“la realidad que nos aborda nos plantea un nuevo y más trascendental desafío técnico, jurídico, humano, de cooperación y de coordinación, por cuanto no encontramos todos, argentinos, chilenos y ciudadanos del mundo, sumidos en una situación de pandemia que nos impone aguzar el ingenio e instar aún más la cooperación entre las partes e institucionales a los fines del interés superior de L.Y.A.M.”*

En el decisorio se realiza un detallado análisis y repaso por las restricciones que tomaron las distintas provincias de nuestro país y las dificultades que ello traía a los fines de *“determinar el tiempo prudencial y razonable para que el padre de la niña llegue a Formosa (República Argentina) a buscarla a ella y a su madre, pero nos encuentra esta “nueva normalidad” donde los factores de demora dependen de circunstancias que escapan a la mera voluntad de las partes y hasta de esta Magistratura”*. En definitiva, lo que se debía analizar era la posibilidad de llegar a la ciudad de Formosa por vía terrestre y a través de un medio de transporte particular, lo cual implicaba necesariamente trasladarse a través de diferentes jurisdicciones provinciales contando con los respectivos salvoconductos.

Así, siendo que la situación sanitaria existente difería en cada provincia, al igual que el riesgo de contagio, se concluye que *“...no debemos caer aquí en una discusión respecto a qué es más importante, si el interés superior de L.Y.A.M. o el interés general de la población en el mantenimiento de la salud pública, ambos son importantes y trascendentes, y ninguno es excluyente del otro, al contrario, el propio interés superior de la niña incluye*



*su salud, lo cual, en este contexto de contagio global, no puede ser abordado sin tener también en cuenta la salud de su propia familia, y el de la comunidad toda, por cuanto no pude ser desconocido el riesgo que implica la circulación indiscriminada de un virus que ya se ha llevado la vida de cientos de miles de personas, madres, padres, hijas, hijos, abuelas, abuelos, tías, tíos, cada persona cuenta, cada persona es una historia, cada persona es parte de una familia y ninguna es más importante que otra”.*

En definitiva, entiende el Tribunal que era el propio interés superior de la niña de regresar a Chile el que debía servir de guía para determinar las medidas para tornar efectivo el regreso de modo seguro, teniendo especial importancia tanto el resguardo de su salud, como la de sus padres y sus familias, pero también, ante el contexto de incertidumbre, atendiendo a que el transcurso del tiempo sin que el regreso pueda efectivizarse provoque afecciones sobre la sobre la niña.

En consecuencia, se dispuso que sería el padre, quien así lo había ofrecido, el que tendría a su cargo buscar a su hija en la ciudad de Formosa y llevarla a la ciudad de Arica (Chile), costearlo el mismo los gastos que ello deparare. Asimismo, la niña debería viajar con su madre, considerando que la perito había concluido que *“la separación de la madre, en este momento de unión afectiva y complicidad emocional, servirá a una situación de estrés... Es decir que, se debería garantizar el regreso a su centro de vida de la forma menos estresante posible”*. Atendiendo a la urgencia en la restitución (puesto que ello era lo que correspondía para asegurar el interés superior de la niña) y a la situación particular de la madre, se dispuso que en caso de no poder acompañar a la niña, la madre podría designar un referente afectivo en su reemplazo para acompañar a la niña hasta la ciudad de Arica.

Es notable que, en razón de la imposibilidad de fijar los plazos tal como lo aconsejaban los distintos instrumentos antes referidos, y para evitar o al menos aminorar los riesgos de que el transcurso del tiempo puedan llevar al fracaso la ejecución, se consideró necesario que la niña L.Y.A.M. tenga

un acompañamiento terapéutico cada quince (15) días con una integrante del Equipo Interdisciplinario de Tribunal de Familia, a los fines de prepararla psicológicamente para su retorno a Arica independientemente del tiempo que llevara la efectivización del mismo.

Así, sin perjuicio de haber ordenado las medidas factibles en atención a la situación de incertezas que imponía la pandemia, y siguiendo la directiva del art. 2642 del CCCN se instó a un acuerdo voluntario entre las partes, especialmente para acordar las modalidades de la restitución y el cumplimiento voluntario, sin perjuicio de la obligación primordial de evitar demoras indebidas en la aplicación de la orden de restitución. Ello, con sustento en el interés superior de la niña y haciendo propias las palabras de la CSJN *“el interés superior del niño que debe regir las decisiones que los atañen, impone exhortar a ambas partes, a fin de que obren con mesura en el ejercicio de sus derechos y, en particular, a que cooperen estrechamente en la búsqueda de una solución amistosa que no se oriente en la satisfacción del interés subjetivo de cada uno sino en el respeto del bienestar y la integridad de su hija menor, así como también de la relación parental permanente y continua con ambos progenitores”* (CSJN, causa “V., M. vs. S. Y., C. R. s. Restitución internacional de niños” - 22/10/2020). A tales fines se fijó una audiencia por una plataforma virtual en la que se arribó al respectivo acuerdo.

Creemos que este caso resulta ilustrativo del esfuerzo que realiza el Tribunal para razonar apropiadamente el caso, siguiendo las directivas del legislador, haciendo uso de las fuentes de *hard law* y de *soft law* elaboradas en la especie, atendiendo a la posibilidad de lograr un regreso seguro y de apelar a la posibilidad de que las partes arribaran a un acuerdo voluntario. Todo ello, en un contexto que agregaba mayores desafíos a raíz de la pandemia y, por sobre todo, atendiendo a las particulares circunstancias del caso y de la niña para concretar su interés superior. En este sentido, hemos señalado como se destaca en el caso la apropiada interpretación de tal interés en diferentes despliegues: en el aco-

tado marco de conocimiento que establecen los procesos de restitución, en lo referido al posterior proceso de custodia que se llevaría adelante en Chile, en relación al derecho a la salud de la niña, de su familia y de toda la comunidad y en la etapa de ejecución de la restitución. En relación a este último aspecto se destaca la urgencia, el intento de lograr un acuerdo voluntario, el acompañamiento psicológico a la niña por las demoras que podría ocasionar la pandemia para el retorno y, finalmente, cabe señalar que la sentencia cuenta con un párrafo en el que la magistrada se dirige a la niña explicándole en un lenguaje llano y apropiado para su edad y madurez la situación, por qué iba a regresar a Chile y qué sucedería entonces.

#### 4. Conclusiones

Van Loon sostiene que la globalización no solo ha estimulado la difusión mundial del DIPr, sino también la de los derechos humanos. Y que más aún, ha estimulado la interacción entre los dos campos del Derecho, especialmente, en relación con las familias y los niños. Así, asevera que se da una interfaz dinámica entre DIPr y derechos humanos<sup>37</sup>. El dinamismo estaría dado porque no se trata solo de que los derechos humanos anulen las normas de DIPr que bloquean el reconocimiento de la “realidad social» de familias que han adquirido derechos conforme a sistemas extranjeros; sino que también funciona en la otra dirección: el DIPr puede informar a la norma de derechos humanos para que se aplique tomando debidamente en cuenta la identidad cultural de la persona, su evolución en el tiempo y el pluralismo jurídico”<sup>38</sup>.

Creemos que este dinamismo ha sido recogido por las disposiciones de DIPr del CCCN, ello en razón que tanto desde el sector del derecho aplicable, desde las disposiciones relativas a la jurisdicción y la cooperación internacional e incluso me-

---

<sup>37</sup>VAN LOON, Hans, Op. cit., p. 75.

<sup>38</sup>Ibídem, p. 77.

diante el deber de insertar situaciones jurídicas creadas al amparo del derecho extranjero se busca concretar los derechos humanos de los NNA que se encuentran en juego en cada uno de esos ámbitos. Sin embargo, esta aspiración se completa cuando nuestros jueces captan el espíritu de la nueva normativa vigente e interpretan y aplican tales disposiciones para hallar justas soluciones a los casos con elementos extranjeros pero, necesariamente, atendiendo a las circunstancias particulares, contexto, desarrollo y situación de cada NNA. Es en tales condiciones que se concreta el interés superior de cada uno/a de ellos/as.

# EL CASO CAROLINA, MUJER ARGENTINA ATRAPADA EN EGIPTO\*

**Amalia Uriondo de Martinoli\*\***

SUMARIO: 1. PRIMERA PARTE: I. HECHOS OCURRIDOS, II. SISTEMA DE DIVORCIO EN EGIPTO, III. ENTRAMADO CONVENCIONAL, IV. ORDENAMIENTO JURÍDICO; 2. SEGUNDA PARTE: I. HECHOS FICTICIOS, II. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, III. POSIBLES VÍAS PARA SOLUCIONAR LA CUESTIÓN.

## **1. Primera parte**

### **I. Hechos ocurridos**

La migración global, facilitada por la evolución rápida de las tecnologías de la información y la comunicación, plantea retos para la promoción de la diversidad cultural que, entre otras cuestiones, implica el reconocimiento de instituciones existentes en un país pero desconocidas en otro, tal como sucede en el presente caso publicado en *Télam* el 8 de septiembre de 2016<sup>2</sup>. Trataré, en la medida de lo posible, de relatar los hechos.

---

\*Publicado en *Revista de la Facultad de Derecho*, 13(1), 2023, pp. 1-34.  
<https://doi.org/10.31054/2314.3061.v13.n1.43067>

\*\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, (UNC), Secretaria de Ciencia y Técnica, Facultad de Derecho (UNC), Profesora de Derecho internacional privado en Maestrías y carreras de posgrado en universidades estatales y privadas, Categoría I como docente-investigadora, autora de libros, capítulos y artículos sobre la especialidad.

<sup>2</sup> Disponible en: <https://www.telam.com.ar/notas/201609/162177-mujer-argentina-atrapada-egipto.php>

Carolina Ester Pavón, argentina, oriunda de Misiones, se casó en el 2003 con un ciudadano egipcio llamado Mahmoud, viviendo en Egipto hasta el 2004, año en el que tomaron la decisión de viajar a la Argentina. Allí nació la primera hija, Marian Banseeh, y en el 2005 regresaron a Egipto. La violencia de su marido fue soportada por Carolina y en ese ambiente hostil nació la segunda hija, Yuliana.

A partir de 2011, su marido dejó de trabajar. Gozaba de una situación económica holgada que reservaba cuidadosamente, de manera que era ella quien mantenía a la familia con su empleo en una librería multinacional.

En el año 2013, deciden regresar a la Argentina donde ambos trabajaban. Con sus ingresos, Carolina sostenía el hogar y Mahmoud ahorra. La diferencia cultural imperante en Egipto que la perjudicaba al no ser reconocidos sus derechos como mujer, comenzó a afectar al marido en Argentina, al perder el poder que ejercía sobre ella en su país de origen. De modo que decidió regresar a su tierra, con la esperanza que la familia lo siguiera al finalizar el ciclo escolar de las niñas.

Pero Carolina no quiso regresar. Recibió amenazas primero, ruegos después, a lo que se sumaba la tristeza de las hijas que extrañaban todo lo que habían dejado al venir. Las promesas de Mahmoud dirigidas a ofrecer una vida diferente y la reflexión de la hija mayor respecto a que Argentina era un paraíso para la madre, pero un infierno para ellas, decidió a Carolina regresar a Egipto en julio de 2015. La violencia no tardó en reaparecer, por lo que su vida se tornó insostenible, provocándole una crisis extrema.

Se fue del hogar sola, ya que las hijas no quisieron seguirla, se refugió en la casa de una familia amiga, y comenzó los trámites de divorcio que Mahmoud no quiere otorgar. Al contrario, logró una restricción de salida del país y la orden a su mujer de regresar al domicilio familiar. Tal situación le impide trabajar, y por lo tanto, mantenerse, lo cual también incide en la pérdida de contacto con sus hijas.

## II. Sistema de divorcio en Egipto

Deseo aclarar que no realizaré en estas páginas un estudio exhaustivo de la figura del divorcio islámico, sino que me limitaré a reseñar sus aspectos esenciales. El segundo artículo de la Constitución de la República Árabe de Egipto de 2014, dispone que el Islam es la religión del Estado y que los principios de la Sharia islámica son la principal fuente de legislación. Las fuentes de la Sharia o Derecho islámico son el Corán (libro sagrado que contiene el mensaje divino), la Sunna (conjunto de relatos acerca de comentarios y comportamientos del Profeta Mahoma) y el fik (jurisprudencia generada a partir de las otras dos fuentes)<sup>3</sup>. La principal función del derecho islámico de familia es regular las relaciones matrimoniales, conforme a las leyes del Corán y al –Sunna en un estado islámico<sup>4</sup>.

Señala Human Rights Watch, en un informe publicado el 28 de noviembre de 2004, que los hombres egipcios musulmanes tienen un derecho unilateral e incondicional al divorcio, sin necesidad de recurrir a procedimientos judiciales. Este derecho se conoce como *talak*, y lo único que el hombre debe hacer es repudiar a su esposa diciéndole “estás divorciada”, tres veces, configurándose así un divorcio irrevocable (*ba’in*) que debe ser inscripto ante el registrador competente dentro de los 30 días, sin que sea requisito obligatorio la concurrencia de justa causa, ni tampoco el consentimiento de la mujer contrayente. La labor oficial de un notario islámico, consiste solamente en realizar los contratos de matrimonio y los documentos de divorcio<sup>5</sup>. Los notarios son funcionarios públicos del Estado.

---

<sup>3</sup> VÁZQUEZ- GÓMEZ, Rebeca, “Aproximación al derecho islámico y su regulación del velo”, *Ius Caonicum*, Universidad de Navarra, 20/12/2017.

<sup>4</sup> KHALED Abdel- AZIZ Osman, Tesis doctoral: Un estudio descriptivo de la Ley egipcia de Estatuto Personal número 100 de 1985 un enfoque traductológico, Segunda parte, Barcelona (España): Bellaterra, Universidad Autónoma de 2003, p. 5.

<sup>5</sup> Reglamento de los notarios islámicos (art. 18), en KHALED Abdel- AZIZ Osman, Tesis doctoral, Op. Cit.

El *talaq* se remonta al nacimiento del islam, es una práctica indiscutible desde los tiempos de Mahoma en el siglo VII d.C. La disolución del matrimonio, se puede dar también por el repudio pronunciado por el marido a petición de la mujer. El sistema de divorcio tal como está establecido en la ley islámica (*sharia*), otorga un trato diferente y desigual a hombres y mujeres. El uso del *talak* deja a la mujer a expensas del esposo.

Por muy extraño que parezca, en El Cairo, la ingeniera egipcia Abul Naser recibió tres mensajes del móvil de su marido informándole de que se divorciaba (*talak*) por no contestar a sus llamadas. La mujer ha recurrido a un tribunal de familia para averiguar cuál es el estado legal de su matrimonio después del SMS en el que su marido escribió “Te divorcio porque no has contestado a tu esposo”.

¿Es aún una mujer casada? ¿El divorcio tecleado por su marido tiene validez legal? Los jueces no se ponen de acuerdo. Para unos, al menos una de las tres peticiones de divorcio debe hacerse ante un tribunal; para otros, basta con que haya testigos e incluso es válido si se hace por carta. En otros estados, como Dubai, Malasia y Singapur, ya se han producido precedentes similares y los jueces islámicos han cerrado el debate prohibiendo el divorcio por medios electrónicos.

Las mujeres que quieren divorciarse en Egipto, tienen dos opciones: el divorcio causal y el no causal. Cuatro causales de divorcio basadas en la culpa son aceptadas por las cortes egipcias: a) enfermedad, incluyendo enfermedades mentales, venéreas e impotencia; b) falta de provisión para el sostenimiento o falta de apoyo financiero; c) ausencia o prisión, y d) “daño” (*darar*), que puede ser físico y/o mental. Para poder iniciar un divorcio causal, por el que pueden obtener plenos derechos económicos, una mujer tiene que demostrar el daño infligido por su esposo en el transcurso del matrimonio. La carga de la prueba del daño está en los hombros femeninos.

A diferencia de los hombres, las mujeres solo pueden divorciarse mediante la intervención de una Corte (*tatliq*).



Hasta el maltrato físico, tiene que respaldarse con frecuencia mediante testimonios de testigos presenciales. De acuerdo con la jurisprudencia egipcia, referida por el estudio de *Human Rights Watch*, el testimonio de una mujer vale la mitad que el de un hombre. En consecuencia, una mujer maltratada necesitaría testimonios ya sea de dos hombres, cuatro mujeres, o un hombre y dos mujeres.

Desde la ley núm. 1 de 29 de enero de 2000, las mujeres egipcias cuentan con la opción de solicitar el divorcio mediante la resolución unilateral de su contrato de matrimonio (khula) sobre la base de “incompatibilidad”, sin tener que proporcionar evidencias de daño. Pero para su procedencia, las mujeres tienen que renunciar a sus derechos económicos y devolver la dote que les entregaron sus maridos al casarse. En el divorcio “sin culpa”, adoptado con el fin de acelerar el proceso, se sigue exigiendo a las mujeres que pidan a un tribunal la terminación de sus matrimonios. De proceder el divorcio por *khul`*, los hombres no tienen derecho a la apelación<sup>6</sup>.

Las mujeres que quieren divorciarse, tienen que someterse obligatoriamente a la mediación. Si una mujer deja a su marido sin su consentimiento, éste puede presentar cargos de acuerdo con las “leyes de obediencia” egipcias, lo que puede resultar en la pérdida de la pensión alimenticia cuando se divorcie. Sirve de ejemplo de la desigualdad de trato en la disolución del matrimonio, la declaración del Juez Ayman Amin Shash formulada en julio de 2004:

*La cuestión de la procedencia del divorcio debe estar en manos de la parte más sabia, y ese es el hombre. Los hombres son sabios y por eso no tienen que ir a los tribunales. La ley Islámica podría*

---

<sup>6</sup> Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 45º período de sesiones 18 de enero a 5 de febrero de 2010 (párr. 49).

*considerar excepcionalmente a una mujer sabia, pero no se puede generalizar una excepción*<sup>7</sup>.

### **III. Entramado convencional**

Argentina y Egipto, se encuentran vinculados por tratados internacionales que inciden directamente en la cuestión personal y familiar de Carolina.

*a. Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948*

Su Preámbulo señala que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; y “[...] que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta, su fe en la igualdad de derecho de hombres y mujeres”, ya que todos son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección legal contra toda discriminación que infrinja la Declaración.

Retener por la fuerza a Carolina en un país que no es el suyo, es una situación que atenta contra el elemental derecho del ser humano reconocido en el artículo 13: 1. “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”. En su parte final, el instrumento internacional manifiesta que nadie (Estado, grupo o una persona) puede “emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración” (art. 30).

---

<sup>7</sup> ANAYA HUERTAS, Alejandro, “Divorcio por hedor conyugal”, *Juego de la Suprema Corte*, Nexos, 7/05/2013.

- a) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966. Egipto formuló la siguiente Declaración:*

“ ... Teniendo en cuenta las disposiciones de la Sharia islámica y el hecho de que no entran en conflicto con el texto anexo al instrumento, lo aceptamos, apoyamos y ratificamos”<sup>8</sup>.

- b) *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Nueva York, 18 de diciembre de 1979.*

*La delegación de Egipto* interpuso varias reservas: párrafo 2 del artículo 9, relativo a la concesión a la mujer de los mismos derechos que el hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos (con posterioridad, dicho país retiró la reserva); artículo 16, concerniente a la igualdad entre el hombre y la mujer en todos los asuntos relativos al matrimonio y a las relaciones familiares durante el matrimonio y con motivo de su disolución; reserva general con respecto al artículo 2º, Egipto está dispuesto a dar cumplimiento a lo establecido en dicha norma, siempre que ello no sea contrario a la Sharia islámica; párrafo 2 del artículo 29, que se refiere al derecho de un Estado signatario de la Convención a declarar que no se considera obligado por el párrafo 1 de ese artículo, que estipula que se someterá a arbitraje toda controversia que pueda surgir entre Estados con respecto a la interpretación o aplicación de la Convención. El Comité para la Elimi-

---

<sup>8</sup> Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Declaraciones y reservas.

<sup>9</sup> Artículo 2: los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, cuyas obligaciones son descriptas en los siete incisos del precepto.

nación de la Discriminación contra la Mujer, insta a Egipto a que examine y retire las reservas a los artículos 2 y 16, que son incompatibles con el objeto y el propósito de la Convención<sup>10</sup>.

c) *Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989.*

Impedir que Carolina vea a sus hijas por querer divorciarse del marido, violenta los derechos de las niñas y los derechos de la madre que, por ejemplo, contemplan distintas disposiciones del convenio: artículo 8, respetar el derecho del niño a preservar las relaciones familiares; artículo 9.3, respetar el derecho del niño que esté separado de uno de los padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior; artículo 10. 2, cuando los padres residan en Estados diferentes, el niño tendrá derecho a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con ambos. Se respetará el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio y de entrar a su propio país.

d) *Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, París, 20 de octubre de 2005.*

La Convención, reconoce los derechos de las partes a tomar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales, e imponen obligaciones tanto a nivel nacional e internacional para los Estados firmantes. Se ha considerado que la diversidad cultural, constituye una característica esencial de la humanidad que debe valorarse y preservarse en

---

<sup>10</sup> Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 45º período de sesiones 18 de enero a 5 de febrero de 2010 (párr. 14).

provecho de todos, ya que esa diversidad nutre las capacidades y los valores humanos, y es indispensable para la paz y la seguridad en el plano local, nacional e internacional. También destaca la importancia de la cultura para la cohesión social en general y, en particular, las posibilidades que encierra para la mejora de la condición de la mujer y su papel en la sociedad (Considerandos). El artículo 2, enuncia los principios rectores, entre ellos, señala el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. De igual forma, define la "interculturalidad" como la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo.

#### **IV. Ordenamiento jurídico argentino**

##### *a. Constitución Nacional*

La reforma del texto constitucional de 1994 dispone que los tratados sobre derechos humanos que se encuentran nominados en el artículo 75, inc.22 –entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y la *Convención sobre los Derechos del Niño*– tienen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) contribuye a aclarar su contenido al entender que la expresión significa “tal como efectivamente rigen en el ámbito internacional” (7/04/1995 “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”). Va de suyo, que ello importa tener en cuenta el modo en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina, es decir, con el alcance de la obligación internacional derivada de las eventuales reservas y declaraciones interpretativas a las que el Estado se hubiere acogido. En particular, se considerará su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su in-

interpretación y aplicación (vgr. competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes del Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969).

El citado inciso establece, además, que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Se introduce así una directriz interpretativa de nivel constitucional, en orden a alcanzar la armonización de las fuentes jurídicas mencionadas, sin que sea posible la contradicción de los tratados con las normas contenidas en el capítulo titulado “Declaraciones, Derechos y Garantías” (arts. 1 a 35). La CSJN ha tenido oportunidad de interpretar la norma, al expresar que su simple inclusión en el texto indica que “[...] los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. Que de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente”<sup>11</sup>.

Los fundamentos fueron ratificados por la CSJN en la causa “Chocobar, Sixto C. c. Caja Nac. de Prev. para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, en donde se subraya que “En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al

---

<sup>11</sup> CSJN, 26/12/1996 “Analía M. Monges vs. Universidad de Buenos Aires”, considerandos 20 y 21.

constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir [...]”<sup>12</sup>.

Seguidamente, el mismo artículo 75, inciso 22, establece que los “tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, por ende, la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005 tiene categoría infraconstitucional pero suprallegal.

*b. Código Civil y Comercial de la Nación*

El derecho internacional de los derechos humanos, progresivamente ha ido cobrando una creciente relevancia en el ámbito interno de cada uno de los Estados que han suscrito y ratificado tratados internacionales referidos al tema, cuya finalidad es asegurar la máxima protección de ciertos derechos elementales de las personas.

La nueva legislación argentina (comenzó a regir en agosto de 2015) incorpora una serie de reglas relativas a la interpretación y orden de aplicación de las normas según su origen internacional o nacional. Por consiguiente, el Título Preliminar, Capítulo 1. Derecho, del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) comienza con una referencia expresa a los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. En tal sentido, señala que los casos civiles y comerciales deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables (propio CCCN y las leyes complementarias) en consonancia con la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales –tanto los elevados a la categoría constitucional como los de jerarquía originaria–, y los que carezcan de tal valoración normativa pero que hayan sido ratificados por el país. “Ello significa un diálogo inescindible, fluido y permanente entre el derecho constitucional-convencional

---

<sup>12</sup> CSJN, 27/12/1996, “Chocobar, Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión para el Estado y Servicios Públicos s/Reajustes por movilidad”, considerando 13.

y el derecho privado”.

Las fuentes del derecho, se complementan con el segundo artículo relativo a la interpretación. El tema reviste particular interés porque “En primer lugar, la labor del intérprete se dirige a descubrir o develar el sentido inmanente en la norma; en segundo lugar, como por lo general una norma evoca varios sentidos, selecciona o fija el sentido con el cual se obtenga la solución más justa del caso concreto; y en tercer lugar, si el sentido o sentidos de la norma no se adecuan a la nueva realidad social, el intérprete atribuye a la norma el significado que lo actualiza”<sup>13</sup>. En esta materia, el CCCN adopta reglas, principios y valores, siendo todos ellos hábiles para arribar a una resolución coherente con todo el ordenamiento jurídico –que siempre debe estar en armonía con los tratados de derechos humanos–<sup>14</sup>.

## 2. Segunda parte

### I. Hechos ficticios

Vamos a suponer que Carolina logra la ayuda de la Embajada argentina y regresa a nuestro país. La huida suscita el enojo de Mahmoud, quien decide formular se repudio estando lejos de su pareja, esto es, sin dirigir las palabras *talak* cara a cara, configurándose así un divorcio irrevocable que debe ser inscripto ante el registrador competente en un plazo de treinta días a contar desde la fecha en que sucedió el hecho. Como Carolina no presenció la inscripción correspondiente, el registrador competente deberá remitirle una

---

<sup>13</sup> TORRES VÁZQUEZ, Aníbal, *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*, segunda edición, Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 2001, p. 516.

<sup>14</sup> HERRERA, Marisa, Gustavo CAMELO, y PICASSO, Sebastián (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. I, Título Preliminar y Libro Primero, Artículos 1 a 400, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, pp. 5-16.



copia de su certificación a ella o a la persona que la represente, conforme a los procedimientos que establece el Ministro de Justicia<sup>15</sup>. Ha llegado, entonces, el momento de plantear y formular la pregunta:

¿Será posible solicitar a las autoridades argentinas el reconocimiento del repudio formulado al amparo del derecho extranjero? en otras palabras ¿Qué eficacia civil tiene la disolución matrimonial mediante el *talak* en el derecho del estado argentino?

Para responder al interrogante, es preciso concretar la extensión del concepto “divorcio” con la finalidad de saber si éste cubre la institución legal de repudio. Es decir, se trata de verificar si en el derecho extranjero, el repudio es susceptible de producir consecuencias similares a las solicitudes para terminar el vínculo matrimonial entabladas ante el juez del foro.

La expresión “disolución del matrimonio” del art 2621 del CCCN, tiene como objetivo material regular todos los modos jurídicos para disolver la unión, con independencia del nombre que reciba la institución de que se trate. En consecuencia, el término “disolución del matrimonio”, propio del CCCN, se amplía para abarcar otras formas que cumplan con esa finalidad, como sucede con el repudio, que da lugar a la ruptura inmediata del vínculo y es irrevocable.

Conforme al artículo 2621 del CCCN, los jueces argentinos serán competentes siempre que se encuentre localizado en el país el último domicilio conyugal efectivo o el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado. Son foros que presentan una vinculación suficiente con el Estado y que actúan de forma concurrente, sin prohibir toda actuación judicial extranjera. De los hechos reseñados, se desprende que la jurisdicción internacional corresponde a los tribunales de Egipto, porque allí se ubican tanto el último lugar de convivencia indiscutida de los cónyuges, como el

---

<sup>15</sup> Ley número 100 del año 1985 (artículo primero. 5 bis).

domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado (art. 2613 del CCCN)<sup>16</sup>.

La dificultad que significa para Carolina entablar la demanda en Egipto se agrava, ante la imprevisibilidad de la decisión del juez extranjero sobre su propia jurisdicción internacional. La garantía constitucional de la defensa en juicio supone, en lo esencial, la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia. El eventual resultado negativo de la resolución egipcia, llevaría a concluir que la actora quedaría privada internacionalmente de justicia si no se abriera para ella un foro nacional.

## II. Derecho a la tutela judicial efectiva

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio y puede analizarse a partir de tres momentos distintos: al acceder a la justicia; durante el desarrollo del proceso; y, finalmente, con motivo de la ejecución de la sentencia<sup>17</sup>.

El acceso efectivo a la justicia, es un derecho humano fundamental en sí mismo con amplio reconocimiento constitucional. En efecto, el Preámbulo de la Constitución Nacional argentina proclama de manera enfática entre los fines del gobierno, el de “afianzar la justicia” y, acorde con ello, el artículo 18 garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio

---

<sup>16</sup> Artículo 2613.-Domicilio y residencia habitual de la persona humana. A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene:

a) su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él;

b) su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado.

La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia.

<sup>17</sup> PERRINO, Pablo Esteban, “El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Acceso a la jurisdicción contencioso administrativo”, *Revista de Derecho Público*, Santa Fe, ed. Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo –I, pp. 257-294.

de las personas y de los derechos. Así se ha expresado, que los intereses de los particulares y del Estado hallan en el acceso a la justicia un punto de convergencia<sup>18</sup>. El derecho a un tribunal, si bien se refiere a la jurisdicción directa, su análisis deviene imprescindible a los fines del control jurisdiccional en el reconocimiento de un acto o de una decisión extranjera.

Por su lado, el artículo 20 del mismo texto, equipara a los extranjeros con los ciudadanos en el goce de los derechos civiles en el territorio de la Nación<sup>19</sup>. Como consecuencia de ello, el CCCN recoge en el artículo 2610 (Igualdad de Trato), el principio de igualdad de tratamiento y de no discriminación entre el nacional y el extranjero, ya consagrado en la normativa internacional sobre derechos humanos. En tal sentido, el citado precepto anticipa que “Los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina”.

A nivel regional, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, en el artículo 8.1 -garantías judiciales- previene a los Estados Parte que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

---

<sup>18</sup> ALBORNOZ, María Mercedes, “Acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 5, N° 9, Paraguay, marzo 2017, p. 174.

<sup>19</sup> Artículo 20- Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes.

En tanto que, el artículo 25 –Protección judicial– determina que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Además, los Estados Parte se comprometen: i) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; ii) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y iii) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El alcance de estas disposiciones, ha sido materia de frecuentes pronunciamientos por parte de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión IDH y Corte IDH) lo que ha permitido constatar la existencia del denominado control de convencionalidad. En palabras de la propia Corte “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. [...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>20</sup>. Posteriormente

---

<sup>20</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 124.

te, en el Caso Gelman vs. Uruguay, se fue ampliando los alcances de los sujetos obligados a realizar dicho control, al sostener que es “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”<sup>21</sup>.

A su turno, la Comisión IDH ha indicado que “El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales”<sup>22</sup>.

En el caso Cantos vs. Argentina, la Corte IDH sostuvo que el artículo 8.1 de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De la disposición “se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acuden a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”. Al analizar el artículo 25, la Corte ha anunciado, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2001, (Fondo y Reparaciones), párr 239.

<sup>22</sup> Comisión IDH, informe Nº 105/99, Caso 10.194, Narciso Palacios Argentina 29 de septiembre de 1999, párr. 57.

<sup>23</sup> Corte IDH, caso Cantos vs. Argentina, sentencia de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 50 y 52.

### III. Posibles vías para solucionar la cuestión

#### *a. Foro de necesidad*

Frente a la imposibilidad de la persona de recurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, se ha dicho: “[...] que dichas circunstancias conlleven a analizar la cuestión con amplitud de criterio, propiciando en su caso, una interpretación que amplíe en la medida de lo posible, la competencia internacional de la justicia argentina para así evitar el indeseable riesgo de una denegación o privación de justicia frente a un eventual conflicto negativo jurisdiccional que pudiera suscitarse”<sup>24</sup>. Si existen elementos que vinculen el tema con nuestro país, se debe preconizar una interpretación extensa del concepto, pudiendo los jueces argentinos asumir jurisdicción internacional en virtud del foro de necesidad, máxime cuando el cierre del asunto traiga como consecuencia una efectiva denegación internacional de justicia<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> CNCiv., sala K, 26/04/06, “Talevi, Diego s. sucesión”, fallo publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 04/05/07.

<sup>25</sup> Jurisprudencia referente del foro de necesidad: i) Previo a la entrada en vigencia del CCCN, se peticiona el divorcio vincular por la causal de injurias graves (art. 202 inc. 4 Código Civil de Vélez Sarsfield) ante el Juzgado de Familia N° 2 del Departamento judicial de San Isidro el 19 de agosto de 2015. Al tomar en cuenta que el último domicilio conyugal y el último domicilio del demandado (art. 227 CCiv.) se ubican en EEUU, se plantea la cuestión del foro de necesidad frente a la imposibilidad de la actora de recurrir a tribunales que se hallan a miles de km que, además, le implicaría incurrir en costos muy altos, lo que produciría su desamparo jurisdiccional (Florence Córdoba, “Foro de necesidad un fallo valioso”, Maestros del Derecho Moderno, Revista Jurídica, 24/07/2015); ii) El Tribunal Superior de Neuquén, fundándose en la doctrina sentada por la CNCiv, sala K, el 26/04/2006 en la causa “Talevi Diego s/ sucesión”, sostuvo que “en primer lugar, es necesario resaltar que la garantía constitucional de la defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, la que no debe ser frustrada por consideraciones de orden procesal o de hecho (cfr. CSJN 25/03/1960, “Cavura de Vlasov. E. v. Vlasov, A. s/divorcio y separación de bienes”). A partir de ello, se dijo: “[...] que dichas circunstancias conlleven a analizar la cuestión con amplitud de criterio, propiciando en su caso, una

Con la entrada en vigencia del CCCN, el foro de necesidad fue contemplado en el artículo 2602: “[...] Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz”.

La disposición sostiene que esta facultad es excepcional, y fija determinados recaudos para poder hacer uso del instituto:

- a) Su empleo debe estar destinado a “evitar la denegación de justicia”;
- b) Debe tratarse de situaciones privadas internacionales que presenten contactos suficientes con el país. Es decir, es preciso asegurar la proximidad del caso con el foro y que su empleo no comporte, en ninguna circunstancia, que se haya ejercido una jurisdicción

---

interpretación que amplíe en la medida de lo posible, la competencia internacional de la justicia argentina para así evitar el indeseable riesgo de una denegación o privación de justicia frente a un eventual conflicto negativo jurisdiccional que pudiera suscitarse (TSJ Neuquén 22/06/2009, ED 23/4/2010); iii) La CNCom., sala C, en la causa planteada por el actor Pérez Morales, Gonzalo Martin c. Booking.com Argentina S.R.L., destaca el 10/08/17, la particularidad propia de la internacionalidad de las operaciones realizadas en Internet. De ese modo, pone de manifiesto la dificultad y casi imposibilidad de localizar el domicilio del demandado -un sitio de internet dedicado a la reserva de hoteles en el mundo-. A su vez, señala que existen elementos que vinculan el caso a nuestro país (domicilio de la excepcionante Booking.com Argentina S.R.L fijado en Av. L. Alem 928, piso 7º, of. 721, CABA.), lo que llevan al tribunal a predicar una interpretación amplia del concepto, por el que los jueces argentinos podrían asumir jurisdicción internacional en virtud del llamado foro de necesidad, máxime cuando el cierre del caso pudiera producir una efectiva denegación internacional de justicia (CCCN, art. 2602). Fallo publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 24/07/18).

exorbitante, arbitraria, abusiva, artificial o fraudulenta<sup>26</sup>.

Es preciso tener presente que Carolina regresó a nuestro país y fijó aquí su residencia con ánimo de constituir domicilio (cfr. CCCN, art. 2613).

- c) Que en todos los casos que se recurra al foro de necesidad, no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero, lo que daría lugar a la posible denegación de justicia.

La intención clara y terminante del marido de repudiar a su mujer, Carolina, obstaculizaría la iniciación de las acciones de divorcio en Egipto.

- d) Que se garantice el derecho de defensa en juicio del esposo (Mahmoud). De otra forma, caería sobre esta parte la imposibilidad de acceder a la tutela judicial apropiada. El justo equilibrio entre ambos contrincantes, constituye un desafío permanente para cualquier juez, más aún en casos internacionales<sup>27</sup>.

Respecto al cumplimiento de este requisito, cabe apuntar que entre Argentina (02/02/2001) y Egipto (12/12/1968) rige el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial<sup>28</sup>. El Convenio prevé una vía de remisión principal y varias vías de remisión alternativas (la consular o diplomática directa y la postal). En virtud del medio de remisión principal, la autoridad o el funcionario ministerial o judicial competente de acuerdo a la ley del Estado requirente (Estado donde emana el documento a notificarse) remite el documento que se va a

---

<sup>26</sup> SCBA, 13/06/2007, “Behrens, Germán o Hermann Friedrich s/suc. ab intestato”, fallo publicado por Julio César Córdoba en DIPr. Argentina el 8/08/07.

<sup>27</sup> Interpretación del artículo 2602, Código Civil y Comercial argentino comentado, en: UniversoJus.com.

<sup>28</sup> Número de Partes contratantes del Convenio: 78, última actualización: 27-VII-2020.



notificar a la Autoridad Central del Estado requerido (Estado en donde se llevará a cabo la notificación). Cada Estado contratante designará una Autoridad Central con arreglo al artículo 2, que asuma la función de recibir las peticiones de notificación o traslado procedentes de otro Estado contratante y darles curso ulterior<sup>29</sup>.

La petición plasmada conforme al formulario modelo anexo al Convenio no requiere legalización alguna, ni más formalidades que adjuntar el documento judicial o su copia por duplicado. La Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del convenio, recuerda que una de sus finalidades fundamentales es garantizar que los documentos judiciales y extrajudiciales sean puestos en conocimiento del destinatario en tiempo oportuno. Asimismo, señala que el espíritu y la letra del texto convencional no constituyen obstáculo alguno a la utilización de las tecnologías modernas y que su aplicación y funcionamiento pueden mejorarse aún más mediante su uso<sup>30</sup>.

Finalmente, el artículo 2602 bajo análisis exige que:

- e) debe atenderse a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz, por cuanto de nada servirá acceder a la justicia desde un plano meramente formal sin poder materializar los derechos reconocidos.

Si bien bajo el régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield, el foro de necesidad dependía únicamente de la valoración judicial, como sucedió con la sentencia de la CSJN dictada el 25/03/1960 en la causa “Cavura de Vlasov, E. v. Vlasov, A. s/divorcio y separación de bienes”, su incorporación al CCCN genera una mayor posibilidad de accesibili-

---

<sup>29</sup> Autoridades Centrales de Argentina, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; de Egipto, el Ministerio de Justicia.

<sup>30</sup> Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya sobre Apostilla, Obtención de Pruebas, Notificación y Acceso a la Justicia (2 a 12 de febrero de 2009) párrs. 6 y 3, respectivamente.

dad a este foro excepcional, ante situaciones que presenten parecidas características a las de Carolina.

La necesidad a que hace referencia la norma vigente (art. 2602), tiene que ver con que no puede dejarse al actor en estado de indefensión, sin posibilidad de acceder a la justicia para petitionar un derecho que considere justo. La garantía constitucional del debido proceso, es agredida por esa privación de justicia que se produce frente a la imposibilidad de que el justiciable tenga acceso a ella, por escollos que no le son imputables y que no puede superar. El foro de necesidad, no sólo puede servir para crear lisa y llanamente un foro de jurisdicción, sino también para interpretar un foro existente de la forma que más ayude a evitar la denegación de justicia<sup>31</sup>.

Ante el repudio unilateral, una interpretación demasiado rígida del derecho fundamental a la igualdad obligaría a Carolina, que es la discriminada y quien requiere la protección, a emprender una acción de divorcio ante un juez argentino, lo que implicaría inversión de tiempo y dinero; mientras que su esposo puede rehacer su vida en Egipto donde el repudio es válido, lo que indirectamente la mantiene en una situación de discriminación<sup>32</sup>.

#### *b. Eficacia extraterritorial del repudio unilateral*

Si acudimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua española (actualización 2020) el verbo repudiar es definido como la acción de “rechazar un hombre a su esposa por cauces legales, de modo que se rompa el matrimonio”. Por ende, el primer punto que plantea otorgar eficacia extraterritorial al repudio unilateral, consiste en precisar la naturaleza jurídica del documento extranjero que contiene la manifestación de voluntad del marido de poner fin a la con-

---

<sup>31</sup> Código Civil y Comercial argentino comentado, en: UniversoJus.com .

<sup>32</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico. La multiculturalidad: especial referencia al Islam”. En *Cuadernos de Derecho judicial*, vol. VIII, 2002, pp. 259–342.

vivencia conyugal. Ello conlleva decidir si los registradores egipcios, cuando inscriben el *talak*, actúan por delegación o bajo el control de un órgano judicial y, en consecuencia, se los puede calificar de tribunales en el sentido del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN). En cuanto al término registrador en Egipto, se aclara que no corresponde al término notario conocido en España o en Argentina, “ya que la figura del registrador existe, únicamente, para inscribir matrimonios y divorcios islámicos”<sup>33</sup>.

En el supuesto de que el derecho egipcio encuadre a los registradores como órganos jurisdiccionales, el certificado del repudio que expiden puede ser calificado como “resolución judicial”, en caso contrario, será considerado como “documentos públicos”.

El artículo 3 del CCCN legisla lo siguiente: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”. El jurista uruguayo Couture nos explica que la sentencia “es al mismo tiempo un acto jurídico procesal y el documento en que él se consigna. Como acto, la sentencia es aquel que emana de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento. Como documento, la sentencia es la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida”<sup>34</sup>.

El proceso de reconocimiento en Argentina de decisiones pronunciadas por autoridades judiciales extranjeras, parte del presupuesto de que sólo pueden adquirir eficacia en el ordenamiento interno, aquellas resoluciones que emanen de órganos de naturaleza jurídica jurisdiccional o por autoridades públicas que están revestidas de *imperium* en el ordena-

---

<sup>33</sup> KHALED Abdel- AZIZ Osman, “Un estudio descriptivo...”, Op. Cit, p. 185.

<sup>34</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3º ed., Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 277.

miento jurídico de origen<sup>35</sup>. El sistema se encuentra regulado, por ejemplo, en el artículo 517 del CPCCN y los correspondientes de las codificaciones procesales de las provincias, siempre que no resulte de aplicación ningún convenio o tratado internacional, tal y como dispone el primer párrafo de la mencionada disposición del CPCCN.

En efecto, esta normativa ha diseñado un trámite procesal que se caracteriza por el hecho de que el juez estatal debe comprobar, en primer término, si resulta de aplicación al caso concreto un convenio internacional sobre cooperación judicial en materia civil y/o matrimonial. Tan sólo en su defecto, el juez está legitimado para valorar el ajuste al Derecho del Estado de la resolución extranjera con arreglo a las condiciones previstas en las legislaciones procesales competentes que son las que constituyen, en suma, el denominado régimen autónomo de exequátur<sup>36</sup>. Se posibilita el ejercicio de una acción ante el órgano jurisdiccional a cuya revisión se somete una decisión extranjera a fin de obtener su reconocimiento, es decir, se pretende una declaración sobre su eficacia para equipararla -en cuanto a sus efectos- a una sentencia nacional. El juicio de exequátur no implica una revisión del fallo (fondo del asunto) sino se trata del contralor de ciertas condiciones de tipo formal, procesal y sustancial contenidas en la normativa específica de origen (convencional o interna), para que merezca el reconocimiento y, en su caso, la ejecución.

En el mes de setiembre de 2008, se sancionó la ley 26.413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (Deroga el Decreto Ley 8204/63) que establece la obligación de inscribir todos los actos o hechos que den origen, alteren

---

<sup>35</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador, "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español", *Revista de Ciencias de las Religiones*, vol. 13 (2008), pp. 183-223.

<sup>36</sup> ABARCA JUNCO, Ana Paloma "El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras en España", en *Derecho Internacional Privado*, vol. I (Directora Elisa Pérez Vera), España: Colex, 2004, pp. 411-450.

o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La ley prescribe que las inscripciones de documentos de extraña jurisdicción, que se hallaren debidamente legalizados por autoridad competente y traducidos al idioma nacional por traductor público debidamente matriculado, deberán ser asentados en libros especiales que a tal efecto habilite la dirección general, consignando todos los datos que ellos contengan (arts. 74 y 76). Estas inscripciones no podrán ser modificadas sin que previamente lo sean en su jurisdicción de origen (art. 75).

Para el registro de sentencias disolutorias de matrimonios decretadas en otros países, será necesario que cumplan las disposiciones legales en vigor, tanto en lo que respecta a sus formalidades extrínsecas como a su validez intrínseca. Este registro deberá ser ordenado por juez competente, previa vista a la dirección general, a quien compete examinar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite u ordene, cualquiera sea su origen, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos. Se rechazarán los que adolecieren de vicios que pudieran determinar la sanción de nulidad absoluta y manifiesta o se formularán las observaciones que la documentación mereciere, fijándose un plazo para su subsanación, en el lugar de origen (arts. 77 y 83).

Conviene recordar que, en Egipto, las modalidades de repudio unilateral son legalizados mediante un acta notarial. Desde esa mira, las bases o principios esenciales del sistema de Notariado Latino<sup>37</sup> proclaman que el notario es un profesional de derecho a cargo de una función pública. El Título II, se refiere a los documentos notariales destinados a

---

<sup>37</sup> Aprobados por unanimidad por la asamblea de notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, reunida en Roma el 8 de noviembre de 2005.

formalizar actos y negocios de todo tipo, cuya “autenticidad comprende autoría, firmas, fecha y contenido”. Estos documentos gozan de una doble presunción de legalidad y de exactitud de su contenido y no pueden ser contradichos más que por vía judicial. Están revestidos de fuerza probatoria y ejecutiva<sup>38</sup>. Por ende, el notario es un órgano de jurisdicción voluntaria, no tiene iniciativa para actuar de oficio, sino que se exige previa rogación del sujeto que requiere su ministerio público. Este es uno de los fundamentales principios notariales que lo diferencian notablemente de los órganos jurisdiccionales<sup>39</sup>.

El acta notarial, en la que consta el repudio que ha sido proclamado al amparo de la normativa islámica egipcia, para ser utilizada fuera del Estado donde se expidió, deberá cumplir formalidades administrativas destinadas a autenticarla. Será necesario que el documento tenga el carácter de auténtico en el país de origen. Si se tratara de un documento notarial, que éste haya sido otorgado por notario, en ejercicio de sus funciones, lo que resulta demostrado, en general, mediante la legalización; y, además, que el documento no contraría el orden público internacional<sup>40</sup>.

“Todas las disposiciones referentes a los requisitos de admisibilidad de documentos de extraña jurisdicción obedece al afán de asegurar la autenticidad del documento, o sea, de garantizar que procede en realidad de quien en apariencia dimana. La averiguación de la autenticidad de un documento extranjero es mucho más difícil que la de un docu-

---

<sup>38</sup> MARTÍNEZ HELGUERO, María Belén, “El notariado latino en la Argentina y en el mundo (organización nacional e internacional del notariado latino), *Revista Notarial* 2008/01 - N° 89, pp.347 y ss.

<sup>39</sup> MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos, “Introducción al Derecho Notarial”, *Unión Internacional Profesional de Auxiliares del Notariado* (Uipan), septiembre de 2016, p. 27.

<sup>40</sup> GALLINO, Eduard, Marcia PONCE DE FAUSTINELLI Y CARALLELLI DE ARGAIN, Eda, “Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el notario”, *Revista Notarial* 1993-1 Nro. 65, Colegio de Escribanos de Córdoba, p. 28.

mento nacional, ya que en un país no se conocen ni es fácil indagar las normas y costumbres que en otro existen con respecto a la expedición de documentos de las autoridades foráneas”<sup>41</sup>. A este efecto, se encarga a funcionarios nacionales, representantes diplomáticos y consulares, la tarea de certificar la autenticidad de los documentos que se expiden en el territorio ante cuyas autoridades están acreditados.

Ahora bien, cabe destacar que los funcionarios consulares no podrán autenticar firmas en documentos probatorios de actos contrarios a la legislación argentina (art. 225 del Reglamento Consular Argentino, aprobado por el decreto 8714/63 y sus modificatorios). Es también importante aclarar, que el artículo 1 del decreto 1629/01 sustituyó el texto del artículo 229 del Reglamento Consular, por el siguiente: “Los documentos extranjeros autenticados en la forma establecida en el presente Reglamento harán fe en territorio nacional, sin necesidad de su posterior legalización ante otra autoridad argentina”. A partir de la reforma del decreto 1629/01, la firma del cónsul argentino habilita por sí sola al documento extranjero y le da validez en el territorio nacional sin que se requiera ningún otro trámite adicional. Se ha eliminado la autenticación de la firma del agente consular interviniente por el Departamento de Legalizaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

El Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, ha sustituido el tradicional requisito de la legalización diplomática o consular del país en el cual el documento ha de ser presentado, para limitar la prueba extrínseca de aquél (autenticidad de la firma, calidad del signatario del documento actuante e identidad del sello o timbre) por la “apostilla” impresa por el funcionario competente del

---

<sup>41</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado- Derecho de la Tolerancia*, décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 873.

Estado del que dimane el documento (arts. 2 y 3) a petición del signatario o de cualquier portador del documento (art. 5). Esta legalización única, puede venir redactada en el idioma de la autoridad que la expida, pero debe hacerse constar en francés el título “Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961).

La República Argentina ha ratificado la Convención<sup>42</sup>, pero como Egipto hasta la fecha no lo ha hecho, será la legalización consular la que deberá constar en el documento extranjero que contiene el acto del repudio. Tanto la legalización por la embajada o el consulado del Estado donde el documento vaya a ser utilizado como la apostilla, certifican la autenticidad de la firma de la autoridad emisora del documento en cuestión, mediante una comparación con el registro de firmas que obra en la sede del consulado o de la autoridad que coloca la apostilla. Junto a estas formalidades administrativas, es preciso sumar otro trámite, la traducción del documento notarial, lo cual supone más tiempo y costos.

### *c. Principio de reconocimiento*

Un aspecto interesante que se ha venido desarrollando a nivel europeo es el principio del reconocimiento, cuyo impulso se debe a la Comisión de la Unión Europea (Bruselas, 14/12/2010) a través del Libro Verde titulado “Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil”. La finalidad es lanzar una consulta pública, con objeto de recoger las orientaciones y los puntos de vista de las partes implicadas sobre las pistas contempladas para mejorar la vida de los ciudadanos en materia de circulación de documentos públicos y la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito del estado civil. De allí que resulte prioritario, y así

---

<sup>42</sup> Aprobada por ley 23.458, BO 21/04/87.



se plantea en el Libro Verde, suprimir trámites de legalización y apostilla, así como limitar la traducción de un documento público expedido por otro Estado miembro que representa, asimismo, una pérdida de tiempo y un coste.

Puede tratarse de documentos administrativos, documentos notariales, como títulos de propiedad, certificados de estado civil, como certificados de nacimiento o de matrimonio, contratos de distinto tipo, resoluciones judiciales<sup>43</sup>. En el mencionado texto de 2010, la Comisión Europea ha plasmado la diferencia entre el reconocimiento de documentos e inscripciones, por un lado, y el de situaciones jurídicas por el otro.

La Unión Europea se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas. Con el propósito de reducir la burocracia y los costes para los ciudadanos que necesitan presentar en un país miembro un documento público expedido en otro país miembro, desde el 16 de febrero de 2019 comenzó a aplicarse el Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016. Se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012<sup>44</sup>. De conformidad con las nuevas normas, en muchos casos a los ciudadanos ya no se les pedirá que presenten una traducción jurada u oficial de los documentos. Al mismo tiempo, se prevé salvaguardias sólidas para evitar fraudes.

El Reglamento pone fin a una serie de procedimientos burocráticos, entre ellos cabe mencionar:

---

<sup>43</sup> Comisión Europea- Bruselas, 14.12.2010. COM (2010) 747 final.

<sup>44</sup> Reglamento relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión («Reglamento IMI»)

- **Se suprime la obligatoriedad del sello de autenticidad (la apostilla).** Los documentos públicos (por ejemplo, una partida de nacimiento, un acta de matrimonio o una resolución judicial) y sus copias certificadas expedidas por las autoridades de un país de la UE, deben ser aceptados como auténticos por las autoridades de otro país miembro sin necesidad de un sello de autenticidad.
- **Se elimina la obligación, que se imponía a los ciudadanos, de facilitar a la vez el original del documento público y una copia certificada.**
- A fin de soslayar los requisitos de traducción, los ciudadanos podrán solicitar un impreso estándar multilingüe, disponible en todas las lenguas de la UE, para su presentación como ayuda a la traducción adjunta a los documentos públicos
- Si las autoridades del país de la UE receptor, exigen una traducción certificada del documento público presentado por el ciudadano, deben aceptar una traducción certificada hecha en cualquier país de la UE<sup>45</sup>.

Los documentos públicos expedidos por las autoridades de países terceros, no entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento (Considerando 48).

En la trama de Carolina, se podría recurrir al principio de reconocimiento, entendido como aquel que opera para insertar una situación jurídica creada en otro Estado y cristalizada en un documento para que despliegue efectos en el foro, sin que éste último identifique y controle el derecho aplicable a dicha situación jurídica. Representa una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, en aquellos

---

<sup>45</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, blog de 19 de febrero de 2019, “Comienzan a aplicarse las nuevas normas de la UE que reducirán la burocracia a los ciudadanos que viven o trabajan en otro Estado miembro”.

supuestos en los cuales no existe motivo que justifique su intervención.

De acuerdo a Matthias LehMann, la denominada norma de reconocimiento trae consigo varias ventajas en el derecho de la Unión Europeas<sup>46</sup>:

- **Reducción de la burocracia:** Una norma general de reconocimiento podría disminuir las formalidades administrativas como la legalización y la apostilla, vinculadas a la presentación de documentos públicos para probar su autenticidad en otro país. También sería posible limitar la traducción de un documento público expedido por otro Estado miembro, lo cual constituye una pérdida de tiempo y un coste.
- **Evitar relaciones claudicantes:** La apertura a otros sistemas jurídicos tiene por finalidad garantizar cierta estabilidad, personal y familiar, a los que viven en contacto con más de un país y un ordenamiento jurídico. De este modo, se favorecerá el reconocimiento extraterritorial de la relación familiar y se evitará la creación de situaciones claudicantes, válidas en el país que se crean, pero no en el país de reconocimiento<sup>47</sup>. La tendencia moderna en el derecho internacional privado, es evitar tales resultados a través de una norma de reconocimiento. Los beneficiados serían los ciudadanos, sus vidas no serían tan complicadas en el evento de un conflicto entre diferentes leyes y jurisdicciones.

---

<sup>46</sup> LEHMANN, Matthias, "El reconocimiento ¿una alternativa al derecho internacional privado?", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2016), Vol. 8, Nº 2, pp. 240-257.

Disponible en: [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt) - DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3258>.

<sup>47</sup> URIONDO DE MARTINOLI, Amalia (Directora) *Migración internacional y relaciones familiares. Desafíos normativos en el Derecho internacional privado*, Córdoba: Ediciones Lerner, 2016, p.260.

Esta posibilidad, obedece principalmente a la consideración del principio de igualdad jurídica y no discriminación como uno de los pilares del derecho internacional de los derechos humanos y, de esa forma, no privar a Carolina de su capacidad nupcial.

- **Aumento de la seguridad jurídica y de la estabilidad de las relaciones privadas:** La norma de reconocimiento contribuiría a elevar el nivel de seguridad jurídica, que es un aspecto de especial importancia dentro de un Estado de derecho, a fin de mejorar la previsibilidad y la fiabilidad.

En comparación con el derecho internacional privado, el reconocimiento fomentaría las relaciones privadas, haciéndolas más estables. Evita el uso de factores de conexión que pueden cambiar con el tiempo, tales como la residencia habitual, que se usa con frecuencia en los conflictos de leyes en el ámbito del derecho de familia. El reconocimiento fija la relación con un punto de referencia: el documento o inscripción que registra una situación jurídica en un Estado, por lo que no podría ser cuestionada en el extranjero. La estabilidad y permanencia resultantes evitarían relaciones claudicantes, con repercusiones positivas en la seguridad jurídica.

- **Gestión de la diversidad:** Si se introdujera una obligación general de reconocimiento, el efecto de los documentos y de las inscripciones en registros ya no se limitaría a las fronteras de cada uno de los Estados miembros, sino que tendría efecto extraterritorial; es decir, se extendería por todos los demás países del espacio europeo. La obligación de reconocimiento permite preservar una concepción propia de cada Estado miembro de la UE, normalmente ligada a su historia, su cultura o su sistema jurídico. Ello importa reconocer la “identidad cultural”, en lo que se refiere a las relaciones personales y familiares, atendiendo a sus propios ordenamien-

tos de procedencia<sup>48</sup>, por cuanto la convivencia entre culturas ahora tiene mayor intensidad que en épocas precedentes.

A tal efecto, Matthias Lehmann destaca su utilidad en el ámbito del derecho de familia y de sucesiones. Dada la diversidad de tradiciones nacionales, considera poco realista un acercamiento de las normas sustantivas en esta materia. Pero si las autoridades de un Estado aceptan los actos públicos de otro Estado sin ser cuestionados en otras partes de la UE, no habría necesidad de más discusión sobre este punto. La UE podría seguir viviendo con su diversidad de normas, aun cuando sus ciudadanos se vuelvan cada vez más móviles. El reconocimiento es una alternativa viable a la armonización. De este modo, se fomenta lo que para Werner Goldschmidt es “lo propio de la justicia del DIPr., la tolerancia hacia lo ajeno y diferente”<sup>49</sup>.

- **Mejoramiento de la movilidad:** La Comisión Europea propone en el Libro Verde reflexionar sobre la supresión de todas las formalidades obsoletas - la legalización y la apostilla- para el conjunto de documentos públicos con objeto de garantizar su libre circulación en la Unión e implantar un marco legislativo europeo, uniforme y moderno, que tenga en cuenta la realidad de las situaciones transfronterizas<sup>50</sup>. En este contexto, Matthias Lehmann subraya las consecuencias negativas y potencialmente desastrosas que las relaciones claudicantes tendrían sobre la seguridad jurídica. Por lo tanto, estima que no es

---

<sup>48</sup> MULERO GARCÍA, Juan Simón, “Integración social, derecho a la diferencia y relaciones jurídico-privadas internacionales”, en: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n°24, publicado el 16/12/2011.

<sup>49</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado...*, Op. Cit. ob. cit., p XXV.

<sup>50</sup> Comisión Europea- Bruselas, 14.12.2010. COM(2010) 747 final, p. 9.

del todo inverosímil que la Comisión sostenga que un principio general de reconocimiento daría lugar a una libertad de movimiento más amplia dentro de la UE y permitiría que los ciudadanos europeos ejercieran ese derecho plenamente. Además, añade que, mientras los documentos oficiales de un país aún necesitan un sello especial para que tengan efecto en otro, difícilmente se alcanzará “el espacio de libertad, seguridad y justicia” que la UE se esfuerza por conseguir.

- **Evitar el complejo método del derecho internacional privado:** El reconocimiento de actos jurídicos por parte de otros Estados miembros, resolvería el problema que a muchos ciudadanos plantea el razonamiento del derecho internacional privado, pues se ha argumentado que “es complicado, requiere mucho tiempo y recursos y puede resultar frecuentemente impredecible”. El principio general de reconocimiento, facilitaría la resolución de litigios porque hace innecesaria la aplicación de normas de conflicto de leyes y de normas sustantivas extranjeras.
- **Aumento de la armonía internacional de soluciones judiciales:** Aunque la aplicación de una norma general de reconocimiento supondría apartarse del clásico método de la elección de la ley, “serviría paradójicamente para avanzar hacia la consecución de su objetivo, que es la armonía internacional de soluciones judiciales”. Al obligar a los Estados a aceptar la decisión tomada por las autoridades de otro, la norma de reconocimiento evitaría juicios y valoraciones divergentes en Estados diferentes.
- **Lucha contra la discriminación:** Ciertos sistemas legales aplican diferentes reglas de derecho internacional privado a las relaciones entre personas homosexuales y heterosexuales. Cada Estado miembro de la UE aplica en la materia sus propias normas, que

son muy distintas de un Estado a otro. Como modelo se nombra a Alemania, que somete la validez y los efectos de una relación entre personas del mismo sexo al país en el que esta relación está registrada, mientras que a los matrimonios entre hombres y mujeres se aplican normas de conflicto de leyes mucho más diversas. Una norma general de reconocimiento podría servir para superar tales diferencias y acabar con la discriminación, pues el reconocimiento se aplicaría de manera igual tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales.

El autor advierte que la norma general no puede sustituir la elección de la ley aplicable, y que la mejor solución es combinar normas de conflicto y de reconocimiento. Así sostiene que una manera más eficiente de lograr resultados predecibles sería la imposición de una condición previa para el reconocimiento, como la exigencia de un vínculo suficiente entre la situación jurídica documentada y el país que ha expedido el documento. Por ejemplo, se podrían reconocer solamente documentos e inscripciones realizadas en el Estado en el que las partes tengan su residencia habitual. Por otro lado, una norma general de reconocimiento siempre puede limitarse a ciertas áreas y ser acompañada con una excepción de orden público<sup>51</sup>.

El reconocimiento también ha sido propuesto como el método para lograr la integración social de las personas que viven en contacto con más de un país y de un ordenamiento jurídico, esto es, la convivencia pacífica entre la población autóctona y extranjera que residen de forma habitual en un mismo territorio. Este sistema puede contribuir a conciliar las dos exigencias que aparecen a menudo contrapuestas: la integración del inmigrante en el país de destino y el respeto a sus orígenes. Es necesario un proceso social de interac-

---

<sup>51</sup> LEHMANN, Matthias, "El reconocimiento ¿una alternativa al derecho...", Op. Cit., pp. 243-257.

ción entre las personas que conviven en el seno de una misma sociedad, basado en el diálogo (*ius communications*) entre los distintos sistemas jurídicos y culturales que entran en relación, con el objetivo de garantizar cierta estabilidad personal y familiar tanto en el lugar en que realizan sus vidas como en el lugar de procedencia<sup>52</sup>.

Ilustra la aplicación del método de reconocimiento en Argentina, la sentencia emanada del Juzgado Nacional Civil N° 25 en la causa "S.A.M y Otro, s/exequátur y reconocimiento de sentencia extranjera". Un matrimonio solicita el reconocimiento judicial de la sentencia recaída en la Corte Judicial de Oum El Boughu Tribunal de Ain El Beida de la ciudad de Meskiana, República de Argelia (país de origen del marido), en la que con fecha 17 de julio de 2019 se otorgó la *kafala*<sup>53</sup> definitiva respecto de la niña N. H. Los cónyuges explican que, si bien el instituto en cuestión es desconocido por nuestro ordenamiento jurídico, solicitan el reconocimiento de la sentencia, conforme los alcances previstos por el instituto de la tutela judicial. La documentación agregada (sentencia), como así también las complementarias: partida de nacimiento, acta de entrega administrativa y donación de apellido, cuentan con las legalizaciones consulares correspondientes, por lo que se tienen como auténticas.

---

<sup>52</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, "El método del reconocimiento como propuesta de regulación de las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración", *Revista de Estudios Jurídicos* n° 9/2009 (segunda época), pp. 20 y ss.

<sup>53</sup> La sentencia aclara y precisa el contenido de la "kafala", cuando señala que se trata de la institución de mayor protección en el mundo musulmán para los menores huérfanos o abandonados, ya que al no ser posible crear relaciones jurídicas que no tengan carácter biológico, a través de ella se asume el compromiso de proteger, educar y mantener a un menor desamparado. Dicha figura se constituye cuando una persona (kafil), quien debe profesar el Islam, se hace cargo voluntariamente de las necesidades de un niño que fue privado de su familia (makful) y se comprometa a educarlo en la religión musulmana.



El Código Civil y Comercial de la Nación contempla las instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida en el artículo 2640, cuyo segundo párrafo establece que “Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño.” El tribunal dictamina que la norma no implica el reconocimiento de un acto jurisdiccional extranjero sino, propiamente, de la forma de colocación o de reubicación de niños creada en otro Estado. Para ello, recurre al llamado “método de reconocimiento”, entendido como aquel que opera para insertar una situación jurídica que ya ha sido creada al amparo del derecho extranjero y con la finalidad de que ésta despliegue efectos en el foro, sin necesidad de someterla al procedimiento de exequátur previsto en el art. 517 CPCCN y sus equivalentes en los códigos procesales provinciales. Afirma que la inserción de estas instituciones provenientes de sistemas culturalmente diferentes, tal como es la *kafala*, resulta sumamente respetuosa del derecho a la identidad de los sujetos protegidos puesto que no se requiere, necesariamente, la asimilación del instituto creado en Argelia a las propias del foro<sup>54</sup>.

El Juzgado Nacional Civil N° 25, entiende que el reconocimiento de la decisión extranjera solicitada resulta beneficiosa para el grupo familiar y convalida un vínculo fáctico, por lo que resuelve hacer lugar a la inscripción de la sentencia emitida en la República de Argelia y librar oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a los fines indicados<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> HERRERA, Marisa, Gustavo CAMELO y PICASSO, Sebastián (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. VI, Primera Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ed. Infojus, 2015, p. 403.

<sup>55</sup> Poder Judicial de la Nación, Juzgado Civil 25, causa N° 98030/2019, sentencia de 25/09/2020.

*d. El repudio y el despliegue de la cláusula de orden público internacional*

El Código Civil y Comercial de la Nación admite el divorcio sin causas, ya sean objetivas o subjetivas, y a petición de uno solo de los cónyuges (art. 437). Ello induciría a pensar que existe una cierta semejanza con el repudio, si no fuese por dos diferencias sustanciales, una de fondo y otra de forma.

La razón de fondo, radica en que nuestro ordenamiento demanda la absoluta igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio. El artículo 402 puntualiza que “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce [...]”. La plena igualdad jurídica de los cónyuges, es un derecho fundamental consagrado por los tratados de derechos humanos, a los que remite de forma específica el primer artículo del CCCN para la resolución de los casos que éste rige. En los fundamentos del Anteproyecto de reforma del CCCN, se manifiesta que “el matrimonio se celebra y se sostiene por voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento que uno o ambos puedan solicitar su divorcio [...]”.

Por consiguiente, la ruptura del matrimonio puede ser incausada y podrá ser solicitada indistintamente por uno u otro cónyuge. No se discrimina entre personas del mismo o distinto sexo. Precisamente, a los efectos de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979<sup>56</sup>, el enunciado “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o

---

<sup>56</sup>Conviene recordar que la Convención goza de jerarquía constitucional en Argentina y que ha sido ratificada con reservas por Egipto.

resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

En cambio, los hombres egipcios musulmanes tienen un derecho unilateral e incondicional al repudio, sin que sea requisito obligatorio la concurrencia de justa causa, ni tampoco el consentimiento de la esposa. El sistema de divorcio, tal como está regulado en la ley islámica (*sharia*), otorga un trato diferente y desigual a hombres y mujeres. El uso del *talaq* deja a la mujer a expensas del marido.

La razón de forma como diferencia esencial entre los dos institutos- divorcio unilateral y repudio- consiste en la necesaria intervención de la autoridad judicial competente para conceder la disolución del vínculo matrimonial, en orden a su eficacia jurídica, que exige el artículo 435 del CCCN. En tanto, que la ley egipcia autoriza al marido a pronunciar el repudio para desbaratar la unión, sin necesidad de recurrir a procedimientos judiciales.

Las disparidades de fondo y de forma entre los sistemas legislativos involucrados en el caso de Carolina, no se compaginan con los principios y valores contenidos en el orden público internacional argentino. La formulación normativa de la excepción, se manifiesta de modo genérico en el artículo 2600 del CCCN al decir que: “Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”. Será por tanto el juez, quien, en el análisis de cada causa, determine si la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de los efectos de un documento escrito por el notario egipcio, envuelven una vulneración de los principios y valores fundamentales del propio ordenamiento. Una primera mirada, llevará a concluir que resulta evidente que el repudio unilateral del marido destruye el principio de

igualdad como derecho humano universal, con fuerte incidencia en la dignidad de la persona.

No obstante, se ha dicho que en ciertas ocasiones la discriminación que entraña la eficacia extraterritorial del acta de repudio en el foro produzca, paradójicamente, una mejor posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer, como el de casarse y fundar una familia, recogidos en los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos (vgr. Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros). En tales supuestos, la interpretación rígida de la cláusula de orden público, impediría el derecho esencial de la mujer repudiada a obtener la tutela judicial efectiva del artículo 18 de la Constitución Nacional, en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Imposibilitar la consolidación de la situación discriminatoria en el ordenamiento jurídico argentino, podría resultar lesiva para Carolina, quien puede preferir que se prescinda de la tutela que estrictamente se merece, para lograr con ello la obtención de un mejor derecho, siempre, por supuesto, que sea ella la que solicite el reconocimiento del acta notarial en la que consta el repudio pronunciado por Mahmoud en Egipto. Lo contrario, significaría convertir en perjuicio aquello que debería actuar en protección de la mujer discriminada, y supondría para ella una nueva discriminación, al limitar su posibilidad de contraer matrimonio por la existencia de un impedimento de ligamen; o por obligarla a instar un proceso de divorcio en el país para disolver el vínculo. En esta línea, se especula que en casos semejantes sería perfectamente legítima una interpretación flexible o atenuada del orden público, en el sentido de amparar una decisión con-

flictiva en la función promocional de los derechos fundamentales<sup>57</sup>.

Se observa que el término orden público atenuado, alude a la diferente intensidad del funcionamiento de la excepción en las relaciones jurídicas que pretenden constituirse con arreglo a la ley islámica en un Estado, cuyo derecho pertenece al sistema occidental y las relaciones creadas válidamente en el ámbito de los países de tradición islámica, que procuren que se le reconozcan efectos en el foro.

En la primera hipótesis, el orden público reaccionaría plenamente. Cuando se trata de desplegar los efectos de un instituto ya consolidado bajo otra legislación, el orden público no es operativo cuando el reconocimiento de esa forma de disolución del matrimonio conduce a un resultado compatible con el derecho del foro. El repudio unilateral formulado por el marido, fundado en una norma discriminatoria, puede desplegar sus efectos cuando quien solicita el reconocimiento es la esposa o cuando ésta ha manifestado su aceptación<sup>58</sup>. De modo que, en la medida que una institución pueda ser considerada contraria al conjunto de valores y principios del Estado requerido, ésta puede ser reconocida examinando la causa concreta y las circunstancias en las que podría quedar la mujer repudiada si se le denegara el reconocimiento<sup>59</sup>.

La excepción de orden público internacional contenida en el artículo 2600 del CCCN, se desplegará a la luz de las cir-

---

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ-CORONADO, Ana, "Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril (2009), pp. 125-156.

<sup>58</sup> AYALA CARDIÑANOS, Irene, "Excepción de orden público internacional y discriminación por motivos de género", en: *Mujeres y Derecho: pasado y presente*. I Congreso multidisciplinar de la sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho, octubre de 2008, p. 20 Disponible en: <file:///D:/Downloads/Dialnet-ExcepcionDeOrdenPublicoInternacionalYNoDiscriminac-2874617.pdf>

<sup>59</sup> ABARCA JUNCO, A. P. y otros. *Derecho internacional privado*, Madrid: Ed. UNED, 2013, p. 386.

cunstancias del caso en cuestión. Es decir, podrá activarse (es potestad del órgano juzgador), cuando su aplicación implique una vulneración manifiesta de los principios jurídicos fundamentales del ordenamiento argentino. Debe tenerse en cuenta que es “*el resultado de la aplicación de la normativa extranjera lo que debe vulnerar los principios básicos de nuestro Derecho matrimonial, no el contenido abstracto de la ley extranjera*”<sup>60</sup>.

Lo cierto es que con ello se llega a un dato clave, el “DIPr. intercultural”, un DIPr. que regula situaciones sociales mezcla de diversas concepciones culturales y jurídicas: se trata de regular una “nueva cultura social” resultado de la interconexión de culturas de países de recepción de emigrantes y de países de emigración<sup>61</sup>. En tal sentido, se ha señalado la inconveniencia de la inmediata sustitución del derecho extranjero por el derecho privado argentino. Por razones valorativas, será preciso intentar la adaptación o conciliación del derecho extranjero a nuestros principios. De allí que se afirme que “El orden público debe ser contemplado como un factor de coexistencia de los sistemas jurídicos y, preservando sus elementos esenciales, deben investigarse las adaptaciones necesarias para hacerlos vivir juntos”<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Divorcios extranjeros sin intervención judicial. Práctica del Tribunal Supremo. Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid: Ed. Colex, 2000, p. 57.

<sup>61</sup> JUÁREZ PÉREZ, Pilar, “Hacia un DIPr. intercultural”, en CALVO CARAVACA Alfonso L y Pilar BLANCO MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Madrid, Ed. Colex, 2003, pp. 331-349.

<sup>62</sup> BOGGIANO, Antonio, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. I, 6ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La ley, 2017, p. 566.

## **CAPÍTULO 5**

### **RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LAS SUCESIONES**

I. FEUILLADE, Milton: "Sucesiones en el Derecho internacional privado argentino con referencia comparada al derecho comunitario europeo".

**SUCESIONES EN EL DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO CON  
REFERENCIA COMPARADA AL DERECHO  
COMUNITARIO EUROPEO**

**Milton C. Feuillade\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. TRATADOS DE MONTEVIDEO. 3. SUPUESTOS JURISDICCIONALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL; 4. CALIFICACIÓN DE BIEN INMUEBLE; 5. DECLARATORIA DE HEREDEROS Y BIENES INMUEBLES EN LA ARGENTINA; 6. DERECHO APLICABLE; 7. ORDEN PÚBLICO SUCESORIO; 8. TESTAMENTOS; 9. EL REGLAMENTO EUROPEO SOBRE SUCESIONES Y SUS IMPLICANCIAS RESPECTO A LA ARGENTINA; 10. CONCLUSIONES.

## **1. Introducción**

Las cuestiones de Derecho internacional privado en materia sucesoria han sido y son una de las más tratadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Con el Código de Vélez Sarsfield se suscitó la antinomia de la “unidad” o la “pluralidad” en materia sucesoria que el Código Civil y Comercial como veremos solucionó.

La “unidad” o la “pluralidad” pueden plantearse tanto en la esfera de la competencia como de la ley aplicable<sup>1</sup>.

---

\* Investigador Independiente del CONICET. Docente de Derecho Internacional Privado UNR – UCA. Pos Doctor por la Universidad Nacional de Rosario. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona.

<sup>1</sup> KALLER DE ORCHANSKI, Berta, “¿Unidad o Pluralidad en Materia Sucesoria?”, LL – 1975 - B, pp. 437 - 446.



Brevemente, la unidad de competencia afirmará que un solo juez debe conocer de la sucesión, mientras que la pluralidad afirma la apertura de tantos foros competentes como bienes situados en distintos Estados existan. Estas dos concepciones básicas que se pueden denominar “absolutas”, no en todas las legislaciones lo son, teniendo aspectos mitigados de lo que podríamos llamar unidad o pluralidad “relativa”, cuando por ejemplo se declara una unidad jurisdiccional basada en el domicilio y una pluralidad de causas sucesorias a abrirse en los Estados donde existan bienes<sup>2</sup>.

En la unidad de ley aplicable se aplica un solo Derecho a todo el acervo sucesorio y en la pluralidad diversas leyes según la situación de los bienes.

En materia sucesoria, por tratarse de un tema “sensible” para los Estados tanto por razones económicas como soberanas, son escasos los ámbitos convencionales<sup>3</sup>, por ello solamente con los Tratados de Montevideo de 1889 a 1940.

## 2. Tratados de Montevideo

El Tratado de Montevideo de 1889, parte de la base en el art. 66 de la jurisdicción donde se encuentren los bienes y la aplicación de la ley territorial, dicho de otro modo se abrirán tantos sucesorios y se aplicarán tantas leyes como bienes haya en distintos países. Del mismo modo lo establece el art. 63 del Tratado de 1940.

En cuanto a los testamentos establece el art. 44 que: *“La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento. Esto no obstante, el testamento otorgado por acto público con*

---

<sup>2</sup> HOOFT, Eduardo Raimundo, *Sucesión Hereditaria - Jurisdicción Internacional y ley Aplicable*, Buenos Aires: Depalma, 1981.

<sup>3</sup> BONOMI, Andreas, “Successions internationales: conflits de lois et de juridictions”, *Recueil des Cours* Vol. 350 - 2010, pp. 71 - 418. LI, Hopei, “Some Recent Developments in the Conflict of Laws of Succession”, *Recueil des Cours*, Vol. 224 - 1990, pp. 9 - 122.

*cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás”.*

En casi idéntico texto lo establece el art. 44 del Tratado de 1940, la diferencia textual es que en lugar de decir testamento por acto público dice: *“...el testamento abierto o cerrado otorgado por acto solemne”*, ampliando por un lado y descartando por ejemplo el testamento hológrafo.

Continúa el art. 45 diciendo: *“La misma ley de la situación rige: a) La capacidad de la persona para testar; b) La del heredero o legatario para suceder; c) La validez y efectos del testamento; d) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite; e) La existencia y proporción de las legítimas; f) La existencia y monto de los bienes reservables; g) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria”*. En casi idéntico texto y sin diferencias lo expresa el art. 45 del Tratado de 1940.

Ante la pluralidad absoluta hay excepciones desde la unidad, tal como establece el art. 46 de ambos Tratados establece: *“Las deudas que deban ser satisfechas en alguno de los Estados contratantes gozarán de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte del causante”*.

Y el 47 de ambos Tratados: *“Si dichos bienes no alcanzaren para la cancelación de las deudas mencionadas, los acreedores cobrarán sus saldos proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del preferente derecho de los acreedores locales”*.

A su vez si el causante no tiene bienes en un país, conforme al art. 48: *“...los acreedores exigirán su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, con la misma salvedad establecida en el artículo precedente”*. El art. 48 del Tratado de 1940 agrega: *“Los créditos con garantía real quedan exentos de lo dispuesto en este artículo y los dos anteriores”*.

Y el art. 49 de ambos Tratados: *“Los legados de bienes determinados por su género y que no tuvieran lugar designado para su pago se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte, se harán efectivos sobre los bienes que deje en dicho domicilio y, en defecto de ellos o por su saldo, se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes del causante”*.

En cuanto a las colaciones, establece el art. 50 de ambos Tratados: *“...se rige por la ley de la sucesión en que ella sea exigida. Si la colación consiste en algún bien raíz o mueble, se limitará a la sucesión de que ese bien dependa. Cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a que concurra el heredero que deba la colación proporcionalmente a su haber en cada una de ellas”*.

### **3. Supuestos jurisdiccionales en el Código Civil y Comercial**

El art. 2643 del Código Civil y Comercial establece que: *“Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte, los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos”*.

Lo cual a nuestro criterio es una jurisdicción de carácter concurrente. Pasemos a analizar los supuestos.

#### **I. Juez del último domicilio del causante**

El juez del último domicilio del causante puede conocer sobre todo el sucesorio y allí pueden ser denunciados los bienes muebles e inmuebles y realizarse el acuerdo partición de la herencia o el decisorio que lo establezca, para posteriormente solicitar su exequátur en la República Argentina<sup>4</sup>.

#### **II. Juez del lugar de situación de los bienes inmuebles**

De forma concurrente<sup>5</sup> establece la norma que son competentes los jueces del lugar de situación de los bienes inmuebles respecto de éstos.

El punto de conexión es alternativo<sup>6</sup> porque posee disyuntivamente la “o”. Pero hay algo que prima facie no pare-

---

<sup>4</sup> FEUILLADE, Milton C., *La sentencia extranjera*, Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo - Depalma, 2011.

<sup>5</sup> FEUILLADE, Milton C., *Competencia internacional civil y comercial – elementos judiciales en el proceso internacional*, Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

ce ser claro cuando existan varios bienes inmuebles. La redacción es en plural y podría pensarse que ante la situación de bienes inmuebles sitos en diferentes partes del país deberían conocer tantos jueces como bienes dispersos existan en una suerte de fraccionamiento jurisdiccional interno.

El artículo 2336, que establece la competencia interna en materia sucesoria no lo soluciona, porque instaura el foro del último domicilio del causante y posteriormente la remisión al libro sexto.

Creemos que dene conocer un solo juez respecto de todos los bienes inmuebles sitos en la Argentina porque debe mantenerse el principio del fuero de atracción en el sucesorio como proceso universal<sup>7</sup> y que la redacción en plural debe interpretarse en el sentido de que podrá acudir al juez del lugar de cualquiera de los bienes inmuebles que se encuentren en la república y al ser éste el primero que previno<sup>8</sup>.

### III. Jurisdicción del juez del domicilio del heredero único

Podríamos estar ante el supuesto de un causante con domicilio en el extranjero, bienes inmuebles en la República y un heredero único con domicilio en la Argentina.

Debe tenerse en cuenta que a nivel interno el art. 2336 in fine dice: *“Si el causante deja un solo heredero, las acciones personales de los acreedores del causante pueden dirigirse, a su opción, ante el juez del último domicilio del causante o ante el que corresponde al domicilio del heredero único”,* pero no debemos olvidar que en su inicio la norma remite a: *“...lo*

---

<sup>6</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., actualizada por PERUGINI ZANETTI, Alicia, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 251 y ss.

<sup>7</sup> MEDINA, Graciela, *Proceso sucesorio*, 3ra. ed., t. I, Santa Fe: ed. Rubinzal Culzoni, 2011, pp. 102 y 103. ZANNONI, Eduardo A., *“Derecho de las sucesiones”*, t. I, Buenos Aires: Astrea, 2008.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ, Mónica Sofía, *“Algunas consideraciones sobre las sucesiones en el ámbito internacional”*, *Revista Código Civil y Comercial*, Vol. 2017 - 8, pp. 86 - 106, p. 90.

*dispuesto en la Sección 9ª, Capítulo 3, Título IV del Libro Sexto*", por lo que a nuestro criterio el supuesto del heredero único está excluido de los casos de Derecho internacional privado y reservado al Derecho Interno.

#### **IV. Foro de necesidad sobre bienes muebles en la República**

Existen supuestos donde a nuestro criterio podría ser aplicable el art. 2602 del Código Civil y Comercial sobre foro de necesidad<sup>9</sup>. Supongamos un causante con domicilio en el extranjero, sin bienes inmuebles en la Argentina y cuyos herederos se encuentran en la República o encontrándose en el extranjero ocurre que el causante no posee bienes en su domicilio que justifiquen la apertura del sucesorio.

Por una cuestión de no denegación de justicia, economía procesal, en la medida que se cumple con los principios de razonabilidad, teniéndose en cuenta que la jurisdicción en materia sucesoria no posee el carácter de exclusiva ni siquiera para los inmuebles, avizorándose que la sentencia será eficaz por ser factible de cumplimiento en la Argentina. Dada también la proximidad por el hecho de que hay bienes en el país. Relacionándolo con el foro del patrimonio no exorbitante. Que de hecho si se compara con el otro proceso universal que es el concursal, se requiere la existencia de bienes para la apertura de la quiebra<sup>10</sup>.

Respetando la garantía de defensa en juicio, en el requirente y en el requerido y evaluando si para los herederos el proceso en el extranjero se torna excesivamente gravoso que puede constituir una situación de denegación de

---

<sup>9</sup> De una forma que no coincidimos, en el caso: "Papatelle, Blas s/sucesión", fallado por la Cám. Civ. y Com. de Morón, Sala 2ª, el 21/02/11, a un heredero único de un causante con último domicilio en EE.UU. y un bien inmueble en la Argentina se le ordenó acudir a los jueces estadounidenses.

<sup>10</sup> GERBAUDO, Germán E., *Insolvencia transfronteriza*, Buenos Aires: Astrea, 2011.

justicia y posee una estrecha concordancia con el Pacto de San José de Costa Rica en sus artículos 8 y 25 en cuanto el derecho de acceso a un recurso judicial efectivo<sup>11</sup>; de forma excepcional, a nuestro criterio, podría concederse el foro de necesidad.

#### **4. Calificación de bien inmueble**

Establece el art. 2663 del Código Civil y Comercial que la calidad de bien inmueble se determina por la ley del lugar de situación, entonces debemos remitirnos a los artículos 225 a 227 del Cód. Civ. y Com.

Al mismo tiempo no debe prestarse a confusión la sección 15ª del Libro Sexto sobre Derechos Reales, porque por una cuestión de calificaciones y de método<sup>12</sup> analítico analógico estamos ante un asunto de Derecho Sucesorio y no de Derechos Reales sobre bienes que puedan integrar el acervo.

Es decir, si tomamos el art. 2669 que regula los Derechos reales sobre muebles de situación permanente, es eso, bienes muebles y no inmueble conforme a la calificación del 226 sobre inmuebles por accesión, aunque puedan ser coincidentes en cuanto la aplicación de la *lex rei sitiae*.

#### **5. Declaratoria de herederos y bienes inmuebles en la Argentina**

Conforme lo establece el art. 2337<sup>13</sup> a los fines de la transferencia de los bienes registrables, la investidura de heredero

---

<sup>11</sup> FEUILLADE, Milton C., *Recurso judicial efectivo*, Rosario: Zeus, 2011, p. 21.

<sup>12</sup> GANNAGÉ, Léna, "Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures", *Recueil des Cours*, Vol. 357 – 2011, pp. 223 - 490.

<sup>13</sup> Establece el texto completo de la norma: "Si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. Puede ejercer todas las acciones transmisibles que correspondían al causan-

debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos.

La cuestión es sobre si un causante con último domicilio en el extranjero, cuya declaratoria de herederos ha sido dictada por la autoridad competente correspondiente a su domicilio, y lo decimos de este modo, porque en los sistemas comparados, no necesariamente la declaratoria de herederos es judicial sino que puede ser también realizada por vía notarial<sup>14</sup> o administrativa en casos no contenciosos y posee un bien inmueble en la Argentina y se presenta a la apertura del sucesorio con esa declaratoria de herederos. ¿Debe reconocerse? Pensamos que sí, realizándose el respectivo exequá-tur<sup>15</sup>, en lo que consideramos deberá tenerse especial recaudo en el cumplimiento de las garantías en el requirente y requerido particularmente en el anoticiamiento de acudir a la herencia y la condición testada o intestada.

## 6. Derecho aplicable

En relación al Derecho aplicable, establece el art. 2644 que: *“La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino”*.

Esto genera diferentes supuestos de disociación entre *forum et ius*. Pasemos a ver. Partiremos siempre de la premisa de que el causante posee el último domicilio en el extranjero y al menos un bien inmueble en la Argentina.

---

*te. No obstante, a los fines de la transferencia de los bienes registrables, su inversión debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos”*.

<sup>14</sup> Tal como ocurre por ejemplo con España, Perú, Ecuador, Puerto Rico y tantos otros países.

<sup>15</sup> FEUILLADE, Milton C., *La sentencia extranjera*, Op. Cit.

## **I. Sucesión realizada íntegramente en el extranjero**

Como hemos dicho la jurisdicción es concurrente y por lo tanto el sucesorio puede transcurrir íntegramente en el extranjero. Ahora, denunciado en el extranjero el bien inmueble sito en la Argentina, el Derecho Internacional Privado Argentino, manda a aplicar el Derecho Argentino, por lo cual sea la sucesión testada o intestada, respecto del o de los inmuebles, el juez extranjero aplica íntegramente todo el Derecho Argentino como sistema y no sólo el Código Civil y Comercial, y entre otras cosas deberá respetar el orden de suceder y las porciones legítimas establecidas, las restricciones de división de inmuebles rurales, etc.

La pregunta es qué sucede si el juez extranjero no aplica el Derecho Argentino al inmueble. ¿Es nulo el decisorio?

Debe tenerse en cuenta que el derecho del último domicilio del causante es una norma indirecta y la aplicación del Derecho Argentino a los inmuebles es una norma de policía, en concordancia con el art. 2599 del Código Civil y Comercial.

## **II. Eficacia parcial y armonización de derechos**

Nada específicamente dice la normativa interna, ya sea federal como provincial, sobre la posibilidad de eficacia parcial de la sentencia extranjera si una parte de las cuestiones resueltas en ella conculcan el orden público y otra no. Pensamos que puede derivarse del art. 2595 inc. c) en cuanto principio de eficacia y armonización, realizándose de oficio. Dice la norma: *“Cuando un derecho extranjero resulta aplicable: c) 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”*. Y es lo que sucede en lo que estamos tratando, a una misma sucesión, le es aplicable el Derecho Argentino respecto de los inmuebles sitios en el país y el Derecho ex-



tranjero respecto al resto de los bienes se encuentren o no en la República.

En materia de Tratados hace mención a la eficacia parcial la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, en el art. 4. En el derecho comparado lo hace expresamente el art. 54 de la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado<sup>16</sup>.

### **III. Sucesión abierta por inmueble sito en la República**

Aquí se dará respecto del o de los inmuebles la coincidencia entre *forum et ius*, aplicándose el derecho argentino, respecto de los otros bienes se aplicará el derecho del último domicilio del causante en todo lo que no contraríe el orden público internacional.

### **IV. Derechos reales sobre bienes registrables**

Nos planteamos el supuesto de un causante con último domicilio en el extranjero, que posee bienes registrables en la República que como tales están sujetos a derecho reales y que no posean el carácter de inmuebles.

Pensamos que justamente por no poseer el carácter de inmuebles más allá de su registración, quedan sujetos al Derecho del último domicilio del causante.

Respecto de las acciones reales sobre ellos, reiteramos, por una cuestión de calificaciones y de método analítico analógico<sup>16</sup> estamos ante un problema sucesorio y no de estricto carácter real, que de ser así, se aplicará el derecho argentino como ordena el Código Civil y Comercial<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> MAEKELT, Tatiana, "Eficacia Extraterritorial de las Sentencias", en: AA.VV., *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas: Addendum, 2002, pp. 270 - 296, p. 288.

<sup>17</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado*, Rosario: Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

## V. Herencia vacante

Una de las posibilidades es la herencia vacante del causante con último domicilio en el extranjero. Y aquí nos encontramos con el art. 2648 que establece: *“Si el derecho aplicable a la sucesión, en el caso de ausencia de herederos, no atribuye la sucesión al Estado del lugar de situación de los bienes, los bienes relictos ubicados en la Argentina, pasan a ser propiedad del Estado argentino, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la provincia donde estén situados”*.

Sin distinción en la calidad de los bienes, del texto se desprende una especie de: si el Estado extranjero me los atribuye me los quedo y si no me los atribuye también me los quedo.

Nos parece necesario calificar la palabra “ubicados”, en un sentido literal lingüístico ubicar es: “Situación o instalar en un determinado espacio o lugar”<sup>18</sup>, lo que a nuestro criterio lleva a excluir a los bienes muebles sin situación permanente que siguen regidos por el derecho del domicilio de su dueño, tal como lo establece el art. 2670<sup>19</sup> del Cód. Civ. y Com.

Y no es que estemos rompiendo el método analítico analógico, sino que estamos calificando<sup>20</sup> la palabra “ubicados”, como punto de contacto real. No están ubicados porque su dueño no poseía la intención de que permanezcan en la República, dentro de los supuestos de la norma concordante citada.

---

<sup>18</sup> Diccionario de la Real Academia Española, en Internet: <http://lema.rae.es/drae/?val=ubicado>, 25/06/15.

<sup>19</sup> Dice el texto completo de la norma: *“Los derechos reales sobre los muebles que el propietario lleva siempre consigo o los que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar se rigen por el derecho del domicilio de su dueño. Si se controvierte o desconoce la calidad de dueño, se aplica el derecho del lugar de situación”*.

<sup>20</sup> BARTIN, Etienne, “La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois”, *Recueil des Cours*, Vol. 31 – 1930, pp. 561 - 622.

La norma posee concordancia en el derecho interno con el art. 2424 del Código Civil y Comercial cuando en su parte in fine dice: *“A falta de herederos, los bienes corresponden al Estado nacional, provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que están situados”*.

## 7. Orden público sucesorio

Nos parece importante resaltar, que fuera de la norma de policía dirigida a la aplicación del Derecho Argentino a los inmuebles, tal como hemos destacado y como tal opera en su aplicación directa y a priori, tendremos la norma de orden público internacional del art. 2600 del Código Civil y Comercial cuando dice que: *“Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”*.

Ello implica que el derecho sucesorio extranjero no necesariamente debe ser idéntico al nacional, en lo concreto, instituciones como por ejemplo la legítima debe ser medida de forma institucional, si el país extranjero posee legítima y lo es en una porción importante, por ejemplo un cincuenta por ciento o más, deberá aplicarse el derecho extranjero.

Debemos recordar también que a nuestro criterio de forma correcta ha sido derogada la medida de retorsión del art. 3470<sup>21</sup> del Código de Vélez.

## 8. Testamentos

En cuanto a la forma de los testamentos establece el art. 2645 del Código Civil y Comercial que: *“El testamento otorgado*

---

<sup>21</sup> Establecía la norma: *“En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fuesen excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales”*.

*en el extranjero es válido en la República según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales argentinas”.*

A contrario sensu, el testamento otorgado en la República, necesariamente deberá ser realizado conforme al Código Civil y Comercial, tal como lo había hecho Vélez Sarsfield, se conserva a la nacionalidad como punto de contacto alternativo. La razón de la multiplicidad de contactos es por favorecer la validez del testamento, lo cual respeta la voluntad del testador.

Sobre la capacidad para testar, ya sea otorgando o revocando, el punto de contacto es el domicilio del testador al tiempo de otorgar el testamento, conforme al art. 2647.

Creemos que la calificación de capacidad debe hacerse justamente al tiempo que se otorga el testamento tal como hacía el derogado art. 3613 del Código Civil.

Lo que se ha omitido es la capacidad para ser heredero y aceptar, en la misma línea deberá ser por el domicilio del heredero al tiempo de la aceptación.

Respecto del testamento consular, nos dice el art. 2646: *“Testamento consular. Es válido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino o por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios o un Cónsul y dos testigos domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento la autenticación de la legación o consulado.*

*El testamento otorgado en la forma prescripta en el párrafo precedente y que no lo haya sido ante un jefe de legación, debe llevar el visto bueno de éste, si existiese un jefe de legación, en el testamento abierto al pie de él y en el cerrado sobre la carátula. El testamento abierto debe ser siempre rubricado por el mismo jefe al principio y al fin de cada página, o por el Cónsul, si no hubiese legación. Si no existe un consulado ni una legación de la República, estas diligencias deben ser llenadas por un ministro o Cónsul de una nación amiga.*

*El jefe de legación y, a falta de éste, el Cónsul, debe remitir una copia del testamento abierto o de la carátula del cerrado, al ministro de Relaciones Exteriores de la República y éste, abonando la firma del jefe*

*de la legación o del Cónsul en su caso, lo debe remitir al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio.*

*No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento debe ser remitido por el ministro de Relaciones Exteriores a un juez nacional de primera instancia para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe”.*

La norma reproduce el texto de Vélez. Sobre las menciones al testamento en sobre cerrado debe interpretarse que es el supuesto de testamentos realizados en legaciones de otros países que permiten esta forma dado que, si es realizado en un consulado argentino, debe ser hecho por las formas legales permitidas en nuestro país.

La aptitud para ser testigos está sujeta a las condiciones y restricciones establecidas en el Código Civil y Comercial.

## **9. El Reglamento europeo sobre sucesiones y sus implicancias respecto a la Argentina**

En materia sucesoria en la Unión Europea existe el Reglamento 650/2012<sup>22</sup>, del Parlamento del Consejo, aplicable desde el 2015<sup>23</sup>.

En razón del intenso tráfico que posee nuestra república con los países de la Unión Europea nos parece importante analizar la citada norma, con especial referencia a sus normas respecto de terceros Estados. En particular porque el Reglamento desplaza el Derecho interno de los Estados, o dicho de otro modo, s también aplicable respecto de terceros Estados en las circunstancias que analizaremos<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2012-81342>, 18/12/2020.

<sup>23</sup> REQUEJO ISIDRO, Marta, “El tiempo en el Reglamento 650/2012. Ilustraciones de la práctica española”, Revista Española de Derecho Internacional - Sección ESTUDIOS, Vol. 70/2, julio-diciembre 2018, Madrid, pp. 127 – 154. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.2.2018.1.05>, 19/12/2020.

<sup>24</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, ¿Qué norma de conflicto de leyes hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos

El reglamento establece como punto de contacto principal a la residencia habitual en su art. 21, sin embargo no la califica, sino que brinda pautas al juez para ello en el considerando 23 a partir del principio de proximidad<sup>25</sup>, sobre la base de la presencia física estable y regular de la persona en un Estado, no se impone un tiempo mínimo, aunque importa el tiempo de duración, debe responder a que allí se asienta el centro de sus intereses tomando como pauta las condiciones y motivos. En la misma inteligencia el apartado segundo contiene una cláusula de excepción<sup>26</sup>.

Si damos ejemplos por contrario, son casos de traslados por motivos profesionales y económicos, aunque sea por tiempo prolongado y sin embargo mantiene un vínculo estrecho con su Estado de origen, porque por ejemplo allí permanece su familia y vida social.

O aquella persona que vive alternativamente por diferentes tiempos en diferentes Estados, pero no reside de forma permanente en ninguno, porque mantiene sus bienes o asiento principal de sus negocios en su país de origen. Pasa mucho con personas jubiladas en el ámbito europeo. Por supuesto que no

---

de la sucesión?, *Revista Española de Derecho Internacional* - Sección ESTUDIOS, Vol. 69/1, enero-junio 2017, pp. 19 - 48, Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.1.01> , 19/12/2020.

<sup>25</sup> Establece su texto: *"Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento"*.

<sup>26</sup> Establece su texto: *"Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado"*.

constituye residencia habitual el mudarse poco tiempo antes del fallecimiento, baste recordar nuestro caso “Mandl”<sup>27</sup>.

El criterio es tal vez cercano a la tradicional búsqueda del “centro de vida”.

### **I. Aceptación de documentos públicos entre terceros Estados y Europa**

Los documentos públicos que circulen hacia la Unión Europea, están sujetos al Derecho internacional privado de cada Estado de ella. Sobre esto será el normal mecanismo de legalizaciones y traducciones, sin variación al tratamiento general de documentos públicos extranjeros<sup>28</sup>.

Una particularidad respecto de documento que puedan venir a la Argentina es el Certificado Sucesorio Europeo, que debidamente legalizado estará sujeto a reconocimiento en la Argentina, en su naturaleza es un documento público extranjero<sup>29</sup>.

### **II. Resoluciones argentinas a ser reconocidas en la Unión Europea**

En estas situaciones se aplica el Derecho Internacional Privado común del Estado europeo al que arribe la resolución.

### **III. Jurisdicción europea y terceros Estados**

En materia de jurisdicción internacional europea y terceros Estados el Reglamento, el art. 10 del supuesto que el causante no posee su residencia habitual en Europa. Declara la norma que podrá conocer un Estado miembro de la unión

---

<sup>27</sup> Caso: “Mandl”, Federico s. sucesión”, CNCiv., sala C, 03/03/81. Recuperado de: <http://fallos.diprargentina.com/2007/03/federico-mandl.html> , 20/12/2020.

<sup>28</sup> FONTANELLAS MORELL, Josep M., “La forma de la designación de ley en la propuesta de Reglamento Europeo en materia de sucesiones”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIII (2011) - 2, pp. 123 - 144.

<sup>29</sup> FEUILLADE, Milton C., “Los documentos extranjeros en el proceso”, LL - 2007 - F - 805.

sobre el conjunto de la sucesión siempre que: “a) el causante poseyera la nacionalidad de dicho Estado miembro en el momento del fallecimiento, o, en su defecto, b) el causante hubiera tenido previamente su residencia habitual en dicho Estado miembro, siempre y cuando, en el momento en que se someta el asunto al tribunal, no haya transcurrido un plazo de más de cinco años desde el cambio de dicha residencia habitual”. Para luego insertar el foro del patrimonio al decir: “2. Cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente en virtud del apartado 1, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia serán, no obstante, competentes para pronunciarse sobre dichos bienes”.

Los posibles conflictos de litispendencia y conexidad los resuelve el art. 12 bajo el título de “Limitación de procedimientos”, por el que, si la herencia posee bienes en Estados fuera de la Unión, el juez que está conociendo podrá (dice podrá aclararlo), a pedido de parte: “...no pronunciarse sobre uno o más de dichos bienes, en caso de que quepa esperar que su resolución respecto de los mismos no vaya a ser reconocida ni, en su caso, declarada ejecutiva en ese Estado”.

Con una referencia en el inc. 2) donde: “El apartado 1 no afectará al derecho de las partes a limitar el alcance de los procedimientos en virtud de la ley del Estado miembro del tribunal que conozca del asunto”.

Consideramos que ante el posible conflicto de litispendencia y la situación que para nosotros el último domicilio del causante se encontraba en Argentina, al haber jurisdicción concurrente y no exclusiva en la materia, esta norma no contraría el Orden Público internacional argentino.

Un supuesto claro de aplicabilidad de esta norma es sobre un causante con último domicilio en la Unión Europea y que posee bienes inmuebles en la Argentina, sobre los que se ha abierto el sucesorio, por lo que solicitará que el juez europeo no conozca sobre ellos.

Desde la otra banda qué sucede con causantes domiciliados en Argentina con bienes inmuebles en el extranjero sobre los que se declara jurisdicción exclusiva. Evidentemente, el juez



argentino debería dejar de conocer porque su sentencia no será reconocible.

#### **IV. Foro de necesidad**

El art. 11 del Reglamento establece el foro de necesidad, cuyas condiciones para que un tribunal europeo asuma competencia, parte de la excepcionalidad, la imposibilidad o impedimento razonable de desarrollarse en un tercer Estado a partir de la vinculación estrecha y suficiente del asunto con el foro. Los criterios son muy similares al art. 2602 del Código Civil y Comercial.

Se basan en la no denegación de justicia plasmada normativamente en el art. 6 del Convenio Europeo de Derecho Humanos<sup>30</sup> y los arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>31</sup>.

#### **V. Derecho aplicable**

Las reglas de conflictos de leyes del Reglamento se aplican en los Estados miembros ligados por el Reglamento a cualquier sucesión que tenga un elemento extranjero<sup>32</sup>.

En la práctica, a todo ciudadano comunitario europeo, residente en Argentina se le aplicará el reglamento y la ley argentina será reconocida en la Unión, por su último domicilio en nuestro país.

La regla como hemos dicho y conforme al art. 21 es la aplicación de la ley de la residencia habitual del causante. Y por el art. 22 cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cual-

---

<sup>30</sup> Recuperado de: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_spa.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf), 18/12/2020.

<sup>31</sup> Recuperado de: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humano\\_s.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humano_s.htm), 18/12/2020.

<sup>32</sup> Establece el art. 20: *“La ley designada por el Reglamento se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro”*.

quiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

Conforme al inc. 2): *“La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo”*. Y la validez material del por el que se haya hecho la elección de la ley se registrará por la ley elegida.

La gran pregunta es el supuesto del ciudadano comunitario europeo, con último domicilio en la Argentina, que ha realizado elección de Derecho aplicable sobre la base de su nacionalidad: ¿contraría el orden público internacional argentino?, pensamos que no. Por supuesto que deberán respetarse los principios generales de orden público de nuestro ordenamiento, como en todos los casos, se aplicará la ley argentina a los inmuebles sitos en el país, las normas de aplicación inmediata que al caso correspondan, pero fuera de ello, consideramos que nada obsta al reconocimiento.

En especial debe tenerse en cuenta que si la persona posee doble o múltiple nacionalidad, puede optar por a la aplicación de la ley de cualquiera de las, independientemente de aquella que posee en uso habitual.

Esto abre una opción a la autonomía de la voluntad respecto de la enorme cantidad de ciudadanos argentinos que posee a su vez alguna de las ciudadanías comunitarias europeas.

## **VI. Reenvío**

En el marco del Reglamento, por el art. 34, puede haber reenvío a partir de la referencia directa a las normas de Derecho internacional Privado, en el caso de que la ley designada en virtud del Reglamento sea la de un Estado miembro no ligado por el Reglamento como Dinamarca, Reino Unido, Irlanda, o la de un tercer Estado.

En el apartado segundo excepciona el reenvío en los supuestos que se haya aplicado la cláusula de excepción<sup>33</sup>, se haya realizado elección de Derecho aplicable<sup>34</sup>, la validez formal de las disposiciones mortis causa<sup>35</sup> así como la aceptación o renuncia<sup>36</sup> y las disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes por normas de policía u orden público<sup>37</sup>.

Lo cual a su vez implica que para las sucesiones que tramitan en la Argentina se admite el reconocimiento del reenvío realizado por nuestro artículo 2596 del Código Civil y Comercial.

## 10. Conclusiones

El Código Civil y Comercial vino a solucionar la problemática entre unidad y pluralidad del anterior régimen legislativo. Consideramos que la jurisdicción internacional en el Derecho interno posee el carácter de concurrente.

En el supuesto de bienes inmuebles sitios en la república creemos que debe conocer un solo juez respecto de todos los bienes porque debe mantenerse el principio del fuero de atracción en el sucesorio como proceso universal y que la redacción en plural debe interpretarse en el sentido de que podrá acudir al juez del lugar de cualquiera de los bienes inmuebles que se encuentren en la república y al ser éste el primero que previno.

Existen supuestos donde a nuestro criterio podría ser aplicable el art. 2602 del Código Civil y Comercial sobre foro de necesidad.

El supuesto de heredero único no es aplicable al Derecho Internacional Privado.

---

<sup>33</sup> Conf. al art. 21 inc. 2).

<sup>34</sup> Conf. al art. 22.

<sup>35</sup> Conf. al art. 27.

<sup>36</sup> Conf. al art. 28 inc. b)

<sup>37</sup> Conf. al art. 28.

Debe tenerse en cuenta que el derecho del último domicilio del causante es una norma indirecta y la aplicación del Derecho Argentino a los inmuebles es una norma de policía, en concordancia con el art. 2599 del Código Civil y Comercial.

Nada específicamente dice la normativa interna, ya sea federal como provincial, sobre la posibilidad de eficacia parcial de la sentencia extranjera si una parte de las cuestiones resueltas en ella conculcan el orden público y otra no. Pensamos que puede derivarse del art. 2595 inc. c) en cuanto principio de eficacia y armonización, realizándose de oficio.

Respecto del Reglamento europeo en su esencia es aplicable a casos nacionales

## **CAPÍTULO 6**

### **RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

I. MENICOCCHI, Alejandro A.: “Jurisdicción y derecho aplicable en materia de Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial”.

II. SARACHO CORNET, Teresita: “Responsabilidad y reparación de daños en casos multinacionales no contractuales. Regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

# JURISDICCIÓN Y DERECHO APLICABLE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CCCN

**Alejandro Aldo Menicocci\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL; 3. ALGUNAS APRECIACIONES SOBRE EL RÉGIMEN ACTUAL; 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

## **1. Introducción**

### **I. La obligación de reparar**

La reparación, consecuencia de la responsabilidad, es la obligación de responder<sup>1</sup> y la causa de este deber de responder es su fuente. Cuando el deber de responder nace de un acuerdo, aludimos a la responsabilidad contractual; si surge de la obligación general de no dañar, hablamos de responsabilidad extracontractual. Ambas categorías –que podríamos caracterizar como tipos ideales (Weber)– subsumen infinitos supuestos en los cuales la denotación de aquello que se define por defecto como “obligaciones nacidas sin contrato” ingresa en una zona de alta complejidad con figuras del alcance más variado y disímil. Los *cuasi contratos*, la ruptura

---

\* Profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la PUCA. Árbitro del Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Rosario. Consultor independiente de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina; Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. [alejandro@menicocci.com.ar](mailto:alejandro@menicocci.com.ar).

<sup>1</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad Civil – Límites de la reparación Civil*, 2da. ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1974, p. 15 y ss.

intempestiva de negociaciones previas al contrato o la inducción a un tercero promoviendo su frustración, las consecuencias de un delito, el desconocimiento de una relación de filiación, el daño ocasionado por un producto defectuoso, la reproducción de una obra protegida por derechos de propiedad intelectual, el abordaje, la contaminación ambiental, la lesión al honor o el desastre nuclear son, *inter alia*, suficientemente demostrativos de la extraordinaria extensión de aquello que llamamos *no contractual*. La vocación clasificatoria siempre –y lamentablemente– presente en el tratamiento, no está exenta de distorsiones en orden a establecer la precisión ontológica de uno u otro campo de la responsabilidad. Sin ánimo de ingresar en el problema –que correspondería a una filosofía del derecho privado como tal– recordamos la reiterada discusión acerca del carácter de la responsabilidad nacida con causa en los daños ocurridos por el transporte benévolo o el accidente de trabajo: su ubicación como *contractual* o *extracontractual* estuvo determinada no en virtud de su propia naturaleza sino en la extensión que una u otra clasificación otorgaba a la reparación (limitada, en lo contractual, integral en lo extracontractual), lo que exhibe el absurdo de calificar el fenómeno por sus consecuencias en función de un sistema normativo.

Desde otro punto de vista –al que excede el objeto de estas líneas–, quienes concebimos la sociedad civil como fruto de un contrato social (y hasta aquí, enrolarse con Hobbes o Rousseau no entraña diferencias) se puede sostener el carácter contractual de todas las obligaciones, algunas fundadas en el mismo contrato por el cual las personas abandonaron el estado de naturaleza y estipularon ciertas reglas mínimas de convivencia y otras, en cambio, establecidas a partir de acuerdos espontáneos para establecer ciertas obligaciones y derechos específicos. Las primeras son difusas y, en cierto sentido, ilimitadas, tanto que se las sigue describiendo bajo el *neminem laedere* de Ulpiano (Digesto 1, 1, 10, 1). En aras de superar tal grosero fraccionamiento, algunas fuentes imponen tipos específicos de responsabilidad no contractual, uti-

lizando calificaciones autárquicas, alternando métodos directo e indirecto y construyendo un derecho privado unificado auxiliado por el conflicto de leyes. Sin embargo, elaborar la categoría contractual / no contractual desde la *lex fori*, imponiendo la ley aplicable<sup>2</sup>, puede derivar en incongruencias tanto en lo relativo a la jurisdicción como en el derecho aplicable<sup>3</sup>. En forma mitigada, igual fenómeno se opera cuando se establecen algunas categorías autónomas como extracontractuales.

En juicio que compartimos, Genaro Carrió afirma que “(L)as clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar el campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias y prácticas deseables”<sup>4</sup>. En tal sentido, esta clasificación nos resulta útil a los fines del DIPr. Las obligaciones nacidas sin convención pueden ser divididas en tres grandes categorías<sup>5</sup>. En primer lugar, tenemos *aquellas que son la consecuencia de una relación jurídica de otra naturaleza*. La obligación de reconocer la filiación, la alimentaria, y otras anejas, tienen su causa en una relación de familia; la obligación de contribuir a los gastos de la cosa común

---

<sup>2</sup> En términos concretos: el derecho extranjero puede considerar la responsabilidad por transporte benévolo o accidente de trabajo como contractual, mientras la *lex fori* lo puede considerar como un fenómeno de responsabilidad extracontractual. La norma indirecta de la *lex fori* aplicará el derecho que resulte de las conexiones previstas para las obligaciones nacidas sin convención cuando, de calificarse conforme a la *lex causae*, sería aplicable el derecho que resultare para las obligaciones contractuales.

<sup>3</sup> MOSCONI, Franco, *Diritto Internazionale Privado e Processuale, Parte Speciale*, Milano: UTET, 1977, p. 142.

<sup>4</sup> Como sostiene Genaro R. CARRIO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965, p. 72.

<sup>5</sup> V., no obstante, ANZILOTTI, Dionisio, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, CEDAM, 1996, p. 355, quien habla de dos categorías: las obligaciones nacidas de una relación originaria y las que derivan de hechos que no son negocios jurídicos, escindiendo, en esta última, las de los cuasi contratos y las de los actos ilícitos.



o el pago de la medianería derivan de una relación real; la obligación de pagar las deudas del causante deriva de la sucesión hereditaria. En este primer grupo de causas, el derecho llamado a decidir sobre tales obligaciones es aquél que rige la relación de la cual derivan (el estatuto familiar, real o sucesorio, respectivamente). En segundo lugar, encontramos aquellas *obligaciones que nacen de actos lícitos que no son negocios jurídicos (cuasicontratos)* cuya diversa naturaleza (gestión de negocios ajenos sin mandato, enriquecimiento incausado, repetición de lo dado en pago) impone un tratamiento muchas veces análogo al del contrato. Paralelamente a estas obligaciones encontramos las derivadas de la voluntad unilateral: nos referimos aquí a la promesa de pago y la promesa atípica de garantía<sup>6</sup> y excluimos –al considerarse en tipos específicos– el régimen de los títulos circulatorios. Por último, encontramos las *obligaciones con causa en hechos ilícitos (delitos y cuasi delitos) cuyo régimen denominamos estatuto delictual*<sup>7</sup>. La complejidad y heterogeneidad de estas obligaciones –cuyo elemento común, el daño, está lejos de ser el único determinante de la conexión– ha dado lugar a la proliferación de distintos regímenes especiales que reducen, considerablemente, el alcance de la regla general.

Tradicionalmente, el DIPr. sometió la responsabilidad aquiliana a la ley del lugar en el cual el hecho dañoso se había llevado a cabo, fundándose en la conexión intrínseca entre la conducta del agente del daño y el sistema jurídico del lugar donde aquél se produjo<sup>8</sup>. La *lex loci delicti commissi* se funda en el ligamen que existe entre el concepto “moral” de ilicitud –que debe desprenderse de la circunstancia en la

---

<sup>6</sup> MOSCONI, Franco, *Diritto Internazionale Privado*, Op. Cit., p. 142.

<sup>7</sup> VV.AA. *Derecho Internacional Privado – Parte especial*, 6ª ed., revisada, Madrid: Eurolex, 1995, pp. 198 y ss.

<sup>8</sup> BALLARINO, Tito, *Diritto Internazionale Privato*, 2ª ed., Padua: Cedam. 1996, p. 718.

cual ha actuado el agente productor del daño<sup>9</sup>– y en la ausencia de otra conexión mejor<sup>10</sup>. De alguna manera, el reproche deviene de la comunidad en la cual quien comete el ilícito se encuentra y ha encontrado carta de ciudadanía en el DIPr<sup>11</sup>. Otras razones se agregan a ello: la facilidad de la producción de la prueba en virtud de la proximidad, la posibilidad de unificar en torno a la misma y única ley la ilicitud y la reparación, la previsibilidad por parte del responsable del daño y, no menos importante, la de establecerse como correctivo de un mercado estableciéndose como un marco previsible de los costos del infortunio<sup>12</sup>.

Los regímenes especiales de responsabilidad que determinan la ilicitud en el domicilio de la víctima, se fundan principalmente en una acción del agente que agrede, por así decirlo, la circunstancia de aquélla (v.g., el aplicable a la responsabilidad por el producto o la lesión a los derechos de la personalidad).

En el régimen del *Common Law*, la causa debe satisfacer el presupuesto de ilicitud tanto en el derecho del lugar donde se llevó a cabo el hecho dañoso como en la jurisdicción local<sup>13</sup> (*Phillips v Eyre*, 1870; *Boys v Chaplin*, 1971), pues de lo

---

<sup>9</sup> AUDIT, Bernard, *Droit International Privé*, 3<sup>e</sup>.éd., Paris: Economica, 2000, p. 159 y ss. quien señala la raíz en la confusión entre el delito civil y el penal. La soberanía o el orden público fueron enarbolados para sostener la aplicación de la *lex fori*.

<sup>10</sup> BALLARINO, Tito, *Diritto Internazionale Privato*, Op. Cit., p. 718.

<sup>11</sup> Con análogas dificultades ante la defecotusa redacción del texto, la Corte de Casación Francesa derivó la regla del art. 3, 1 del Código Civil en “*Lautour*” y “*Luccantoni*”: MAYER, Pierre, *Droit international privé*, 5<sup>a</sup> ed., Paris: Montchrestien, 1994, p. 443 y ss.; LOUSSOUARN, Yvon y Pierre BOUREL, *Droit international privé*, 4e. éd., Paris: Dalloz, 1993, p. 429 y ss.

<sup>12</sup> LÓPEZ HERRERA, Edgardo J., *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, p. 386

<sup>13</sup> NORTH, Peter M. y James J. FAUCETT, *Cheshire and North’s Private International Law*, 12<sup>th</sup>. ed., London: Butterworths, 1992, p. 528 y ss. “*As a general rule, in order to found a suit in England for a wrong alleged to have been committed abroad, two conditions must be fulfilled. First, the wrong must be of such a*

contrario no satisfaría el estándar para dar lugar a la obligación de reparar. La regla ha sido sensiblemente mitigada hacia fines del siglo XX (*Red Sea Insurance Co. Ltd. V. Bouygues S.A. and Others*, 1994)<sup>14</sup>.

La conexión *lex loci delicti commissi* es multívoca: ella puede referir tanto al lugar donde la acción que ocasiona el daño se llevó a cabo, como a aquél en el cual se producen las consecuencias dañosas del hecho –propriadamente llamada *lex damni*–. Esta disociación ocurre, por ejemplo, en la difusión –vía periodística o por la red– de una difamación, en la circulación de productos defectuosos, o con actos de concurrencia desleal o de polución transfronteriza<sup>15</sup>. Los regímenes no son uniformes en el tratamiento: algunos sistemas se inclinan por la ley del lugar del hecho generador<sup>16</sup>, otros se orientan a la aplicación del derecho del lugar donde se produjo el perjuicio<sup>17</sup>, o autorizan al actor a elegir entre ambos derechos<sup>18</sup> aunque –plausiblemente– se introduzca la necesidad de su previsibilidad en relación al autor del daño<sup>19</sup>.

---

*character that it would have been actionable if committed in England... Secondly, the act must not have been justifiable by the law of the place where it was done”.*

<sup>14</sup> Judicial Committee of the Privy Council, 18.07.1994, *Red Sea Insurance Co. Ltd. V. Bouygues S.A. and Others*; p.v., MENICOCCHI, Alejandro A. - Mónica A. SOARES DA SILVA, “Mitigación de la regla de doble accionabilidad en los hechos ilícitos cometidos en el extranjero en el derecho internacional privado inglés”, *DYE*, N° 1 (1994), p. 81 y ss.

<sup>15</sup> AUDIT, Bernard, *Droit International Privé*, op. cit., p. 165.

<sup>16</sup> Código Civil de Portugal, artículo 45: “...lei do Estado onde decorreu a principal actividade causadora do prejuízo”, idem, ley austríaca de DIPr. del 15 de junio de 1978, art. 48; Ley de Derecho Internacional Privado de la República Popular China, art. 44.

<sup>17</sup> Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela. Artículo 32. Los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito.

<sup>18</sup> Como La ley italiana de DIPr. del 31 de mayo de 1995 (art. 62), la ley venezolana (art. 32), la ley alemana de 1999 –EGBGB– art. 40.

<sup>19</sup> Art. 133 Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado: 1 Se danneggiatore e danneggiato hanno la dimora abituale nel medesimo Stato, le

La rigidez de la conexión ha sido criticada. Se la ha tachado de excesivamente rígida, de vincular el derecho público con el privado, de permitir que hechos que ocasionan daño se amparen a la luz del derecho del Estado que no los considera ilícitos, que es muchas veces difícil de ubicar el hecho generador tratándose de un ilícito a distancia, entre otras. Suele citarse como punto de partida para este apartamiento el trabajo de Morris “*The proper law of the tort*” (1961) y su *debut jurisprudencial* en “*Babcock v. Jackson*” (*New York Court of Appeals*, 1963), en el cual el tribunal aplicó la ley del domicilio común a las partes aunque el accidente de tránsito había tenido lugar en Ontario<sup>20</sup>. Sin embargo, sería erróneo afirmar de esta sentencia que la regla *lex loci delicti commissi* es desplazada automáticamente cuando hay un domicilio o residencia común de las partes que protagonizan el ilícito: más bien puede decirse que el fallo hace aplicación de la ley más estrechamente vinculada al caso concreto y satisfizo la *policy* del derecho neoyorquino, habida cuenta que, a la época de los hechos del caso, el derecho de Ontario rechazaba la pretensión indemnizatoria fundada en el transporte benévolo<sup>21</sup>.

---

pretese derivanti da atto illecito sono regolate dal diritto di questo Stato. 2 Se danneggiatore e danneggiato non hanno la dimora abituale nel medesimo Stato, si applica il diritto dello Stato in cui l'atto è stato commesso. Se l'effetto non si produce nello Stato in cui l'atto è stato commesso, si applica il diritto dello Stato in cui l'effetto si produce, sempreché il danneggiatore dovesse presumere che l'effetto si sarebbe prodotto in questo Stato. 3 Nonostante i capoversi 1 e 2, ove l'atto illecito sia lesivo di un rapporto giuridico esistente tra danneggiatore e danneggiato, le pretese che ne derivano sottostanno al diritto regolatore di tale rapporto.

<sup>20</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Obligaciones extracontractuales”, en FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (coordinador), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires: Zavallia, 2003, p. 1157 y ss.

<sup>21</sup> En realidad, el problema se presentaba con los “*guest statutes*”, que enervaban este tipo de reclamos y que fueron desapareciendo de la legislación estatal estadounidense y canadiense progresivamente. WEINTRAUB, Russell J. *Commentary on the Conflict of Laws*, 3rd. ed., Mineola-NY: The Foundation Press, 1986, pp. 294 y ss.

## II. Régimen internacional jusprivatista argentino convencional y de fuente interna

La *lex loci delicti commissi* plasmó en el régimen convencional montevideano, que, a la sazón, distinguió entre obligaciones nacidas con y sin convención sin otras especificaciones (TDCIM 1889, art. 38; TDCIM 1940, art. 43). Este *a priori* omnicomprensivo de lo *no contractual* es mitigado en algunas fuentes que imponen tipos específicos<sup>22</sup>. La regla *lex loci delicti commissi* fue interpretada como la ley del lugar donde el hecho generador del daño se produjo, sin posibilidad de ampliarse hacia el lugar donde los efectos de aquél se proyectaban (CSJN, 05.02.1998, *Maruba S.C.A. c. Itaipú*<sup>23</sup>; Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, 14.06.2010, “*Nandubaysal SA y otros c. Botnia SA*”<sup>24</sup>).

También limitado a la jurisdicción, en “*Tomás Sastre c. Filiberto Narciso Bibiloni y otro*” (CSJN, *Fallos*, 274:455), se

---

<sup>22</sup> Sin ánimo exhaustivo, este sistema coexiste con los distintos regímenes especiales. Las acciones de responsabilidad en materia de sociedades - Tratados de Derecho Comercial de Montevideo de 1889 y de Derecho Comercial Internacional Terrestre de Montevideo de 1940- se someten a la ley del domicilio comercial (arts. 4 y 7 respectivamente). En materia de navegación, los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889 y de Derecho Comercial Internacional de Navegación de 1940 aplican, en principio la *lex loci delicti commissi* pero también acuden, en ciertos casos, la ley de la matrícula del buque. En materia nuclear, la República Argentina es parte de la Convenio de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (1997) y el Convenio sobre Indemnización Suplementaria (1997), incorporan el principio de canalización, unidad de jurisdicción y limitación objetiva de la indemnización. En materia de accidentes de Tránsito, recordamos al Protocolo en Materia de Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito (San Luís, 1996) y al Convenio bilateral argentino-uruguayo sobre Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito (Buenos Aires, 1991), ambos con concesiones a la ley domiciliaria común.

<sup>23</sup> CSJN, 05/02/1998; LA LEY1998-C, 358 - DJ1998-3, 12

<sup>24</sup> <http://fallos.diprargentina.com/2010/11/nandubaysal-sa-y-otros-c-botnia-sa.html>. Consulta del 30.03.2021.

admitió el desplazamiento de la *lex loci delicti commissi* por la *lex communis*. El caso versó sobre un accidente de tránsito ocurrido en Uruguay, entre actor y demandado con domicilio común en la República Argentina. La demanda se incoó en la República Argentina y los demandados opusieron excepción de incompetencia, fundada en el artículo 56 del TDCIM de 1940, anticipando no consensuar la prórroga de jurisdicción (*sic*). La CS sostuvo que la conformidad con la prórroga de jurisdicción debía ser otorgada ante un supuesto de los no previstos en el artículo 56, y en tanto el actor demandaba ante los jueces del domicilio del demandado, ninguna conformidad se requería de éste. Boggiano<sup>25</sup> cree que de este fallo puede derivarse una solución material acorde al derecho argentino. Al respecto sostiene que “domiciliándose los demandados en la ciudad de La Plata ... si bien el accidente de tránsito ocurrió en Punta del Este, la solución del caso en su sentido efectivo parece estar relacionada, indudablemente, con el domicilio de los demandados, que determina también la jurisdicción internacional. Es difícil justificar la aplicación de la *lex loci actus* a un caso de responsabilidad extracontractual en el cual, al parecer, el hecho del accidente es lo único que vincula la controversia con Punta del Este”.

En el Código de Vélez el problema generó una divergencia doctrinaria de sumo interés, sobre todo, frente a la posible laguna histórica en un código que fue muy prolífico en normas de DIPr. Alcorta reconocía la existencia de la carencia y propuso destilar las normas de conflicto de las normas sustantivas del Código Civil relativas a obligaciones que nacen de los actos lícitos y aquéllas que nacen de los actos ilícitos<sup>26</sup>. El artículo 499<sup>27</sup> proponía una clasificación fundada en

---

<sup>25</sup> BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, t. II, Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 1158.

<sup>26</sup> ALCORTA, Amancio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. II, Buenos Aires: Félix Lajouane Editor, 1887, p. 343 y ss.

los distintos títulos según la naturaleza propia y esencial de cada obligación. A partir de allí, había obligaciones que surgen de hechos jurídicos (artículo 896 –de conductas humanas voluntarias no prohibidas por la ley-) o de actos jurídicos (artículo 944 –de conductas tienen por fin inmediato la producción de efectos jurídicos–). Los cuasicontratos –en tanto están destinados a producir la adquisición, modificación o extinción de derechos– quedan equiparados a los actos jurídicos y se rigen por la misma ley aplicable a los actos jurídicos<sup>28</sup>.

¿Regía, para los actos ilícitos la *lex loci delicti commissi*? La farragosa redacción del artículo 8 del Código Civil no ayudaba en absoluto: “(L)os actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado; pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes a las leyes del país, que reglan la capacidad, estado y condición de las personas”. Los primeros comentaristas -SEGOVIA<sup>29</sup> y Machado<sup>30</sup>- subsumían en el tipo a los actos jurídicos y a los contratos, en tanto no admitían referencias a obligaciones nacidas de hechos ilícitos. Esta

---

<sup>27</sup> No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles.

<sup>28</sup> Reconociendo la distinta naturaleza entre los cuasi contratos, pareciera que habría que considerar la analogía que estos guardan con el contrato al cual se asemejan. En tal sentido, propone ARGUAS averiguar si existe entre las partes una ley común a ambas (nacida de la autonomía de la voluntad) como si hubieran celebrado un contrato y, en caso de ausencia de aquélla, tomar las disposiciones referentes a los cuasi contratos como interpretativas de la voluntad probable del as partes (v.g., art. 2288 CC). ARGUAS, Margarita, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: El Ateneo Librería Científica y Literaria, 1928, pp. 287 y ss.

<sup>29</sup> SEGOVIA, Lisandro (Dr.), *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. I, Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni Editor, 1884, p. 4

<sup>30</sup> MACHADO, José Olegario (Dr.), *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, t. I, Buenos Aires: Felix Lajouane Editor, 1898, p. 27.

orientación fue seguida por Boggiano y Fermé<sup>31</sup>. Goldschmidt, en cambio, predicó por su aplicación a los actos voluntarios, lícitos o ilícitos<sup>32</sup>, postura que fue seguida, entre otros, por Uzal<sup>33</sup>. Sin embargo es cierto que, con norma o sin norma, la doctrina reclamaba un menú más elástico del derecho aplicable a la materia que, sin abandonar la *lex loci delicti commissi*, permitiera atender tipos específicos de responsabilidad con sede en otros espacios. Se hacía sentir también la necesidad de desplazamiento de la atención, originariamente puesta en el hecho generador del daño, hacia el lugar donde aquél producía sus efectos, en correlación con el desplazamiento que la responsabilidad civil había tenido en lo sustantivo, poniendo el énfasis en la víctima y desinteresándose mayormente de la existencia de factor subjetivo en el autor del daño.

---

<sup>31</sup> BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, t. II, Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 1159 y ss. “Empero, es verdad que literalmente el art. 8º se refiere a los actos en general, sometiéndolos a la *lex loci actus*. Ahora bien: dicha norma contempla los actos otorgados fuera del domicilio, dando a entender que se trata de los actos como negocios jurídicos. Esto viene a concordar con la segunda parte del artículo, según la cual los actos “no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes a las leyes del país, que reglan la capacidad, estado y condición de las personas”. En este contexto, los actos susceptibles de ejecución en el país son los negocios jurídicos, ya que resulta extraño a la noción de actos ilícitos el hecho de que deban tener ejecución en el país conforme a sus leyes, según lo exige el art. 8S, dado que los actos ilícitos no pueden conforiarse a ley alguna. Tampoco resulta congruente con la naturaleza de tales actos el que deban conformarse a las leyes argentinas que regulan la capacidad, estado y condición de las personas. La comprensión intrasistemática del art. 8º lleva a entender que esta norma, si alguna virtualidad tiene, no rige específicamente los actos ilícitos”. Idem, en BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 6a. ed. actualizada, t. II, Buenos Aires: La Ley, 2017, p. 848 y ss.

<sup>32</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado – Derecho de la Tolerancia*, 10a ed. actualizada por Alicia Perugini Zanetti, Buenos Aires: Lexis – Nexis, 2009, p. 815.

<sup>33</sup> UZAL, María Elsa, “Determinación de la ley aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual en el derecho internacional privado”, *ED*, 140, p. 845 y ss.



El X Congreso de Derecho Internacional (Asociación Argentina de Derecho Internacional, Buenos Aires, 9 al 11/11/1989) aprobó, entre otras conclusiones, adoptar una definición elástica de “lugar de comisión del hecho ilícito” denotando el concepto no solo el lugar donde se exterioriza la conducta sino también aquél donde se producen sus consecuencias. Consideró asimismo la necesidad de regular por separado cuestiones vinculadas con la responsabilidad del fabricante por el producto, por el transporte por carretera y las violaciones a la propiedad intelectual, como así también la de excluir aquellas cuestiones que involucren relaciones jurídicas preexistentes, tales como, el matrimonio, la filiación o la vinculación laboral. Se pronunció también por la necesidad de elaborar un más acabado tipo legal con la finalidad de emplear, en cada caso, conexiones más significativas con miras a la justa composición a los intereses comprometidos, y distinguir entre la atribución de responsabilidad y la reparación.

En esa orientación, el Proyecto de Código de DIPr. de 2003 estableció como regla general la *lex loci delicti commissi* (art. 89) y otras reglas especiales para contaminación ambiental, responsabilidad por causa del producto, accidentes de tránsito, y lesión a derechos personalísimos (arts. 90 a 93). Estas responsabilidades específicas daban lugar a un menú alternativo de derechos atendiendo a su causa.

El XXVII Congreso Argentino de Derecho Internacional (Asociación Argentina de Derecho Internacional, La Matanza, 8 a 10/9/2016), concluyó, *inter alia*, que *una relación preexistente entre las partes, estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión, puede considerarse como elemento de proximidad relevante a los efectos de aplicar la cláusula de excepción*. El mismo Congreso admitió la posibilidad de *elección de foro* (art. 2605 CCCN) y el *ejercicio de la autonomía de la voluntad respecto de la ley aplicable a las consecuencias patrimoniales de la relación obligacional generada en un supuesto de responsabilidad civil por hechos dañosos*.

Maguer los antecedentes doctrinarios expuestos más arriba, el Código Civil y Comercial adoptó una fórmula general, quizás omnicomprendiva, de la materia<sup>34</sup>. Y decimos quizás, pues el CCCN, en los artículos 2656 y 2657, anticipa una proposición negativa que permitiría filtrar ciertos tipos específicos de responsabilidad civil contemplados en los *artículos anteriores no sometidos a su régimen general*

## 2. Código Civil y Comercial

### I. Jurisdicción

Comienza el artículo 2656 con una proposición negativa: “(E)xcepto lo dispuesto en los artículos anteriores ...”. La fórmula se reitera en el artículo 2657. Anticipa así su ámbito material de aplicación. La proposición pareciera admitir que: a) hay casos de responsabilidad civil previstos en artículos anteriores y, b) que a esos casos se les aplican sus propias pautas atributivas de jurisdicción. Sin embargo, el precepto no es claro en orden a decir cuáles son los casos de los *artículos anteriores*. Después de esta advertencia, el precepto atribuye competencia a los jueces del domicilio del demandado, a los del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño (*lex loci delicti commissi*) o donde éste produce sus efectos dañosos directos (*lex damni*).

El precepto ha abrevado en la letra y el desarrollo jurisprudencial del artículo 5 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas, 1968). Aquélla lo establece en la residencia habitual (y no en el domicilio, como nuestra fuente), aunque podemos decir que la calificación procesal de domicilio no necesariamente se identifica con la sustantiva. A los fines de establecer la competencia, nos basta

---

<sup>34</sup> SCOTTI, Luciana B, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: La Ley, 2017, p. 336 y ss.

con que exista un domicilio efectivo, que asegure la posibilidad de un adecuado ejercicio del derecho de defensa.

En lo que hace a la consecuencia del daño, recordamos “*Handelskvekerij GJ Bier BV v Minas de potasio de Alsacia SA.* (1976)<sup>35</sup>. La actora demandó ante los tribunales holandeses los perjuicios sufridos por la salinización del Rin, ocasionados por la demandada en Francia. El Tribunal de Rotterdam se declaró incompetente, pues los daños se originaban en el país galo. El Tribunal Europeo admitió la competencia holandesa, entendiendo que «*lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso*» ... *refiere, al mismo tiempo, al lugar donde ha sobrevenido el daño y al lugar del hecho causante. Por ello, resulta que la acción judicial frente al demandado puede ser entablada, a elección del demandante, ante el Tribunal o bien del lugar donde ha sobrevenido el daño, o bien del lugar donde se ha producido el hecho causante que ocasiona el daño*”.

Esta disociación entre lugar de origen y lugar donde el daño produce sus efectos fue precisada más tarde por el mismo Tribunal, en orden a evitar que consecuencias remotas del daño puedan entenderse como factores atributivos de jurisdicción, a la sazón, exorbitante. En “*Antonio Marinari v Lloyds Bank*” (1995)<sup>36</sup>, la actora planteó, en Italia, una demanda de indemnización por la detención sin motivo que sufrió en Inglaterra con causa en un denuncia efectuada por la demandada. Adujo que, domiciliándose en Italia, donde se encontraba su patrimonio, había sufrido un grave perjuicio económico y moral y que tal “efecto” del daño otorgaba jurisdicción a los jueces de la Península. La Corte Europea precisó un límite al “efecto” del daño, señalando que “...*aunque se admita que dicho concepto puede referirse a la vez al lugar en donde sobrevino el daño y al lugar del hecho causante, no puede interpretarse de una manera extensiva hasta el punto de en-*

---

<sup>35</sup> Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-ES/TXT/?from=EN&uri=CELEX%3A61976CJ0021>.

<sup>36</sup> Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0364>.

*global cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar”.*

En definitiva, la jurisdicción recaerá en allí donde el daño tuvo su hecho generador o sus efectos inmediatos o mediatos previsibles, o en el domicilio del demandado. Ciertamente es que –como apunta Boggiano–<sup>37</sup> muchas veces el lugar del “hecho generador” o del “efecto directo” del daño no serán tan ostensibles al promover la demanda. Imaginemos, por ejemplo, que asistamos a una contaminación ambiental –por aire o por un curso de agua o por una napa subterránea transfronteriza–. En esta circunstancia, entendemos que bastará la presencia del daño en alguno de los Estados donde éste se proyecta o se manifiesta *aun cuando no se trate del lugar donde se presenta el hecho generador o no se trate de una secuela directa de aquél, siempre que se trate de una circunstancia previsible aun cuando no fuera inmediata*. En otras palabras, habrá que admitir la jurisdicción concurrente de varios Estados y evitar caer en disquisiciones minuciosas sobre el origen o el carácter inmediato del daño que cercenen el acceso a la jurisdicción de la víctima.

Otra preocupación se presenta con la laguna relativa a la prevención del daño, como destaca Alfredo Soto<sup>38</sup>. Si bien podríamos acudir a las reglas atributivas en materia de daños, las reglas previstas en la jurisdicción cautelar (CCCN, 2603) son suficientemente elásticas como para evitar que una disquisición relativa a la “no ocurrencia de efectos en nuestro país” (pues el daño se conjetura, tal el fin de la acción preventiva) cercene el acceso a la justicia local.

En “*Ducler Aldo -Herederos de y Ot. c/ Citibank N.A. (NY) y*

---

<sup>37</sup> BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, t. II, Buenos Aires, Depalma, p. 850.

<sup>38</sup> SOTO, Alfredo Mario, en ALTERINI, Jorge H (Dir), *Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético*, 3ª ed., t. XI, Buenos Aires: La Ley, 2019, p.1148 y ss.

Ot. s/ *Incumplimiento de Contrato*”, 20.10.2020, la Cámara Federal de la Capital, sala I, confirmó la declaración de competencia del juez de grado en una demanda de daños y perjuicios, aunque aplicó para ello las reglas de jurisdicción relativas a contratos (art. 2650 CCCN).

## II. Derecho aplicable

La fórmula negativa se reitera, quizá con mayor complejidad, en el comienzo del artículo 2657: “(E)xceto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable ...”. La doble negación parece indicar que hay casos de responsabilidad tratados en artículos anteriores que no se rigen por esta disposición, salvo disposición en contrario. De compartirse esta idea, la locución es útil para excluir los cuasicontratos, en donde la conducta del agente que pide la reparación tiene como causa un hecho lícito. En tal sentido, resulta plausible acudir a otras conexiones con las cuales el cuasi contrato presente analogías. Ciertamente es que estas figuras híbridas generan múltiples inconvenientes a la hora de determinar el derecho aplicable, ya sea que le extendamos por analogía la *lex contractus*, ya la de responsabilidad extracontractual hecho ilícito<sup>39</sup>. Por ejemplo, si se plantea un caso de incumplimiento contractual y de restitución de lo dado en pago ¿se aplicará la ley aplicable al contrato – como posiblemente lo harían en Italia- o se abordarán independientemente el problema contractual y la obligación de restituir derivada de un hecho lícito (como harían probablemente en Inglaterra, frente a contratos ausentes de *consideration*)<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> MALATESTA, Alberto, *Riflessioni per una revisione della legge N. 218 /1995 in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali*, RDIPP, 2/2018, pp. 318 y ss. El autor explica la dificultad de someter la promesa unilateral prevista por el derecho italiano, al régimen de los contratos.

<sup>40</sup> V. MARONGIU BUONAIUTI, Fabrizio, *La obbligazioni nono contrattuali nel diritto internazionale privato*, Giuffrè Editore, 2013, p. 144 y ss. Recuperado de: <https://u->

También quedan excluidas de la *lex damni* aquéllas obligaciones *ex lege*, que no corresponden al estatuto delictual y por ende se encuentran sometidas al derecho del cual su relación deriva.

El derecho aplicable a la responsabilidad aquiliana es el del Estado donde se produce el daño –*lex damni*–, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y donde se produzcan las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. El texto está tomado de la Convención sobre Ley Aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II, 11.07.2007)<sup>41</sup> aunque aquél presenta una cláusula de excepción específica, cuando del conjunto de las circunstancias se desprenda que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un estado distinto del previsto en la propia Convención. Esta omisión es explicable habida cuenta de contener el Código una cláusula general de escape (CCCN, 2597).

A diferencia de lo que ocurre con la competencia (art. 2656), el lugar del hecho generador del daño no es tomado en cuenta en orden al derecho aplicable. Como se advierte, tal disociación entre el lugar del hecho y el lugar del efecto del daño puede anticipar, *a priori*, que un hecho no considerado ilícito en el estado donde se ha producido puede, sin embargo, ser calificado como tal en el lugar donde se produjo el efecto del daño<sup>42</sup>.

En tanto “lugar donde se produce el daño” es un punto de conexión, calificado por exclusión frente a aquél donde se producen las consecuencias indirectas del daño, habrá que

---

pad.unimc.it/retrieve/handle/11393/171616/2669/MARONGIU%20BUONA IUT%20F.%20Le%20obbligazioni%20%28M%29.pdf.

<sup>41</sup> P.V. MENICOCCHI, Alejandro, “Ley aplicable y soluciones alternativas en las obligaciones extracontractuales”, *Zeus*, N° 6743, 20 de julio de 2000, pp. 1; “El proyecto europeo sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Extracontractuales”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la U.N.R.*, N° 24, julio 2000, pp. 147 -156.

<sup>42</sup> V. SOTO, Alfredo Mario, *Temas estructurales del Derecho Internacional Privado*, 5ª. ed., Buenos Aires: Estudio, 2020, p. 270.

contornear la definición con lo dispuesto por el propio Código en el artículo 1277. *Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.* En este sentido, y recurriendo al criterio de “Marinari”, pareciera que el lugar donde el daño se produce debe limitarse a las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles. No debe confundirse la calificación del punto de conexión con la extensión de la reparación que le otorgue el derecho aplicable. Solo de resultar aplicable el derecho argentino (que, por lo que diremos más tarde, será la mayor de las veces) regirá la regla del CCCN 1726 que limita la reparación a las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

El *forum actoris* parece ser el consagrado en materia de derechos de la personalidad afectados por internet. En *Date Advertising GmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED* (Tribunal de Justicia (Gran Sala), 25 de octubre de 2011)<sup>43</sup> se destacó que *“en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante el contenido publicado en un sitio de Internet, la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses. Esa persona puede también, en vez de ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ejercitar su acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido,*

<sup>43</sup>

Recuperado

de:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=111742&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6021046>.

*accesible. Dichos órganos son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido”.*

Otro problema que divide a la doctrina es el derecho a aplicar cuando el daño produce sus efectos en varios Estados<sup>44</sup>. Algunos autores propugnan aplicar el derecho más favorable a la víctima<sup>45</sup>, opinión esta sobre la cual, más allá de despertarnos una ostensible empatía, requiere de algunas precisiones. En un trabajo reciente, la profesora Roxana BANU<sup>46</sup> despliega un abordaje basado en Thomas Scanlon y su teoría moral aplicada conjeturalmente a un caso análogo al “*Aguinda v. Texaco*” (303, F, 3d, 470, 2002). Supongamos que se presenta al Juzgador la posibilidad de aplicar el derecho del Estado donde se produjo el daño, cuyo derecho otorga a las víctimas una indemnización exigua si la comparamos con la que resultare de aplicar el derecho del establecimiento de la matriz extranjera. A la hora de elegir este último derecho, es probable que tal solución desaliente ulteriores inversiones en el Estado donde el daño se produjo, privando así a generaciones futuras del resultado de tales inversiones por la satisfacción del interés actual de las víctimas. Por otro lado, de aplicarse el derecho del lugar donde el daño se produjo, y ser esta indemnización exigua, se continuarían alentando inversiones de riesgo en Estados en vías de desarrollo sin adecuadas medidas de seguridad, cuya reparación resulta, para el inversor, varias veces menor que la que hubiera debido pagar en caso de que el daño se hubiera producido en un Estado desarrollado. En este dilema, una teoría moral de naturaleza contractual –tal como

---

<sup>44</sup> ALBORNOZ, Jorge, en RIVERA, Julio C. Y Graciela MEDINA, (Directores), *Código Civil y Comercial Comentado, Título IV - Disposiciones de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: Infojus, p. 964.

<sup>45</sup> Parece ser la opinión de WOLF, Martin, *Derecho Internacional Privado*, trad. José Rovira y Ermengol, Madrid: Labor, s/d., p. 253 y ss.

<sup>46</sup> BANU, Roxana, “Moral contractualism and transnational justice”, en MICHAELS, Ralf, GREEN, Michael, BANU, Roxana, *Philosophical Foundations of Private International Law*, Oxford University Press, en prensa.



la de Scanlon<sup>47</sup> o la de Rawls<sup>48</sup>— proporcionan una consistente herramienta en orden a solventar problemas axiológicos como el que adelantamos. No se trata de poner en el tapete de la distribución solo a las víctimas y a los autores del hecho; también estarán las generaciones futuras, tanto las afectadas por el daño como aquéllas que serán privadas de nuevas inversiones en caso de que una indemnización muy alta las expulse. Como vemos, el problema es lo suficientemente complejo como para adelantar en abstracto una prédica sobre cuál será el “mejor derecho”, en palabras de Aldrico.

La *lex loci delicti commissi* cede frente a la *lex communis*, - cuando el autor del daño y la víctima tienen domicilio en el mismo Estado-. Esta segunda regla remonta a “*Babcock v. Jackson*” (*New York Court of Appeals*, 1963), y en cuya decisión el tribunal aplicó la ley del domicilio común a las partes, aunque el accidente de tránsito había tenido lugar en Ontario.

### 3. Algunas apreciaciones sobre el régimen actual

#### I. El artículo 2757 del CCCN no agota todos los derechos posibles

¿La regla del art. 2657 es exhaustiva o es posible admitir la aplicación de otros derechos? No nos referimos, obviamente, a la aplicación de la cláusula de escape (CCCN 2597), pues su extensión es general. No hay *a priori* posibilidad de saber qué va a entenderse por vinculación más estrecha. Al

---

<sup>47</sup> SCANLON, Thomas Michael, *What we owe to each other*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1998.

<sup>48</sup> RAWLS, John, *A theory of justice*, Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1971.

respecto sostiene Weintraub<sup>49</sup> que nada es invocado como mayormente ligado al caso que la cuantificación de daños, con la implícita invitación al *forum shopping*.

Despojada la materia *responsabilidad* de su carga de reproche, ocioso es decir que las partes podrán elegir el derecho aplicable en ejercicio de su autonomía. Se trata de materia disponible, específicamente reparadora, y a pesar de la limitación aparentemente contenida en el art. 2651 del CCCN<sup>50</sup> –en tanto refiere a los *contratos*– no parece existir impedimento razonable, sobre todo si se admite que asistimos a materia susceptible de ser extinguida por transacción. No son trasladables aquí las sentencias contrarias a la autonomía recaídas en *Reger de Maschio, Wally D. y otro, c. Annan, Guillermo A*<sup>51</sup> y *Rivas Cordero Santiago c. Natanson, Jorge s. Daños y Perjuicios*<sup>52</sup>, ambas fuera del ámbito de aplicación de la fuente interna.

## II. Las posibilidades de aplicación de derecho extranjero

Desde una aproximación fundada principalmente en consideraciones prácticas, es poco conjeturable aplicación del derecho extranjero desde la jurisdicción argentina. Recordamos que, mientras las pautas atributivas de jurisdicción son el hecho generador, el efecto directo del daño y el domicilio del demandado, el derecho aplicable es el del es-

---

<sup>49</sup> WEINTRAUB, Russell J., “Rome II and the tension between predictability and flexibility”, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XLI, N° 3, luglio – settembre 2005, p. 572.

<sup>50</sup> NYGH, Peter, “The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort (Volume 251)”, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Consulted online on 23 April 2021 <[http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096\\_pplrhc\\_A9789041102614\\_02](http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrhc_A9789041102614_02)>First published online: 1995.

<sup>51</sup> Juzgado Nacional de 1a Instancia Especial en lo Civil y Comercial Nro. 50, 10/10/1983, con nota de PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, Alicia Mariana, “La responsabilidad extracontractual en un caso argentino-uruguayo”, en *LA LEY* 1986-B, 387.

<sup>52</sup> CNCiv, sala I, 14.04.1998, ED, 182 – 752.

tado donde se producen los efectos directos del daño y, en caso de domicilio común, la ley domiciliaria. Así entendido, si los efectos directos del daño se producen en la República Argentina y no hay domicilio común entre el autor del hecho y la víctima en el extranjero, se aplica derecho argentino. También se aplica derecho argentino cuando hay domicilio común entre el autor del hecho y la víctima en la República Argentina, aún cuando el efecto directo del daño se localice en un estado extranjero.

Por otro lado, las hipótesis de aplicación de derecho extranjero se reducen a dos: a) que el efecto directo del daño se produzca en el extranjero y no haya domicilio común del autor del daño y la víctima en la República Argentina y b) que la *lex communis* del autor y la víctima se localicen en Estado extranjero. En ambas hipótesis, es difícil pensar que el actor habrá de ocurrir a jurisdicción argentina. Si el efecto directo del daño se produce en el extranjero, es muy probable que aquel Estado atribuya jurisdicción a los jueces del lugar donde se verificó el daño o su efecto. Si el domicilio del demandado no se encuentra en la República Argentina, sino en el del Estado donde también se localiza el domicilio de la víctima del daño, este último Estado otorgará la jurisdicción por tratarse del domicilio de la parte demandada. En ambos supuestos, la jurisdicción del Estado del lugar donde el daño produjo su efecto o la del domicilio del demandado presentarán ventajas frente a la jurisdicción argentina, ya sea en tanto podrían unificarse *fórum* y *jus* (supuesto en el cual el daño produce su efecto en el extranjero y el estado extranjero aplica la ley del lugar donde el daño produce sus efectos), ya sea porque presentarían la posibilidad de omitir el reconocimiento y ejecución de la sentencia (supuesto en que el proceso se lleva a cabo en el domicilio del demandado). Quizá la posibilidad exista –como apunta sagazmente la Dra. María Susana Najurieta– ante la eventual localización de una compañía de seguros en nuestro país frente a un ilícito cuyos efectos se localicen en el extranjero (sin domicilio común de las partes en nuestro país) y esta circunstancia

podría atraer la competencia local e inevitablemente, conducir a la aplicación del derecho extranjero.

Si bien la aplicación de la reparación integral es un principio caro a nuestro derecho sustantivo, está lejos de ser un principio de orden público: basta con compulsar que, en materia de Responsabilidad Civil por Accidente Nuclear, las dos Convenciones de las que nuestro país es parte admiten una indemnización objetiva con tope. Por otro lado, la aplicación del derecho local –más allá de la generosidad de nuestra ley– ha sido siempre hostil a la aplicación de daños punitivos, en una quizá no comprensión correcta por los operadores de que se tratan de una eficiente corrección del mercado.

#### **4. A modo de conclusión**

A diferencia de lo que ocurre con los acuerdos espontáneos, en los que las partes cuentan con un despliegue de expectativas y recursos para su satisfacción y estipulan los remedios para su insatisfacción, el universo de expectativas y deberes conjeturables que tenemos y con el cual nos creemos con derecho a exigir en la sociedad civil es, quizás, ilimitado. Puede encontrarse allí una explicación de las constantes revisiones, fragmentaciones, reformas y la sensación de no hallarnos nunca con una respuesta definitiva acerca de cuáles expectativas alcanzan una modalidad deóntica obligatoria, y cuáles son prohibidas. ¿Estamos obligados a evitar un menoscabo en un patrimonio que no es propio? ¿Dónde termina nuestra libertad civil de expresión y cuándo puede aquélla considerarse lesiva? Estas y muchas otras situaciones han generado las distintas respuestas a las que hoy el derecho sustantivo arrastra al derecho internacional. Sin embargo, no tardan en presentarse zonas grises en las que el derecho del lugar donde se genera el hecho no califique a aquél como ilícito, mientras que sí lo hará el del lugar donde la víctima lo reclama (vg., los Estados podrán disentir acerca de lo que constituye libertad de expresión y la eventual lesión al honor; la posibilidad de dispensa de responsabilidad anticipada, el legí-

timo ejercicio del poder público, entre otros). En ciertos casos, la *electio juris* del derecho del lugar del efecto puede resultar una excesiva penalización por el autor del ilícito, en otros, pasará por la localización espacial del hecho dañoso, cuya espacialidad ha perdido significado en un mundo en el cual se puede causar daño sin ocupar espacio, o mejor dicho, en donde las categorías kantianas presumidas por Savigny han sido desplazadas significativamente.

# **RESPONSABILIDAD Y REPARACIÓN DE DAÑOS EN CASOS MULTINACIONALES NO CONTRACTUALES. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

**Teresita Saracho Cornet\***

SUMARIO: I. EL DERECHO APLICABLE SEGÚN EL CCCN; II. UN ÚNICO DERECHO APLICABLE. ¿DARÁ PIE A LA SOLUCIÓN MÁS JUSTA?; III. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

## **1. El derecho aplicable según el CCCN**

El Código Civil y Comercial de la Nación<sup>1</sup> (CCCN), que sustituyó el anterior de Vélez Sarsfield, con su artículo 2657<sup>2</sup> cubrió

---

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Miembro Titular de la AADI. Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, UNC. Vocal de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba.

<sup>1</sup> Aprobado mediante Ley 26.994. Sancionada el 01/10/2014. Promulgada el 07/10/2014. En vigencia desde el 01/08/2015.

<sup>2</sup> Este artículo integra las dos reglas que componen la SECCION 13 Responsabilidad civil, del Capítulo 3 - Parte especial, que integra el Título IV - Disposiciones de derecho internacional privado, contenido en el Libro Sexto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, bajo la denominación de Disposiciones comunes a los Derechos personales y reales.

Artículo 2657: Derecho aplicable. "Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

la laguna normativa existente al disponer, como derecho aplicable –a una obligación emergente de la responsabilidad civil– (“excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores”) la ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador y cualquiera fuere el país en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. De dicha directiva se desprende que quedan comprendidos los supuestos de responsabilidad civil en los que el daño se haya producido ya no por un incumplimiento contractual, sino por la transgresión de la obligación general de no dañar a otros, lo que estábamos habituados a denominar responsabilidad extracontractual.

En su segundo párrafo, la norma prevé el caso en que ambas partes (la víctima y el presunto responsable) se domicilien en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, disponiendo la aplicación del derecho de ese país.

La regulación es muy similar, mas no idéntica, a la contenida en el art. 4º, incisos 1º y 2º del Reglamento “Roma II” (sobre Ley aplicable a las Obligaciones Extracontractuales de la Unión Europea, de 11/7/2007), aunque en dicho ordenamiento se emplea como punto de conexión la residencia habitual y no el domicilio. Además, y como cuestión relevante, no se incluyó lo establecido en el inciso 3º, que permite aplicar una ley diferente cuando del conjunto de circunstancias se desprenda que el he-

---

No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país”.

Las fuentes de la norma son el Reglamento (CE) 864/2007, “Roma II”, del 11/7/2007, art. 4º, incisos 1º y 2º; el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, artículo 43; la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, artículo 133; el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica, arts. 99, párrafos 1º, 2º, y 3º, y 100; la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado, artículo 62; el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado, Uruguay, artículo 52.2 y el Código Civil de Quebec, 1994, Libro X, artículo 3126, párrafo 2º.

cho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un Estado distinto del indicado en los anteriores incisos<sup>3</sup>.

La Comisión de Reforma<sup>4</sup>, explica Najurieta<sup>5</sup>, si bien siguió de manera textual la propuesta elevada por el equipo de colaboradores<sup>6</sup> en el primer párrafo del artículo 2657, introdujo modificaciones en la metodología general de la Sección. En el texto final que quedó plasmado en la ley 26.994, desapareció la “cláusula de excepción especial” para la categoría, que daba gran flexibilidad al sistema y estaba redactada en estos términos: “Si del conjunto de circunstancias del caso se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2 –es decir, los dos párrafos del artículo 2657 de la ley sancionada– se aplicará el derecho de ese otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país puede estar dado por una relación preexistente entre las partes que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión, en cuyo caso el derecho aplicable al daño será el que regula las relaciones jurídicas a que responde”, en línea con la regulación del artículo 43 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de

---

<sup>3</sup> Téngase presente que el citado Reglamento europeo contempla una regla general para “obligación no contractual resultante de hecho dañoso” y reglas especiales para las categorías: responsabilidad por el hecho del producto, concurrencia desleal o actos que restringen la libre competencia, atentado al medio ambiente, atentado a los derechos de propiedad intelectual, responsabilidad por el hecho de huelga o de lock out (artículos 4 a 8 del Reglamento Roma II).

<sup>4</sup> La Comisión de Reformas se integró por el Dr. Ricardo L. Lorenzetti (Presidente) y las Dras. Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, según Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 191/2011.

<sup>5</sup> NAJURIETA, María Susana, “La responsabilidad por daños en casos multinacionales no contractuales. Desafíos y soluciones del sistema de Derecho Internacional Privado de fuente interna”; *Lecciones y Ensayos*, Nro. 96, 2016, pp. 87-115; <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/96/la-responsabilidad-por-daños-en-casos-multinacionales-no-contractuales.pdf>.

<sup>6</sup> El equipo de colaboradores designados por la Comisión de Reforma fueron los profesores Doctores: Adriana Dreyzin de Klor, Marcelo Iñiguez, María Susana Najurieta y María Elsa Uzal.



1940, que designa la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden y, en su caso, la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden.

## **1. Un único derecho aplicable. ¿Dará pie a la solución más justa?**

### **I. Vía de escape. Integración normativa**

La regulación vigente impone reflexionar si la única conexión establecida (lugar de producción del daño) dará una respuesta “justa” para el resarcimiento del “daño”; ello en función que no son pocas las hipótesis pasibles de quedar comprendidas en la situación fáctica contemplada en el tipo legal, como asimismo la posibilidad cierta de daños localizados en diferentes lugares, o bien de daños difusos (como ocurre con la contaminación ambiental, responsabilidad por causa de un producto, accidentes de circulación, difamación o atentado a la vida privada o a los derechos de la personalidad, competencia desleal o de práctica comercial restrictiva, entre otros supuestos).

Si bien cabe reconocer que el tópico había sido motivo de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales diferentes, el enfoque del resarcimiento desde la perspectiva de la “víctima”, da pie a considerar que pudo establecerse una conexión más flexible, de modo tal de satisfacer la reparación de las consecuencias disvaliosas susceptibles de haberse ocasionado a la persona, a su patrimonio, tanto en sus derechos individuales como en aquellos de incidencia colectiva<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Respecto a las actuales tendencias de la responsabilidad civil puede consultarse: INIGUEZ, Marcelo D., “Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Parte Especial”, en J.A. 2015-IV-40; LORENZETTI, Ricardo L., “El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?”, en L.L. 1993-D-1140; LORENZETTI, Ricardo L., “La responsabilidad civil”, en L.L. 2003-A-973; LORENZETTI, Ricardo L., “Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños”, en L.L. 1996-B-1107; PITA, Enrique M., “Las propuestas de armo-

No por obvio, puede soslayarse que el conflictualismo envía al derecho con el que el caso presenta una vinculación más estrecha; y el lugar donde tuvo lugar el hecho generador del daño no resulta ser un espacio neutro; tiene su relevancia a punto tal que está previsto dentro de los foros a los que se atribuye la jurisdicción internacional (cfr. artículo 2656, CCCN, según el cual son competentes para conocer en las acciones de responsabilidad civil: a) el juez del domicilio del demandado; b) el juez del lugar en el que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos).

Sentado ello, la problemática a discernir es ¿“cómo saltar la valla rígida del artículo 2657? Se ha limitado la autonomía de la voluntad en este ámbito, siendo que se trata de un mecanismo que puede funcionar como “correctivo” de localizaciones difíciles en caso de delitos complejos, cuya validez

---

nización internacional de la responsabilidad civil. Análisis comparativo con las soluciones adoptadas en la materia por el nuevo Código Civil y Comercial argentino”, en *J.A.* 2016-II-56; DREYZIN DE KLOR, Adriana y ELLERMAN, Ilse, “La responsabilidad civil en el Derecho Internacional Privado y su regulación en el Código Civil y Comercial”, en *L.L.* 2016-E-791; PIÑEIRO, Rodrigo Fernando, “Obligaciones extracontractuales y Derecho Internacional Privado”, en *ADLA* 2017-1-3; UZAL, María Elsa, “Determinación de la ley aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual en el Derecho internacional Privado”, en *E.D.* 140-845; URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, “Responsabilidad civil en Internet: superación de la regla *lex loci delicti commissi*”, Recuperado de: <http://ideconsultora.com.ar/bcderehocivil2011/ponencias2011/C10/C10-006.pdf> 15); NAJURIETA, María Susana, “Aportes y desafíos de la regulación de la responsabilidad civil no contractual en casos multinacionales”, Relato del XXVIII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL de AADI, La Matanza, Septiembre 2016, p. 31; BOGGIANO, Antonio, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, Cap. XXXII, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006; UZAL, María Elsa, “Responsabilidad civil de fuente no contractual. Jurisdicción competente y ley aplicable”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 278, mayo/junio 2016, Abeledo Perrot, p. 771-807.

dependerá de la aptitud del sistema para prevenir abusos en perjuicio de la víctima del daño<sup>8</sup>.

El anteproyecto presentado por el equipo de colaboradores a la Comisión de Reforma incluía la siguiente norma: “Art. 88.1. Las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan: a) mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño, o bien, b) cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño. La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros”.

Dicha disposición no fue recogida por la Comisión de Reforma y la autonomía de la voluntad aparece omitida en la Sección 13ª del Capítulo 3, por lo que la omisión debe interpretarse como la voluntad de no habilitar la elección del derecho por las partes, ni antes ni después de ocurrido el hecho generador del daño<sup>9</sup>.

A mi criterio, resulta factible aplicar la cláusula de excepción (artículo 2597: “Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso)<sup>10</sup>. Antes bien, no es pasible de aplicación la norma contenida en materia contractual (artículo 2653: “Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden de contrato, el juez está facul-

---

<sup>8</sup> NAJURIETA, María Susana, “La responsabilidad por daños ...”, Op. cit.

<sup>9</sup> NAJURIETA, María Susana, “La responsabilidad por daños...”, Op. cit.

<sup>10</sup> Contenida en el Título IV Disposiciones de Derecho Internacional Privado, Capítulo 1 Disposiciones Generales.

tado para disponer la aplicación del derecho del estado con el cual la relación jurídica presente vínculos más estrechos. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”), precisamente por tratarse de un instituto ajeno a la dimensión negocial.

A la par, la rigidez normativa<sup>11</sup> encuentra su flexibilidad mediante la aplicación de lo dispuesto por el mismo CCCN en orden a las fuentes y su aplicación<sup>12</sup>, en el artículo 1 (Título Preliminar, Capítulo 1) en cuanto dispone: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en lo que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...”, en correlación con la regla de interpretación contenida en el artículo 2, que prevé: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento normativo”.

---

<sup>11</sup> También reconocida por NAJURIETA quien la atribuye a tres circunstancias: a) el segundo párrafo, que designa la *lex communis* –el domicilio en el mismo país tanto de la parte cuya responsabilidad se alega como de la parte perjudicada–, no está contemplada como una opción justificada por la búsqueda de los lazos más estrechos en un caso concreto, dentro de un abanico de opciones –a elección del juez que aplica la regla o a favor de la víctima–, sino como designación de primer rango en la hipótesis señalada; b) la ausencia de una norma explícita que acepte la elección por las partes del derecho aplicable, aun cuando el acuerdo sea posterior al hecho dañoso –como aparece regulada la autonomía de la voluntad en el artículo 14 del Reglamento (CE) N° 864/07–, apartándose asimismo de la propuesta del equipo de colaboradores y c) la eliminación de una cláusula de excepción especial para la materia “responsabilidad civil”. NAJURIETA, María S., “La responsabilidad por daños en casos multinacionales...”, *Op. cit.*

<sup>12</sup> Sobre la incorporación, vigencia y jerarquía de los tratados internacionales, puede verse DREYZIN DE KLOR, Adriana y SARACHO CORNET, Teresita, *Trámites Judiciales Internacionales*, Buenos Aires: Zavalía, 2005, pp. 47-52.

Destacando la función de los “principios”, refiere el actual juez de la CSJN, Lorenzetti<sup>13</sup>, que con la nueva regulación civil y comercial aquéllos tienen una función de integración y control axiológico. Esto diferencia el ordenamiento anterior de Vélez Sarsfield donde los principios tenían un carácter preferentemente supletorio, dado que se acudía a ellos cuando una cuestión no pudiera resolverse mediante otras herramientas (artículo 16, del anterior Código Civil nacional). Añade el magistrado que mientras la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado, el nuevo Código “toma muy en cuenta” los tratados en general y en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. Lorenzetti destaca que en este aspecto se ha innovado profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado y establecer una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado<sup>14</sup>. Coincidiendo con el citado autor, puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

En línea con lo que se viene sosteniendo, siguiendo el orden de jerarquía de las fuentes (la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos), y la hermenéutica que imperativamente prevé el CCCN (que integra el texto literal, su teleología, los principios y valores jurídicos –axiología–, de manera “coherente” –entendida como razonable y funcional), estimo necesario que los jueces y demás operadores jurídicos se sitúen en dicho marco, y desde la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos (artículos 1, 2 y

---

<sup>13</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, LORENZETTI, Ricardo (Dir.), t. I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014, , p. 37.

<sup>14</sup> LORENZETTI, Ricardo L., “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, LL, 2014 E-1243.

conc. de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>15</sup> – CADH-), efectúen una integración normativa –diálogo de fuentes– de modo tal de aplicar la ley del lugar donde se produjo el daño siempre que resulte ser la que más beneficie al derecho humano conculcado (vida, salud, libertad, honor, intimidad, patrimonio, etc.) siguiendo el principio *pro homine* o pro persona, que guía, entre varios otros, el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Máxime cuando éste ha sido incorporado en el CCCN<sup>16</sup> en varias de sus disposiciones normativas y con especificidad, en la regulación propia destinada en el orden interno al sistema de responsabilidad civil (Libro Tercero, Título V, Capítulos 1: artículos 1708 a 1780 y conc.).

## II. El Estado constitucional de Derecho y los Derechos Humanos

Desde el aporte de la filosofía de los derechos humanos, Figueroa, constitucionalista chilena,<sup>17</sup> se pregunta entre varias cuestiones, sobre la relación que debe darse entre el Estado constitucional de Derecho y los derechos humanos.

Tras de efectuar una reseña histórica sobre la consolidación del Estado de Derecho, retrotrayéndose a la Revolución Francesa, pasando luego por la Revolución Rusa, destaca lo que acontece en el siglo XX con la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en

---

<sup>15</sup> Firmada en la ciudad de San José (Costa Rica), en el marco de la OEA, el 22/11/1969. Aprobada por nuestro país, según Ley 23.054 (BON, 27/03/1984).

<sup>16</sup> Sobre el tema puede consultarse RIVERA, Julio C., “La constitucionalización del Derecho Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en RIVERA, Julio C. (Dir.), MEDINA, Graciela (Coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 1-22.

<sup>17</sup> FIGUEROA, Ana María, “La Filosofía de los Derechos Humanos”, en revista *Investigación y Docencia*, pp. 133/140. Aporte realizado en las Jornadas en homenaje al Dr. Germán Bidart Campos, según la autora. Recuperado de: <http://www.centrodefilosofia.org.ar/> Investigación y Docencia N° 40.

que nace “el nuevo paradigma jurídico de los derechos humanos”, aunque, apunta, que recién en este siglo XXI se viene realizando una nueva construcción teórica.

Las declaraciones, pactos y tratados que se elaboran a partir de esta etapa, sostiene, constituyen una nueva legalidad internacional y del derecho interno, a partir de la cual esta diferente mirada de la sociedad controlará a los gobernantes y al derecho. Por medio de ella, afirma, ya no habrá ningún acto de poder que pueda ser admitido ni aceptado como legítimo, “si no pasa el test de los estándares mínimos en derechos humanos”.

Hacia fines del siglo XX, refiere, va creciendo la idea del neoconstitucionalismo, que constituye la superación de la concepción decimonónica del Estado liberal de derecho, por la etapa del Estado constitucional de Derecho. Según la postura de la autora, con el neoconstitucionalismo, se amplía la incidencia del DIDH en las normas internas, debiendo los actos estatales aprobar el estándar de los derechos humanos para su validez y legitimidad. Se incorpora a la organización interna de los Estados una nueva práctica, que traerá discusiones y desequilibrios si se pretende abordar con las viejas concepciones jurídicas. Bajo el título “Globalismo jurídico y derechos humanos”, sostiene que el siglo XXI queda iniciado con lo que denomina “el paradigma de la globalización”, el poder de los medios de comunicación masivos, internet y el discurso único instalado.

Frente al ejercicio del poder económico transnacional y violento, donde la minoría que lo detenta lo hace a costa de la mayoría de la población mundial<sup>18</sup>, va creciendo, en la visión de la jurista chilena, la fuerza del globalismo jurídico, en donde los derechos corresponden a los seres humanos, como sujetos de derecho internacional, que nacen libres e iguales.

---

<sup>18</sup> Que se caracteriza por su pobreza, vulnerabilidad, insuficiencia de alimentos, bienes y servicios y omisión de derechos esenciales.

Del estudio realizado, concluye la autora sosteniendo que con la reforma de la CN en 1994 y la jerarquía asignada a los tratados sobre derechos humanos, internacionales y de integración, se asumió una nueva filosofía política que dio inicio a la etapa del neoconstitucionalismo, o del Estado constitucional de Derecho caracterizado por la coalición de Democracia, Constitución y Derechos Humanos. El neoconstitucionalismo implica asegurar que el contenido de la Constitución debe ajustarse a los estándares del DIDH; el control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes y actos de gobierno y la subordinación de todos los órganos del Estado a los derechos humanos.

Este paradigma de derechos humanos, destaca Figueroa, constituye la cara progresista de la globalización. El globalismo jurídico se erige como una herramienta de protección de los seres humanos como sujetos de derecho internacional, adquiriendo los ciudadanos el derecho a utilizar nuevas herramientas de resistencia al poder económico concentrado y a los Estados más poderosos.

### **III. La Corte Suprema Nacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

En Argentina, conviene recordar que desde el caso “Ekmekdjian”<sup>19</sup>, esto es, antes de incorporación del bloque de constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) comenzó a seguir los pronunciamientos de la Corte IDH. En dicho precedente, aplicó la Opinión Consultiva 7/86 “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” en el Pacto de San José de Costa Rica. Sostuvo que “...la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - uno de cuyos objetivos en la interpretación del Pacto de San José (Estatuto,

---

<sup>19</sup> CSJN, 07/07/1992, “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ amparo”.



artículo 1) -" (Considerando 21). En igual sentido, se expidió en "Fibraca"<sup>20</sup>, y en "Cafés la Virginia SA"<sup>21</sup>).

Con claridad meridiana reiteró la posición, en "Girol-di"<sup>22</sup>, en el que, avanzando en el rumbo asumido en "Ekmedjian" destacó que la *"...ya recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente "en las condiciones de su vigencia (artículo 75 inc. 22, 2º párrafo)"*, esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cfr. artículos 75 de la Constitución Nacional, 62, y 64 de la Convención Americana y artículo 2 ley 23.054.". (Considerando 11). Concluyó la CSJN afirmando que *"(en) consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional."* (Considerando 12).

En materia de reparación de daños, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha dispuesto que la *restitutio in integrum* es un modo de reparar<sup>23</sup>, pero no el úni-

---

<sup>20</sup> CSJN, 07/07/1993, "Fibraca Constructora SC c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", (Considerando 3).

<sup>21</sup> CSJN, 13/10/1994, "Cafés la Virginia S.A. s/ Apelación (por denegación de repetición)", (Considerandos 8 y 9).

<sup>22</sup> CSJN, 07/04/1995, "Girol di, Horacio David y otro s/ Recurso de Casación -causa 32/93", (Considerandos 11 y 12).

<sup>23</sup> Respecto a la reparación en casos en los que nuestro país fue condenado por la Corte IDH, puede verse KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Las medidas de reparación en las sentencias en las que la Argentina resultó

co, precisamente porque en numerosos casos ella misma deviene impracticable. La jurisprudencia de la Corte IDH conduce a examinar los siguientes institutos: 1. la “garantía” y 2. la “indemnización”.

*a. La “garantía”*

Estando a la regulación contenida en el artículo 63.1 de la CADH, la Corte IDH “dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”. La mentada garantía debe entenderse en un sentido amplio, esto es, comprensiva tanto de la capacidad de titularidad del derecho o goce de la libertad, como del efectivo ejercicio.

*b. La “indemnización”*

No siendo posible la restitución completa a la situación anterior, se recurre a la indemnización con naturaleza compensatoria. En este terreno la Corte IDH, ha esbozado dos principios: a) la “justa indemnización” debe proveerse en “términos suficientemente amplios para compensar, en la medida de lo posible, la pérdida sufrida”<sup>24</sup> y b) la indemnización tiene naturaleza compensatoria, no punitiva<sup>25</sup>.

---

condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31647.pdf>.

<sup>24</sup> Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria (art. 67 CADH), sentencia del 17-08-1990, Serie C Nº 9, párr. 27, y Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria (art. 67 CADH), sentencia del 17-08-1990, Serie C Nº 10, párr. 27.

<sup>25</sup> Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Interpretación de la sentencia, cit., párr. 38, y Caso Godínez Cruz, Interpretación de la sentencia, cit., párr. 36.

### *c. Los daños y perjuicios*

La indemnización comprende los daños y perjuicios materiales y el daño moral<sup>26</sup>. El daño material emergente está constituido por las consecuencias patrimoniales que derivan directamente de la violación, y el perjuicio, por el lucro perdido.

Para la estimación del lucro cesante es preciso efectuar una “estimación prudente de ingresos posibles de la víctima durante el resto de su vida probable”, cuando aquélla queda incapacitada o fallece<sup>27</sup>. Apreciación prudente no es discrecionalidad<sup>28</sup>.

Para justipreciar el lucro cesante se toma en cuenta: la edad de la víctima, años por vivir conforme a su expectativa vital, ingreso (salario real o mínimo vigente), inclusive adiciones legalmente previstas (por ejemplo, pago de primas) e intereses que permitan actualizar el valor del ingreso. Del total que resulte se deduce un porcentaje (25%) en concepto de gastos personales de la víctima<sup>29</sup>. No existiendo pruebas directas, el daño emergente se acredita como lo aconseje la equidad<sup>30</sup>.

En cuanto a los derechohabientes de la víctima, se presume que la muerte les ha generado perjuicio, salvo prueba en contrario. Dicha presunción no se da en los casos de los dependientes, hipótesis en las que debe probarse el perjuicio<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Interpretación de la sentencia, cit., párr. 39.

<sup>27</sup> Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Interpretación de la sentencia, cit., párr. 49, y Caso Godínez Cruz, Interpretación de la sentencia, cit., párr. 47.

<sup>28</sup> Corte IDH, Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam (Reparaciones, art. 63.1, CADH), sentencia del 10-09-1993, Serie C Nº 15, párr. 87.

<sup>29</sup> Corte IDH, Caso El Amparo vs. Venezuela (Reparaciones y Costas), sentencia del 14-09-1996, Serie C Nº 28, párr. 28.

<sup>30</sup> *ídem*, párr. 21, y Caso Neira Alegría y otros vs. Perú (Reparaciones y Costas), sentencia del 19-09-1996, Serie C Nº 29, párr. 42.

<sup>31</sup> Corte IDH, Caso Aloeboetoe y otros, cit., párr. 54 y 71.

*d. El daño inmaterial*

Sobre el sentido y alcance del daño inmaterial, ha sostenido la Corte IDH que el mismo “*puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad, así como mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto el reconocimiento de la dignidad de la víctima y evitar que vuelvan a ocurrir violaciones a los derechos humanos*”<sup>32</sup>.

*e. El daño al proyecto de vida*

Ampliando la perspectiva de la reparación, la Corte IDH, desde el caso *Loayza Tamayo*<sup>33</sup> estableció la categoría conceptual “del daño al proyecto de vida”. Este “no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos”, característico del daño emergente, ni se confunde con el lucro cesante, porque “mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objeti-

---

<sup>32</sup> Corte IDH, Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú (Reparaciones y Costas), sentencia del 25-11-2005, Serie C N° 137, párr. 276; Caso Gómez Palomino vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 22-11-2005, Serie C N° 136, párr. 130 y Caso Acevedo Jaramillo y Otros vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 07-02-2006, Serie C N° 144, párr. 308.

<sup>33</sup> Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Reparaciones y Costas), sentencia del 27-11-1998, Serie C N° 42, párr.147 y ss.

vos, el denominado "proyecto de vida" atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas".

El daño al proyecto de vida, avanza por sobre la pérdida de oportunidades, tiene que ver con la idea de realización personal y presenta como referencias diversos datos de la personalidad y el desarrollo individual, que sustentan las expectativas del individuo y su capacidad para acceder a ellas. La pauta de valoración es la razonabilidad de las expectativas.

El proyecto de vida está íntimamente ligado a la libertad, que se proyecta en el derecho de cada persona a elegir su propio destino. Así lo conceptualizó la Corte IDH en la sentencia recaída en el caso *Loayza Tamayo*, al advertir que "difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte"<sup>34</sup>.

El proyecto de vida implica una "situación probable (que no es lo mismo que factible) dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos". Tales hechos "cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito". Para sustentar el deber de reparación en esta hipótesis, la Cor-

---

<sup>34</sup> Corte IDH, Caso *Loayza Tamayo vs. Perú* (Reparaciones y Costas)..., cit., párr. 147.

te IDH hizo notar que la alteración de la vida ocurre “en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que (la víctima) pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses”.

La reparación del daño al proyecto de vida implica una indemnización, pero no se reduce necesariamente a ésta. Puede traer consigo otras prestaciones o compensaciones, que aproximen la reparación al ideal de la *restitutio in integrum*<sup>35</sup>.

El proyecto de vida no es ajeno en la Declaración Americana de 1948, cuando se enfatiza al “espíritu” como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana. El daño al proyecto de vida amenaza, en última instancia, el propio *sentido* que cada persona humana atribuye a su existencia. Cuando esto ocurre, un perjuicio es causado a lo más íntimo del ser humano: tratase de un daño dotado de autonomía propia, que afecta el sentido espiritual de la vida<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Reparaciones y Costas), cit., párr.147 y ss. Sobre este tema, es sumamente valioso el Voto razonado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli. Han sostenido que “El ser humano tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica. Ya en 1948, hace medio siglo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre advertía en su preámbulo que “*el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría*”. Se pronuncian por “reorientar y enriquecer la jurisprudencia internacional en materia de reparaciones con el enfoque y el aporte propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”; por ello es relevante el reconocimiento del daño al proyecto de vida de la víctima, “como un primer paso en esa dirección y propósito” (párr.12).

<sup>36</sup> Voto razonado de Cançado Trindade y Abreu Burelli en el Caso Loayza Tamayo, Reparaciones, cit.

### 3. Reflexiones conclusivas

Desde la reforma constitucional de 1994, el derecho argentino se integra en una nueva pirámide constitucional con el DIDH, recogido en el llamado “bloque de constitucionalidad” o “bloque federal”. Tal situación normológica trae aparejada la coexistencia de diversas fuentes productoras de normas escalonadas jerárquicamente, según lo establecido en los artículos 27, 31, 75 incisos 22 y 14, y 118 de la CN.

Así, el monismo asumido en la Carta Magna, puso de este modo fin a las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales que durante muchos años tuvieron lugar respecto al grado de prelación de las fuentes normativas.

Este hito en el ordenamiento legal fundamental conlleva repercusiones relevantes en las diversas áreas normativas, entre las cuales se encuentra el Derecho Internacional Privado.

Habiéndose el Estado nacional sometido a los órganos jurisdiccionales supranacionales establecidos en la CADH, los poderes que integran los órganos públicos están compelidos a respetar y garantizar el plexo de derechos y libertades reconocidos en la CADH, so pena de que el Estado nacional incurra en responsabilidad internacional.

La rigidez de la regulación normativa contenida en el artículo 2657 del CCCN puede flexibilizarse recurriendo a la aplicación de la vía excepcional prevista en el artículo 2597 del mismo ordenamiento. A la par, mediante la aplicación de lo dispuesto en los Tratados de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional, como así también siguiendo la jurisprudencia y pronunciamientos de la Corte IDH, en virtud de la vigencia de las reglas establecidas en los artículos 1 y 2 del CCCN en correlación con las contenidas en el Capítulo 1 del Título IV del Libro VI del mismo cuerpo normativo.

En este escenario del mundo jurídico argentino, debe analizarse el daño resarcible en la responsabilidad civil (no contractual), tanto para los casos nacionales como para los multinacionales.

## **CAPÍTULO 7**

### **CONTRATOS INTERNACIONALES Y CONTRATOS DE CONSUMO**

I. ALL, Paula M. – IUD, Carolina D.: “Comentarios acerca de algunas soluciones del Código Civil y Comercial en materia de contratos internacionales”.

II. KLEIN VIEIRA, Luciane: “El consumidor transfronterizo en el Código Civil y Comercial: diálogos a partir del Derecho Comparado y del Derecho del MERCOSUR”.



# COMENTARIOS ACERCA DE ALGUNAS SOLUCIONES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN MATERIA DE CONTRATOS INTERNACIONALES

**Paula María ALL\* Y Carolina D. IUD\*\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. ASPECTOS JURISDICCIONALES; 4. LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE; 4. EL PLANO PROCESAL; 5. REFLEXIONES FINALES.

## **1. Introducción**

La regulación prevista por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) en materia de contratos internacionales recoge la mayoría de las soluciones ya consagradas en la fuente interna que lo precediera y en las grandes líneas trazadas por la jurisprudencia gestada a lo largo de la vigencia del Código Civil (CC). Empero, la mayor innovación que puede señalarse respecto del régimen anterior es, sin dudas, la incorporación de una regulación diferenciada para los contratos y relaciones de consumo respecto de los contratos concluidos en partes que se encuentran, en principio, en igualdad de condiciones. En cuanto a estos últimos cabe destacar la incorporación de algunas soluciones específicas en ciertas cuestiones que, al menos en su formulación literal, parecen apartarse, al menos en su literalidad.

---

\* Profesora Titular de Derecho internacional privado e Investigadora del Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

\*\* Profesora Titular de Derecho internacional privado y comunitario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo y Profesora Adjunta (int.) de la misma materia en la Facultad de Derecho de la UBA.

dad, de las tradiciones existentes. Al mismo tiempo se han mantenido o incorporado otras cuyo valor y conveniencia en los tiempos actuales, han merecido reparos por ciertos sectores de la doctrina.

El art. 2594 del CCCN, primer artículo de las “Disposiciones generales”, cuyo valor didáctico para los aplicadores del derecho resulta innegable, aunque tal vez innecesario para aquellas personas familiarizadas con el Derecho internacional privado<sup>1</sup>, ratifica la supremacía jerárquica de las fuentes internacionales y la aplicación subsidiaria de las normas de fuente interna, en consonancia con lo dispuesto por el art. 75 inc. 22) de la Constitución de la Nación Argentina (CN).

La República Argentina es parte de una amplia gama de tratados internacionales que regulan ya sea los contratos en general o ciertos contratos en particular, tanto con alcance regional como universal<sup>2</sup>, consagratorios de normas de jurisdicción internacional y/o relativas al derecho aplicable, en este último caso con evidencias claras del pluralismo metodológico. Diversas sentencias pronunciadas luego de la entrada en vigor del CCCN han hecho referencia a esta disposición para justificar la aplicación prioritaria de las normas de fuente internacional, tal como se expone en este aporte.

Yendo concretamente a la fuente interna, cabe destacar que, siguiendo la técnica legislativa característica del sector, se han incluido disposiciones relativas tanto a la jurisdicción internacional como al derecho aplicable.

---

<sup>1</sup> Véase ALL, Paula M. - Jorge ALBORNOZ, “Comentarios al art. 2594”, en: RIVERA, Julio C. – Graciela MEDINA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires: La Ley, 2015, pp. 776-779. Asimismo, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego “Aspectos generales y particulares relevantes de la nueva dimensión interna del derecho internacional privado argentino”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2015 (número extraordinario), pp. 403-404.

<sup>2</sup> Para una visión más o menos completa de los mismos, véase IUD, Carolina D., *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires: Albremática-El Dial, 2019.

Así, en relación a la determinación del juez competente en materia contractual, se señala que la regla de base es la autonomía de la voluntad, tal como se desprende claramente del art. 2650 del CCCN que consagra una serie de criterios atributivos de jurisdicción de carácter subsidiario que resultan operativos, como dice la norma, “no existiendo acuerdo válido de elección de foro”. Esto conlleva la necesaria consideración en este marco de lo dispuesto no sólo por el art. 2650 sino también por los arts. 2605/2607 del CCCN.

Dentro de los múltiples aspectos que involucra la temática, en este plano jurisdiccional nos ocuparemos en esta oportunidad de tres de ellos, a saber:

1. El art. 2605 del CCCN y su relación con el arbitraje comercial internacional a la luz de lo dispuesto por la ley de arbitraje comercial internacional 27.779 (LACI).
2. El acuerdo tácito de elección de foro por inactividad del demandado.
3. Los criterios atributivos de jurisdicción subsidiaria: a propósito de la pluralidad de demandados, el lugar de cumplimiento y el supuesto de sucursal.

En el sector del derecho aplicable, el CCCN consagra a texto expreso el rol preponderante de la autonomía de la voluntad - tal como se venía sosteniendo en la jurisprudencia y doctrina nacionales-, y evita los intrincados razonamientos a los que otrora se debía recurrir para su fundamentación jurídica. Así, el art. 2651 del CCCN establece que los contratos se rigen, en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones, por el derecho elegido por las partes, ya sea porque en forma expresa así lo hubieren hecho, o porque tal elección resultara de manera cierta e inequívoca del mismo o de las circunstancias del caso. La citada disposición regula en forma puntual algunos aspectos tales como el *dépeçage* o la posibilidad de cambiar el derecho que originalmente regía el contrato. El sistema admite tanto la autonomía conflictual como material y dedica especial atención al rol del orden público internacional y

de las normas internacionalmente imperativas. Asimismo, contiene dos reglas importantes tales como que, en presencia de la elección de un derecho nacional, se entiende elegido el derecho interno de ese país, excluyendo por tanto la posibilidad de reenvío (salvo acuerdo en contrario), como también que la elección de un determinado foro nacional no implica la elección del derecho de ese Estado como aplicable al contrato.

En otro orden, es dable destacar que, en defecto de elección por las partes, el CCCN en el art. 2652 estructura el sistema subsidiario y somete a los contratos a “leyes y usos del país del lugar de cumplimiento”, conteniendo una serie de reglas “en cascada” que conducen a su determinación; ssi la determinación de tal lugar no resultara posible, se lo somete entonces a las leyes y usos del país de su celebración. Asimismo, sujeta la perfección de los contratos entre ausentes a la ley del cual partió la oferta aceptada.

Si bien cada una de estas cuestiones merecería un análisis detallado, abordaremos en el plano del derecho aplicable las siguientes cuestiones:

1. El rol de la *lex mercatoria* y el *soft law* y el disfavor que parece traslucir el CCCN, a diferencia de lo que parece emerger de la LACI.
2. La opción por una regla general de determinación del lugar de cumplimiento.
3. La precisión temporal del punto de conexión “domicilio del deudor”.

Finalmente, cabe destacar que algunas de las soluciones previstas por el CCCN proyectan sus efectos en el plano procesal, entre las cuales trataremos especialmente:

1. La elección tácita del derecho aplicable al contrato por conductas procesales concluyentes.
2. La prueba del derecho extranjero en caso de ejercicio de autonomía de la voluntad y del *soft law*, en caso de que las partes hubieran hecho referencia a éste.

## **2. Aspectos jurisdiccionales**

### **I. El art. 2605 del CCCN y su relación con el arbitraje a la luz de la LACI**

El art. 2601 del CCCN, en concordancia con lo establecido por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, dispone que la jurisdicción internacional de los “jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye de conformidad con las normas de este cuerpo legal”. La sección 11ª del Título IV del CCCN, al regular los contratos, comienza metodológicamente introduciendo una norma sobre jurisdicción en el art. 2650, la cual señala que “no existiendo acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción del actor: a) los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos; b) los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales: c) los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que ésta haya participado en la negociación o celebración del contrato”. De esta forma, el art. 2650 determina en qué casos los jueces argentinos serían competentes, “no existiendo acuerdo válido de elección de foro”. Nuestro sistema adopta -como criterio de base atributivo de jurisdicción internacional en materia de contratos internacional- a la autonomía de la voluntad de las partes y, en defecto (o invalidez) de la misma, recoge como jurisdicciones subsidiarias los criterios tradicionales en la materia, tales como la del domicilio o residencia del demandado, la del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones y la del lugar de ubicación de la agencia, sucursal o representación del demandado.

La autonomía de la voluntad como criterio de determinación de la jurisdicción internacional en materia contractual, constituye una solución tradicional en este ámbito y es am-

pliamente admitida más allá de las restricciones o límites a que pueda estar sujeta. En virtud de dicha libertad, las partes en una relación iusprivatista multinacional pueden determinar el juez o árbitro que se encargará de resolver las controversias que se susciten entre ellos, la cual se suele plasmar en acuerdos o cláusulas de elección de foro que modifican la jurisdicción internacional<sup>3</sup>. En otras palabras, la prórroga de jurisdicción es la posibilidad que se otorga a las partes en ciertos actos jurídicos de elegir el tribunal ante el cual van a dirimir una controversia que se suscite entre ellas con motivo de dicho acto, o incluso de evadirse expresamente de toda jurisdicción oficial eligiendo un tribunal arbitral<sup>4</sup>.

A diferencia del anterior Código que no contenía una norma específica, el art. 2605 del CCCN incorpora los acuerdos de elección de foro<sup>5</sup>; sin embargo, la norma reproduce de manera casi idéntica lo prescrito en el art. 1 del CPCCN<sup>6</sup>, señalando que “en materia patrimonial e interna-

---

<sup>3</sup> Ver RODRÍGUEZ BENOT, Andrés *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Madrid: Beramar, 1994, pp. 39 y ss.

<sup>4</sup> La Sala C de la CNCom., en “*Selman, Christian José c/ López Nestor Antonio y otros s/ ordinario*”, de fecha 17/11/2020, sostuvo que “la prórroga de jurisdicción, se trata de una facultad excepcional que debe ser interpretada con carácter restrictivo, pues importaría un desplazamiento del tribunal natural de la causa por la voluntad de las partes que debe siempre ser expresada de modo claro y preciso”.

<sup>5</sup> Las fuentes de esta norma son el art. 1 del CPCCN, el art. 17 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 y el art. 5.1 de la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado de Suiza.

<sup>6</sup> La Sala C de la CNCom., en fecha 05/03/1991, *in re “Quilmes Combustibles c/Vigan S.A. s/ordinario”* señaló que “Las normas de atribución de la competencia internacional de fuente nacional, se la adjudica a los jueces de la República, cuando la prestación contractual litigiosa debió cumplirse en nuestro territorio o en él tiene su domicilio o residencia el deudor de aquella (arts. 1205/1214 del Código Civil). Sabido es que la ley procesal admite la prórroga internacional de la jurisdicción (art. 1) a un órgano judicial que en principio carece de ella, bajo la condición de tratarse de asuntos internacionales y de índole patrimonial. En las cuestiones de jurisdicción internacional es factible tal prórroga por la naturaleza 'disponible' de las normas

cional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros<sup>7</sup> fuera de la República<sup>8</sup>, excepto que los

---

atributivas de jurisdicción territorial que permiten el juego de la autonomía de las partes en la elección de jueces argentinos o extranjeros y se encuentran fundadas en diversas razones (BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, t. I, pp. 226 ss.). En consecuencia, en primer lugar ha de estarse a la jurisdicción que elijan las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad". En el caso "*Inta S.A. c. MCS Officina Meccanica S.P.A. s. ordinario*", de fecha 10/10/1993, la Sala E de la CNCom. puso de manifiesto que "(...) En el derecho procesal internacional de fuente interna, el art. 1° CPCCN (ref. Ley 22.434) establece la admisibilidad de la prórroga de jurisdicción en jueces o árbitros extranjeros, restringiéndola a los asuntos exclusivamente patrimoniales y de índole internacional. Este instituto reconoce su fundamento en la necesidad de favorecer el comercio multinacional y los términos de su intercambio", *ED*, t. 157, pp. 129 ss. y <http://fallos.diprargentina.com/2007/03/inta-sa-c-mcs-officina-meccanica-spa.html>. Once años antes, la Sala I de la Cámara 1ª. Civ. y Com. de Bahía Blanca, en fecha 10/08/1982, en "*Narbaiz, Guillermo y Cía S.C.A. y otros c. Citibank N.A.*", había señalado que "el derecho internacional privado argentino no ve obstáculos para la prórroga de la jurisdicción de los jueces nacionales en materia contractual (...); el nuevo art. 1 CPCC consagra sin ambages ese principio de la autonomía de la voluntad en la materia", *JA*, 1983-III, pp. 215-220 y <http://fallos.diprargentina.com/2007/03/narbaiz-c-citibank-na.html>.

<sup>7</sup> La Sala E de la CNCom., en fecha 26/09/1988, en la causa "*Welbers S.A., Enrique C. c. Extraktions-Technik Gesellschaft Fur Anlagenbay M.B.M.*", señaló que "el derecho argentino reconoce la facultad de las partes de acordar la prórroga de jurisdicción en árbitros que actúen en el extranjero, en cuestiones patrimoniales de naturaleza internacional, dentro de los límites fijados por la ley (art. 1º, Cód. Procesal, ley 22.434). Y si la norma menciona la prórroga en favor de jueces extranjeros o árbitros que actúen fuera de la República, con mayor razón se admite el rol de la autonomía de la voluntad para la designación de jueces y árbitros que actúen en la República Argentina (cfr. mensaje de elevación de la ley 21.305), *LL*, 1989-E, p. 304 con nota de BOGGIANO. En "*Supermarkets Norte Investments B.V.c/ Carrefour S.A. y otros s/ordinario*". La Sala F de la CNCom., en fecha 27/11/2014, al fallar en un caso en el cual las partes habían pactado el arbitraje, señaló que al ser las cláusulas compromisorias una convención contractual por la que se renuncia a los jueces ordinarios, las mismas deben ser interpretadas con carácter restrictivo. Ver en [www.cij.gov.ar/sentencias.html](http://www.cij.gov.ar/sentencias.html).

jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley". De esta forma, el alcance de la autonomía de la voluntad queda restringido a los asuntos patrimoniales<sup>9</sup> y se exige que se trate de materia internacional<sup>10</sup>, con lo cual la prórroga aparece vedada para las re-

---

<sup>8</sup> Estimamos que la redacción de la norma podría haber sido más clara si se hubiese seguido el modelo del CPCCN y aludido a "jueces o árbitros que actúen fuera de la República". Más allá de las palabras utilizadas en el CCCN, resulta claro que a eso se refiere.

<sup>9</sup> Una de las observaciones que se ha formulado a esta norma es que, al seguir la redacción del art. 1 del CPCCN y restringir el alcance de la autonomía a los asuntos patrimoniales, "no sólo contrasta con la evolución general de la autonomía de la voluntad, sino con los considerables cambios producidos en ámbitos no patrimoniales, algunos de los cuales son ampliamente receptados en el Código". Ver. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P "Comentario al art. 2605", en RIVERA, Julio C. – Graciela MEDINA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 815.

<sup>10</sup> De alguna manera, el recaudo de la internacionalidad en el régimen anterior al CCCN, había sido tratado, en el dictamen del Procurador, en el caso "*Goijsman, Mario D. c/G0omer S.A.C.I.A*" el 18/11/2003, compartido por la CSJN el su decisión de 11/05/2004, al sostener que: "Así, los agravios relativos a que no se trataría de un asunto internacional, a que las partes son argentinas y se domicilian en este país, y a la conveniencia de ser demandado ante los tribunales del propio domicilio, encuentran suficiente respuesta en las consideraciones del dictamen fiscal a las que remitió la sentencia. En efecto, luego de referirse a los términos de la prórroga de jurisdicción convenida en la cláusula N° 8 del acuerdo, el fiscal general señaló que la amplitud de lo libremente estipulado y la incorporación, en virtud de la capitalización de la sociedad demandada, de socios financieros internacionales (sociedades extranjeras domiciliadas en los Estados Unidos de Norteamérica), lo llevaban a juzgar procedente la prórroga de jurisdicción pactada. Destacó al respecto, la vinculación acordada entre el contrato de empleo del actor, con la serie de pactos referidos a la suscripción, oferta y venta de acciones, fusión con terceras empresas, y forma de recupero de la inversión, entre otros, circunstancia –dijo– que pone de relieve la existencia de un negocio de inversión internacional que excede de una mera relación social interna en la que se ha cuestionado la rescisión del vínculo laboral entre actor e inversores, independientemente de la ubicación del domicilio social de la accionada, dado especialmente el sometimiento a arbitraje obligatorio y que fueron fijados a los efectos respectivos, domici-



laciones jurídicas internas. En esta línea, Uzal destaca que el rasgo de internacionalidad de la controversia podría surgir tanto del origen del caso o como consecuencia de su devenir económico o social, pero “sin embargo, lo que aparece claro es que ese carácter no podría ser atribuido por la sola decisión de las partes”<sup>11</sup>.

En consecuencia, la derogación de la jurisdicción argentina encuentra como límites la jurisdicción exclusiva de los jueces de nuestro país<sup>12</sup> y los supuestos en los cuales la prórroga se encuentra prohibida, cosa que sucede por ejemplo con los contratos de consumo (art. 2564)<sup>13</sup>. Téngase en cuenta que el art. 2605 permite prorrogar tanto en jueces como en árbitros pero que en relación a este último el CCCN regula en los arts. 1649 a 1665 el contrato de arbitraje a nivel interno, debiendo recurrirse en caso de arbitraje internacional a las disposiciones de la LACI.

La incorporación del art. 2605 del CCCN constituye un avance en el sistema argentino, aun cuando reproduzca el

---

lios especiales en los Estados Unidos (v. fs. 2069 vta./2070)”. Ver la reseña a este caso efectuada por NOODT TAQUELA, María B. – Adriana VILLA - Julio Cesar CORDOBA, en *Derecho del Comercio internacional*. Temas y actualidades (DeCITA), nº 5/6, 2006, p. 478.

<sup>11</sup> Ver UZAL, María E., *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: La Ley, 2016, p. 234-235. La citada autora cita incluso a GAUDEMET-TALLON y DROZ, quienes han criticado la exigencia de este requisito de internacionalidad y que, incluso, se muestran favorables a admitir que el carácter internacional de la cláusula de prórroga de jurisdicción pueda provenir de la sola elección por las partes de un tribunal extranjero.

<sup>12</sup> El art. 2609 del CCCN establece supuestos de jurisdicción argentina exclusiva, dejando a salvo también “lo dispuesto en leyes especiales”.

<sup>13</sup> Préstese atención a la situación particular que se presenta en relación al contrato de transporte multimodal internacional de mercaderías cuyo destino previsto esté en la República Argentina. La ley 24.921 en su art. 41, si bien dispone la nulidad de toda cláusula que establezca otra jurisdicción que no sea la de los tribunales federales argentinos competentes, a renglón seguido determina la validez del sometimiento a “tribunales o árbitros extranjeros si se acuerda después de producido el hecho generador de la causa”.

art. 1 del CPCCN<sup>14</sup>. Ello debido a que si bien el CPCCN autorizaba la prórroga a favor de jueces y árbitros, los códigos procesales provinciales le otorgaban al tema un tratamiento no unificado, lo cual podía generar inconvenientes y obstaculizar el comercio internacional<sup>15</sup>. En la actualidad, el art. 2605 y la primera parte del art. 2650 consagran un régimen normativo unificado para todo el país que posibilita sin ambages que las partes puedan acordar someter sus litigios a tribunales judiciales extranjeros o resolverlos a través de la vía del arbitraje internacional.

El acuerdo de elección de foro resultará admisible si respeta las condiciones establecidas en los arts. 2605 y 2607; queda fuera de discusión el carácter exclusivo del foro elegido ya que, tal como lo dispone el art. 2606<sup>16</sup>, “el juez elegido por las partes tiene competencia exclusiva, excepto que ellas decidan expresamente lo contrario”. Esta disposición se encuentra pues en línea con uno de los principios que surge del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, del 30/06/2005 (art. 3, inc. b).

Compartimos la opinión de que ha resultado acertada la política del legislador de no exigir ningún contacto razona-

---

<sup>14</sup> En los “Fundamentos del Anteproyecto” los redactores han señalado: “En materias disponibles se reserva un amplio margen para el juego de la de la voluntad que se plasma en la posibilidad de las partes de elegir el juez competente o de someter el conflicto a solución mediante la vía del arbitraje, sin desmedro de las situaciones que exigen la intervención exclusiva de los tribunales de la República Argentina”. Ver en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-delProyecto.pdf>

<sup>15</sup> Al respecto, y sobre modelos diferentes de recepción de la autonomía en los Códigos procesales locales, ver IUD, Carolina D. “Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial argentino 2014”, *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*, 2015, pp. 179-180, disponible en: <http://www.aadi.org.ar/admin/imagenesBD/productos/AADI%20XXIV%202015%20PDF>.

<sup>16</sup> Las fuentes de esta disposición son el art. 5.1 de la Ley Federal sobre DIPr de Suiza, y los arts. 15 y 16 del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Lugano, 2007).

ble entre el foro elegido y el caso ya que ello permite, por ejemplo, la elección de una jurisdicción “neutral”<sup>17</sup>.

Más allá de lo expuesto en relación a su admisibilidad, se destaca que nada se ha dispuesto en forma concreta en lo relativo al derecho que ha de regir la validez del acuerdo de elección de foro por lo que continúa siendo una asignatura pendiente. Lo mismo sucede con la validez de los acuerdos de elección de foro insertos en contratos sujetos a condiciones generales de contratación aunque, en este supuesto, el tema ha sido desarrollado de manera pacífica por la jurisprudencia argentina. Así, en la sentencia de fecha 15/03/1991, en “*Quilmes Combustibles S.A. c/Vigan S.A.*”, se señaló que “la sola circunstancia de que la cláusula que lo instrumenta, se halle incorporada a un contrato ‘formulario’ o ‘tipo’ con ‘cláusulas generales de contratación’ o ‘predispuestas’ no basta para desvirtuar la eficacia de la prórroga. En estos casos, deberá atenderse con especial cuidado a si se da ‘una irrazonable disparidad de poder negociador que permitiera invalidar el consentimiento’, desvirtuando la existencia de un eficaz acuerdo de voluntades”<sup>18</sup>.

Tal como hemos destacado, si bien el CCCN permite la sumisión a arbitraje no cuenta con ninguna otra disposición relativa al arbitraje internacional. A nivel de fuente convencional, Argentina es parte del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940, ha ratificado la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (CIDIP I, Panamá, 1975), la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales CIDIP II; (Montevideo, 1979), y la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias ar-

---

<sup>17</sup> Ver FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Comentario al art. 2607”, en RIVERA, Julio C. – Graciela MEDINA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 816.

<sup>18</sup> Ver Juz. Nac. Com. 18, secretaría 36, 20/10/89, “*Quilmes Combustibles c. Vigán S.A.*”, disponible en: <http://fallos.diprargentina.com/2007/03/quilmes-combustibles-c-vign.html>.

bitrales extranjeras (Nueva York, 1958). En el marco de MERCOSUR ha aprobado el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción en materia contractual que permite la posibilidad de arbitraje y también es parte de los Acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR de 1998.

En materia de arbitraje internacional el CCCN si bien puso un mojón con la incorporación del art. 2605, lo cierto es que la ley 27.749 de 2018 sobre arbitraje comercial internacional avanza cubriendo no sólo un vacío que se reclamaba en el país, sino que produce una unificación de la regulación a nivel nacional y, en tanto incorpora –en su gran mayoría– los grandes lineamientos de la Ley Modelo de la CNUDMI, contribuye al objetivo de la armonización internacional en este campo. Ello en tanto, a pesar del posicionamiento argentino a favor del arbitraje, hasta la sanción de LACI se presentaban dos aristas destacables: de un lado, no existía una regulación especial para el arbitraje comercial internacional y las disposiciones atinentes al tema se encontraban fragmentadas entre el CPCCN y los diversos códigos procesales provinciales; de otro, los instrumentos internacionales mencionados, aun cuando devenían aplicables, muchas veces no resultaban suficientes por varios motivos, entre los que sobresale que el contenido regulado estaba acotado a algunos temas en particular y no se refería a la totalidad del procedimiento arbitral. La aprobación de la LACI ha constituido una inequívoca señal de apoyo para que Argentina sea sede de arbitrajes internacionales<sup>19</sup>, al tiempo que el

---

<sup>19</sup> Ver CAIVANO, Roque J. "La sede del arbitraje", *El Derecho*, 06/04/2017, Recuperado de: <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2017/04/06042017.pdf>.

No resulta menor que el Mensaje de elevación de la ley señale que "la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI a nuestro ordenamiento jurídico (...) ubicará al país dentro de los países respetuosos de la seguridad jurídica, lo que permitirá, a su vez, a los inversores extranjeros contar con una herramienta fundamental con la que podrán, en su caso, hacer valer sus derechos dando prioridad al principio de la autonomía de la voluntad". Por otra parte, "la ausencia de normas diferenciadas para el arbitraje

país se alinea con la mayoría de los países del mundo y de Latinoamérica que cuentan con una normativa específica en la materia<sup>20</sup>.

De acuerdo al art. 1 de la LACI, la ley "se aplicará al arbitraje comercial internacional, y lo regirá en forma exclusiva, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en la República Argentina". La primera aclaración que debe formularse es que cuando se esté en presencia de un arbitraje internacional, este se regirá de manera exclusiva por las disposiciones de la LACI, no resultando aplicables las normas del CPCCN ni de los códigos procesales provinciales. He aquí el efecto unificador en la regulación del arbitraje comercial internacional en todo el territorio del país al que antes aludíamos, lo cual constituye un avance altamente significativo. Tampoco es una cuestión menor que la LACI derogue en el art. 107 el art. 519 bis del CPCCN ya que es la única disposición que se refiere al arbitraje internacional en el CPCCN; por otra parte, la LACI también contempla el tema del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, mientras que el CCCN no contiene norma alguna sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras<sup>21</sup>.

---

internacional obstaculiza el desarrollo del arbitraje, dado que si bien en el arbitraje doméstico y en el internacional los objetivos son los mismos, las necesidades, la organización y la estructura de los juicios arbitrales es muy diferente, atento la complejidad de las operaciones comerciales internacionales".

<sup>20</sup> Ver, entre otros, ALL, Paula M. – Nieve RUBAJA, "Habemus Ley de arbitraje comercial internacional", *La Ley*, 2018-E, pp. 610 ss.; SCOTTI, Luciana B. "Nuevas perspectivas del arbitraje comercial interno e internacional en Argetina. Con motivo de la entrada en vigor de la ley 27.749", *Revista del Código Civil y Comercial*, nº3, 2018, *La Ley Online* AR/DOC/1766/2018; RIVERA, Julio C. "La Ley de arbitraje comercial internacional", *La Ley*, 2018.-E, pp. 599 y ss.

<sup>21</sup> Ver ALL, Paula M. – Nieve RUBAJA, "Consideraciones generales sobre la Ley de Arbitraje Comercial Internacional", *Revista del Código Civil y Comercial*, 2018, pp. 133 ss, *La Ley Online* AR/DOC/1646/2018.

A los efectos del art. 1 de la LACI, "se considerará que es comercial cualquier relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado o regida preponderantemente por él en el derecho argentino". De esta forma la normativa incluye una calificación vasta de relación comercial, a punto tal que el mismo art. 6 complementa lo estipulado en el art. 1 al disponer que "la interpretación será amplia y en caso de duda, deberá juzgarse que se trata de una relación comercial".

Sabido es que en algunos países se adopta una definición restringida de lo que debe entenderse por relación comercial, aun cuando si bien la Ley Modelo de la CNUDMI no define el término, propugna una interpretación amplia a esta expresión. De allí que el art. 6 de la LACI complementa, tal como hemos señalado, el art. 1 y marque un cambio en lo que parecería ser la posición tradicional argentina materializada en su momento a través de la formulación de la denominada "reserva comercial" en relación a la Convención de Nueva York de 1958.

En efecto, no debe perderse de vista que este tratado permite por esta vía que un Estado contratante que adopte la reserva comercial, decida por sí mismo qué debe entenderse por "comercial" y que nuestro país, en consonancia con lo dispuesto por la ley 23.619, sancionada el 28/09/1988 ha formulado la misma<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Esta ley es la que aprueba el tratado en cuestión y ha dispuesto que "en el momento de efectuarse el depósito del instrumento de ratificación se formulará la siguiente declaración: La República Argentina declara que "A base de reciprocidad, aplicará la Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente. Declara, asimismo, que sólo aplicará la convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno. La presente Convención se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella. Ratifica la declaración formulada al proceder a firmar la Convención y que consta en el párr. 15 del acta final de la Conferencia de

Las disposiciones de la LACI, tal como establece el art. 2, se aplicarán únicamente, con excepción de los capítulos 2 (Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal) y 3 (Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el tribunal) del Título II, los capítulos 4 (Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares) y 5 (Medidas cautelares dictadas por el tribunal del título V y los capítulos 1 (Reconocimiento y ejecución) y 2 (Motivos para denegar el reconocimiento) del Título IX, si la sede del arbitraje se encuentra en el territorio de la República Argentina.

Un tema que ha suscitado debate es el que gira en torno a la diferenciación de cuándo se está en presencia de un arbitraje interno y cuándo el arbitraje es internacional, ya que resulta sustancial a los efectos de determinar el régimen aplicable al mismo. Sin embargo, no constituye una tarea sencilla calificar al arbitraje y optar por un criterio objetivo de multinacionalidad o subjetivo donde las partes sean capaces por su sola voluntad de internacionalizar el arbitraje. Así como no resulta fácil definir la internacionalidad del contrato, lo mismo sucede con el arbitraje como modo de solución de controversias. Como hemos señalado, el CCCN no brinda una calificación autárquica de relación jurídica internacional ni tampoco del arbitraje internacional, ya que el art. 2605 se refiere solo al acuerdo de elección de foro permitiendo a las partes prorrogar la jurisdicción a favor de árbitros en casos patrimoniales y de índole internacional.

No existe una única definición sobre el término internacional en el contexto del arbitraje comercial internacional. En este sentido, hay varios criterios que pueden tomarse en consideración; así, el carácter de la controversia o el vinculado a las partes (teniendo en cuenta su nacionalidad, su domicilio o el lugar de residencia habitual, la sede central o el lugar del establecimiento principal en el caso de personas jurídicas). Algunas legislaciones optan por uno u otro criterio,

---

las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Nueva York el 10/06/1958".

mientras que normativas como la Ley Modelo de la CNUDMI adoptan un enfoque combinado, teniendo justamente en consideración la "inexistencia de una definición mundialmente aceptada"<sup>23</sup>. En este sentido, una de las principales cuestiones discutidas gira en torno al art. 3, donde se determina en qué casos se está en presencia de un arbitraje internacional; así, en la LACI se establecen supuestos de internacionalidad objetiva, habiéndose excluido en la versión aprobada la posibilidad de que las partes –de manera subjetiva– hayan convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje esté relacionada con más de un Estado y eso califique al arbitraje como internacional. Dicho en otras palabras, aunque la ley no lo diga expresamente, las partes no pueden determinar por sí la internacionalidad del arbitraje, descartando la posibilidad de que un arbitraje nacional se transforme en internacional por la sola voluntad de las partes. Por el contrario, la internacionalidad del arbitraje estará dada cuando se presenten ciertas circunstancias que objetivamente lo internacionalicen. De esta forma, la LACI no incluye el inc. c, párr. 3 del art. 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI. Así las cosas, para la Ley argentina "el arbitraje es internacional si: a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o b) uno de los siguientes lugares está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: I. El lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje. II. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha".

---

<sup>23</sup> Ver REDFERN, Alan – Martin HUNTER – BLACKABY, Nigel - Constantine PARTASIDES, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4a ed., Buenos Aires: La Ley, 2007, pp. 73-79.



Sabido es que la piedra angular del arbitraje está constituida por el acuerdo arbitral y que el arbitraje descansa sobre la validez y eficacia de dicho convenio. El acuerdo produce para las partes una obligación contractual pura de someterse al juicio de árbitros y de estar y pasar por la decisión que recaiga; a su vez, crea una competencia –de efectos similares a la judicial pero diferente en su origen–, que es la posibilidad para los árbitros de dictar una decisión con efectos vinculantes para las partes. En nuestro país, la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, ha sido ya reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el siglo XIX en el caso "*Bruce c. De las Carreras*" de 1880 (Fallos 22:371, 376), y ha sido ratificada en casos en los que se han resuelto conflictos de competencia entre la justicia judicial y la arbitral. Así, por ejemplo, la Corte ha señalado que aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes" (CS, "*S.A. La Nación y otra c. S.A. La Razón Editorial EFIC y A.*", del 01/11/1988, Fallos 311:2223; CS, "*Nidera Argentina SA c. Elena G. Rodríguez Álvarez de Canale*", del 10/11/1988, Fallos 311:2300). Así, se ha considerado a los árbitros como verdaderos jueces privados, designados convencionalmente por las partes, que aunque carecen del poder de *imperium* para exigir coactivamente el cumplimiento de sus sentencias, muestran pronunciamientos con una cierta autonomía de poder que les permite asegurar, en gran parte, su espontáneo o voluntario acatamiento. En esta línea, en su voto en disidencia en el caso, "*Color SA c. Max Factor Sucursal Argentina s/ laudo arbitral s/ pedido de nulidad de laudo*"<sup>24</sup>, de fecha 17/11/1994, Boggiano sostuvo que "debe tenerse presente que el arbitraje importa la

---

<sup>24</sup> Ver <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-color-sa-max-factor-sucursal-argentin>

prórroga o la sustracción voluntaria de la jurisdicción que ordinariamente tendrían los tribunales del Poder Judicial, que es transferida a jueces particulares que substanciarán y decidirán las contiendas que se sometan a su consideración"; asimismo, aludió a los árbitros como "jueces particulares que sustanciarán y decidirán las contiendas que se le sometan", manifestando que "esa administración privada de justicia no es ajena a cierto control judicial, que no puede ser suprimido totalmente; entre otros)<sup>25</sup>. También del acuerdo arbitral se deriva un efecto negativo ya que niega competencia a los jueces y tribunales estatales; en presencia de un acuerdo válido de arbitraje, el juez que pudiera tener competencia judicial en ese asunto debe dejar de conocer y remitir a las partes a arbitraje<sup>26</sup>.

De acuerdo al art. 14 de La LACI el "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, aclarando que dicho acuerdo podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, según se establece en el art. 15, y se entenderá que dicho acuerdo es escrito cuando quede constancia de su contenido en cual-

---

<sup>25</sup> Ver, al respecto, UZAL, María E. "Situación del arbitraje comercial internacional en Argentina", Recuperado de: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje\\_comercial\\_talleres\\_seminarios\\_actividades\\_St\\_Lucia\\_2014\\_presentaciones\\_UZAL.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_talleres_seminarios_actividades_St_Lucia_2014_presentaciones_UZAL.pdf).

<sup>26</sup> Ver, entre otros, DAVID, René, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris: Ed. Economica, 1982, pp. 290-291; FOUCHARD, Gaillard, *L'arbitrage comercial international*, Paris: Ed. Dalloz, 1965, pp. 67 ss.; OPETTIT, Bruno, *Teoría del arbitraje*, Bogotá: Ed. Legis, 2006, (trad. De E. Silva Romero - F. Mantilla Espinoza - J. J. Caicedo Demoulin), pp. 26 ss.; GAILLARD, Emmanuel, *Teoría jurídica del arbitraje*, Asunción: CEDEP / La Ley Paraguaya, 2010.

quier forma". Cabe señalar que la exigencia de formalidad escrita también aparece receptada en el art. 4 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual y en el art. 6.1 del Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR.

El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta (art. 16); a su vez, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito "cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra" (art. 17). La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forme parte del contrato (art. 18).

Tal como lo hace la Ley Modelo de la CNUDMI, la LACI regula el acuerdo arbitral de manera genérica, no refiriéndose al momento en que el mismo se formaliza. De tal forma, no existe limitación en cuanto al tiempo de concertar el acuerdo, pudiendo hacerse con anterioridad o con posterioridad al surgimiento de los hechos litigiosos. Lo verdaderamente relevante es el carácter vinculante de cualquier clase de acuerdo arbitral, siempre que del mismo se desprende de manera inequívoca la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

## **II. El acuerdo tácito de elección de foro por inactividad del demandado**

El art. 2607 del CCCN prevé dos modalidades que puede adoptar el acuerdo de elección de foro, a saber:

- Prórroga expresa: es aquella que surge de un convenio escrito a través del cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden, admitiéndose asimismo cualquier medio de comunicación que permita establecer la

prueba por un texto; existe consenso en orden a que el acuerdo puede concluirse tanto *ante litem natam* como *post litem natam*.

- Prórroga tácita: opera para el actor por el hecho de entablar la demanda (se presupone ante un juez que en principio no resultaría competente a la luz de las normas argentinas de jurisdicción internacional<sup>27</sup>) y respecto del demandado cuando la contestare, dejare de hacerlo y opusiere excepciones previas sin articular la declinatoria.

Dentro de estas posibilidades nos interesa centrarnos en la situación que se presentaría cuando el actor interpusiera la demanda ante los tribunales argentinos y el demandado no la contestara, supuesto en el cual, conforme la norma antedicha, quedaría concluido un acuerdo tácito de prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales argentinos como consecuencia de la inactividad en tiempo oportuno del demandado.

Se trata de una solución tradicional en el DIPr. argentino de fuente interna y reproduce prácticamente en cuanto aquí interesa lo dispuesto por el art. 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) y por algunos códigos procesales locales.

Sin embargo, difiere de las previsiones contenidas en dos fuentes internacionales fundamentales para la República Argentina. En efecto, tal como es sabido, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (TMDCivI 1940) que vincula a nuestro país con Paraguay y Uruguay, en su art. 56, leído en forma conjunta con el art. 5 del Protocolo Adicional, sólo admite la prórroga de jurisdicción *post litem natam* siempre que el demandado la aceptara voluntariamente en forma positiva y no ficta.

Por otra parte, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional (Decisión CMC 1/94) (PJI) que despla-

---

<sup>27</sup> De lo contrario se trataría simplemente de una determinación electiva.

za en la mayoría de los casos al TMDCivI 1940<sup>28</sup>, admite no sólo la prórroga *post litem natan* sino también la *ante litem natan* (conf. art. 5) puesto que su art. 6 establece que haya sido o no elegida la jurisdicción, se entenderá prorrogado en favor del Estado Parte donde se promoviera la acción cuando el demandado, después de que ésta hubiera sido interpuesta, la admitiera voluntariamente en forma positiva y no ficta.

La referencia en ambos instrumentos a la admisión por el demandado “en forma positiva y no ficta” impide tener por válidamente configurada la prórroga cuando el demandado se abstuviera de contestar la demanda. He aquí la diferencia con la previsión del art. 2607 del CCCN.

En esta línea resulta útil tener presente que el art. 3.4 de los Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia (TRANSJUS), en su parte pertinente, prevé que “La elección también puede surgir en forma tácita cuando el actor interponga la demanda ante un tribunal y el demandado realice cualquier actuación en el proceso sin impugnar la jurisdicción. No se considera que ha habido una sumisión tácita si el demandado se opone a una medida ejecutiva o cautelar, realiza actuaciones tales como solicitudes de copias, cómputos, o emprende cualquier actuación que no suponga una verdadera actividad litigiosa”. Vale decir que en este va-

---

<sup>28</sup> Este instrumento resulta aplicable a los contratos internacionales celebrados entre particulares -personas físicas o jurídicas- que tengan sus domicilios o su sede social en diferentes Estados parte del Tratado de Asunción, o bien cuando al menos una de las partes lo tuviera y al mismo tiempo se hubiera hecho un acuerdo de elección de foro a favor del juez de un Estado parte (en tanto existiera una conexión razonable según las normas de jurisdicción del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual) -conf. art. 1-. Debe tenerse presente que se encuentran excluidos de su ámbito de aplicación los contratos de venta al consumidor, los de transporte o seguros, los negocios jurídicos entre fallidos y sus acreedores y procedimientos análogos, los acuerdos en materia de derecho de familia y sucesorio, los de seguridad social, los administrativos, los laborales y los derechos reales (conf. art. 2).

lioso instrumento de *soft law* latinoamericano, esta peculiar forma de configuración de la prórroga de jurisdicción por el silencio del demandado tampoco sería estimable como admisible.

Uzal ha señalado que “Nuestra ley ritual, siguiendo una tendencia generalizada en el derecho comparado, considera que la prórroga tácita siempre se produce, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, para el demandado, cuando la contestare, dejare de hacerle u opusiese excepciones previas, sin articular incompetencia o declinatoria (arts. 2607 CCCN y 2º, CPCCN). En estos casos, la actitud de uno o de la otra parte tiene como resultado sustentar la opción por la competencia internacional del Estado delante del cual el proceso ha tenido lugar, vedando que más tarde pueda replantearse la cuestión de competencia, por ejemplo, para cuestionar el *exequatur* de la sentencia que se pronuncie”<sup>29</sup>.

Sin embargo, asignar este carácter de “tendencia generalizada” a esta solución podría ser una cuestión opinable a poco que se advierta que, por ejemplo, el art. 28 del Reglamento (UE) N° 1215/12 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento 1215/12) establece que “1. Cuando una persona domiciliada en un Estado miembro sea demandada ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y no comparezca, dicho órgano jurisdiccional se declarará de oficio incompetente si su competencia no se fundamenta en lo dispuesto en el presente Reglamento. 2. Este órgano jurisdiccional estará obligado a suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir el escrito de demanda o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado toda diligencia a tal fin”.

---

<sup>29</sup> UZAL, María E, *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit., p. 237.

Precisamente, a partir de considerar que la tendencia generalizada actual es justamente considerar que la inactividad del demandado en este tipo de situaciones no se considera una expresión de conformidad con la prórroga o una expresión de voluntad implícita como también la consideración como cuestión central del derecho de defensa, ha llevado a autores como Fernández Arroyo a señalar sus reparos en relación a la solución adoptada por el CCCN. En efecto, se ha destacado que podría exponer al demandado a una situación de indefensión, advirtiéndose que incluso podría conducir a “vaciar de contenido el principio mismo de la autonomía de la voluntad” y fomentar conductas contrarias a la buena fe<sup>30</sup>.

Es claro que la norma vigente obligaría al demandado a presentarse ante los tribunales argentinos y oponer la excepción de incompetencia para evitar que se configure una prórroga tácita. Ello implica no sólo un trastorno que en alguna medida podría justificarse como uno de los riesgos de actuar internacionalmente sino que también conlleva un desembolso de gastos. Si concurre y triunfa en su defensa, el actor será condenado en costas, especialmente si las partes habían concluido en forma expresa un acuerdo en favor de los tribunales de otro Estado. Sin embargo, si no hubiese existido un acuerdo expreso de elección de foro anterior y el demandado opusiere la excepción de incompetencia, podría ocurrir que, aunque el juez argentino hiciere lugar a la excepción se apartara del principio objetivo de la derrota, eximiera al actor de las costas y las impusiera en el orden causado, con fundamento en lo dispuesto por los arts. 68 y ss. del CPCCN y sus correlativos en los códigos procesales locales; ello en tanto la formulación del art. 2607 podría constituir una razón fundada para actuar como lo hizo, y ameritar por tanto dicha solución.

---

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Comentario al art. 2608”, en RIVERA, Julio C. – Graciela MEDINA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 820.

Sin perjuicio de ello, debemos señalar también que el ejercicio del derecho de defensa del demandado podría verse especialmente afectado también si éste tuviera su domicilio o residencia habitual en un Estado en el que su inactividad no resultaría suficiente para tener por configurado un acuerdo de prórroga de jurisdicción. De todos modos, teniendo en cuenta que la norma en cuestión no resulta aplicable en materia de relaciones de consumo, por lo que cabe inferir que su campo natural es el de los contratos entre profesionales del comercio exterior, es dable esperar que quien recibe una notificación de un traslado de demanda dispuesto en un proceso que tramite en el extranjero se contacte con un abogado que actúe en ese Estado ya sea directamente o a través de quienes lo asesoran. De ahí que hayamos considerado de vital importancia que en el caso de correrse traslado de una demanda a una persona domiciliada en el extranjero en cuestiones patrimoniales de índole internacional, se deje expresa constancia en el instrumento de notificación de lo dispuesto por el art. 2607 del CCCN a modo de advertencia.

Al margen de estas consideraciones, es evidente que la solución adoptada por el art. 2607 del CCCN<sup>31</sup> podría entrañar otros riesgos para el actor que demanda ante los tribunales argentinos, en principio incompetentes, si el demandado guarda silencio y queda configurado el acuerdo tácito de prórroga a favor de los tribunales argentinos. Nos preguntamos si sería reconocible y/o ejecutable esa sentencia en el extranjero. La respuesta dependerá de los alcances y criterios que se empleen en dicho Estado para el control de la competencia del juez de origen; en ciertos casos, podría no atravesar exitosamente ese filtro. Ello podría suceder, por ejemplo si en el sistema en el cual se pretendiera que la sentencia despliegue efectos se efectuara el control de competencia del juez de origen siguiendo el criterio de la bilateralidad y sus normas de jurisdicción internacional no admitie-

---

<sup>31</sup> IUD, Carolina D., *Contratos Internacionales...*, Op. Ci.t, p. 74.



ran esta modalidad de prórroga tácita como también si, en ese sistema, no se concediera el reconocimiento o exequatur si el demandado no hubiese comparecido ni hubiese sido representado de ninguna manera en el proceso y éste se hubiera seguido en rebeldía o, incluso, si habiéndose presentado hubiese opuesto excepción de incompetencia y ésta no hubiese prosperado.

No ha de soslayarse que en nuestro sistema, si el demandado opusiera la excepción de incompetencia, conforme lo ha resuelto la CSJN, “el acto mismo de deducir la excepción de incompetencia en la forma indicada importó colocarse bajo la jurisdicción de la autoridad judicial ante la cual se interpuso”<sup>32</sup>.

Si nos colocáramos en la hipótesis de que la República Argentina llegara a ser parte del Convenio de La Haya sobre Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil o comercial, encontraría una valla en el art. 5 e) e incluso leído conjuntamente con los literales f) y m) de dicho instrumento, a menos que la situación pudiera encuadrar en algún otro de los filtros jurisdiccionales.

Se trata, de todos modos, de un análisis que debe hacer el abogado local antes de emprender “esta aventura” cuyos resultados inmediatos e incluso mediatos podrían resultar inciertos.

Finalmente, otro desafío también desde la óptica del reconocimiento de sentencias, parte del supuesto inverso, esto

---

<sup>32</sup> CSJN, 20/12/1952, en “*Schuster, Avis Abel c/Naciones Unidas - Centro de Informaciones Buenos Aires s/indemnizaciones por despido y diferencia de sueldos*” (Fallos 221:706). Adviértase que la solución es diferente, por ejemplo, en el ámbito europeo ya que el art. 26 del Reglamento 1215/12 dispone que “1. Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24”.

es, frente a una sentencia dictada en el extranjero cuyo reconocimiento o ejecución se pretendiera en la República Argentina. Como es sabido, en nuestro sistema, el control de competencia del juez de origen, ante la falta de normas de jurisdicción internacional indirecta, salvo alguna excepción, se efectúa con arreglo al criterio de la bilateralidad.

Si se tratara de resguardar la coherencia sistemática, se debería considerar satisfecho el recaudo si el demandado, debidamente notificado, no hubiera comparecido, aunque el juez que hubiese pronunciado la sentencia no fuera el del domicilio del demandado ni el de ninguno de los lugares de cumplimiento del contrato ni del lugar de ubicación de una sucursal (conf. art. 2650 del CCCN bilateralizado).

No obstante, se destaca el antecedente de la Sala III de la CNCivComFed., del 22/11/2005, que en este punto no compartimos, en "*Overseas Union Insurance Limited y otros c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro en liquidación*", en el cual, entendiendo en el reconocimiento de una sentencia dictada por un tribunal inglés, bajo el régimen del art. 517 y ss. del CPCCN, el tribunal argentino a la ora de examinar la competencia del tribunal de origen y más allá de la improporabilidad de la jurisdicción argentina en materia de seguros, destacó que "la línea argumental de la apelante parte de la premisa de que la rebeldía -declarada con arreglo al derecho procesal inglés- es equiparable a la declaración de voluntad del demandado de aceptar la jurisdicción internacional de dicha nación. Sin embargo, ello no es así, pues -en términos generales- la prórroga de la jurisdicción en favor de los magistrados extranjeros debe provenir de actos procesales "concluyentes", entendiendo por tales, aquellos en los que la parte manifiesta, en forma inequívoca, su voluntad de someterse al Poder Judicial de la nación foránea (Boggiano, 'Derecho Internacional privado' cit., p. 279; ver, asimismo, y a manera de ejemplo, la tesis receptada por el art. 56, *in fine*, del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940). Tal conclusión no es otra cosa que una derivación lógica de los principios que rigen el trámite de exequátur valorados a la luz de las

constancias del expediente. Sucede que en el sub lite, la Caja fue citada por el tribunal inglés para que compareciera a estar a derecho (ver Anexo III, documental actora, fs. 74/96), no obstante lo cual, jamás se presentó (ver Anexo II, documental actora fs. 58/73). En tales circunstancias, no puede sostenerse que semejante actitud procesal equivalga a la voluntad de aceptar la prórroga en cuestión. Ello es necesariamente así, debido a que en el orden interno es perfectamente conocida la diferencia entre la incompetencia planteada por declinatoria –es decir ante el juez que interviene– y por inhibitoria –o sea ante el magistrado que la parte considera competente– para que reclame del otro que deje de intervenir en el asunto; pero si se plantea por el primero de dichos procedimientos, la parte se sujeta a lo que el juez, que ella considera incompetente, decida, y no puede después volver sobre el asunto, ni pretender plantearlo por inhibitoria. La razón es que, sometiéndose en cuanto a la competencia, a la decisión del juez que está interviniendo en el respectivo juicio, no tiene más remedio que aceptarla, es decir que ella reviste para el excepcionante carácter de cosa juzgada. Claro es que, en el orden internacional no hay posibilidad de inhibitoria; pero el domiciliado fuera de los límites del país a que pertenece el juez cuya competencia se discute tiene otro fácil recurso: no someterse a él y dejar que el juicio tramite mediando su rebeldía. Ello no puede perjudicarla, por lo menos, dentro de nuestra jurisdicción (conf. C. Fed. Capital, sala Civ. y Com., voto del Dr. Bidau en la causa "Houlder Brothers & Co. Ltda. c. Soc. Gral. de Control SRL."; fallada el 22/4/1958 y publ. en JA 1960-IV-104). Conviene agregar que no está en tela de juicio la validez de la rebeldía a los fines de la ejecución (ver art. 559 inc. 2 Código de Procedimientos derogado) sino si aquélla importó una tácita declaración de voluntad equivalente a la prórroga de jurisdicción a favor de la Alta Corte de Justicia, División Tribunal Superior, Tribu-

nal de Comercio de Inglaterra (fs. 134), lo que -por lo expuesto- debe ser respondido negativamente”<sup>33</sup>.

Incluso otro riesgo que también debería ser mensurado por el actor que decide “arriesgarse” a que el demandado no se presente y quede concluido un acuerdo de prórroga de jurisdicción en los términos del art. 2607 del CCCN, cuando existe un acuerdo previo en favor de los tribunales de otro Estado, es la posibilidad de que el demandado inicie en su contra, en otra jurisdicción, un proceso y requiera una indemnización por violación o ruptura del acuerdo de elección de foro<sup>34</sup>.

Lo expuesto, resulta a nuestro modo de ver, suficiente para reexaminar no sólo la justicia sino también la conveniencia de mantener en el sistema de Derecho internacional privado de fuente interna esta modalidad y plantear seriamente la posibilidad de su eliminación, en caso de una futura modificación.

### **III. Los criterios atributivos de jurisdicción subsidiaria: a propósito de la pluralidad de demandados, el lugar de cumplimiento y el supuesto de sucursal**

El art. 2650 del CCCN ha consagrado una serie de foros concurrentes que operan en caso de que no existiera un acuerdo válido de elección de foro, entre los cuales se encuentran -con ciertas particularidades- el domicilio o residencia habitual del demandado, el lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones del contrato y la localización de la sucursal, agencia o representación del demandado.

#### *a. El domicilio o residencia habitual del demandado*

En primer lugar, cabe destacar que los tribunales argentinos serán competentes si se localizara en nuestro país el domicilio o residencia habitual del demandado o de cual-

---

<sup>33</sup> Recuperado de: [www.diprargentina.com.ar](http://www.diprargentina.com.ar).

<sup>34</sup> Véase IUD, Carolina D., *Contratos Internacionales...*, Op. Cit., pp. 98-99.

quiera de ellos en caso de pluralidad (conf. art. 2650 inc. a). Se trata de una particularización del criterio general consagrado en el art. 2608 del CCCN con el agregado de la solución especial para los casos de litisconsorcio pasivo.

A los fines de la calificación de los conceptos que emplea la norma deberán considerarse las definiciones proporcionados a los fines del DIPr. por el propio CCCN. En consecuencia:

- si se tratara de una persona humana, será el Estado en el que reside con intención de establecerse (domicilio) o el Estado en el que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado (residencia habitual); si no se pudieren determinar, deberá estarse a su simple residencia (conf. arts. 2613, 2614 y 2615 del CCCN);

- si se tratara de una persona jurídica privada, a falta de calificación especial en el título de DIPr., cabe recurrir al art. 152 del CCCN y por tanto habrá de estarse al fijado en los estatutos o en la autorización que se le hubiera dado para funcionar.

El aporte relativamente novedoso del art. 2650 en este punto consiste en haber positivizado una solución que ya existía tanto en la fuente internacional como en los códigos procesales para casos internos pero aplicada analógicamente por la jurisprudencia a casos internacionales. En efecto, puede advertirse que, por una parte coincide con lo dispuesto por el art. 12 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual y, por otra, reproduce lo dispuesto por el art. 5 inc. 5) del CPCCN. Esta última norma fue aplicada analógicamente en un caso internacional con anterioridad a la vigencia del CCCN (CNCom, Sala B, 22/02/1990, "*Cordero c/Cirlafin*").

La disposición contenida en el CCCN no hace referencia ni exige un determinado grado de vinculación entre los codemandados (litisconsorcio pasivo necesario o voluntario), lo cual ha generado cierta preocupación a nivel doctrinal en orden a que podría derivar en un despliegue exorbitante de la jurisdicción argentina que vulnere el de-

recho de defensa, especialmente en aquellos casos en los que no se tratara de un litisconsorcio necesario o se incluyera dentro de los demandados a una persona con domicilio en la Argentina al solo efecto de dar una base de jurisdicción suficiente en los términos del art. 2650 inc. a) pero cuya vinculación con la controversia fuera débil o incluso inexistente<sup>35</sup>. En rigor, esta táctica parecería haber sido empleada en el caso “*Ducler, Aldo Luis y otros c/Citibank NA s/incumplimiento de contrato*” (CNCivComFed, Sala I, 20/10/2020), a la que más adelante nos referiremos.

*b. La aplicación analógica del art. 2650 inc. a) en relación al art. 56 del TMDCivI 1/1940: el caso “Selman, Christian José c/ López, Néstor Antonio y otros s/ordinario”*<sup>36</sup>

Sin perjuicio de que no surge claramente de la sentencia pronunciada por la Sala A de la CNCom el 17/11/2020 por qué se consideró alcanzado el caso por el ámbito de aplicación del TMDCivI de 1940 y no por el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, nos interesa destacar que el tribunal se acudió al art.

---

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego F., “Comentario al art. 2650 del Código Civil y Comercial de la Nación”, en RIVERA, Julio C. – Graciela MEDINA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 940.

<sup>36</sup> El caso versa sobre un complejo entramado de contratos que aludían a varias operaciones, entre ellas la transferencia de acciones de una sociedad constituida en Uruguay y otra sociedad constituida en Argentina. El actor plantea la demanda ante los jueces argentinos invocando una cláusula 4ta. de un contrato firmado con los demandados en la cual se establece jurisdicción argentina y exclusiva de los Tribunales ordinarios de Buenos Aires, con renuncia a todo otro fuero o jurisdicción y aplicación de ley argentina. Por su parte, los demandados sostienen incompetencia de los jueces argentinos, desconocen tal contrato y cláusula y dicen haber firmado otro contrato con acuerdo de elección de foro a favor de los tribunales de Montevideo y elección de derecho uruguayo. El juez de primera instancia señala que el documento cuya resolución se está reclamando y en donde consta dicha prórroga ha sido desconocido y, aplicando el art. 56 1er. y 2do. párrafo del TMDCI de 1940 y se considera con jurisdicción.

2650 a) del CCCN a los efectos de resolver una cuestión relativa a la pluralidad de demandados en el marco del viejo tratado.

La Cámara destacó que “debe recurrirse, para sortear la falta de disposición normativa expresa emanada del referido Tratado, a colmar la laguna interpretativa, integrándola, resulta factible para ello recurrir al método de la integración por proximidad analógica en razón de materia, utilizando para ellos fuentes vigentes en nuestro país, en la fuente internacional/interna, para el mismo tipo de cuestiones. Surgen fácilmente para ello, las soluciones coincidentes del art. 2650 inc.a) CCCN y del art. 5, inc. 5 CPCC, normas tomadas del derecho procesal argentino de fuente internacional y de fuente interna que remiten en estos casos, al ser varios los demandados, al domicilio de cualquiera de ellos, como válido criterio que garantice de modo amplio el acceso a la jurisdicción, entendiendo válido el argumento para extender esta solución integradora, también en el ámbito del TDCIM 1940...Así las cosas, estíbase clara la posibilidad de aplicar analógicamente, para integrar las lagunas en el caso, las normas de derecho procesal internacional de fuente interna que proporciona el art. 160 en sus incisos a) y b) CPCC, al encontrarse integrado un *litis* consorcio pasivo en el caso, con pretensiones plurilocalizadas y domicilios de varios de los demandados en esta jurisdicción”.

Si el caso se hubiese considerado alcanzado por el ámbito de aplicación del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional, tal como a nuestro criterio hubiese correspondido, no hubiese sido necesaria esta interpretación habida cuenta de lo dispuesto por el art. 12 de dicho instrumento.

Empero es dable destacar el valor del pronunciamiento en cuestión en orden a aquellos casos que pudieren resultar ajenos al instrumento mercosureño y sí estar, efectivamente alcanzados por el ámbito de aplicación del art. 56 de los Tratados de Montevideo.

c. *El lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones*

El CCCN en el art. 2650 inc. b) recepta la tendencia jurisprudencial existente en Argentina en relación a que resultan competentes los jueces del lugar de cumplimiento de “cualquiera de las obligaciones contractuales”. La Sala E de la CNCom., en fecha 10/10/1985, *in re “Antonio Espósito e Hijos S.R.L. v. Jocqueviel de Vieu”*<sup>37</sup>, sostuvo que resultaba necesario efectuar una calificación diferenciada de “lugar de cumplimiento”, según que se tratara de determinar el juez competente o el derecho aplicable al fondo: así, señaló que a los fines del art. 1215 del Código Civil de Vélez lugar de cumplimiento no se refería necesariamente al de la prestación más característica o tipificante del contrato, sino que para establecer la jurisdicción en materia de contratos internacionales debía considerarse cualquier lugar de cumplimiento<sup>38</sup>. El precedente sentado en este caso fue reiterado con voto de Boggiano en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “*Exportadora Buenos Aires S.A. (EBASA) c/ Holiday Inn’s Worldwide Inc.*”, de fecha 20/10/1998, donde se puso de manifiesto que “cualquier lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales en la República justifica la apertura de la jurisdic-

---

<sup>37</sup> LL, 1986-D, p. 46.

<sup>38</sup> “(...) una cosa es ‘lugar de cumplimiento’ a los fines de localizar el contrato eligiendo el derecho aplicable, y otra cosa es fijar el ‘lugar de cumplimiento’ a los efectos de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos. A los fines procesales, el ‘lugar de cumplimiento’ del art. 1215 del Código Civil, debe designar localizaciones evidentes a fin de que las partes puedan prever los foros ante los cuales pueden ser llevados a litigar en caso de conflicto. Por eso, la doctrina entiende que lugar de cumplimiento a los efectos procesales, es cualquier lugar de cumplimiento del contrato, sea o no el que se refiere a la prestación característica (GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 396; BOGGIANO, Antonio., *Derecho internacional privado*, t. II, Buenos Aires: La Ley, p. 214)”.



ción internacional de los jueces argentinos”<sup>39</sup>. Este criterio fue luego recogido por el mismo tribunal en fecha 14/09/2004 en “*Sniafa S.A.I.C.F. e I. c, Banco UBS AG*”<sup>40</sup>.

La Sala E de la CNCom., en fecha 27/12/2011 en “*Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c. Banco Santander S.A. s/sumarísimo*”<sup>41</sup>, señaló que “tratándose de materia contractual multinacional, el lugar de cumplimiento del contrato determina la competencia (cfr. CCiv. 1215 y 1216). A los efectos de las citadas normas, el ‘lugar de cumplimiento’ significa cualquier lugar de cumplimiento del contrato, sea o no el que incumbe a la prestación típica sustancialmente relevante para seleccionar el derecho aplicable (...). Es decir, se permite al actor optar entre los tribunales de todos los países en los que se llevó a cabo alguna de las prestaciones, dejando de lado la protección del deudor demandado. Máxime, cuando en el caso la natura-

---

<sup>39</sup> “Que en ausencia de Tratado, la cuestión debe dirimirse sobre la base de las normas de jurisdicción internacional en materia contractual de fuente interna, a saber, los arts. 1215 y 1216 del Cód. Civil que, en lo que interesa en esta causa, abren la jurisdicción de los jueces argentinos cuando el domicilio o residencia del deudor estuviere en la República Argentina, o, concurrentemente, cuando el contrato de que se trate deba tener su cumplimiento en ella. (...) 5. Que cuando la letra de la ley no exige un esfuerzo de interpretación, la norma debe ser aplicada con prescindencia de consideraciones que limiten los supuestos comprendidos en ella y procurando dar pleno efecto a la voluntad del legislador (Fallos: 200:165; 302:973; 306:940 y muchos otros). Como regla general, cuando se trata de normas de jurisdicción internacional en materia contractual, esa voluntad consiste en dar certeza a una pluralidad de foros concurrentes, a fin de asegurar el derecho de las partes a acceder a la justicia. Por ello, en ausencia de solución convencional específica, cualquier lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales en la República justifica la apertura de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos (conf. art. 1215, Cód. Civil)”. Ver el comentario de IUD, Carolina D., “Contrato internacional y juez competente”, *LL*, 2000-A, pp. 404-426.

<sup>40</sup> Recuperado de <http://fallos.diprargentina.com/2006/10/sniafa.html>.

<sup>41</sup> Ver *LL*, 2012-B, p. 551 con nota de RAPALLINI, Liliana E. y de L.B. SCOTTI, Luciana B, *La Ley Online*, AR/JUR/93654/2011.

leza misma del contrato exterioriza una deslocalización del negocio, a causa de que no aparece integrado a la esfera de un país determinado y porque el sinalagma genético de las promesas que contiene y el sinalagma funcional de las prestaciones que se deben producir para dar cumplimiento a tales promesas están plurilocalizados, de modo que no permiten determinar, con razonable fundamentación, su vinculación más estrecha con un lugar determinado, sino con varios concurrentemente (cfr. Boggiano). En este último sentido, destaca que el *sub lite* versaría sobre la inversión de dinero de ciudadanos de nuestro país captada -por sí o por interpósita persona- por distintas entidades radicadas, según el caso, en Argentina, España, Suiza, Estados Unidos o Bahamas, para la compra de cuotas partes de los fondos Optimal constituidos en Irlanda y Bahamas y de propiedad de una entidad española (Banco Santander S.A.), los cuales fueron finalmente supervisados por Maffei Investment Securities Group, con oficinas centrales en la ciudad estadounidense de Nueva York. Véase, que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que como la letra de los arts. 1215 y 1216 no exige un esfuerzo de interpretación, los mismos deben ser aplicados con prescindencia de consideraciones que limiten los supuestos comprendidos en ella y procurando dar pleno efecto a la voluntad del legislador, que consiste, cuando se trata de normas de jurisdicción internacional en materia contractual, en dar certeza a una pluralidad de foros concurrentes, a fin de asegurar el derecho de las partes a acceder a la justicia (v. Exportadora Buenos Aires SA c/ Holiday Inn's Worldwide Inc. s/Recurso de hecho deducido por la actora, del 20/10/98)".

La doctrina argentina ha influido de manera determinante en la argumentación jurisprudencial. En este sentido, Goldschmidt ya aludía a que debía establecerse una diferenciación. Si bien Vélez había utilizado el mismo criterio "lugar de cumplimiento" en las normas atinentes a derecho aplicable y a la jurisdicción, el citado autor sostenía

que “en tren de buscar el derecho aplicable, ciencia y práctica buscan la unificación. Se rechaza el despedazamiento del contrato, aplicando por ejemplo a su validez un derecho y a sus efectos, otro (*grande coupure*) o a una parte un derecho y a la otra, otro (*petite coupure*). Se antepone la prestación característica –en la compraventa la transferencia de la propiedad de la cosa vendida– y aplica el derecho del lugar donde ella ha de ser realizada a todo el contrato, inclusive a la prestación común (Schnitzer) (...)”. Por el contrario, en el campo jurisdiccional “imperla la pluralidad a fin de vehicular el derecho constitucional de la jurisdicción. No obstante, comprador y vendedor no tienen tres sino dos elecciones: entre el domicilio del demandado y el país en el cual el accionado debe cumplir; al contrario, ninguno de ambos puede deducir la demanda en el país en donde él mismo debe cumplir o inclusive cumplió. Ello es así, porque, por una vertiente, el legislador elige el país del cumplimiento porque supone que en este país será fácil para el actor victorioso ejecutar la sentencia, y por otra vertiente, porque resultaría excesivamente gravoso para el demandado tener que litigar en un país al que no lo liga ninguna circunstancia”<sup>42</sup>. Boggiano ha sostenido que cualquier lugar de cumplimiento habilita la apertura de la jurisdicción, aun cuando se trate del lugar de ejecución de la prestación que el propio actor debió cumplir, e incluso si ya cumplió con ella, en idéntica línea a la jurisprudencia nacional imperante<sup>43</sup>.

Fernández Arroyo ha criticado esta calificación amplia de lugar de cumplimiento<sup>44</sup>. En su opinión, la idea de ge-

---

<sup>42</sup> Ver GOLDSCHMIDT, Werner, “Jurisdicción internacional en contratos internacionales”, Comentario al fallo “Espósito e hijos S.R.L., Antonio c. Jocqueviel de Vieu”, *La Ley*, 1986-D, p. 46.

<sup>43</sup> Ver A. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, p. 132 ss.

<sup>44</sup> Ver FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Compétence dans les relations privées internationales”, *Recueil des Cours*, t. 323, p. 137.

nerosidad estaría justificada “en la medida en que sirviera para brindar más posibilidades para la realización de la justicia (...). En cambio, aplicada sin distinciones, la idea es menos plausible (...)”. Así, por ejemplo, se pregunta qué pasaría si se aplicara por hipótesis este criterio cuando el demandado no está domiciliado en la Argentina ni tiene en el país sucursal, agencia o representación que haya intervenido en el caso; lo más normal será que la ejecución de una sentencia adoptada sobre esta base deba tener lugar en el extranjero y, por ende, la “debilidad del criterio fundador de la jurisdicción puede comprometer drásticamente las chances de efectividad de la decisión”. Por tal motivo, considera que “el juez hará bien en restringir tanto como le sea posible la aparente generosidad de este precepto, utilizando para ello el principio de efectividad expresamente contemplado en el art. 2602 *in fine*”<sup>45</sup>.

*d. La calificación de lugar de cumplimiento en el caso “La Pape-  
lera del Plata S.A. c/Dipropar S.R.L. s/ordinario” fallado por la  
Sala C de la CNCom*

La Sala C de la CNCom., en su sentencia de 28/10/2016, resolvió una controversia en la cual se pretendía el cobro del precio de unas mercaderías vendidas bajo la modalidad FCA con entrega en Wilde y Zárate (República Argentina) teniendo la proveedora su domicilio en la República Argentina y la compradora en Paraguay; el pago debía efectuarse mediante una transferencia bancaria a la cuenta abierta por la actora en el Citibank NA Argentina.

Más allá de que se invoca la aplicación del art. 2601 del CCCN, en lo que aquí nos interesa, el tribunal señala que existiendo convención internacional, rige en el caso el “Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual”, el cual se aplica a la jurisdic-

---

<sup>45</sup> Ver. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Comentario al art. 2650”, en RIVERA, Julio C. – Graciela MEDINA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 941.

ción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares personas físicas o jurídicas con domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del Tratado de Asunción; Argentina y Paraguay, en este caso. Así, de acuerdo a lo establecido en el art. 7, en ausencia de acuerdo, tienen jurisdicción a elección del actor: a) los jueces del lugar de cumplimiento del contrato; b) los jueces del domicilio del demandado; c) los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación.

La parte actora optó por proponer la demanda en esta jurisdicción en atención a lo dispuesto en los apartados a) y c) de la referida norma. Según el art. 8 del Protocolo, “se entenderá por lugar del cumplimiento del contrato el Estado Parte donde haya sido o deba ser cumplida la obligación que sirva de base para la demanda”. En tanto la obligación cuyo cumplimiento se reclama consiste en el pago de las mercaderías que se concretaría mediante transferencia a la cuenta bancaria de la actora en Argentina, el tribunal estima que se verifica en el caso el supuesto previsto en el inc. a) del art. 7 citado y, por ende, considera que la demanda fue debidamente entablada en esta jurisdicción. No obstante ello, por aplicación de lo dispuesto en el inc. c del art. 7, cuyo presupuesto no se encuentra controvertido, también se arribaría a la misma conclusión, de lo que se deriva que la acción fue deducida ante juez competente.

*e. La extensión de la aplicación de la doctrina “EBASA c/ Holiday Inn’s” al caso “Selman, Christian José c/ López Nestor Antonio y otros s/ ordinario” fallado por la Sala C de la CNCom.*

La Sala C de la CNCom., en su decisión de 17/11/2020, señaló que se estaba en presencia de una contratación con elementos multinacionales que bien podía colocar la atribución de jurisdicción, tanto en el ámbito de los tribunales locales, como en los de la República Oriental del Uruguay, dado que “(...) en lo atinente al lugar de cumplimiento de la obligación, existen aspectos en la relación de que aquí se

trata, vinculados tanto a la Argentina como a la República Oriental del Uruguay, dado que la cesión de las acciones en virtud de cuyo incumplimiento se reclama involucraba a una sociedad registrada en este país y otra sociedad registrada en la República Oriental del Uruguay”.

Ante esta situación de duda interpretativa, el tribunal argumentó que “(...) estima pertinente integrar la laguna a los fines de establecer la jurisdicción competente extendiendo analógicamente al caso, aquella interpretación jurisprudencial de nuestra Corte Suprema que sostuvo, ante un similar criterio atributivo de jurisdicción en nuestro derecho procesal internacional de fuente interna que, cualquier lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales en la República justifica la apertura de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos (cfr. arg. que sustenta la actual norma procesal internacional de jurisdicción internacional en materia de contratos, contenida en la fuente interna en el art. 2650 inc. b) CCCN, antes doctrina en torno al art. 1.215 del Código Civil, CSJN *in re*: “Exportadora Buenos Aires S.A c/ Holiday Inn’s Worldwide Inc s. recurso de hecho”, del 20.10.98)”.

*f. La localización de la sucursal, agencia o representación*

El art. 2650 inc. c) del CCCN conduce a atribuir jurisdicción a los tribunales argentinos cuando se ubicare en nuestro país una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que esta hubiera participado en la negociación o celebración del contrato, lo cual procura facilitar el acceso a la justicia. Se trata de otro aporte “novedoso” del CCCN para la fuente interna totalmente razonable cuya redacción, aunque evoca lo dispuesto el art. 122 inc. b) de la hoy Ley General de Sociedades (LGS), pero que tiene una consecuencia diferente. En efecto, mientras la citada disposición de la LGS sólo consagra una posibilidad de emplazamiento en la República Argentina a una sociedad constituida en el extranjero, operativa, en principio, cuando un tribunal argentino resultaba competente el art.

2650 inc. c) viene a atribuir a esa “sucursal, agencia o representación” virtualidad atributiva de jurisdicción. Así, el art. 2650 inc. c) del CCCN amplía la posibilidad de intervención de los tribunales argentinos en materia contractual internacional y su resultado es equivalente a considerar a un demandado domiciliado en el extranjero “domiciliado” en Argentina a los fines jurisdiccionales. Es importante destacar que, al requerir como presupuesto la participación en la negociación o celebración del contrato (terminología que también evoca la doctrina judicial mejor recibida en nuestro ámbito en relación a la interpretación del art. 122 inc. b) de la hoy LGS) impediría que se configure por esa vía una jurisdicción exorbitante.

*g. El caso “Ducler, Aldo Luis –Herederos de- y otros c/Citibank NA (NY) y otros s/incumplimiento de contrato”*

Se trata de una demanda de daños y perjuicios interpuesta en el año 2007 (vigente el Código Civil) ante la justicia con competencia en materia civil y comercial federal de la República Argentina, contra el Citibank NA (Nueva York), el Citibank NA (Sucursal Argentina) y el Estado de México.

El actor, dueño de la tercera parte del grupo “Mercado Abierto”, se vio sometido a un proceso penal en la República Argentina, como consecuencia de que dicho grupo fue investigado en nuestro país a raíz de aparentemente una serie de maniobras de lavado de activos. Si bien fue sobreseído, la tramitación de dicho proceso le habría provocado severos daños a él y todo su grupo familiar.

Las maniobras que supuestamente dieron lugar a la investigación fueron una serie de irregularidades que se verificaron en dos cuentas de titularidad de empresas integrantes del grupo “Mercado Abierto”, radicadas en el Citibank NA (NY) las cuales podrían haber sido utilizadas para transferir activos de origen ilícito provenientes de México que terminaban en la República Argentina donde era utilizados para concretar diversas inversiones.

Según la parte actora, si el Citibank NA (NY) hubiese dado aviso de esas irregularidades al grupo “Mercado Abierto” esa maniobra de lavado podría haber sido evitada, motivo por el cual considera que esa entidad es responsable de los daños y perjuicios que sufrió como consecuencia del proceso penal reconocen su causa en un incumplimiento contractual.

Por otra parte, alegó que la apertura de las cuentas bancarias en el Citibank NA (NY) se efectuó a través de su sucursal en Buenos Aires y que habían sido usadas sin su conocimiento.

Asimismo, demandó al Estado de México, al que considera responsable con fundamento en que dicho Estado, a través de su Embajador en la República Argentina, había actuado como denunciante y acusado al actor de la comisión de delitos relacionados con el narcotráfico, aportando como pruebas informaciones periodísticas.

En apretada síntesis, nos hallamos ante un reclamo de una indemnización de daños y perjuicios que tendría su origen en un incumplimiento contractual y respecto del otro en un supuesto de responsabilidad civil extracontractual.

El CITIBANK NA (NY) opuso excepción de incompetencia fundado en que, por una parte, su domicilio se encuentra en Nueva York y por otro, los hechos que supuestamente se le atribuían habían tenido lugar en EE.UU (las transferencias tuvieron su origen y destino cuentas radicadas en EE.UU).

En primera instancia, la excepción de incompetencia fue rechazada, por cuanto el juez consideró que “la demanda aquí interpuesta fue deducida por el Sr. Ducler por los daños y perjuicios que le produjo personalmente y a sus empresas su vinculación con una causa penal sustanciada en la Ciudad de Buenos Aires, cuyos efectos antijurídicos se configuraron en la misma ciudad, no cabe duda que el lugar del hecho se ubica en esta jurisdicción, por lo



que la opción efectuada por el accionante se ajusta a la normativa señalada”.

Si bien el juez fundó su decisión en lo dispuesto por el art. 5 inc. 4) del CPCCN, subsumiendo la controversia dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, destacó que a idéntico resultado se arribaría si se lo encuadrara como un caso de responsabilidad contractual habida cuenta “que, en caso de ser varios demandados, se podrá recurrir al domicilio de cualquiera de ellos (arts. 2608 y 2650 inc. a, del CCCN, citados)”, mencionado también lo dispuesto por el art. 5 inc. 5) del CPCCN para el supuesto del caso de acciones personales en los que “sean varios los demandados y se trate de obligaciones indivisibles o solidarias, el del domicilio de cualquiera de ellos a elección del actor”. Sostuvo que, teniendo en cuenta que el actor había demandado a “Citibank NA Buenos Aires, que tiene su domicilio legal en esta ciudad, sucursal en la que se llevó a cabo la negociación y celebración del contrato resulta claro que, en virtud de la normativa reseñada, la opción ejercida se ajusta tanto a las normas de procedimiento como a las disposiciones del código de fondo en materia de jurisdicción internacional contractual”.

El Citibank NA (NY) apeló el decisorio y se agravio de que en la sentencia se hubiese considerado al proceso penal que tramitara en Argentina como relevante a los fines de la determinación de la competencia, habida cuenta que no había sido parte del mismo, que su relación había sido con las firmas que integraban el grupo “Mercado Abierto” y no con el Sr. Ducler como también que la sucursal argentina del Citibank no había tenido ningún rol real en las transferencias en cuestión y que había sido incluida dentro de los demandados al solo efecto de fijar la competencia de los tribunales argentinos. Destacó también la inexistencia de solidaridad o de indivisibilidad de las obligaciones. Se advierte así que el demandado está poniendo el acento no sólo sobre la calificación de la controversia por parte del tribunal sino también sobre el uso o manipulación que el

actor habría hecho de los criterios atributivos de jurisdicción para que se produjera la apertura de la competencia de los tribunales locales. Precisamente era sobre este tipo de maniobras que la doctrina había llamado la atención.

A su turno, el actor, señaló especialmente que ni las disposiciones del Código Civil ni las del CPCCN, ni las del CCCN exigen vinculación alguna entre las demandadas bastando que una de ellas lo tenga en la República Argentina para que el actor tenga derecho a demandar en nuestro país. Utiliza pues como defensa una de las falencias que la doctrina había marcado respecto de la redacción del art. 2650 del CCCN.

La Sala I de la CNCivComFed, el 20/10/2020, rechazó el recurso de apelación deducido por el Citibank NA y sostuvo que, de conformidad con lo establecido por el art. 2601 del CCCN, el caso debía ser resuelto por aplicación de lo dispuesto por los arts. 2650 y 2608 del CCCN<sup>46</sup>, sin perjuicio de lo cual destaca que a idéntica solución se habría llegado por aplicación de los arts. 1215/1216 del CCCN.

El tribunal hizo también hincapié en que de conformidad con lo dispuesto por el art. 5 del CPCCN la competencia ha de determinarse por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda y no por las defensas opuestas por el demandado y que tratándose de acciones personales derivadas de delitos o cuasidelitos (conf. art. 5 inc. 4° del CPCCN), resultan gravitantes tanto el domicilio del demandado como el lugar del hecho que, en este caso, parece localizar en la República Argentina por cuanto la pretensión resarcitoria se fundaría en el trámite de la causa penal antes mencionada.

---

<sup>46</sup> Es importante señalar que, si bien los hechos litigiosos y la traba de la litis habían ocurrido durante la vigencia del CC, el tribunal ha considerado implícitamente a las normas de jurisdicción internacional consagradas por el CCCN también como de aplicación a los procesos ya en trámite bajo el régimen anterior, no sin destacar que a igual solución hubiese conducido la aplicación de lo dispuesto por los arts. 1215/1216 del CC.

Este enfoque también desde la óptica de la responsabilidad extracontractual habría tornado aplicable siguiendo el mismo criterio, lo dispuesto por el art. 2656 del CCCN que, de todos modos, hubiese conducido a la misma solución.

### **3. La determinación del derecho aplicable**

Las obligaciones contractuales constituyen uno de los instrumentos fundamentales del tráfico jurídico, tanto interno como internacional. En ambos planos se puede comprobar las transformaciones socioeconómicas condicionantes de cada período histórico, teniendo su reflejo fundamental entre la tensión entre la autonomía individual y la autoridad de la ley. Así, desde el ángulo de su reglamentación, el derecho de los contratos constituye uno de los sectores donde se puede observar de manera clara cómo operan la pluralidad de métodos y de procedimientos normativos que utiliza el DIPr y ello, en virtud de la complejidad de protagonistas y de la pluralidad de intereses contrapuestos<sup>47</sup>. Esa constatación de tal diversidad de intereses lleva aparejada la necesidad de brindar distintas respuestas técnico-jurídicas y, a fin de poder hacerlo, resulta necesario lograr una interacción de distintos objetivos de política legislativa y métodos de reglamentación<sup>48</sup>.

En relación al rol de la autonomía de la voluntad en el sistema de DIPr de fuente interna, cabe precisar que el Código de Vélez no contenía ninguna disposición normativa que facultara de manera expresa a las partes para elegir el derecho aplicable a los contratos. Sin embargo, con respecto a la autonomía

---

<sup>47</sup> Ver JAYME, Erik, "Le Droit International Privé du nouveau mill'naire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", *Recueil des Cours*, vol. 282, 2000, p. 38 y PÉREZ BEVIÁ, José A. "Las obligaciones contractuales", en: AA.VV., *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid: Tecnos, 1996, p. 257.

<sup>48</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *El contrato internacional (fraccionamiento versus unidad)*, Madrid: Civitas, 1992, pp. 23-24.

de la voluntad, la doctrina y la jurisprudencia se habían orientado de modo significativo hacia su reconocimiento<sup>49</sup>, argumen-

---

<sup>49</sup> Así, en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en Corrientes en 1985, todos los participantes aceptaron en forma unánime la autonomía de la voluntad como punto de conexión en los contratos internacionales. Una serie de sentencias emanadas de la Sala E de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial entre los años 1981 y 1985 reiteraba la facultad de las partes de elegir el derecho aplicable a los contratos internacionales, afirmando decididamente el criterio de regir el contrato por la ley de la parte que debe cumplir la prestación característica, para el supuesto de que los contratantes no hubieran ejercido dicha facultad de elección; así en autos "*Banco de Río Negro y Neuquén c. Independencia Transportes Internacionales, S.A.*", 1981 (ED, diario del 18/02/1982), "*Cicerone c. Banco de Entre Ríos*", 1982 (ED, t. 101, p. 179), "*Deutsches Reisebüro c. Speter Armando*", 1984 (ED, diario del 12/04/1984), "*Arrebillaga, Arturo c. banco de la Provincia de Santa Cruz*", 1984 (Doctrina Judicial, 1985-I, p. 292), "*Expreso Mercurio, S.A. c. Maupe, S.A. s/ordinario*", 1984 (Doctrina Judicial, 1985-I, pp. 287-289) y "*Esposito e Hijos, Antonio c. Jocqueviel de Vieu*", 1985. Puede consultarse el análisis de estos fallos en M.S. NAJURIETA, "El domicilio del deudor de la prestación característica en los contratos internacionales", *Doctrina Judicial*, 1985-I, pp. 287-294. De la misma autora, "Apogeo y revisión de la autonomía en contratos internacionales", *LL*, 1986-A, Secc. Doctrina, pp. 1006 ss. Un comentario al fallo "*Arrebillaga*" puede verse en W. GOLDSCHMIDT, "La autonomía conflictual de las partes, su forma y su alcance", *ED*, t. 109, pp. 711-720. Para un análisis del fallo "*Banco de Río Negro y Neuquén*", ver M. MALBRÁN, "Autonomía contractual y ley subsidiaria en el derecho internacional privado argentino", *ED*, t. 98, pp. 2865-2868. Cabe poner de resalto que la Corte Suprema de Justicia en el caso "*Méndez Valles, Fernando v. A. M. Pescio S.C.A.*", de fecha 26/11/1995, sostuvo que "para la determinación de la ley aplicable a un contrato con elementos multinacionales, corresponde indagar si las partes han ejercido la facultad de elegir el derecho nacional aplicable al contrato o de incorporar al contrato normas materiales derogatorias de las normas coactivas del derecho privado rector del negocio –sin perjuicio del orden público del DIPr del juez con jurisdicción internacional y de las normas de policía, que no pueden ser desplazadas por la autonomía referida – (arg. Art. 19 Constitución Nacional y art. 1197 Código Civil", *JA*, 1999-III-síntesis, *Lexis Nexis* n° 1/524. La Corte Suprema de Justicia en la causa "*Tactician Int. Corp. y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares s/ cumplimiento de contrato*", de fecha 15/03/1994 (Fallos, 317-182), receptó la doctrina de la autonomía material de las partes en contratos internacionales y luego, el mismo Tribunal en "*Moka S.A. c.*

tando y fundamentando –a veces por medio de complejos razonamientos– la posibilidad de las partes, tanto para elegir el derecho aplicable al contrato como para determinar el contenido del mismo<sup>50</sup>.

En palabras de Uzal, el CCCN “abrazo hoy, expresa y decididamente, el principio de la autonomía de la voluntad también en punto al derecho aplicable a los contratos internacionales, honrando así la más acendrada tradición jurídica sostenida siempre por la Argentina internacionalmente<sup>51</sup>. Como ha señalado Weintraub, “quizás la regla de DIPr. más ampliamente aceptada de nuestro tiempo es que las partes de un contrato son libres de estipular qué derecho gobernará su transacción”<sup>52</sup>.

El art. 2651 del CCCN lleva por título “Autonomía de la voluntad. Reglas”; si bien es verdad que la concreción de la autonomía es sumamente detallada (a través de varios párrafos e incisos) y actúa como regla de base –lo cual aporta seguridad

---

*Graiver, David s/sucesión*”, de fecha 07/03/2000, afirmó que “es evidente la razonabilidad de lo resuelto en el sentido de designar el derecho del Estado de Nueva York como aplicable a la prescripción de la acción por incumplimiento de un contrato internacional, si implica dar efecto al derecho elegido por las partes, en un válido ejercicio de la autonomía de la voluntad dentro de los límites impuestos por el orden público internacional”, JA, 2000-III, p. 234.

<sup>50</sup> Ver GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 6° ed., Buenos Aires: Depalma, 1988, pp. 191-195, A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, t. II, 3° ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 255, UZAL, María E., “Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional (Con particular referencia al MERCOSUR)”, *ED*, t. 179, 1998, pp. 1184-1185, y NOODT TAQUELA, María B., “Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños”, en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego F. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires: Zavallia, 2003, pp. 1008-1014.

<sup>51</sup> UZAL, María E., *Derecho Internacional Privado*, Op. Cit. p. 308.

<sup>52</sup> WEINTRAUB, Russell “Functional Developments in Choice of Law for Contracts”, *Recueil des Cours*, 1984, t. 187, 1984, p. 239.

jurídica al estar consagrada-, según Fernández Arroyo “tanto detalle hace lucir más lo que no se dice”<sup>53</sup>.

Una de las observaciones que ha merecido la norma es que no menciona el requisito de la “internacionalidad del contrato” como recaudo para poder ejercer la autonomía. Se supone que por la ubicación metodológica de la disposición se refiere claramente a los contratos internacionales (ya que el Título referido al DIPr se inicia con el art. 2594, el cual alude a “situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales”), con lo cual estaría en principio sobreentendido que se trata de contratos internacionales. Sin embargo, esto contrastaría con la exigencia de internacionalidad que sí el legislador incluyó expresamente en el art. 2605 al referirse a los acuerdos de elección de foro. Lo que para algunos puede parecer una sutileza y una necesidad de precisión trascendente en las palabras que debe emplear el legislador al momento de redactar la norma (lo cual en este caso sería una deliberada omisión)<sup>54</sup>, para otros, la no mención de la internacionalidad no lleva aparejado mayores inconvenientes, ya que “el ejercicio de la autonomía de la voluntad tal como es concebida en el DIPr. en el plano sustancial ha sido siempre entendida en el sistema argentino como limitada a contratos internacionales”<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Comentario al art. 2651”, en RIVERA, Julio C. – Graciela MEDINA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 944.

<sup>54</sup> IBIDEM, pp. 944-945.

<sup>55</sup> No ha ocurrido lo mismo con su ejercicio en el plano jurisdiccional como quedó en evidencia, en su momento, con la reforma del CPCCN introducida por la ley 21.305 que, al no establecer ninguna precisión, daba lugar a la posibilidad de prorrogar la jurisdicción en favor de jueces o árbitros que actuaran en el extranjero, aún respecto de casos internos. Nos parece que probablemente esa haya sido la razón por la cual el legislador agregó expresamente la exigencia de la internacionalidad en el art. 2605 y no en el 2651. Por lo demás, la consagración de la autonomía de las partes en el caso de contratos internos se encuentra prevista por el art. 958 del CCCN. Al quedar sobreentendida la internacionalidad, es a nuestro modo de ver claro, que el legislador simplemente quiso dar fundamento a lo que era una tendencia muy arraigada y de ninguna manera provocar una “revolución

Estimamos que hubiese sido preferible que se incluyera la nota de internacionalidad, tal como lo hacen los instrumentos convencionales que reglamentan los contratos internacionales (por ejemplo la CIDIP V de México de 1994 o la misma Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías); sin embargo, no consideramos que “el juez ante el que se presente un contrato en el que se haya elegido el derecho de un país diferente de aquel en el que radiquen todos los elementos pertinentes del caso deberá esforzar sus argumentos para no aplicar ese derecho o para ajustar su aplicación a las exigencias de las normas imperativas internas”<sup>56</sup>, ya que los jueces argentinos y la doctrina de nuestro país han sido contestes en señalar que “la facultad de elegir el derecho aplicable sólo se puede admitir en contratos vinculados a múltiples sistemas jurídicos, eso es, en contratos multinacionales, y no en contratos absolutamente internos”<sup>57</sup>.

La autonomía de la voluntad, tanto en sentido conflictual como material, aparece consagrada en el art. 2651 del CCCN. A través de la autonomía conflictual las partes pueden elegir el derecho aplicable al contrato, excluyendo la aplicación del derecho que las normas de conflicto previstas por el legislador indican como aplicable al contrato (art. 2652 del CCCN). A su vez, las partes pueden configurar el contenido normativo del contrato dentro del contexto del derecho aplicable, ya sea el elegido por ellas o el designado por el legislador. En un contrato internacional, las partes pueden crear disposiciones contractuales que desplacen las normas coactivas del derecho elegido; así, el inc. c) del art. 2651 del CCCN dispone que “las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que

---

copernicana” y admitir la posibilidad de elección del derecho aplicable a cualquier contrato, sea interno o internacional. Ver C.D. IUD (nota 17), p. 200.

<sup>56</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Comentario al art. 2651”, Op. Cit., p. 945.

<sup>57</sup> BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, t. II, 3ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991, p. 175.

desplacen normas coactivas del derecho elegido”. Los únicos límites y exclusiones son los que el propio art. 2651 prevé.

El art. 2561 del CCCN señala que los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes “en cuando a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones”. Cabe precisar que la elección no está sometida a ninguna exigencia de conexión entre el derecho elegido y el contrato.

En relación a la forma y tiempo del acuerdo, la elección de derecho aplicable puede ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso; es decir que en caso de elección tácita se requiere la razonable certeza o “evidencia” de que tal elección es real, según las circunstancias del caso. Este criterio del primer párrafo de la norma mencionada resulta coincidente con el art. 3 de la Convención de Roma de 1980, el art. 3.1) del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), el art. 7 de la Convención de La Haya de 1986 sobre derecho aplicable a las compraventas internacionales y el art. 7, 2do. párrafo de la CIDIP V sobre ley aplicable a los contratos internacionales.

La redacción de esta parte de la disposición ha suscitado críticas en el sentido de la falta de claridad en la distinción entre la elección “cierta” y “evidente”. Es decir, no resultarían suficientes meros indicios que eventualmente pudieran conducir a un determinado derecho; es más, el inc. g) del art. 2651 del CCCN deja de lado como indicio suficiente la elección por las partes de un juez competente, al señalar que “la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable de ese país”. Vale decir que si las partes celebraron un contrato y pactaron un acuerdo de elección de foro a favor de los jueces de nuestro país, esta circunstancia no debe ser tomada como una elección tácita del derecho argentino de fondo aplicable a la relación contractual. El CCCN recepta la postura de la jurisprudencia en el tema; en esta línea, la Sala A de la



CNCom., en fecha 28/12/2012, en “*Golub, Gustavo c/International Vendome Rome-IVR s. ordinario*”<sup>58</sup>, -al analizar el interrogante de si cabía extraer del acuerdo de elección de foro a favor de los tribunales argentinos una convención válida sobre el derecho interno argentino como aplicable-, con voto de Uzal, señala que “una interpretación que sustente válidamente una posición forista, de esa naturaleza, no encuentra apoyo en nuestro derecho. (...) Es que, si bien es cierto que (...) las partes acordaron que someterían a la jurisdicción de los tribunales de la República Argentina toda interpretación y/o litigio derivado de la ejecución de dicho contrato, no puede extraerse de dicha disposición, sin más, la aplicación al caso de la legislación interna de nuestro país. En efecto, la elección de los tribunales argentinos solo puede autorizar a concluir todo caso en que, en defecto de elección por las partes del derecho aplicable al contrato en ejercicio de su autonomía de voluntad en sentido conflictual, el juez argentino deba resolver el caso de acuerdo con las normas del derecho argentino y, tratándose de un caso internacional, con las normas del DIPr argentino”.

El CCCN se aparta del adagio “quien elige juez elige derecho” y, por ende, tampoco sigue la solución del Reglamento Roma I, el cual en su Considerando 12 establece que ese es “uno de los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato”.

Nótese también que en lo atinente a la elección tácita, el art. 2651 se aparta del modelo europeo, ya que mientras éste se limita a indicar que la misma debe resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso, el CCCN ha utilizado la expresión de que la elección debe resultar “de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”. Mientras que en el Convenio de Roma de 1980 se empleaba la expresión “cierta”, existe una diferencia con el Reglamento Roma I que tendría ciertas

---

<sup>58</sup> Recuperado de <http://fallos.diprargentina.com/2013/07/golub-gustavo-c-international-vendome.html>.

consecuencias. En realidad, “cuando ambas normas se ‘bajan’ a la realidad de los casos concretos, esa circunstancia debida a los matices de redacción no sería tan importante ya que, en definitiva, una elección cierta y evidente supone una elección que no deje lugar a dudas y que no se asiente en la voluntad hipotética de las partes; en definitiva inequívoca”<sup>59</sup>.

Cabe precisar que tampoco puede considerarse que exista elección tácita del derecho aplicable en supuestos de rebeldía del demandado. El Juz. Nac. Paz 46, en fecha 07/10/1969, en “*Estudios Espíndola c/Bollati, Cristóbal J.*”<sup>60</sup>, puso de manifiesto que “(...) no parece que las partes hayan hecho uso de ese derecho. Por otro lado, tampoco lo constituye la invocación que la parte actora hace de normas del derecho argentino (la alegación del derecho aplicable es considerada a veces como acto concluyente, llevado a cabo ante el tribunal, en virtud del cual las partes someten su contrato a ese derecho). El ejercicio de la autonomía de la voluntad, en efecto, no tiene que ser necesariamente contemporáneo a la celebración del acto. Falta pues la voluntad coincidente de su oponente en tal sentido y no creo que a la rebeldía en contestar la demanda pueda asignársele tal consecuencia”.

En cuanto al tiempo u oportunidad para ejercer la autonomía conflictual, cabe preguntarse cuándo pueden las partes elegir el derecho aplicable a su contrato internacional. Dicho de otro modo, ¿sólo es factible el pacto de elección del derecho antes de la conclusión del contrato, o es viable que se lo pueda formular con posterioridad?; ¿es posible que una vez elegido el derecho aplicable por los contratantes, éstos puedan dejar sin efecto o revocar su declaración anterior? Las partes pueden efectuar la elección del derecho en cualquier momento. El inc. a) del art. 2651 del CCCN establece que “en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación

---

<sup>59</sup> IUD, Carolina D. *Contratos...* Op. Cit., p. 202.

<sup>60</sup> Recuperado de: <http://fallos.diprargentina.com/2007/08/estudios-espndola-c-bollatti.html>.

de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros”. Esto significa que incluso las partes, en el momento que quieran, pueden cambiar la elección del derecho que hubiesen hecho con anterioridad; la única limitación que impone la norma es que la modificación no afecte la validez del contrato original ni los derechos de terceros<sup>61</sup>.

Cabe preguntarse si los contratantes pueden someter a derechos distintos diversas partes de un contrato. Este fraccionamiento -que se conoce con el nombre de *dépeçage*- permite elegir una ley para todo el contrato o sólo para una parte de él. La respuesta del CCCN es afirmativa ya que la disposición del primer párrafo *in fine* del art. 2651 admite el *dépeçage* voluntario, total o parcial, ya sea en forma expresa o tácita, al señalar que la elección del derecho “puede referirse a la totalidad o a partes del contrato”. Para que el *dépeçage* opere resulta necesario que se trate de cuestiones que puedan separarse o, en su caso, de relaciones que bajo la apariencia de un solo contrato encierren en la práctica más de uno. El *dépeçage* requiere que ciertos aspectos del contrato sean separables: por ejemplo, las cláusulas de garantía, las penales, las de revisión de precios o de moneda, las relativas a la responsabilidad precontractual, fuerza mayor, etc. Así las cosas, someter a diferentes derechos prestaciones recíprocas no resultaría viable.

La incorporación del *dépeçage* plantea también ciertos desafíos que no se encuentran resueltos en la norma. Si bien es cierto que el CCCN ha previsto de manera expresa el *dépeçage* voluntario, cabría preguntarse -tal como sostiene Iud- “si estaría permitido el *dépeçage* judicial y específicamente, si en la búsqueda del derecho aplicable al contrato a partir del sistema subsidiario, el juez podría, por ejemplo, recurrir a la cláusula de

---

<sup>61</sup> Esta disposición del art. 2651 es coincidente con el criterio del art. 8 de la CIDIP V, aunque nótese que en el CCCN se deja a salvo que la modificación no puede afectar la “validez del contrato original”, mientras que en la CIDIP V se alude a la “validez formal del contrato original”. Tanto en el CCCN como en la CIDIP V se deja a salvo los “derechos de terceros”.

excepción para aplicar, a una parte del contrato un derecho diferente al que regiría en principio el contrato en su totalidad”<sup>62</sup>.

Una consecuencia obligada de la admisión de la autonomía de la voluntad conflictual es la exclusión del reenvío. En efecto, cabe suponer que, “si los contratantes son capaces de elegir la ley de un Estado es porque quieren que ésta sea aplicada y no que lo sea la ley de un tercer Estado como resultado de una norma de conflicto del Estado cuyo derecho se prefirió”<sup>63</sup>.

El inc. b) del art. 2651 del CCCN señala que “elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas de conflicto de leyes, excepto pacto en contrario”<sup>64</sup>. Las partes pueden pactar que su referencia a un determinado derecho incluya las normas de conflicto del mismo. Ahora bien, si las partes no efectúan tal pacto, se entiende que el derecho elegido es el interno de ese Estado. Esta situación está, a su vez, contemplada en el Capítulo 1 (Disposiciones generales) al establecer en el art. 2596 (reenvío) que: “Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino. Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario”. La disposición del inc. b) sólo alude a la posibilidad de exclusión de las normas de conflicto; sin embargo, nada dice acerca de las normas materiales, con lo cual coincidimos en que quizás hubiese sido preferible

---

<sup>62</sup> IUD, Carolina D., *Contratos Internacionales...*, Op. Cit., p. 208.

<sup>63</sup> Ver CALVO CARAVACA, Alfonso L., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n° 2, 2009, p. 63.

<sup>64</sup> De esta forma la norma receptando el criterio del art. 17 de la CIDIP V cuando dispone que “para los efectos de esta Convención se entenderá por ‘derecho’ el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas a conflicto de leyes”.

directamente hacer referencia a la exclusión de sus normas de derecho internacional privado. Tal como ha sido redactada la disposición, si las partes desean que no se apliquen las normas materiales de ese sistema deberían decirlo expresamente<sup>65</sup>.

No debe perderse de vista que el art. 2651 del CCCN permite elegir como derecho aplicable el derecho de cualquier lugar del mundo, pero este derecho debe ser “estatal”.

Si nos centramos ahora en la autonomía material, en virtud de la misma las partes se encuentran facultadas para crear cláusulas prescriptivas del contenido de fondo de su contrato y, no sólo pueden elegir el derecho aplicable al contrato, sino que también pueden excluir del derecho privado elegido las normas coactivas de ese sistema jurídico. Ahora bien, esa exclusión sólo puede producirse a través de la incorporación al contrato de normas materiales de sentido contrario a las normas coactivas del derecho privado rector del negocio que se pretenden desplazar. Tal como lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, las partes pueden “pactar las condiciones de fondo de su relación en ejercicio de su autonomía material de voluntad (...). Las partes han configurado el contenido normativo de su vinculación jurídica, caracterizándola, estableciendo sus condiciones (...). Las contratantes han hecho minucioso ejercicio de su autonomía material de voluntad estableciendo las condiciones de fondo para el ejercicio de su relación”<sup>66</sup>.

De acuerdo al inc. c) del art. 2651 del CCCN, “las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido”. Asimismo, conforme al inc. d) de la disposición citada, “los usos y prácti-

---

<sup>65</sup> Ver IUD, Carolina D., *Contratos Internacionales...*, Op. Cit., p. 209. Nótese que el art. 20 del Reglamento Roma I, establece la exclusión del reenvío de la siguiente forma: “Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de derecho internacional privado, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa”.

<sup>66</sup> Ver CNCom., Sala A, 08/11/2007, LL, 2008-B, p. 674.

cas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato". De esta forma, y dentro de los límites impuestos por el inc. e) del art. 2651, "las partes pueden diseñar una reglamentación a la carta de sus contratos"<sup>67</sup>. La regulación en principio parece conteste con la recepción de la autonomía dada por el legislador, ya que si en virtud de la autonomía conflictual se le permite a las partes elegir como derecho aplicable al contrato el derecho de cualquier país del mundo –incluso desconectado con el caso–, es lógico que se admita que el contrato sea regido por los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional, o por los propios Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.

Las partes en un contrato pueden pactar la aplicación de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (u otros usos, prácticas o costumbres). Es decir, que los Principios UNIDROIT deberán aplicarse en Argentina sin más límites que los establecidos en los incisos e y f del art. 2651 del CCCN (principios de orden público y normas materialmente imperativas).

## I. El rol de la *lex mercatoria* y el *soft law*

¿Es factible que las partes elijan como derecho aplicable al contrato la *lex mercatoria*<sup>68</sup> o normas de *soft law*? Ardua y

---

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego F. "Comentario al art. 2651", Op. Cit., p. 946.

<sup>68</sup> Bajo el amplio y genérico paraguas de la expresión *lex mercatoria* se da cobertura a distintas clases de normas cuyo origen, contenido, alcance y proyección son diferentes; dicho de otro modo, si bien el término induce en principio a pensar en una calificación "unitaria", lo cierto es que con ella se alude tanto a usos comerciales profesionales (ya se encuentren codificados o no), como a condiciones generales de contratación y los *standard forms*, las *guidelines*, *restatement of law*, códigos de conducta, convenciones internacionales aún no vigentes, leyes modelo, principios generales del derecho, principios del derecho internacional, reglas inspiradas en la equidad, laudos arbitrales y normativa procedimental, entre otros. Ver ALL, Paula M. "Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codifi-

complicada resulta la tarea no sólo de definir la expresión *lex mercatoria*<sup>69</sup> sino también la de conceptualizar al *soft law*<sup>70</sup>, di-

---

cación privada internacional”, *Libro Homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, Asunción: CEDEP, 2013, pp. 184-185. Asimismo, ver ALL, Paula M. - Jorge R. ALBORNOZ, “Desarrollo del *soft law* e impacto de las normas internacionalmente imperativas en el comercio internacional: desafíos sustanciales y procesales (con relación a algunos instrumentos contractuales)”, *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*, n° XX, 2012, pp. 235-282 y MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “Notas sobre la ‘*lex mercatoria*’: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos”, *Libro Homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, Asunción: CEDEP, 2013, pp.333-334.

<sup>69</sup> Innumerables definiciones se han dado de la *lex mercatoria* y la extensión otorgada al concepto depende, obviamente, de la posición teórica en que se sitúen los autores. Así, Frignani ha sostenido que la nueva *lex mercatoria* consiste en una “serie de usos y prácticas frecuentes en el comercio internacional y que los particulares asumen en sus relaciones con la *opinio juris* de su vinculación jurídica”. Según Goldman, férreo defensor de la *lex mercatoria*, ésta comprende un conjunto de principios generales y reglas consuetudinarias que van elaborando paulatinamente los socios en los intercambios comerciales (sobre todo en el marco de sus organizaciones profesionales), que no tienen referencia a un concreto sistema jurídico nacional y que los árbitros, contractualmente designados por ellos para resolver sus litigios, confirman y asimismo precisan, e incluso elaboran para ellos. Este autor coloca en la lista de “fuentes” de esta *lex*, en primer lugar, a los usos y reglas consuetudinarias, las cláusulas contractuales generales y los contratos tipo y, en segundo lugar, se encontrarían los laudos arbitrales, cuya finalidad sería integrar las lagunas planteadas por las anteriores fuentes. Sin embargo, el mismo Goldman –con el transcurso del tiempo–, ha modificado este elenco de fuentes considerando que los principios generales del derecho relativos a las relaciones comerciales internacionales y los principios comunes a los sistemas jurídicos nacionales, más la jurisprudencia arbitral, son las fuentes prioritarias de la *lex mercatoria*. De esta forma, los tribunales arbitrales no sólo dirimen, por un lado, las controversias del comercio internacional aplicando reglas y principios derivados de la *lex mercatoria*, sino que por otro contribuyen de manera decisiva al desarrollo de tales reglas y principios a través de sus laudos arbitrales, los que se terminan transformando de esta forma en otra fuente de la citada *lex*. Por su parte, Lew, Mistelis y Kröll la definen como “el conjunto de normas creadas por y para los participantes en el comercio internacional y aplicadas fundamentalmente por árbitros para resolver controversias propias del comercio internacional”. Ver FRIGNANI, Aldo, “Il contratto internazionale”,

ferenciándolo del *hard law*, máxime cuando este último permite remisiones o abre las puertas al primero. Los estudios que se han llevado a cabo y se siguen elaborando en torno a la *lex mercatoria* son inabarcables. Desde el trabajo de Goldman<sup>71</sup> hasta Berger<sup>72</sup>, muchas son también las posiciones sus-

---

en: *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Milán: CEDAM, 1990, pp. 31-33. GOLDMAN, Berthold, "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives", *Journal Clunet*, n° 106, 1979, p. 475. GOLDMAN, Berthold, "Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria*", en: *Études de droit international en l'honneur de P.Lalive*, Bâle: Helbing & Lichtenhan, 1993, pp. 247 y ss.

<sup>70</sup> El término *soft law* fue utilizado por Lord McNair y, desde su mismo origen, se lo ha interpretado de diferentes maneras. En realidad, este denominado "derecho suave o débil" (*weak law*, pre-derecho, derecho blando o en agraz) ha estado presente desde antaño en los sistemas jurídicos, a punto tal que incluso si nos remontamos al derecho romano estas formas de regulación recibían el nombre de *leges imperfectae* ya que la norma carecía de la *sanctio*, es decir, la determinación de las consecuencias de violar la parte dispositiva de la ley. La expresión no posee en el ámbito internacional un significado unívoco sino que, por el contrario, diferentes incluso son los criterios para calificar al *soft law* y definir su ambiguo y difuso contenido, a punto tal que bajo dicha denominación se encauzan, entre otros, actos jurídicos heterogéneos sin contenido obligatorio (no vinculante jurídicamente), tales como instrucciones, planes, circulares, normas técnicas, códigos de buen gobierno, acuerdos. Al mismo tiempo, también se utiliza dicha denominación para referirse a instrumentos que resultan jurídicamente vinculantes (*legal soft law*) o no (instrumentos "doblemente" *soft*). Como se ha señalado, la expresión se aplica a instrumentos cuya juridicidad es dudosa (ambigua) o cuya fuerza vinculante se cuestiona. En la misma línea, y dicho de otro modo, el *soft law*, tal como lo apreciamos en la actualidad es una criatura del derecho internacional y, en especial, de las organizaciones internacionales, cuyas normas no siempre gozan de efectos jurídicos Ver ABI-SAAB, Georges "Cours Général de Droit International Public", *Recueil des Cours*, t. 207, 1987, p. 132. Del mismo autor ver "Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain", en: *Hommage à François Rigaux*, Bruxelles: Brylant, 1993, pp. 60 ss. KLABBERS, Jan, "The redundancy of *soft law*", *Nordic Journal of International Law*, n° 65, 1996, pp. 167-182.

<sup>71</sup> GOLDMAN, Berthold, "Frontières du droit et *lex mercatoria*", *Archives du philosophie du droit*, t. 9, 1964, pp. 171-192.



tentadas y encontramos desde acérrimos opositores hasta fervientes defensores de la misma. Más allá de los embates que ha sufrido la *lex mercatoria*, lo cierto es que nadie pone en duda su historicidad<sup>73</sup>, independientemente de que en la actualidad “reaparezca” con nuevos perfiles y en otros contextos, debido al auge del comercio internacional, al aumento exponencial de las inversiones extranjeras y a la flujos permanentes de divisas a través de los mercados, entre otros factores económicos.

El interrogante acerca de si el contrato puede regirse por la *lex mercatoria* o por normas de *soft law* se vincula con el hecho de que las partes en el sistema argentino, en ejercicio de su autonomía conflictual, sólo pueden elegir como derecho aplicable al contrato derecho estatal; sin embargo, nada impide que el derecho no estatal ingrese al contrato a través de la incorporación por referencia que efectúen las partes. Así, conforme lo establece el inciso d) del art. 2651 del CCCN, las partes pueden efectuar una incorporación por referencia y, de este modo, pueden integrar el contenido del contrato: 1) los usos y prácticas generalmente aceptados, 2) las costumbres comerciales internacionales<sup>74</sup>, c) los principios del dere-

---

<sup>72</sup> BERGER, Klaus P., *The Creeping Codification of the lex mercatoria*, La Haya: Kluwer, 1999.

<sup>73</sup> Ver TRAKMAN, Leon E., *The Law Merchant. The evolution of Commercial Law*, Colorado: F.B. Rothman & Co. / Litteton, 1985, pp. 7-21.

<sup>74</sup> En el caso “*Sanovo International A/S con/Ovoprot International S.A. s/ordinario*” la Sala F dela CNCom., en fecha 24/06/2010, señaló que los Incoterms deben analizarse bajo la ‘*lex mercatoria*’ ya que constituyen el espectro más amplio que las incluye”, y aclara el fallo que “La *Lex Mercatoria* se conoció en la Edad Media y se la consideró como el conjunto de usos y costumbres que regían las transacciones de los comerciantes. Su origen tiene fundamento en el crecimiento de las relaciones comerciales entre los pueblos y la insuficiencia del Derecho Romano para resolver las nuevas dificultades. Así las cosas, fueron los mismos comerciantes quienes regularon las nuevas situaciones por medio de reglas de origen consuetudinario y corporativo, adoptadas en el seno de los gremios mercantiles, las cuales se irían modificando y desarrollando al tiempo que también lo harían las decisiones de los tribunales consulares de justicia (Conf. OVIEDO ALBÁN,

cho comercial internacional. Debe advertirse que las partes deben ser precisas y claras a la hora de individualizar tales usos y prácticas, costumbres y principios ya que la incorporación debe ser expresa. La decisión de someterse a tales re-

---

Jorge, “Derecho Uniforme del Comercio Internacional: los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Nº 203, Lexis Nexis – Depalma, Buenos Aires, 2003, Pág. 664). Actualmente puede definirse la *lex mercatoria* como: “*el conjunto de usos y costumbres profesionales utilizados en el comercio internacional, que independientemente de las –reglas– nacionales, constituyen una suerte de derecho comercial común internacional*” (Noodt Taquela, María Blanca, “Enciclopedia Jurídica Omeba”, Apéndice VII, Editorial Driskill S.A., Pág. 162). Entre sus características principales se suele destacar la especialidad, profesionalidad, formación consuetudinaria y la internacionalización de sus normas, dado que las mismas no conocen fronteras. En las últimas décadas, organismos internacionales de carácter intergubernamental o gremial se han ocupado intensamente de consolidar las normas propias del tráfico mercantil internacional. En particular, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado Internacional (UNIDROIT), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), mediante convenciones internacionales, sugerencias de leyes modelos o recopilaciones de reglas generales o principios y costumbres internacionales, han permitido abrir el camino a la consolidación del Derecho Internacional. La Cámara de Comercio Internacional es una asociación privada, cuyos socios son comerciantes internacionales, inversores y Cámaras de Comercio locales de todo el mundo; y tienen como fin principal recopilar, codificar y publicar los usos y costumbres internacionales (MARZORATI, Osvaldo, Op. Cit., p. 288 y ss.). En referencia a los Incoterms, las mismas han sido elaboradas por la CCI, a fin de precisar las obligaciones de las partes y el punto de transmisión del riesgo. La primera versión uniforme completa de los Incoterms apareció recién en 1936; siendo modificada y ampliada sucesivamente en 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, y la última versión que data del año 2000. Puede definirse como: “*un conjunto de reglas aplicables internacionalmente y destinadas a facilitar la interpretación de los términos comerciales comúnmente utilizados. Son usos y costumbres codificados de aplicación no obligatoria*” (Marzorati, Osvaldo, ob. citada, pág. 290 y ss.)”. Ver [http://fallos.diprargentina.com/2011/06/sanovo-international-as-c-ovoprot\\_02.html](http://fallos.diprargentina.com/2011/06/sanovo-international-as-c-ovoprot_02.html)). Sin perjuicio de ello, valga aclarar que la versión más reciente data del año 2020.

glas materiales no se presume, sino que debe constar en el contrato.

Si bien la recepción de la *lex mercatoria* aparece dentro del art. 2651 inc. d) del CCCN, evidenciando una postura de amplia apertura a la autonomía de la voluntad, puede vislumbrarse una contradicción en la misma norma que hace depender del pacto de las partes, la aplicabilidad de “usos y prácticas comerciales generalmente aceptados”, tal como lo señaláramos *ut supra*. Cuando se alude a “los principios del derecho comercial internacional” quedan encuadrados allí los elaborados por UNIDROIT (Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales) y por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Principios de La Haya).

Ahora bien, el inc. d) del art.2651 del CCCN plantea numerosos interrogantes. En primer lugar, porqué motivo debe condicionarse la incorporación de usos y prácticas comerciales al hecho de que sean “generalmente aceptados”. Al fin y al cabo, tratándose del ejercicio de la autonomía material, es la misma voluntad de las partes la que posibilita su ingreso al contrato. A su vez, la misma terminología utilizada genera dudas ya que al referirse a la expresión “generalmente aceptados” tampoco puede saberse a ciencia cierta si se refiere al comercio internacional en general o si, en cambio, puede aludir a un determinado sector. Téngase presente que la referencia al derecho comercial internacional sólo se hace con respecto a los “principios”. Sin perjuicio de ello cabe destacar que la solución dispuesta por el inc. d) del art. 2651 no resulta coherente con lo previsto por el art. 9 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías que<sup>75</sup> ha sido ratificada por la Argentina, sin perjuicio de sus diferentes ámbitos de aplicación.

---

<sup>75</sup> Esto en tanto el art. 9.2 establece una presunción de aplicabilidad tácita de los usos, cuando expresa que “salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el

Sumado a esto, el art. 2652 del CCCN dispone que en defecto de elección por las partes, el contrato se rige por las leyes “y usos del país del lugar de cumplimiento” y que, en caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes “y usos del país del lugar de celebración”. Así planteadas las cosas, resulta extraño que el CCCN exija la incorporación expresa de los usos cuando se trata del ejercicio de la autonomía de la voluntad material y, por el contrario, se disponga la aplicación de los usos del país del lugar de cumplimiento o los del lugar de celebración cuando se trata del derecho determinado en función de las reglas subsidiarias.

En relación a la aplicación de los Principios UNIDROIT por parte de la jurisprudencia argentina, resulta interesante destacar que en el caso “*Golub Gustavo c. International Vendome Rome-IVR S.A. s. ordinario*”, de fecha 28/12/2012, la Sala A de la CNCom, al analizar si correspondía aplicar la normativa sobre emergencia económica argentina, señaló que a los fines de determinar el derecho aplicable y el lugar de cumplimiento del contrato “aparece útil recurrir no sólo a las reglas de interpretación previstas en el art. 218 de nuestro Código de Comercio, sino también, recurrir a modo de pauta orientadora, a las reglas y usos del comercio internacional recogidos por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), elaborados como ‘Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales’, también conocidos como ‘Principios UNIDROIT’. Esas disposiciones conducen a reforzar una conclusión favorable a la existencia de contactos argentinos relevantes en el caso que determinan la aplicación de la ley argentina, en tanto, resulta ser la ley del lugar de cumplimiento de las prestaciones que nos ocupan. Es interesante destacar que, entre dichos Principios se halla el contenido en el art. 6.1.6,

---

comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

que refiere –precisamente- a la determinación del lugar de cumplimiento de las obligaciones dinerarias (...) Es ilustrativo y útil también, para interpretar esta situación, recurrir al art. 6.1.8 de los ya mentados Principios, que se refieren, precisamente, al pago por transferencia de fondos y que indican cómo debe abordarse ese caso (...).”

La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en fecha 28/06/2013 en “*D.G. Belgrano S.A. c/ Procter & Gamble Argentina S.R.L. s/ ordinario*”<sup>76</sup> debió resolver un pedido de indemnización por rescisión de un contrato de distribución a pedido de D.G. Belgrano S.A. contra Procter & Gamble Argentina S.R.L. (P&G). El contrato fue rescindido por la demandada P&G, a su entender, de acuerdo a lo estipulado en la negociación y en el instrumento signado por ambas partes. D.G. Belgrano, solicitó en su presentación la declaración de nulidad de la cláusula de la que se valió la actora para desligarse de la relación por considerarla abusiva e impuesta en un contrato de adhesión “donde la adherente renunció a derechos sin contrapartida, exponiéndose a una inconcebible situación de riesgo ajena a toda razonable y equilibrada negociación contractual”. Por este motivo a la par de requerir la nulidad de las cláusulas del contrato que permitieron esta situación, pidió la reparación integral de los daños que consideró haber sufrido como consecuencia de la conducta abusiva de su contraria.

En primera instancia el tribunal estimo improcedente el pedido de la actora por cuanto, según su sana crítica, no existían razones para caracterizar el accionar de P&G como abusivo (de acuerdo a lo requerido por DG Belgrano S.A.). En este sentido, señaló que “el artículo 1197 del Código Civil que consagra el ‘principio de autonomía de la voluntad’ y en las características del contrato de distribución no existió conducta reprochable a la demandada, habida cuenta que ajustó su obrar a los términos establecidos en el contrato ce-

---

<sup>76</sup> Disponible en: MJ-JU-M-80903-AR | MJJ80903.

lebrado entre las partes". Asimismo, consideró que el contrato "no fue impuesto por la demandada y que no constituía un acuerdo con cláusulas predispuestas", y que, de acuerdo a lo estipulado por el art. 902 C. Civil "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos". Al apelar la decisión ante la Sala A, de la Cámara Nacional de Apelaciones, los magistrados atendieron al alcance de los conceptos de autonomía de la voluntad y a la vinculación de ésta con las cláusulas standard. En este sentido, apuntaron, "[l]a autonomía de la voluntad como derecho incuestionable, comprende la discrecionalidad de contratar o negarse a hacerlo, la de elegir con quien contratar y en última instancia decidir sobre la regulación del convenio. En ese contexto, es frecuente que las cláusulas que instrumentan la autonomía conflictual, aparezcan insertas en un contrato standard, o de adhesión, o que posee cláusulas generales predispuestas de contratación que contienen las reglas de autoregulación aplicables al contrato". En efecto, en el procedimiento fue probado que la relación había sido instrumentada mediante un contrato marco o de adhesión puesto que "los contratos eran iguales para todos los distribuidores y que no había posibilidad de modificación".

Sentado ello, los jueces han venido recurriendo a las disposiciones de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT, para estudiar el alcance y la interpretación que puede darse a las cláusulas *standard* bajo análisis, señalando que este cuerpo de reglas las consigna como "aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso personal y repetido y que son utilizadas de hecho, sin ser negociadas con la otra parte". La validez de las mismas queda ligada "a las normas generales que se refieren a la formación del contrato, pero también se ha sostenido que deben juzgarse carentes de eficacia las estipulaciones incorporadas a cláusulas standard cuyo contenido o redacción no fuese razonablemente previsible por la otra par-

te, salvo que dicha parte la aceptase expresamente". Más aún, en su análisis sobre la vinculación entre la autonomía de la voluntad y las mencionadas cláusulas predispuestas, "[n]o cabe caer en la simplificación de quienes sostienen la crisis de la noción de autonomía de la voluntad clásica, ante la aparición de los contratos por adhesión, pues en aquellos casos en que no se verifique abuso del estado de necesidad, ligereza o inexperiencia de una de las partes, o en los que no se verifique abuso del derecho o mala fe o vicios de consentimiento, la 'libertad de contratar' encuentra un instrumento útil al tráfico jurídico de masas en la integración de fórmulas contractuales generales, estandarizadas o predispuestas que, de este modo, expresan suficientemente la voluntad de las partes que, más allá de su predisposición, las han aceptado, al incorporarlas a su relación jurídica. De ello se colige que – por regla– los contratos con cláusulas predispuestas o por adhesión en principio, obligan a las partes a lo allí convenido: bajo este prisma, habrá de procurarse la solución debida al caso". Asimismo, en relación a la pretendida (por sí misma) caracterización de D.G Belgrano S.A como "parte débil" y al abuso de posición dominante de su contraria, el tribunal señaló que "el mayor poder de negociación no se relaciona con la posición de la parte fuerte en el mercado, sino con relación a la situación en que se encuentran las partes frente al contrato. Usualmente, se exige que una parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y de la naturaleza y finalidad del contrato (véanse los lineamientos recogidos en el Principio 3.10 a) y b) de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales UNIDROIT, 1995, pág. 260)". El tribunal señala que "en principio, existe consenso en buena parte de la doctrina en cuanto a que en caso de contradicción entre cláusulas standard y otras que no lo sean prevalecerán estas últimas (art.2.21, en "Principios..."). En caso de contradicción entre formularios, cuando ambas partes utilizan cláusulas

standard y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá celebrado con base en lo acordado y a lo dispuesto en aquellas cláusulas que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes hubiese indicado claramente con antelación que no tiene el propósito de quedar obligada por ese contrato (véase art. 20.22, en UNIDROIT, "Principios..."; en este mismo sentido, art. 6, inc.b) del "Proyecto de Principios de la Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales", La Haya, noviembre de 2012)". Nótese que el fallo cita el Proyecto de Principios de La Haya sobre elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales. Así las cosas, el tribunal decidió en favor de la demandada, toda vez que P&G rescindió el contrato, ajustándose a lo contractualmente previsto, es decir, otorgando el preaviso de 120 días pactado, sin con ello incurrir en un ejercicio abusivo del derecho que le asistía.

Debe tenerse en cuenta que en su Preámbulo, los Principios UNIDROIT prevén como propósito la utilización o referencia a estos, procurando la interpretación y aplicación armónica de reglas generales, usos o costumbres del comercio en los tribunales judiciales o arbitrales. Así, se espera que los Principios oficien "modelo para los legisladores nacionales e internacionales", o para "para interpretar o complementar el derecho nacional", entre otras finalidades asignadas a ellos. En este sentido en la jurisprudencia argentina esta práctica no es novedosa<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Pueden verse los siguientes fallos: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 30/12/2010, "*Horbath Abraya Ghildegarth, Sofia Hilda c. Cabaña Solaz 1 S.A.*"<sup>77</sup>; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 13/02/2009, "*Donati Hnos. S.A. c. Renault de Argentina S.A. (ex Ciadea S.A.) y otros*"<sup>77</sup>; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 28/12/2006, "*Netco S.A. c. Switch-Co S.A.*"<sup>77</sup>; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, Sala II, 28/02/2006, "*Ghezzi y Salvini, Adelina E. y otro c. Suárez, Eduardo R. y otro*"<sup>77</sup>; Tribunal Arbitral, ad hoc, 28/11/2002, "*B. A. N.A. c. T. S.A.*"<sup>77</sup>; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, 10/06/2004, "*Benítez Elsa Beatriz c/ Citibank*



La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, en fecha 01/04/2104 en el caso “*Murex Argentina S.A. c. Abbott Laboratories y otro, s. ordinario e International Murex Technologies Corporation c. Murex Argentina S.A. y otros s. ordinario*”<sup>78</sup>, recurre a las reglas sobre contratos comerciales internacionales para interpretar disposiciones y expresiones comprendidas en el contrato y la relación jurídica litigiosa. Así, el tribunal convalidó el derecho unilateral de poner fin a un contrato de distribución exclusiva por tiempo indeterminado, expidiéndose sobre la necesidad de preaviso razonable. Señaló que: “La relación contractual entre el deudor principal y los acreedores originarios no evidencia el ejercicio de la autonomía de la voluntad en sentido conflictual, esto es, a través de un pacto expreso de elección de derecho aplicable al contrato. En consecuencia, el contrato se verá regido por sus propias reglas materiales y subsidiariamente por las normas de derecho internacional privado interno, en todo aquello que las partes no hubieran previsto expresamente. En el caso, además, no se observa la designación de un lugar de cumplimiento, se vuelve por tanto imperativo atender a la naturaleza de las obligaciones a efectos de identificar cuál de ellas se califica como la prestación más característica del contrato, elemento a partir del cual determinar el lugar de cumplimiento del contrato”. En relación al fondo del asunto, el tribunal apuntó la necesidad de indagar “la forma en que se desarrolló la relación comercial teniendo en cuenta, en principio, los acuerdos celebrados por las partes”, para lo cual es menester “adjudicar un sentido a la regla contractual, desentrañando los derechos y obligaciones que de ella se derivan, tanto en lo que supone la calificación misma del vínculo como en lo que respecta a su integración me-

---

N.A.”; Cámara 6ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 14/02/2008, “*Ingeniero Nestor A. Brandolini y Asociados S.R.L. c Oviedo Funes, María Lila y otros*”.

<sup>78</sup> Microjuris: MJ-JU-M-86466-AR | MJJ86466.

dante la delimitación de las obligaciones no previstas”. Existiendo consenso general entre la doctrina al respecto, el tribunal considera que, tratándose de una compraventa, lo determinante no es la prestación dineraria, sino la entrega de la cosa. A efectos de resolver la disputa el tribunal apela, entre otros recursos, a los parámetros interpretativos ofrecidos por los Principios UNIDROIT, en particular al 4.8 que establece que “cuando las partes no se pusieren de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias, teniendo en cuenta para su determinación la intención de las partes, la naturaleza y finalidad del contrato, la buena fe y la lealtad negocial y el sentido común”. La respuesta ofrecida por las reglas se encuentra “en línea con una concepción moderna en materia de interpretación contractual impone que ellos obligan no sólo por lo expresamente acordado sino, además de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión conforme la pauta del art. 1198 del Cód. Civil”.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, en fecha 16/10/2013 en el ya comentado *ut supra* caso “*Sanovo International A/S C/ Ovoprot International S.A. S/ Ordinario*”<sup>79</sup> rechazó la demanda al considerar que si bien se encontraba acreditado el incumplimiento contractual atribuido a Ovoprot, “conforme a la legislación internacional aplicable no resultaba posible acceder a la pretensión de la accionante sobre la base de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, cuando nada refirió sobre su derecho a obtener una indemnización integral, ni probó la existencia del daño invocado”. La Sala F revocó la sentencia de primera instancia, hizo parcialmente lugar a la demanda y condenó a Ovoprot a abonar el capital requerido con más intereses, estableciendo como aplicable al

---

<sup>79</sup> Disponible en [www.cij.gov.ar/sentencias.html](http://www.cij.gov.ar/sentencias.html).

caso la Convención de Viena. La decisión fue recurrida por ambas partes ante la Corte Suprema de Justicia, que resolvió inconducentes los argumentos presentados en relación con la supuesta omisión de la Alzada de considerar el precio internacional de los productos a los efectos de calcular la indemnización del art. 76 citado, como así también aquéllos referidos a que la demandante en ningún momento había afirmado haber realizado una compra de reemplazo. Asimismo, el máximo tribunal, estimó “que las alegaciones referidas a supuestas imprecisiones de los jueces y a la insuficiencia del incremento del 5% sobre el precio FOB utilizado por el tribunal a quo para calcular el precio de referencia, así como las vinculadas con la imposición de costas, resultaban prematuras”, por lo que decidió anular parcialmente la sentencia, siendo necesario que la Cámara se expida sobre el quantum de la indemnización que corresponde otorgar. En este escenario la Sala A, señaló que “[h]abiéndose establecido la aplicación de la Convención de Viena sobre Compra-venta Internacional de Mercaderías por imperio de su ámbito de aplicación, el tribunal observa que la interpretación de sus disposiciones, está signada por el espíritu de la norma y los principios que la informan todos ellos explicitados en el Preámbulo de la mentada Convención. Junto a estas directrices interpretativas, a efectos de dar sentido a las disposiciones aplicables a la contienda, el tribunal señala la posibilidad de “recurrir en apoyo de la fidelidad al espíritu uniformista de esta normativa, a los principios que brinden el sentido que garantice en mayor medida la finalidad de unificación sustancial perseguida por la Convención, cuidando de no desvirtuarla”. Así, apuntan, “resultará fuente útil en este trabajo recurrir como pautas de interpretación a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT que tienen como una de sus fuentes, precisamente, a la propia Convención que nos ocupa y que enuncian entre los objetivos de su Preámbulo su posible utilización para interpretar u suplementar textos internacionales de derecho uniforme, en cuya fuente han abrevado”. Recu-

re por ello a los principios de reparación integral y previsibilidad y a la interpretación ofrecida respecto de ellos (UNIDROIT, “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales”, Roma 1995, comentarios a los arts. 7.4.2 y 7.4.4), vinculándolos con las disposiciones de la Convención de Viena, arts. 74, 75 y 76 especialmente, comulgando los extremos del caso con las previsiones de la normativa y la interpretación que de ésta debe hacerse, para así determinar los parámetros de la indemnización.

En materia de contratos deben tomarse en consideración como instrumentos de *soft law* los Principios de La Haya sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales de 2015, los cuales en su art. 2 señalan la libertad de elección, disponiendo que “un contrato se rige por el derecho elegido por las partes”; bajo el título “Normas de derecho”, el art. 3 estipula que “las partes pueden elegir, como derecho aplicable al contrato, normas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del derecho del foro”. En la jurisprudencia argentina no encontramos casos en los cuales los tribunales hayan aplicado los Principios de La Haya pero, sin embargo, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en “*D.G. Belgrano S.A. c. Procter & Gamble Argentina S.R.L. s/ordinario*” de 28/06/2013 los menciona a los efectos interpretativos<sup>80</sup>.

En el ámbito regional el 22/02/2019, el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos aprobó la Guía sobre derecho aplicable a los contratos internacionales en las Américas, la cual constituye un instrumento explicativo acerca de las soluciones aceptables internacionalmente hoy en materia de contratación internacional, una herramienta disponible no sólo para los legisladores sino

---

<sup>80</sup> Ver *La Ley Online* AR/JUR/38833/2013

también para la función interpretativa de jueces, árbitros y partes<sup>81</sup>.

En relación a la aplicación del derecho no estatal, los tribunales judiciales argentinos no solo han utilizado los Principios de UNIDROIT a los fines interpretativos o a los efectos de colmar lagunas, sino que permanentemente hacen referencia y aplican los Incoterms de la CCI<sup>82</sup> o las UCP sobre crédito documentario<sup>83</sup> o cobranza documentaria<sup>84</sup>. Incluso en relación a las prácticas standard exigibles, nuestros tribunales han utilizado a los efectos interpretativos las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencia internacional de créditos<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> Ver MORENO RODRÍGUEZ, José A., "La nueva Guía de la Organización de Estados Americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte I)", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, nº 1, 2021, pp. 187-206.

<sup>82</sup> Ver, entre tantos otros, CNCom., Sala F, "*Sanovo c/Ovoprot*", 26/06/2010; CNCom., Sala D, "*Pramac Ibérica S.A. c. Sincrolapm S.A.*", 19/11/2008; Juz.Nac.Com. 4, scretaría 8, "*Abn Amor Bank NV sucursal argentina (fiduciario) c. Hyundai Motor Argentina S.A. y otros s. ordinario*", 27/05/2008; CNCom., Sala D, "*Artes Gráficas Buschi S.A. s. concurso preventivo s. incidente de revisión por la concursada al crédito de Stora Enso Kabel GMB 6Co. KG*", 19/12/2007; CNCom., Sala C, "*CIDEC Cía Industrial del Cuero S.A. s. concurso s. incidente de revisión por Salvay Química y Minera S.A.*", 23/06/2005; CNCom., Sala C, "*Callari, Oscar A.*", 24/05/2005.

<sup>83</sup> Ver, entre otros, CNCom., Sala D, "*Banco de Intercambio Regional S.A. (en quiebra) c. La Superiora Bodegas, Viñedos y Olivares S.A. s. ordinario*", 13/08/2010; CNCom., Sala A, "*Centro de Distribuciones Eurolatino SRL c/ Banca Nazionae del Lavoro S.A. s/ordinario*", 18/09/2007; CNCom., Sala A, "*Banco Central de a República Argentina c/ Csa Beato de AA. Beato e Hijos s/ordinario*", 10/07/2007.

<sup>84</sup> Ver CNCom., Sala E, "*Cohen, Rafael c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/sumario*", 15/08/2001.

<sup>85</sup> Ver CNCom., Sala A, "*Faxipel S.R.L. c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ordinario*", 23/12/2008; CNCom., Sala A, "*Idesa S.A. c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ ordinario*", 21/11/2007; CNCom., Sala A, 27/03/2007, "*Global Packaging Solutions S.A. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires s/ordinario*", 27/03/2007.

¿Implicará entonces que en los casos en los que resulte de aplicación el CCCN nuestros tribunales harán caso omiso de todo este entramado normativo si las partes no los hubiesen incorporado en forma expresa a sus contratos? Nos inclinamos más bien a pensar que no.

En relación a la situación sobre la aplicación del derecho no estatal el ámbito arbitral, cabe considerar que dentro de las normas de DIPr argentino de fuente convencional encontramos el art. 3 de la CIDIP I sobre arbitraje comercial internacional (Panamá,1975), el cual señala que para el caso de ausencia de acuerdo entre las partes, remite a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial que, a su vez, establece en su art. 30 numeral 3) que, en todos los casos, el tribunal arbitral tendrá en cuenta "los usos mercantiles aplicables al caso". Por su parte el Acuerdo de Arbitraje del MERCOSUR de 1998 dispone en su art. 10 la aplicabilidad del "Derecho internacional privado y sus principios", así como del "Derecho del comercio internacional".

El art. 79 de la LACI sobre las normas aplicables al fondo del litigio, reproduce en forma textual el art. 28.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI y, por tanto, dispone: "El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes". Esta norma guarda coherencia con lo previsto en el CCCN en relación al derecho aplicable a los contratos internacionales (primera frase del art. 2651) y a la exclusión del reenvío (art. 2596).

Las leyes de arbitraje no circunscriben la libertad de elección de las partes a una ley nacional, sino que aluden a la

posibilidad de elegir "normas o reglas de derecho", aceptando también la elección de derecho no estatal<sup>86</sup>.

Sin embargo, el art. 80 de la ley argentina se aparta del art. 28.2 de la Ley Modelo de la CNUDMI ya que, mientras ésta dispone que "si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables", el art. 80 de la LACI es claro al disponer que "si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará las reglas de derecho que estime apropiadas". La disposición de la ley argentina va en sintonía con el art. 21 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que estipula que "a falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas". De esta forma se abre la posibilidad de que si las partes nada dicen, el árbitro no se vea obligado a acudir a las normas de conflicto que estime aplicables, sino que resulte libre de aplicar las reglas de derecho que estime apropiadas, abriéndose de esta forma y sin ambages la puerta a la aplicación del *soft law*<sup>87</sup>.

De acuerdo con el art. 82 de la LACI, "en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles". Si se compara esta norma con el art. 28. 4 de la Ley Modelo, pue-

---

<sup>86</sup> Ver, entre otras la Ley 1770 sobre Arbitraje y Conciliación de Bolivia (arts. 54 y 73), ley 9307/96 de Arbitraje de Brasil (art. 2), ley 1563 "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones" de Colombia (art. 103), ley de 1997 sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de Costa Rica (art. 22), ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile (art. 28.4), ley de Arbitraje de Guatemala (art. 36.3), ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador (art 59 y 78), ley 540 de 2005 de Mediación y Arbitraje de Nicaragua (54), Ide Arbitraje de Perú (art. 57.4), ley 1.879 de Arbitraje y Mediación de Paraguay (art. 32), ley 489-08 sobre Arbitraje Comercial de República Dominicana (art. 33.4).

<sup>87</sup> Ver KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "La codificación y la normatividad del soft law en el arbitraje internacional", en: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego – José A. MORENO RODRÍGUEZ, (dirs.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, Ed. La Ley, 2010, esp. p. 108.

de observarse que en el art. 82 se ha eliminado la expresión "aplicables al caso" en referencia a los usos mercantiles.

Con respecto a la utilización del *soft law* en el arbitraje, no debe perderse de vista que el juego de la autonomía de la voluntad, la creciente utilización del arbitraje, las ansias de la *societas mercatorum* o *business community* de aumentar el campo regulatorio no estatal nos muestra, especialmente desde los finales del siglo XX, una febril actividad de las instituciones gremiales y científicas elaborando nuevos catálogos de reglas que no conllevan coactividad, pero sí tienen la pretensión de adquirirla. Tal atributo se alcanza, en principio, mediante la incorporación concreta de las aludidas reglas a los negocios individuales y su utilización por los tribunales arbitrales para resolver controversias comerciales. Incluso, ante la perspectiva de que determinadas normas de *soft law*, aprobadas por foros codificadores pero preparadas técnicamente por actores privados, vuelve a tener vigencia aquella pregunta que Galgano se formulaba sobre las "fuentes extralegislativas". En esta línea, el mencionado autor señalaba lo siguiente: "Podrá no gustarles a quienes, como nosotros, por otra parte, hemos sido educados en la idea de la estatalidad del derecho, en la ecuación derecho igual a ley; y menos podrá gustarles a quienes confían en la formación democrática del derecho, elaborado por fuentes legislativas. Pero tal ecuación se ha roto por las normas de los códigos rituales (...) que, para el arbitraje sustituyen la expresión 'ley aplicable' por 'derecho aplicable', que puede ser un derecho producido por fuentes extralegislativas"<sup>88</sup>.

Se ha señalado que el comercio internacional constituye la piedra filosofal del mundo moderno y, en ese contexto, el contrato y el acuerdo arbitral son dos de los mejores instru-

---

Ed. La Ley, 2010, esp. p. 108.

<sup>88</sup> F. GALGANO, "Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización", en: Silva, J. A. (coord.), *Estudios sobre la lex mercatoria. Una realidad internacional*, México, Ed. UNAM, México, 2006, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2201>.



mentos de la mundialización en el plano jurídico<sup>89</sup>. No hay duda alguna de que el arbitraje es esencialmente un instrumento del comercio y no resulta casual que el mismo se haya desarrollado y continúe haciéndolo en el seno de las comunidades de comerciantes, al punto de reafirmarse que el arbitraje internacional constituye el monumento procesal de la *lex mercatoria*<sup>90</sup>.

## **II. El sistema subsidiario a la autonomía de la voluntad. La opción por una regla general de determinación con puntos de conexión rígidos. La precisión temporal del punto de conexión “domicilio del deudor”**

A la hora de determinar el derecho aplicable a un contrato internacional en defecto o invalidez de ejercicio de autonomía de la voluntad, el legislador optó por establecer una norma de conflicto general aplicable a todos los contratos (excepto a los contratos de consumo y a los que resultaran regulados por leyes especiales) con puntos de conexión rígidos en el art. 2652 del CCCN

En su momento, Boggiano, había llamado la atención sobre la conveniencia de disponer normas generales con pretensión de regular la amplia diversidad de contratos internacionales tomando en cuenta que “no se puede proyectar con rígidos y genéricos criterios de localización indiscriminatorios. Los intereses de las partes y los fines que los Estados persiguen mediante las regulaciones materiales difieren considerablemente según los tipos contractuales, y sería una imprudencia grava desatender la especialidad de los diversos tipos mediante soluciones electivas de absoluta generalidad”<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Ver P. LEBOULANGER, "Rapport introductif", *Revue de l'arbitrage*, nº 3, 2003, pp. 619 y 621.

<sup>90</sup> Ver J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Derecho aplicable y arbitraje internacional*, Asunción, CEDEP / Intercontinental Editora, Asunción, 2013, pp. 28 y ss.

<sup>91</sup> BOGGIANO, Antonio, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, 6ª ed. act., Buenos Aires: Thomson Reuters/La Ley, 2017, pp. 192-193.

La opción legislativa argentina es así diferente de la que emerge del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). En efecto, el art. 4 de este cuerpo normativo determina el derecho aplicable en subsidio de autonomía de la voluntad, también a partir de puntos de conexión rígidos pero lo hace a partir de una serie de categorizaciones<sup>92</sup>:

- contrato de compraventa de mercaderías, por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;
- contrato de prestación de servicios, por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;
- contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, por la ley del país de situación del inmueble; si el arrendamiento hubiera sido celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos, se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual siempre que el arrendatario fuera una persona física y tuviere su residencia habitual en ese mismo país;
- contrato de franquicia, por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;
- contrato de distribución, por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;
- contrato de venta de bienes mediante subasta, por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar pudiere determinarse;
- contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y

---

<sup>92</sup> Asimismo, el art. 4.3 de dicho instrumento consagra la cláusula de excepción aplicable a los casos anteriores en virtud de la cual, si el contrato presentara vínculos manifiestamente más estrechos con un país diferente, se aplicará la ley de este último.

venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, se regirá por dicha ley;

- en el caso de otros contratos no mencionados en las categorías anteriores o que presentaran elementos de más de una de las características indicadas, se regirán por el derecho del país de la residencia habitual de la parte que debía realizar la prestación característica del contrato;
- si aún así no pudiera determinarse el derecho aplicable al contrato, este se regirá por la ley del país con el cual presente los vínculos más estrechos.

Por otra parte, contiene soluciones especiales para el caso de los contratos de transporte (art. 5), de consumo (art. 6), de seguro (art.7) e individual de trabajo (art. 8).

El legislador argentino no sólo que ha tomado otro camino a la hora de determinar el derecho aplicable en subsidio de la autonomía de la voluntad sino que, además, ha seguido el criterio tradicional emergente tanto del Código Civil como de la jurisprudencia desarrollada en consecuencia<sup>93</sup>, optando por una serie de conexiones rígidas en cascada con la impronta de la teoría de la prestación característica. Así, en primer lugar el contrato se regirá por las leyes y usos del “lugar de cumplimiento del contrato” y luego, si este no estuviere designado o no surgiera de la naturaleza de la relación, “se entiende que lugar de cumplimiento es el del do-

---

<sup>93</sup> Una serie de sentencias emanadas de la Sala E de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial entre los años 1881 y 1985 había reiterado la facultad de las partes de elegir el derecho aplicable a los contratos internacionales, afirmando decididamente el criterio de regir el contrato por la ley de la parte que debe cumplir la prestación característica para el supuesto de que los contratantes no hubieran ejercido dicha facultad de elección. Ver SCHNITZER, Adolf, “Les contrats en droit international privé suisse”, *Recueil des Cours*, t. 123, 1968, pp. 582 ss. y las siguientes decisiones: “*Banco de Río Negro y Neuquén c. Independencia Transporte Internacionales S.A.*” (1981), “*Cicerone c. Banco de Entre Ríos*” (1982), “*Deutsches Reisebüro c. Speter, Armando*” (1984), “*Arrebillaga, Arturo c. Banco de la Provincia de Santa Cruz*” (1984), “*Expreso Mercurio S.A. c. Maupe S.A. s/ ordinario*” (1984), y “*Espósito e Hijos, Antonio c. Jocqueviel de Vieu*” (1985).

micilio actual del deudor de la prestación más característica”. En caso de que si aún así no pudiera determinarse el lugar de cumplimiento, entonces el contrato se regirá por las leyes y usos del país del lugar de celebración (conf. art. 2652 del CCCN). La solución del CCCN sigue también lo señalado por los Tratados de Montevideo de derecho civil internacional de 1889<sup>94</sup> y de 1940<sup>95</sup>, de los cuales la Argentina es parte y rechaza una metodología flexible como la seguida por la CIDIP V. No obstante, el cuerpo normativo innova al establecer que no sólo las leyes del país del lugar de cumplimiento rigen la operación, sino también los “usos” de tal lugar.

La solución adoptada para los casos en los que el lugar de cumplimiento no estuviere designado permite advertir que el legislador argentino optó en este caso por una de las formulaciones de la teoría de la prestación característica ya recogida por algunos precedentes jurisprudenciales durante

---

<sup>94</sup> Este instrumento normativo dedica el Título X al tratamiento de los “actos jurídicos”, regulándolos en 8 artículos. Así, el art. 32 dispone que “la ley donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente”, señalando la siguiente norma que “la misma ley rige: a) su existencia, b) su naturaleza, c) su validez, d) sus efectos, e) sus consecuencias, f) su ejecución, g) en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea”. Contiene asimismo normas referidas a los contratos sobre cosas cierta e individualizadas, o que recaen sobre cosas determinadas por su género, a cosas fungibles y sobre prestación de servicios (art. 34). Determina la ley aplicable a los contratos de permuta (art. 35) y accesorios (art. 36). Asimismo, en el art. 37 se refiere a la perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario, a las obligaciones que nacen sin convención (art. 38) y, finalmente, contiene una disposición relativa a las formas de los instrumentos, públicos y privados (art. 39).

<sup>95</sup> El Tratado se limita a proporcionar soluciones analíticas basadas en la ley de ejecución de la obligación típica del contrato, aunque no se deja librada la determinación del lugar de cumplimiento a lo que resulte del contrato, sino que, la propia normativa, se encarga de establecer –mediante presunciones o criterios localizadores– qué se debe entender en cada caso por lugar de cumplimiento.

la vigencia del Código Civil<sup>96</sup>. Al respecto nos interesa destacar que, en lo que se refiere al domicilio el criterio debería

---

<sup>96</sup> La Sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial en fecha 16/10/2013 en el caso "*Scrugli, Carlos Antonio c/ HSBC Argentina*", citando a Schnitzer, señaló que "en el caso se observa que las partes no habían designado con precisión el lugar de cumplimiento, por lo cual, atendiendo a la naturaleza de las obligaciones debe indagarse sobre cuál puede ser calificada como la prestación más característica del contrato, lo que requiere desentrañar, dentro de su función económica, la conducta de adjudicación que más satisface el fin económico del negocio jurídico (una cuestión empírica que hay que descubrir en cada caso)". Así, por ejemplo, en materia de compraventa internacional de mercaderías existe consenso en orden a que la prestación característica es la entrega de las mercaderías destacándose el rol fundamental que a los efectos de su determinación juegan los términos comerciales internacionales. Sin embargo, en varios casos de la jurisprudencia argentina se advierte que una vez identificado el lugar de entrega de las mercaderías se considera a dicho lugar "lugar de cumplimiento" del contrato mientras sin reparar demasiado en si es o no el domicilio del deudor de dicha prestación, mientras que en otros se hace referencia a esa coincidencia. La Sala E de la Cámara Nacional en lo Comercial en fecha 03/11/2005, en el caso "*Penguin Books Ltd. c/Librería Rodríguez SACIF*"<sup>96</sup> señaló que "en los contratos sinalagmáticos, la prestación característica es la que localiza el contrato con un sistema jurídico. Y tratándose de una compraventa internacional, la prestación funcional del contrato es la entrega de la cosa (...). De tal modo y en tanto la entrega de las mercaderías resultó satisfecha al ser colocada a bordo del transporte en el lugar de embarque convenido (...) cabe concluir que la compraventa celebrada entre las partes se haya sujeta a las leyes y usos del Reino Unido de Gran Bretaña". Por su parte, la Sala F de la Cámara Nacional en lo Comercial en fecha 16/10/2013, en el caso "*Sanovo International A/S con/Ovoprot International S.A. s/ordinario*" introduce la coincidencia entre el lugar de entrega y el domicilio del vendedor al considerar que "el lugar de cumplimiento ha sido explícitamente designado por las partes (art. 1212 Código Civil), pues, sin duda, hay una inequívoca designación del lugar de cumplimiento cuando, domiciliándose la vendedora en Argentina, se planteó la entrega de la mercadería con cláusula C&F, ya que conforme a esa cláusula las obligaciones del vendedor se cumplen cuando las mercaderías pasan la borda del buque en el puerto de embarque, en el caso, el puerto de Buenos Aires. Es indudable aquí pues, que la ley de lugar de cumplimiento designado es la argentina". En "*Deutsche Bank Aktiengesellschaft Filiale Stuttgart c/ Sin Jin Tex San Luis S.A. s/ ordinario*", de fecha 14/06/2012, la Cámara Na-

ser el mismo que sostuvimos en relación a la norma de jurisdicción como también que al haber aludido al “deudor” de la prestación *más* característica permite resolver parte de los inconvenientes que suele presentar esta teoría en relación a contratos en los cuales puede haber varias prestaciones características aunque claro está no da respuesta a los que podrían presentarse en los casos en los que la prestación más característica se debiera cumplir en diferentes Estados ni tampoco a aquellos casos en los cuales la identificación de la prestación característica pudiere resultar opinable.

---

cional de Apelaciones en lo Comercial, en el marco de una compraventa internacional de maquinaria convenida con cláusula FOB puerto alemán (Hamburgo) con destino Buenos Aires, el tribunal entendió que debía señalarse como el lugar de ejecución del contrato, aquel en el cual fuera realizada su prestación funcional, esto es, el de la entrega de la cosa o prestación no dineraria a cargo del vendedor y no la prestación pecuniaria a cargo del comprador. Así, si la entrega de la maquinaria se convino y efectuó a bordo del transporte en puerto alemán y se halla incontrovertido que ése es el lugar que corresponde considerar como el del cumplimiento de la prestación funcional del contrato, forzoso es concluir que fue bien decidido que la relación contractual quedó regida por la normativa alemana. Si la entrega “jurídica” de las mercaderías (no la “material”), resultó satisfecha al ser colocada a bordo del transporte en el lugar de carga convenido, la ley del lugar de cumplimiento del contrato resultó ser, entonces, la del país donde se produjo tal embarque. De esta forma el tribunal sigue la teoría de la prestación más característica o tipificante del contrato al considerar que el lugar de cumplimiento corresponde a la prestación funcional del contrato, dejando de lado la prestación dineraria. La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fecha 19/10/2012 en “*Sociedad Englander Nuss S.A. c/ Montecomán S.A. s/ ordinario*”<sup>96</sup>, resolvió declarar improcedente la pesificación pretendida por la parte actora, al entender que el lugar de cumplimiento de la prestación más característica, toda vez que las partes no lo designen, será considerado en el lugar donde se desarrolle la prestación más característica del contrato, en este caso, en territorio chileno. Como consecuencia resultó aplicable la ley de aquél país, por lo que la deuda debía ser cancelada en dólares conforme lo convenido (disponible en [www.cij.gov.ar](http://www.cij.gov.ar)).

Si aún así no pudiere identificarse el derecho aplicable al contrato, entonces cabrá estar a las leyes y usos del lugar de celebración.

Si bien es cierto que la utilización de puntos de conexión rígidos garantiza mayor previsibilidad en el resultado que la utilización de conexiones flexibles, no podemos dejar de señalar que mayor previsibilidad se gana cuando, en lugar de utilizar una regla general para todos los contratos se efectúan categorizaciones al modo del Reglamento Roma I. Ello conduce a preguntarnos si no hubiera sido conveniente que el legislador argentino siguiera una técnica similar.

El otro aspecto que nos interesa destacar se vincula a la precisión temporal del punto de conexión “domicilio del deudor de la prestación más característica” ya que el legislador se refiere al “domicilio *actual*”. Ello conduce al interrogante de qué debe entenderse por *actual*. ¿El domicilio del deudor al momento de la celebración del contrato? ¿El domicilio del deudor al momento de en que la obligación debía ser cumplida? O ¿al de la interposición de la demanda?

Se trata de una cuestión opinable. Si bien en la práctica podrían coincidir, estimamos que en caso de que ello no ocurriera la interpretación más ajustada al texto de la norma sería este último. Si bien coincidimos con la doctrina que sostiene que lo más apropiado habría sido referirse al domicilio del deudor al momento de la celebración del contrato<sup>97</sup> nos parece que esta interpretación podría contradecir la literalidad de la norma si difiriere con el que tuviese al momento de la interposición de la demanda ya que no sería “actual”. Por otra parte, si se tomara el domicilio del deudor al momento en que la obligación debía ser cumplida podría en-

---

<sup>97</sup> NOODT TAQUELA considera que “lo apropiado hubiera sido recurrir al domicilio del deudor al momento de la celebración del contrato”. Véase NOODT TAQUELA, Maía B., “Contratos comerciales internacionales; cuestiones que plantean”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 3, 2017, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 21/12/17, p. 491.

trañar una petición de principios puesto que ello podría derivar del derecho aplicable.

No se nos escapa que esta interpretación podría conducir a un sistema con el cual el contrato no tuviera ningún vínculo<sup>98</sup>, consecuencia previsible en un sistema que opta por conexiones rígidas con la finalidad de minimizar la discrecionalidad judicial<sup>99</sup>.

Pero la situación podría ser superada recurriendo a la cláusula de excepción prevista en el art. 2653 del CCCN. Este tipo de cláusulas, caracterizadas como un “acto de confesión” y al mismo tiempo como un “acto de enmienda”<sup>100</sup> permiten sobreponerse a la localización defectuosa y preservar el principio de proximidad<sup>101</sup>.

En el caso de la cláusula mencionada sin perjuicio de que no resulta operativa cuando las partes hubieran elegido el derecho aplicable al contrato, requiere petición de parte, a diferencia de lo que ocurre en el sistema europeo<sup>102</sup> y de lo

---

<sup>98</sup> Piénsese, por ejemplo, que al haber optado por el domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato, esta conexión puede ser meramente accidental si el deudor hubiese cambiado su domicilio luego de la celebración del contrato.

<sup>99</sup> Conf. MARTÍNEZ LUNA, William, “El artículo 4.3. del Reglamento Roma I. Una verdadera cláusula de excepción”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, p. 2, disponible en <http://www.reei.org>.

<sup>100</sup> MARTÍNEZ LUNA, William, con cita de M.A. ANCEL, destaca que es un acto de confesión, en tanto el legislador admite la “insuficiencia irreductible de la técnica” y de enmienda, en tanto vendría a corregir sus consecuencias. W.F. MARTÍNEZ LUNA, William, op. cit., pp. 2- 3.

<sup>101</sup> Cabe señalar que en materia contractual, tal como ha sido prevista la cláusula de excepción en el CCCN, su fundamento es claramente el principio de proximidad. Por lo tanto, el reemplazo del derecho designado a través del sistema subsidiario no podrá estar orientado por el hecho de que una norma de otro Estado brinde una “mejor solución” o “más apropiada” o “más justa”, sino porque hay otro Estado –diferente de aquél al cual condujo el mentado sistema- que presenta una vinculación más estrecha con el contrato.

<sup>102</sup> El art. 4.3. del Reglamento Roma I, no lo exige entendiéndose que el tribunal puede de oficio activar la cláusula de excepción. Ver MARTÍNEZ LUNA, William, Op. Cit., p. 26.



que ocurre con la cláusula general prevista por el art. 2597 del CCCN. Esto implica, a nuestro modo de ver, que la parte que solicita la aplicación de la cláusula de excepción deberá probar los presupuestos de hecho de aplicación de la norma. A su turno el juez deberá efectuar un análisis ponderado todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato ya que no todos tendrán que tener la misma importancia, gozando de cierto margen de discrecionalidad. Algunos elementos que podría tener en consideración son, por ejemplo, los domicilios de las partes, la vinculación del contrato con otros contratos, la circunstancia de que se trate de un contrato celebrado y/o ejecutado o ejecutable en el contexto de “mercados regulados”, la existencia de un *International Stream of Commerce*, entre otros.

De modo tal que, si de ese análisis se desprendiera que el contrato presentara vínculos más estrechos con otro Estado, el juez podrá disponer la aplicación del derecho de ese Estado.

Finalmente, nos interesa destacar que la perfección del contrato entre ausentes, conforme lo dispone el art. 2652 del CCCN en su parte final, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada<sup>103</sup>, pero ello no implica que éste sea el derecho aplicable al contrato.

---

<sup>103</sup> Se aparta de la solución prevista por el art. 1214 del Código Civil y opta por una formulación similar a la del art. 42 del TMDCivI de 1940. Véase la sentencia pronunciada por la CSJN en “*Lamas Emilio Luis c/Banco Mercantil del Río de la Plata*”, de fecha 15/03/1968, disponible en: <http://fallos.diprargentina.com/2007/10/emilio-lamas-c-banco-mercantil-del-ro.html>.

## 4. El plano procesal

### I. Las conductas procesales concluyentes como manifestación de ejercicio de autonomía de la voluntad conflictual

Sabido es que el art. 2651 del CCCN reconoce la posibilidad de que el derecho aplicable al contrato no sea elegido solamente en forma expresa, sino también que dicha elección puede “resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”.

La disposición en cuestión ha generado críticas en este punto orientadas a la falta de claridad en la distinción entre “cierta” y “evidente”<sup>104</sup> tal como antes hemos destacado.

A nuestro entender, en nuestro ámbito, una elección cierta y evidente importa una elección que no deje lugar a dudas y que no se asiente en la voluntad hipotética de las partes; en definitiva inequívoca<sup>105</sup>.

En este contexto, caber hacer referencia a la tradición existente en nuestro sistema en cuanto estima que existe elección tácita del derecho aplicable al contrato cuando ambas fundan en sus pretensiones en el mismo derecho; si bien con frecuencia en tales casos se ha dado la coincidencia de que se trataba del

---

<sup>104</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego “Comentario al art. 2651 del Código Civil y Comercial de la Nación”, en RIVERA, Julio C. – Graciela MEDINA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 945.

<sup>105</sup> Serían válidas para el derecho argentino, las apreciaciones formuladas por CARRASCOSA GONZÁLEZ respecto del texto europeo en el sentido que “el juez debe quedar convencido, de un modo radical, sin duda ninguna, del hecho de que las partes han elegido una concreta Ley como Ley aplicable a su contrato (...) en caso de duda, incluso en caso mínima duda razonable, el juez debe estimar que no ha habido elección implícita”. Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid: Colex, 2009, p. 127. Así, por ejemplo, no cabría considerar configurado un acuerdo de elección tácita del derecho cuando el actor funda sus pretensiones en un determinado derecho que no es el previamente elegido. por las partes ni el aplicable a partir del sistema subsidiario, y el demandado optara por no contestar la demanda.

derecho argentino como consecuencia del funcionamiento del sistema subsidiario, no se trata de algo determinante. En rigor, la particularidad en la formulación del acuerdo de elección tácito se daría precisamente cuando la invocación del mismo derecho por las partes no es el derecho aplicable en función de las normas subsidiarias a la autonomía de la voluntad<sup>106</sup>.

Así pueden citarse como antecedentes la sentencia pronunciada por la Sala E de la CNCom el 01/03/1984 en "*Arrebillaga, Arturo E. y otra c/Banco de la Provincia de Santa Cruz*"<sup>107</sup> y la pronunciada por la CSJN el 24/06/2008 en "*Transportes JAC de Andrés José Capararo c/ YPF S.A.*"<sup>108</sup>. En este último caso compartiendo los fundamentos del Dictamen de la Procuradora Fiscal, que en cuanto aquí interesa sostuvo que " "las partes sustentaron sus pretensiones y defensas en el derecho argentino (v. escrito inicial, fs. 45/51 y contestación de demanda, fs. 80/89) – ámbito al que en su momento quedó acotada la *litis*–, por lo que, a mi modo de ver, aquellos habrían optado por un ejercicio voluntario e inequívoco de la autonomía conflictual por medio de conductas procesales concluyentes"<sup>109</sup>.

En la misma línea interpretativa pero justamente para destacar que la conducta errática de las partes en lo que se refiere a la elección del derecho aplicable no configura una elección tácita puede verse la sentencia pronunciada por la Sala A de la

---

<sup>106</sup> En su momento, GOLDSCHMIDT sostuvo que para que la invocación de la *lex fori* por ambas partes pueda ser considerada ejercicio de la autonomía de la voluntad es necesario que las partes estén conscientes de tal circunstancia y no lo sería "si la exclusiva invocación por ambas partes de la *lex fori* no es sino la práctica de un hábito que ignora la existencia de la autonomía conflictual y sus posibilidades para la victoria o derrota en el proceso". Véase GOLDSCHMIDT, Werner, "La autonomía conflictual de las partes, su forma y su alcance", *ED-109*-, p. 712. En nuestra opinión, tal posición se rebela endeble en un sistema como el nuestro en el cual al exigirse patrocinio legal obligatorio en materia procesal, la intervención letrada permite presumir tal conocimiento.

<sup>107</sup> Disponible en [www.diprargentina.com](http://www.diprargentina.com).

<sup>108</sup> Disponible en [www.cij.gov.ar](http://www.cij.gov.ar).

<sup>109</sup> Disponible en [www.diprargentina.com](http://www.diprargentina.com).

CNCom, el 28/12/2012 en “*Golub, Gustavo c/International Vendome Rome-IVR s/ordinario*”<sup>110</sup>. En este caso, el tribunal destacó que aunque no existía ejercicio de la autonomía de la voluntad en forma expresa, no cabía “descartar la posibilidad de que aparezca de modo tácito esa elección, a través de un válido pacto procesal de disponibilidad de derecho aplicable (*pactum de lege utenda*), posibilidad que se verificaría cuando, como ocurre en autos, el actor demanda sustentando su postura, expresamente, en la invocación de normas del derecho interno argentino – véase al respecto, la fundamentación vertida a fs. 17 vta. bajo el acápite: “ IV . Derecho”, donde cita en apoyo la normativa de nuestro Código Civil (arts. 1197, 1198, 505, 508, 521 y 522) y de la Constitución de la Nación Argentina y, en contrapartida, el accionado al contestar la demanda, como lo hace a fs. 428, también fundamenta su defensa en el derecho interno argentino (arts. 1071, 656 y 818 del Código Civil y en lo dispuesto en las leyes 25.561; Decr. 214/02 y sus modificatorias). No obstante, para concluir sin hesitación en la validez de una convención tácita de esta índole resulta de menester un acuerdo claro y cierto en su contenido y, en el sub lite, ante la primera sentencia dada a fs. 67/71, luego revocada en esta Alzada a fs. 412/5, en la que el a quo hizo aplicación de la legislación de emergencia económica, el accionante al tiempo de recurrir esa primera sentencia, volvió sobre sus pasos. En efecto, cuando expresó agravios a fs. 84/85, rechazó la aplicación de la legislación de emergencia, como derecho interno y reivindicó la calidad internacional del contrato suscripto entre las partes, invocando las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna (normas de conflicto). Recordó allí que el contrato fue celebrado en Lyon, Francia, para cumplirse mediante giros en dólares a New York, citando las normas del derecho internacional privado argentino (arts. 1205 y 1212 C.Civ.) que remiten a la aplicación de la ley del lugar de celebración, en un caso, y que califican a la ley del lugar de cumplimiento, en el otro, y realizó

---

<sup>110</sup> Disponible en [www.diprargentina.com](http://www.diprargentina.com).

confusas referencias, mezcladas con citas de normativa del derecho interno (art. 1198 C. Civ). En este marco, la actitud contradictoria del actor, anterior a la traba de la *litis obsta*, en mi opinión, para considerar que nos encontramos, sin más, ante un válido ejercicio tácito de la autonomía de la voluntad en sentido conflictual, a favor de la elección del derecho interno argentino para el caso”.

Tampoco queda configurada la elección tácita en situación de rebeldía del demandado tal como fuera destacado en “*Estudios Espíndola c/ Bollati, Cristóbal J.*” por el Juzgado Nacional de Par N° 46 el 07/10/1969 por lo cual, en tal caso, el juez debería proceder a la determinación del derecho aplicable a partir del funcionamiento de las normas del sistema subsidiario.

Estimamos pues que, si las partes sustentan sus respectivas pretensiones a través de conductas positivas en un mismo derecho, debe considerarse que existe una elección del mismo como derecho aplicable a su contrato en tanto puede considerarse que la misma surge en forma cierta y evidente de las circunstancias del caso (conf. art. 2651 del CCCN).

## **II. La prueba del derecho extranjero en caso de ejercicio de autonomía de la voluntad y del *soft law*, en caso de que las partes hubieran hecho referencia a éste**

Cuando la norma de conflicto de Derecho internacional privado del juez indica como aplicable derecho extranjero, surgen una serie de interrogantes: ¿El juez puede aplicar derecho extranjero?, ¿es una facultad o un deber?, ¿lo hace de oficio o a pedido de parte?, ¿cómo se informa y prueba el derecho extranjero? Las cuestiones relativas al tratamiento procesal del derecho extranjero tienen que ver con: 1. Alegación del derecho extranjero: ¿deben las partes alegar el derecho extranjero?, ¿qué ocurre si ello no se hace? II. Carga de la prueba: ¿corresponde probar el derecho extranjero a la parte que sostiene sus pretensiones en tal derecho extranjero, o éste puede ser probado por la otra parte? III. Medios de prueba del derecho extranjero: ¿qué medios pueden ser uti-

lizados por las partes o por el juez? IV. Momento procesal oportuno para para probar el derecho extranjero. V. Prueba del derecho extranjero no realizada por las partes. VI. Prueba frustrada del derecho extranjero.

El CCCN regula la aplicación del derecho extranjero y dispone en el art. 2595 que cuando éste resulta aplicable: “a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido, se aplica derecho argentino”. Las fuentes de este texto son el art. 2 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 188 y 1940 y los arts. 2 y 9 de la CIDIP II sobre Normas generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979).

Cuando la norma de conflicto indica como aplicable un derecho extranjero, el inc. a) comienza diciendo que el juez “establece” el contenido de dicho derecho, cuando en realidad no es así; lo que puede hacer el juez es constatar, averiguar, verificar, pero no establecer. A renglón seguido, le impone la obligación de interpretarlo como lo harían los jueces del Estado extranjero, y agrega: “sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada”, lo cual queda descontextualizado, sin coherencia lógica con lo precedente. Diferente habría sido que la norma señalara que el juez debe aplicar de oficio derecho extranjero, “sin perjuicio...”.

La redacción de la norma, por otra parte, no resulta muy prolija ya que comienza aludiendo al “derecho extranjero” y, de inmediato, refiere a él como “la ley invocada”. Si bien es cierto que “derecho” y “ley” se utilizan con el mismo significado, lo cierto es que sería deseable que existiera cierta armonía en la utilización del vocabulario jurídico dentro de frases o párrafos contiguos. Lo que ocurre es que el CCCN incorporó casi textualmente el “sin perjuicio...” del art. 2 del protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo de 1889

y 1940, que comienzan afirmando la aplicación de oficio de la ley extranjera, y casi por completo el texto del art. 2 de la CIDIP II sobre Normas generales que incurre en la incoherencia señalada *ut supra*.

Si bien el CCCN no consagra de manera expresa la aplicación de oficio de la ley extranjera convocada por la norma de conflicto, entendemos que no existe ningún impedimento para así considerarlo. En cuanto a la interpretación, lo que se ha hecho es incorporar el postulado central de la teoría del uso jurídico, aunque en la fuente utilizada (art 2 de la CIDIP II) se hace referencia a la aplicación y no a la interpretación. Es lógico que si se ordena la aplicación de la ley extranjera, el juez argentino lo haga imitando la sentencia que son el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero si tuviera que fallar en el mismo caso.

Conforme a la teoría del uso jurídico, tratándose el derecho extranjero de un hecho notario, ha de ser tomado en cuenta por el juez sin necesidad de invocación ni prueba por las partes. Cabe recordar que esta posición fue sostenida por la delegación argentina en la Segunda Conferencia especializada de Derecho internacional privado. Así, el art. 2 de la CIDIP II sobre Normas generales de Derecho internacional privado impone la obligación de los jueces y autoridades de los Estados partes de aplicar el derecho indicado por la norma de conflicto “tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultara aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera”, adoptando así la teoría del uso jurídico. No constituye una cuestión menor que en el I Congreso de Derecho Civil, llevado a cabo en Córdoba en 1927, se llegó a la conclusión de que las leyes extranjeras debían ser aplicadas de oficio por los jueces, sin perjuicio de que las partes interesadas pudiesen coadyuvar a la prueba de su existencia. La doctrina (Arguas, Lazcano, Romero del Padro, Vico, Calandrelli) también se habían manifestado en esa línea.

El art. 2595 inc. a del CCCN finaliza señalando que, si el contenido del derecho extranjero no puede ser “establecido”

(asumiendo que se refiere a “conocido”, “accedido”, es decir, que no se puede llegar a él, lo que sería bastante raro en los tiempos que corren en especial si tanto las partes como los tribunales utilizaran todas las herramientas legales que el sistema proporciona además de las tecnológicas), se aplica el derecho argentino. Cabe aquí mencionar que desde siempre el Derecho internacional privado brega por crear conciencia de que la obligación de aplicar el derecho extranjero indicado en la norma de conflicto puede exigir esfuerzos, y que no se la debe abandonar, salvo circunstancias excepcionales, como evitar la lesión de derechos por la excesiva dilación de un proceso. Por otra parte, un elemento que no está incorporado en la norma es que la imposibilidad de la determinación del contenido del derecho extranjero no debe afectar la obligación del tribunal de decidir el caso.

Ahora bien, si el contenido del derecho extranjero no pudiese ser “establecido”, antes que acudir directamente al derecho argentino por defecto, habría sido deseable disponer la aplicación del ordenamiento que presentara los vínculos más estrechos con el caso y, en última instancia, si ello tampoco resultara posible, el derecho argentino. La regla de cierre establecida de acudir directamente al derecho argentino no parece fundada en los principios generales que se predicán en nuestra materia y que atraviesan el sistema, especialmente la idea de proximidad, más allá de los límites y exclusiones emergentes del orden público y de las normas imperativas cuando sea pertinente, máxime cuando su preservación a través de la consagración de las cláusulas de excepción (general o especiales en su caso), evidencia una clara preocupación del legislador en tal sentido. Por eso antes de la regla de cierre establecida en la norma, hubiese sido preferible acudir al criterio del ordenamiento más estrechamente vinculado que, en algunos casos, es fácilmente identificable en lugar de prever la aplicación de la ley local, lo cual supondría privilegiar el forismo por sobre tan caro principio.



Si se efectúa un análisis jurisprudencial, desde una perspectiva general, los tribunales argentinos se muestran proclives a aplicar el derecho extranjero de oficio<sup>111</sup>.

Ahora bien, como se advierte la norma del art. 2595 inc. a) alude a la aplicación del derecho extranjero, entendiendo por tal una ley estatal. Si las partes en uso de su autonomía elijen un derecho extranjero, éste debe ser aplicado por el juez. Cabe entonces preguntarse qué sucede cuando las partes -también en uso de su autonomía- disponen que el contrato se rija por derecho no estatal. Así como el juez debería de oficio aplicar el derecho extranjero, lo mismo cabría hacer si las partes han elegido como derecho aplicable a su contrato normas de *soft law*, ya que en este último caso se debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes.

---

<sup>111</sup> La Sala I de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en el caso “D., I. en J° 1339/16/1F// 29613 B., S. L. c/ D., I. s/ Acc. relativa al régimen patrimonial del matrimonio s/ Inc. Cas.”, de fecha 01/07/2020 (La Ley Online: AR/JUR/30899/2020) sostuvo que “La solución legal actual impone un mayor activismo judicial, ya que el art. 2595, referido a la aplicación del derecho extranjero, establece que cuando el mismo ‘resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece’. Y a continuación establece la facultad (no ya la obligación que imponía el anterior art. 13) del Código Civil de las partes para alegar y probar la existencia de la norma aplicable. Para regular, finalmente, el caso de aquellos derechos extranjeros que no puedan ser establecidos, en cuyo caso se aplica derecho argentino”. El Juz. Nac. Civ. 73 en “Nunnari Juan Ignacio c. Club Atlético Vélez Sarsfield s. daños y perjuicios”, de fecha 23/02/16, al resolver un reclamo de daños sufridos por un espectador en un partido de fútbol llevado a cabo en Montevideo, puso de manifiesto la aplicabilidad del Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre aplicación en información del derecho extranjero, el cual en su art. 1 dispone que “Los jueces y autoridades de las partes cuando así lo determinen las normas de conflicto, estarán obligadas a aplicar el derecho extranjero como lo harían los jueces u órganos administrativos del estado a cuyo ordenamiento pertenece” y dispone que “corresponde aplicar del oficio el derecho extranjero llamado a resolverlo por el sistema de Derecho internacional privado”. Recuperado de [http://fallos.diprargentina.com/2017/11/nunnari-juan-ignacio-c-club-atletico\\_15.html](http://fallos.diprargentina.com/2017/11/nunnari-juan-ignacio-c-club-atletico_15.html).

Veamos: el comercio se compone de negocios individuales, a los que podemos aludir como contratos. Cada contrato se rige por el DIPr oficial, sus normas directas e indirectas, sus normas internacionalmente imperativas, sean de fuente nacional, convencional o comunitaria. Los sistemas jurídicos permiten (con variantes de grados) que los contratantes creen sus propias reglas individuales en el contenido de su contrato, dejando de lado y/o, contrariando, las normas materiales internas del sistema de derecho privado que resultaría aplicable según las normas de conflicto “oficiales” (se las califique a dichas normas materiales como supletorias o coactivas en las relaciones privadas nacionales). También permiten apartarse de los tribunales judiciales y someter la resolución de sus desavenencias a tribunales privados. Bajo este esquema básico (que admite otras elaboraciones, las que dejamos de lado deliberadamente por exceder el propósito de este trabajo), los particulares pueden incorporar todo tipo de reglas, creadas por ellos o traídas de las costumbres, usos y prácticas recopilados, principios elaborados por organizaciones diversas, recomendaciones, modelos contractuales, o precedentes arbitrales. Es decir, cualquier fuente. El “derecho oficial” otorga autonomía en grado suficiente como para que los contratantes puedan diseñar su relación conforme a sus necesidades. Pero siempre dentro de los límites principistas que deberán ser respetados a rajatabla, y que harán su aparición apriorística en las normas de policía (o internacionalmente imperativas) y en el control a posteriori realizables tanto como consecuencia del ejercicio de la jurisdicción internacional directa como de la indirecta. Así funciona la autonomía de la voluntad conflictual, material y jurisdiccional de los contratantes.

¿Qué inconvenientes puede haber en que las partes pacten la exclusión de todo derecho nacional y se sometan, por ejemplo, genéricamente a la *lex mercatoria* o a los Principios de UNIDROIT? Mientras el Estado (o la organización internacional o comunitaria) mantenga la potestad de aceptar o rechazar el contenido de estos pactos, por vulnerar princi-

prios de orden público internacional, no vemos objeciones de alía. Diferente es el análisis de las variaciones que pueden ir sufriendo los propios principios por la evolución de las concepciones en la sociedad mundial, manifestada a veces en la permisividad (“aflojamiento”) de ciertos sistemas judiciales frente a contratos puntuales que vulneran claramente algún principio estructural.

Se ha dicho que la *lex mercatoria* es un derecho cuya validez no surge en el marco del Estado (y, por ende, no gozaría de validez democrática o de origen), sino que se forma pragmáticamente fundándose en los acuerdos y diferencias de los agentes globales ligados a lógicas funciones supraterritoriales, fenómeno que no alcanza a ser comprendido por el positivismo jurídico<sup>112</sup>, que no ve que, entre el sistema jurídico y su ambiente social están teniendo lugar continuos cambios<sup>113</sup>. Fenómenos como la *lex mercatoria*, así como otras formas jurídicas de la sociedad postmoderna, muestran precisamente que los confines del derecho no son impermeables<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> Tal como sostiene Galgano: “Podrá no gustarles a quienes, como nosotros, por otra parte, hemos sido educados en la idea de la estatalidad del derecho, en la ecuación derecho igual a ley; y menos podrá gustarles a quienes confían en la formación democrática del derecho, elaborado por fuentes legislativas. Pero tal ecuación se ha roto por las normas de los códigos rituales (...) que, para el arbitraje sustituyen la expresión ‘ley aplicable’ por ‘derecho aplicable’, que puede ser un derecho producido por fuentes extralegislativas”. Ver GALGANO, Francesco, “Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización”, en: SILVA, Jorge A. (coord.), *Estudios sobre la lex mercatoria. Una realidad internacional*, México: UNAM, 2006, Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2201>

<sup>113</sup> Como señalaba Lord Goff de Chieveley: “Es mejor tener un festival de fuentes en contraste, con ebullición de ideas, que un simple paquete higiénico, envuelto en polietileno”. Citado por SMITS, Jan M., “The Europeanisation of National Legal Systems”, en: VAN HOECKE, Mark (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, p. 239.

<sup>114</sup> Ver LÓPEZ RUIZ, Francisco, “Notas sobre la nueva *lex mercatoria*”, *Revista de Derecho del mercado financiero*, n° 1, 2007, p. 15.

Creemos que hay que diferenciar los análisis que se realizan desde distintas posturas ideológicas, jurídicas, políticas. El derecho concebido como instrumento cultural que busca la realización de la justicia en cada caso concreto, reclama alejarse de posiciones fundamentalistas y construcciones dogmáticas extremas, porque esas posturas caen frente a similares y antagónicas elaboraciones y, principalmente, porque no ven ni interpretan la realidad tal cual es, sino que toman ciertos aspectos de ella y tratan de acomodarla a su propia y abstracta idea. Es bueno tomar conciencia de que, más allá de lo estrictamente jurídico, el *soft law* “mercatorio” es patrocinado e impulsado por sujetos e intereses diversos (entidades privadas, empresas, organizaciones no gubernamentales, los Estados mismos, grandes bufetes de abogados y economistas, académicos, instituciones arbitrales), lo cual dificulta a veces estar seguros de que se busca el bienestar, la promoción económica y cultural de las clases sociales más necesitadas, la preservación del ambiente, el respeto y resguardo de los particularismos nacionales y otros males globalizados. Se podrá decir que los males del mundo son responsabilidad de los gobiernos; pero los gobiernos son los que producen y ejecutan el *hard law*, al que desafía el *soft law* aunque no siempre para mejorar la vida de las personas sino para remover obstáculos que suelen dificultar el despliegue de los negocios con mayor amplitud. Las codificaciones privadas, o públicas con injerencia privada, podrían ser un indicio de la existencia de un *behind the scenes*, un *back stage* en el que tras las aparentes confrontaciones o “desafíos” se planifican avances mediante normativas superadoras de los defectos e insuficiencias de los sistemas jurídicos positivos.

No vemos un *soft law* completamente independiente del *hard law*. Su dependencia del derecho positivo es innegable<sup>115</sup>, más allá de que no se la quiera reconocer. Si tomamos,

---

<sup>115</sup> Ya la sala B de la Cámara Nacional en lo Comercial en “*Compañía Pérez Companc S.A. y otro c. Ecofisa S.A. y otro*”, en su decisión de 21/12/1990,

por ejemplo, esa codificación multipropósito y polifuncional de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, veremos que ellos mismos se autolimitan al dejar fuera de su ámbito de aplicación la capacidad de las partes. Es que siempre será necesario contar con un derecho oficial subsidiariamente aplicable, a menos que en un arbitraje se resuelva cubrir los baches con soluciones *soft*. Pero aun en tales supuestos, estará siempre presente el control de orden público y las *lois de police*.

La aplicación del derecho no estatal en el marco de los contratos internacionales genera un abanico de interrogantes y la respuesta que se dé a cada uno de ellos depende también de la postura que se adopte. ¿Qué se desea o se debe legitimar? (derecho no estatal / derecho estatal creado con intervención preponderante de actores privados? ¿Quién/ qué le otorga legitimidad? ¿Cuál es el proceso por el cual se legitiman tales normas? ¿Qué elementos debe contemplar la norma para que se la considere legítima? ¿Puede medirse la legitimidad de la norma utilizando como parámetro los niveles de participación social en su creación? La legitimidad: ¿es impuesta, ganada o merecida? ¿La *expertise* de los que producen las normas y la calidad de las mismas, incide en su legitimidad al momento de su aplicación?

En realidad, como sostiene Laporta, “al actor global lo que le interesa de las normas jurídicas bajo las que prefiere cobijarse es simplemente que sean eficaces y estén en vigor. No cuestiona su legitimidad. Si son convenientes para él acude a amparar su actividad bajo ellas”<sup>116</sup>.

---

sostuvo que “resulta dudoso que la *lex mercatoria* pueda ser concebida como un sistema jurídico autónomo al margen de los derechos nacionales”.

<sup>116</sup> Ver LAPORTA, Francisco, “Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas”, p. 184 (Conferencia ante el plenario del Congreso Mundial de Filosofía del Derecho celebrado en Granada en junio de 2005), Recuperado de: [http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/9/177\\_198%20franci...aporta.indd.pdf](http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/9/177_198%20franci...aporta.indd.pdf).

Si creemos que el DIPr es un sector de normas, principios y sentencias destinados a llevar a cabo una solución justa, efectiva y, en la mayor medida posible, uniforme, de los casos multinacionales de derecho privado, y si una de las herramientas con las que cuenta es la autonomía de la voluntad –tanto conflictual como material–, otorgada a las partes en sus relaciones jurídicas patrimoniales, entonces no puede haber dudas de que, con el mismo valor que tienen para los contratantes las estipulaciones que acuerdan en sus contratos, adquieren poder coercitivo todas las reglas que, expresa o tácitamente, y cualquiera sea la fuente de la que provengan, queden incorporadas a la par de tales estipulaciones. De modo que *soft law* es una expresión que abarca un sector de la actividad internacional de elaboración de reglas que ingresan al DIPr por la vía de los contratos individuales, momento en el que se hacen exigibles por la “fuerza”.

## 5. Reflexiones finales

Diseñar y construir un Código no constituye una tarea exenta de obstáculos, debido a que involucra una diversidad de elementos, intereses, circunstancias y móviles –jurídicos, sociales y económicos– que deben tenerse en cuenta al definir el tipo de reglamentación deseada. En el ámbito específico del Derecho internacional privado, la codificación ha sido definida como la creación de un sistema de reglas de derecho lógicamente unificadas<sup>117</sup>. Como sostenía Jayme, la labor de codificar puede ser vista como una empresa que, por definición, busca establecer un orden abstracto y claro gracias a reglas sistemáticas<sup>118</sup>.

Frente a la dispersión normativa, la reglamentación fragmentaria, la convivencia “separada” de disposiciones provenientes de distintas épocas y que respondían a diferentes con-

---

<sup>117</sup> Ver NOLDE, Baron B. “La codification du droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 55, 1936-I, p. 299.

<sup>118</sup> JAYME, Erik “Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 177, 1982-IV, p. 26.

cepciones, propias de los tiempos en que se habían generado y de los diversos autores que las habían elaborado, consideramos que constituye un avance reunir las normas de DIPr de fuente interna en el CCCN. Más allá de las observaciones y comentarios que pueden merecer algunas disposiciones, lo cierto es que en el CCCN aparecen mezcladas las nociones de innovación y compilación, observándose que a través de sus normas se genera una renovación del DIPr argentino ya que la normativa intenta encontrar un equilibrio entre la previsibilidad, la flexibilidad y la búsqueda de la justicia<sup>119</sup>.

No deja de ser cierto que la codificación<sup>120</sup> en materia de contratos internacionales –como en tantos otros temas– pone sobre la mesa una variedad de elementos sustanciales que deben tomarse en consideración y analizarse de manera crítica a los fines de tomar decisiones en materia de política legislativa.

La reforma en este ámbito aparece en escena como una muestra de delgado equilibrio entre los hilos del pasado y los retos del futuro, y eso se vincula a la idea de conservación en ciertos temas e innovación en otros. La autonomía de la voluntad, tanto en la faz procesal como sustancial, es consagrada de manera expresa, pero, sin embargo, no termina de dar un salto significativo: la no admisión de la posibilidad de las partes de elegir por vía de la autonomía de la voluntad conflictual un derecho no estatal es un ejemplo; la necesidad de incorporar expresamente los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comer-

---

<sup>119</sup> NAJURIETA, María S., “La codification du droit international privé dans la République Argentine”, en: FAUVARQUE-COSSON, Benedicte - Diego FERNÁNDEZ ARROYO - MONÉGER, Jean (dirs.), *Codification du droit international privé et évolution du droit de l'arbitrage*, Paris: Société de Législation Comparée, 2014, p. 81.

<sup>120</sup> Ver JAMIN, Christophe, “Codifier au XXIe Siècle: Éloge de la Modestie”, en: FAUVARQUE-COSSON, Benedicte - Diego FERNÁNDEZ ARROYO - MONÉGER, Jean (dirs.), *Codification du droit international privé et évolution du droit de l'arbitrage*, Paris: Société de Législation Comparée, 2014, pp. 43-48 p. 42, quien cita a ZENATI, Federic, “Les notions de code et de codification”, *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 217.

cial internacional, es otro. Restringir el ámbito de los acuerdos de elección de foro a materias patrimoniales constituye un tercer ejemplo.

Si creemos que el DIPr es un sector de normas, principios y sentencias destinados a llevar a cabo una solución justa, efectiva y, en la mayor medida posible, uniforme, de los casos multinationales de derecho privado, y si una de las herramientas con las que cuenta es la autonomía de la voluntad –tanto conflictual como material–, otorgada a las partes en sus relaciones jurídicas patrimoniales, entonces no pueden caber dudas de que, con el mismo valor que tienen para los contratantes las estipulaciones que acuerdan en sus contratos, adquieren poder coercitivo todas las reglas que, expresa o tácitamente, y cualquiera sea la fuente de la que provengan, queden incorporadas a la par de tales estipulaciones. De modo que *soft law* es una expresión que abarca un sector de la actividad internacional de elaboración de reglas que ingresan al DIPr por la vía de los contratos individuales, momento en el que se hacen exigibles por la “fuerza”.

El futuro plantea retos y el CCCN brinda ciertas respuestas acertadas en materia contractual: la protección del consumidor como parte débil de la relación es una muestra paradigmática; otra es la cláusula de excepción planteada en el art. 2653.

Nuestra imagen jurídica tradicional en muchos aspectos está siendo puesta en jaque y necesitamos nuevas maneras de pensar. Sin ninguna duda, son tiempos de cambio, y en materia de planteamientos jurídicos resulta necesario plantear las discusiones pertinentes ya que, por ejemplo, no es posible negar la existencia y la fuerza de la *lex mercatoria* y del *soft law* en materia de contratos internacionales. Todos los planteamientos giran en torno a la idea de que se elimina al Estado como único foco de juridicidad (antípoda teórica del centralismo legal), es decir, el Estado no posee el monopolio de la producción jurídica, se evidencia una disminución en algunos casos y una eliminación en otros de la preeminencia empírica y teórica del Estado, a la vez que se abren nuevos focos de juridicidad, más allá de que sea el propio Estado el que autorice a las partes a introducir la *lex mercatoria* o el *soft law* en sus contratos y que imponga de-



terminados límites a partir del orden público o de las normas de policía. En materia comercial la existencia de un derecho “extra oficial”, múltiple y diverso, que es “legítimo y eficaz de facto” conduce a pensar que el espacio que deja el “derecho estatal” le permite al otro expandirse. Claro está que la fuerza y la debilidad del derecho privado transnacional lleva a formularse más preguntas que respuestas, y éstas últimas se dan desde el lugar donde cada uno se posicione, no sólo jurídicamente sino epistemológicamente. Más allá de cualquier planteo, lo cierto es que en los tiempos que corren resulta necesario analizar “el derecho en contexto”.

El DIPr de hoy no es un grupo de normas de conflicto de leyes. Es una disciplina necesariamente abierta y receptora de regulaciones materiales de fuentes diversas, aunque no por ello ha de ser ingenuo y descuidado a la hora de resguardar el mantenimiento de las estructuras principistas que forman los cimientos de las organizaciones estatales e internacionales en sus distintas formas. Dicho resguardo se ejerce, como ha quedado dicho, mediante normas internacionalmente imperativas (que excluyen la autonomía de la voluntad de los contratantes y operan como una suerte de dique de contención para el derecho oficial extranjero, las estipulaciones contractuales, la *lex mercatoria* y cualquier otro tipo de regla o principio que integre el *soft law*) y el tamiz del orden público internacional. Al mismo tiempo no ha desentenderse de la necesidad de preservar el principio de proximidad a la hora de la determinación del derecho aplicable en subsidio de la autonomía de la voluntad.

Kemelmajer, citando a Carbonier, señala que el código aparece como un símbolo del tiempo detenido, y que los años siguientes a la adopción de un Código son raros como si después de la reforma se hubiese agotado toda la energía legislativa. La costumbre hiberna y la doctrina parece refugiarse detrás de las paráfrasis<sup>121</sup>... En esta línea, desde la entrada en vigencia del

---

<sup>121</sup> Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída “Codes et Codification au XXIe Siècle: une perspective argentine”, en: FAUVARQUE-COSSON, Benedicte - Diego FERNÁNDEZ ARROYO - MONÉGER, Jean (dirs.), *Codification du droit*

CCCN, existen algunas respuestas por parte de los tribunales argentinos; sin embargo, en otros temas, -algunos de los cuales hemos puesto de manifiesto-, habrá que ser pacientes y ver cómo se pronuncia la jurisprudencia al respecto.

# **EL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO EN EL CCCN: DIÁLOGOS A PARTIR DEL DERECHO COMPARADO Y DEL DERECHO DEL MERCOSUR**

**Luciane Klein Vieira\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. LA CALIFICACIÓN DE CONSUMIDOR BRINDADA POR LA LEY 24.240 Y POR EL CCCN; 3. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO ARGENTINO DE FUENTE INTERNA; 4. EL CCCN: LOS PUNTOS DÉBILES DE LA REGULACIÓN EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL CONSUMIDOR Y LAS RESPUESTAS BRINDADAS POR EL DERECHO COMPARADO Y POR EL DERECHO DEL MERCOSUR; 5. REFLEXIONES FINALES.

## **1. Introducción**

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), Ley nº 26.994, promulgada el 7 de octubre de 2014, entró en vigor el 1º de agosto de 2015. En 2020, había completado sus primeros cinco años de vigencia. En virtud de ello, el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. Ambrosio L. Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), en conjunto con Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de

---

\* Doctora en Derecho (área: internacional) y Magíster en Derecho Internacional Privado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Magíster en Derecho de la Integración Económica por la Universidad del Salvador (USAL) y Université Paris I – Panthéon Sorbonne. Profesora del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, Brasil). Jefe de Trabajos Prácticos en Derecho de la Integración (UBA). E-mail: lucianekleinvieira@yahoo.com.br.

la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), en importante iniciativa idealizada por las Profesoras Doctoras Luciana B. Scotti y Candela N. Villegas, abrieron lugar para la discusión de las principales disposiciones del Código, que se encuentran en el Libro VI, Título IV, arts. 2594 a 2671, que se refieren específicamente al Derecho Internacional Privado argentino.

Este texto, que ahora se presenta a diez años de la vigencia del CCCN, hizo parte de aquellas discusiones realizadas en ese marco. En ese sentido, aborda el estado del arte respecto a la protección internacional del consumidor, en la Argentina, antes y después de la vigencia del CCCN, buscando dejar en claro los avances representados por el Código, así como las lagunas que aún quedan y que necesitan de una mirada más atenta del legislador y del aplicador del derecho, valiéndose, para tanto, de los aportes del Derecho Comparado, aquí, en especial, del derecho brasileño, y del Derecho del MERCOSUR.

## **2. La calificación de consumidor brindada por la Ley 24.240 y por el CCCN**

La Ley de Protección y Defensa del Consumidor (Ley n° 24.240), de 1993, en su art. 1º, (reformado, a su vez, por la Ley n° 26.361, del 2008), brinda la noción de consumidor en el territorio argentino, al determinar que se entiende por éste “a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.<sup>1</sup>

El artículo adopta un criterio amplio, al incluir en el concepto de consumidor tanto a la persona física como a la jurídica.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> El “beneficio propio” actúa como condicionante del destino del acto de consumo. (RUSCONI, Dante D., “Nociones Fundamentales”, en RUSCONI, Dante (dir.) *Manual de Derecho del Consumidor*, 2ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015, p. 191.

<sup>2</sup> Cabe aun referir la existencia de la figura del consumidor equiparado o *bystander*, insertada por la reforma del 2008. La parte final del art. 1º deter-

Además, incluye como consumidor a aquél que adquiere o utiliza bienes o servicios de modo gratuito.

Sin embargo, para que el sujeto sea considerado consumidor deberá actuar en el mercado como destinatario final de los bienes o servicios, que serán utilizados para un uso privado, familiar o social. De esta forma, el producto o servicio debe ser retirado del mercado, sin que sea reinsertado al mismo por medio de su incorporación a un nuevo proceso de elaboración de mercaderías y prestación de servicios<sup>3</sup>, una vez que el país adopta la teoría finalista.

En la misma línea, el CCCN, prevé en su art. 1092 la calificación tanto de relación de consumo como de consumidor, incorporando al texto codificado los elementos que constituyen el concepto de consumidor, previstos en la reforma a la Ley n° 24.240. Según la norma referida, “relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

---

mina que “se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. Sobre el tema, ver: ALTERINI, Atilio A., “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, en: VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (coord.), *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires: La Ley, 2008.

<sup>3</sup> HERNÁNDEZ, Carlos A. y Sandra A. FRUSTAGLI, “Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la ley de defensa del consumidor, con especial referencia a la materia contractual”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 67, Jul/Set. 2008, p. 246.

Respecto al tema, se verifica que el concepto presentado por el artículo *supra* mencionado, al excluir de la calificación de consumidor “a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”, en una primera lectura, parecería eliminar la protección que es concedida al *bystander*<sup>4</sup>. No obstante, el art. 1096 del mismo instrumento legal, con relación a las prácticas abusivas, determina que las normas que regulan esta materia serán aplicables a todas las personas “expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados, conforme a lo dispuesto en el artículo 1092”. En este sentido, Rubén S. Stiglitz, al comentar la regulación, aún en el formato de norma proyectada, sostuvo que “felizmente, tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, el Proyecto, al reproducir el párrafo suprimido, lo ha incluido al regular las ‘Prácticas abusivas’. El texto que el Proyecto ha propuesto derogar ha sido el resultado legislativo (ley 26.361) de un acto tan impulsivo como enajenado, producto de una visión tan desordenada como exaltada y que tanto daño causa a la diafanidad del derecho del consumi-

---

<sup>4</sup> La Ley n° 26.361, que modificó la 24.240, fue quien insertó la figura del *bystander* en el derecho argentino. No obstante, lo hizo de una forma muy amplia. La fuente empleada por el legislador para la redacción de la Ley n° 26.361 fue el art. 29 del Código de Defensa de Consumidor de Brasil, que emplea el concepto de consumidor por equiparación, aplicándolo, sin embargo, a las personas expuestas a los resultados advenidos de prácticas abusivas. La ley argentina, en cambio, “carece de restricciones, por lo que su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección insustancial, carente de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase ‘expuestas a una relación de consumo’, ha considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador, por lo que, de ser así, la consideración precedente constituye una propuesta de modificación de la ley especial (Seguros) consistente en reconocer a los damnificados de un accidente de tránsito una acción directa contra el asegurador del responsable civil”. (STIGLITZ, Rubén S., “La teoría del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, t. 2012-C, p. 1299.).

dor que no necesita de textos exacerbados para un (su) firme desenvolvimiento y desarrollo”<sup>5</sup>.

Además, cumple referir que el art. 1093 del Código, al calificar el contrato de consumo, complementa el artículo que le precede, corroborando sus elementos y reforzando el concepto de consumidor como siendo el destinatario final de la mercadería o servicio<sup>6</sup>.

A partir de lo expuesto, se verifica que para la calificación de “consumidor”, en el derecho argentino, debe haber un diálogo entre la fuente normativa especial (Ley 24.240) y la fuente normativa general (CCCN), a fin de definir quiénes estarán abarcados por las normas materiales tuitivas.

### **3. La protección internacional del consumidor en el derecho argentino de fuente interna**

Antes del 31 de julio de 2015, la Argentina no contaba con normas especiales, en su derecho de fuente interna, destinadas a proteger al consumidor que actúa con proyección transfronteriza. Aquí, nos referimos puntualmente al consumidor pasivo, que es aquel que es “invadido o atacado por la ofensiva contractual del empresario en su propio domicilio o residencia

---

<sup>5</sup> STIGLITZ, Rubén S., “La teoría del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, Tomo 2012-C, pp. 1299-1300. En el mismo sentido, sosteniendo como un avance muy significativo la eliminación de la figura del *bystander* de la definición de consumidor, ver: CRACOGNA, Dante, “Contratos de consumo”, *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, t. 2013-1, p. 73.

<sup>6</sup> En efecto, “además de acentuar la idea de consumo final, refiere al productor como ‘empresa’, lo cual no debe ser interpretado en sentido estricto, pero sí refiere a cierta organización, o vocación de oferta al público, o bien pretensión de actuación en el mercado, por parte del proveedor de bienes y servicios, permitiendo, al menos una nota distintiva de la profesionalidad”. (SANTARELLI, Fulvio G., “El contrato de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en: STIGLITZ, Rubén (dir.), *Suplemento Especial. Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*, Buenos Aires: La Ley, Febr./2015, pp. 230-231.)

habitual”<sup>7</sup>, aunque es cierto que el consumidor activo o turista – que justamente es quien se traslada hacia el establecimiento comercial del proveedor para contratar– igualmente necesite reglas protectorias.

Tomando por base esa asertiva, en este subcapítulo, abordaremos la regulación vigente hasta la fecha en referencia, que, por lo tanto, antecedió al CCCN para, luego, adentrar en el análisis de las soluciones apuntadas por este último para los principales objetos del Derecho Internacional Privado, vinculados a la protección transfronteriza del consumidor.

### **I. Antecedentes del CCCN: la ausencia de regulación específica destinada a tutelar a la parte débil de la relación internacional de consumo**

Como se ha referido inicialmente, hasta el 31 de julio de 2015, no existían normas especiales vigentes en materia de Derecho Internacional Privado del Consumidor, en la Argentina. Solamente a partir del 1º de agosto de 2015 es que el consumidor pasó a contar con protección para las transacciones transfronterizas, fecha en la cual entró en vigor el CCCN. Siendo así, en este espacio, veremos, inicialmente, cuáles fueron las soluciones buscadas en materia de ley aplicable y jurisdicción internacional para los casos que involucraban al consumidor transfronterizo, antes de la vigencia del Código, para luego, adentrarnos en las novedades traídas por el diploma en referencia.

Ante la falta de reglamentación específica respecto a la jurisdicción internacional de los jueces en materia de consumo, para solucionar el problema ocasionado por este déficit legislativo, se buscaban las disposiciones contenidas en los arts. 1215 y 1216 del Código Civil de Vélez Sarsfield, que establecían la competencia de los jueces del lugar de cum-

---

<sup>7</sup> KLEIN VIEIRA, Luciane, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: La Ley, 2017, p. 57.



plimiento o ejecución del contrato y los del domicilio o residencia del demandado. De este modo, de acuerdo a las normas de los artículos 1215 y 1216 del Código referido, los jueces argentinos resultarían competentes cuando el vendedor o el proveedor del servicio tuviese su establecimiento en Argentina (y fuese demandado el consumidor), cuando la entrega de la cosa o la prestación del servicio se verificase en el país o cuando el pago de la contraprestación dineraria se efectuase en Argentina. Asimismo, serían competentes los jueces argentinos en demandas incoadas por el proveedor contra el consumidor, ante el foro del domicilio de este<sup>8</sup>.

Corroborando lo expuesto, si se considera que los dispositivos señalados omitían admitir expresamente la jurisdicción internacional del juez del domicilio extranjero del demandado, la disposición del art. 1215, implícitamente la admitía, al decir que el actor “podía” ir ante el juez argentino, pese al domicilio extranjero. Esto suponía que igualmente el actor podría acudir al juez de este último,<sup>9</sup> pero, la regla seguía dejando al consumidor residente o domiciliado en Argentina sin la posibilidad de demandar al proveedor extranjero ante los tribunales argentinos, si el lugar de cumplimiento del contrato estuviese fuera del territorio de la República, es decir, sin la posibilidad de demandar al proveedor extranjero ante su propio foro<sup>10</sup>, aunque el contrato hu-

---

<sup>8</sup> ALL, Paula María, “La construcción de un sistema de protección del consumidor en el MERCOSUR: avances y desafíos de cara a la CIDIP VII”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 3, 2006, p. 535.

<sup>9</sup> KALLER DE ORCHANSKY, Berta, en: BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial. Artículos 1190/1433. Contratos*, t. 3C, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 77.

<sup>10</sup> Sobre el tema: “sería factible pensar también que, ante una futura regulación uniforme sobre la protección al consumidor se reconociera, además, jurisdicción internacional a los tribunales del lugar de ‘residencia habitual del consumidor’ en todos aquellos casos en que, por darse los extremos de aplicación de una norma legal expresa, de fuente convencional, esa ley resultase aplicable (*forum causae*)”. (UZAL, María Elsa, “La protección al consumidor en el Derecho Internacional Privado”, *Revista del Derecho Co-*

biese sido celebrado en la Argentina tras una campaña publicitaria dirigida y financiada desde el extranjero sobre el mercado argentino. En ese sentido, tal como ya lo hemos advertido: “aplicándose analógicamente tales reglas a los contratos celebrados con consumidores, serían competentes los jueces del lugar de ejecución del contrato o los del domicilio del proveedor!, para el derecho argentino”<sup>11</sup>.

Respecto a la prórroga de jurisdicción, aunque el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación recepte como principio general que la competencia atribuida a los tribunales argentinos es improrrogable, se admitía como excepción, conforme el art. 1º del instrumento mencionado, la prórroga de jurisdicción a favor de jueces o árbitros que actúen fuera de la República, siempre que: a) se trate de asuntos patrimoniales de índole internacional; b) exista conformidad de las partes; c) la jurisdicción argentina no sea exclusiva; d) la prórroga no esté prohibida por la ley. “Con relación al consumo internacional, específicamente, el Código no contempla reglas respecto a la elección de foro, ni restringiendo ni admitiendo esta posibilidad, pese a existir la presencia de una parte vulnerable en la relación jurídica. Ante esta falta de disposición legal, antes de la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial, que reglamentó la materia, la du-

---

*mercial y de las Obligaciones*, nº 139-141, vol. 1991-A, Ene./Jun. 1991, p. 258.) En el mismo sentido, se ha destacado que: “en materia de obligaciones contractuales, el favor al consumidor puede evidenciarse en introducir el *forum actoris*, es decir, admitir que el juez argentino se declare competente, cualquiera que sea el lugar de celebración o cumplimiento del contrato, cuando el consumidor opta por demandar ante el juez de su domicilio o de su residencia habitual, si coincide con el lugar donde el demandado ha llevado a cabo una actividad publicitaria o informativa para incitar al consumo”. (NAJURIETA, María Susana, “Conflicto de jurisdicciones en casos que involucran a consumidores”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nº 139-141, vol. 1991-A, Ene./Jun. 1991, p. 225.)

<sup>11</sup> KLEIN VIEIRA, Luciane, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: La Ley, 2017, p. 234.

da se refería a la posibilidad de existir o no prórroga de jurisdicción en los contratos internacionales de consumo.”<sup>12</sup>

Sobre el tema, la doctrina advertía que los contratos de adhesión ya venían con la cláusula de prórroga de jurisdicción establecida en favor de tribunales judiciales o arbitrales del país del domicilio o de la sede del proveedor.<sup>13</sup> Pese a lo expuesto, en virtud del art. 37, inciso “b” de la Ley n° 24.240, tales cláusulas se tendrían por no convenidas si importasen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o ampliasen los derechos de la otra parte. Siendo así, las cláusulas que previesen la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales de la sede de la empresa, podrían ser consideradas abusivas,<sup>14</sup> por restringir los derechos de la parte débil, incluido, allí, el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.

Finalmente, en lo que se refiere a la ley aplicable, tampoco había reglas específicas destinadas a proteger al consumidor transfronterizo. El Código Civil de Vélez Sarsfield si quiera contaba con una disposición que permitiese expresamente emplear la autonomía de la voluntad de las partes pa-

---

<sup>12</sup> KLEIN VIEIRA, Luciane, *La hipervulnerabilidad del consumidor...*, Op. Cit., pp. 235-236.

<sup>13</sup> En el mismo sentido, se ha advertido que “no resultará frecuente que el juez argentino deba aceptar que se derogue su jurisdicción si está implicado un consumidor con domicilio en Argentina y que hubiere contratado aquí, o que aquí fuera el lugar de cumplimiento. Ya sea porque la determinación del lugar de cumplimiento hace aplicable el derecho argentino, o bien porque tiene facultades para analizar la cláusula de prórroga a la luz del derecho aplicable imperativamente, no quedará excluida su competencia”. (SCHÖTZ, Gustavo J., “Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados en internet”, en: R. A. Etcheverry (dir.), *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 43.).

<sup>14</sup> Respecto a las cláusulas abusivas en el derecho argentino, ver: STIGLITZ, Gabriel y José SAHÍAN, “Derecho fundamental a un trato equitativo y digno. Dimensión constitucional de la tutela frente a prácticas abusivas”, en: KRIEGER, Walter F.(dir.), *Prácticas Abusivas en el Derecho del Consumidor*, Buenos Aires: El Derecho, 2018, pp. 11-68.

ra elegir la ley que regiría la relación jurídica, mismo con relación a los contratos internacionales entre partes con igual poder de negociación. Esta situación dio lugar al surgimiento de diversas teorías, en su mayoría aceptando y reconociendo<sup>15</sup> esta facultad otorgada a las partes, que, a su vez, influenciaron la redacción del CCCN.

No obstante esto, si las partes no hubiesen hecho uso de la autonomía de la voluntad, para encontrar la ley que regiría el contrato se debería recurrir a los puntos de conexión subsidiarios, constantes de las normas de conflicto de los arts. 1205, 1209 y 1210 del Código mencionado, que se referían a la aplicación de la ley del lugar de celebración<sup>16</sup> o a la ley del lugar de ejecución<sup>17</sup> del contrato.

---

<sup>15</sup> Uriondo de Martinoli, al referirse al derecho argentino vigente en la época señalada, ha destacado que: “nuestras reglas designan el lugar de cumplimiento como conexión relevante para elegir la ley aplicable a los contratos con contacto argentino y si tenemos presente que las partes pueden designar dicho lugar, consecuentemente, están facultadas para seleccionar el derecho aplicable a su contrato internacional (arts. 1.209, 1.210 y 1.212.)” (URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, “Simetrías y asimetrías en materia contractual”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 18, t. II, 1998, p.520.) A su vez, Boggiano también consideró que estas disposiciones daban sostenimiento a la aceptación de la autonomía de la voluntad, pero de forma restringida. (BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., t. II, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991, p. 256.).

<sup>16</sup> Puede resultar dificultoso determinar el lugar de celebración de un contrato internacional de consumo realizado por medios electrónicos. Sería interesante determinar, en ley o tratado, cuál es el lugar de celebración, solución adoptada por el derecho paraguayo (2015) e igualmente empleada por el Acuerdo sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Consumo (2017), en el MERCOSUR.

<sup>17</sup> El propio Código Civil argentino establecía la calificación autárquica de lugar de ejecución o cumplimiento de un contrato, en los arts. 1.212 y 1.213, que se debía emplear de forma subsidiaria, cuando las partes no lo hubiesen determinado expresamente en el contrato. De este modo, conforme la normativa destacada, fueron establecidas las siguientes directrices para orientar la determinación del lugar de ejecución: “a) el contrato debe cumplirse en el lugar determinado expresamente por las partes (art. 1.212); b) el contrato debe cumplirse en el lugar donde está situado el objeto del contra-

Werner Goldschmidt, respecto al tema, propuso una interpretación, que tuvo una favorable acogida, remitiendo la solución del caso concreto a la aplicación de la ley del lugar

---

to o donde debe llevarse a cabo la prestación característica, caso de la venta de un inmueble, un arrendamiento, gestión de negocios, prestación de un servicio vinculado con un lugar determinado (art. 1.212); c) si fracasa la aplicación de las reglas 1 y 2, y el contrato se ha celebrado en el domicilio del deudor, en dicho domicilio deberá cumplirse, aunque después lo mudare o falleciere (art. 1.212); d) contrato celebrado fuera del domicilio del deudor y en un lugar que por las circunstancias del caso, deba ser el del cumplimiento. Si las circunstancias hacen suponer al acreedor que el contrato se cumplirá en el mismo lugar en que se celebró, este será el lugar de cumplimiento (art. 1.213); e) contrato celebrado fuera del domicilio del deudor y en un lugar en que por las circunstancias del caso no deberá ser el del cumplimiento, el contrato debe cumplirse en el *domicilio actual del deudor*; en este supuesto el codificador se apartó de su fuente ya que Savigny en su sexta hipótesis establece que el lugar de cumplimiento se encuadra en el domicilio del deudor al tiempo de celebrar el contrato (art. 1.213); f) en los contratos recíprocos o sinalagmáticos, que poseen dos lugares distintos de cumplimiento en territorios sometidos a diversa legislación, hay que acudir al lugar en el que debe ejecutarse la *prestación específica o más característica*". (KALLER DE ORCHANSKY, Berta, en: BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial. Artículos 1190/1433. Contratos*, Tomo 3C, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 75-76.) Específicamente con relación a la calificación de lugar de cumplimiento, respecto a los contratos internacionales con consumidores, Soto destaca que el punto de conexión referido, si se lo restringe al derecho del domicilio del deudor, que es quien tiene a su cargo la prestación más característica, como ocurre con los contratos con condiciones generales, no se estaría beneficiando al consumidor, en virtud de la aplicación del derecho del domicilio del proveedor. "Sin embargo, el artículo 1.212 del Código Civil dispone que la calificación del lugar de cumplimiento como el domicilio del deudor será siempre que el lugar de ejecución no fuera indicado por la naturaleza de la obligación. En este sentido se hace constar que existe una parte de la doctrina que estima que en los contratos celebrados con consumidores la naturaleza de la obligación, la prestación característica, es el pago que realiza el consumidor y por lo tanto su localización, desde un punto de vista más sociopolítico que socioeconómico, se desplazaría del domicilio o residencia habitual del proveedor al del consumidor". (SOTO, Alfredo Mario, *Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Estudio, 2011, p. 206).

de celebración, para los contratos constituidos fuera del país y sin vínculo con este o sin lugar de celebración o ejecución definidos. La aplicación de la ley del lugar de ejecución del contrato se daría cuando este tuviera algún contacto relevante con la República Argentina y estuviese determinado el lugar de celebración o de cumplimiento.<sup>18</sup> Si solo se hubiese determinado uno de estos lugares, se recurriría a la ley de este país. En cambio, si no se pudiese definir el lugar de celebración, ni el de cumplimiento, las obligaciones de cada una de las partes se regirían por la ley de su domicilio,<sup>19</sup> conforme el art. 1214 del Código referido.

Con relación a los contratos internacionales de consumo, la doctrina advertía que tanto para determinar la jurisdicción como el derecho aplicable, parecía improbable que no se estableciera el lugar de cumplimiento del contrato, ya que si la transacción recayese sobre mercaderías, habría un lugar determinado para la entrega de los bienes, así como un lugar determinado para la ejecución del servicio adquirido. Del mismo modo, si se transmitiese información por medios electrónicos, sería el lugar donde la información fuese descargada, considerándose la necesidad de un soporte físico para almacenar o leer los contenidos digitales. Luego, aunque las partes no hubiesen acordado expresamente cuál sería el lugar de cumplimiento, habría que entender que quedaba establecido en el lugar de entrega, de descarga, o eventual-

---

<sup>18</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*, Buenos Aires: Depalma, 1992, pp. 394-395.

<sup>19</sup> Sobre el tema, ver: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "El derecho internacional privado argentino acerca de la validez de los contratos y la integración", en: Lima Marques, Claudia y Roy ROSADO DE AGUIAR (orgs.), *Home-nagem a Clóvis Veríssimo do Couto e Silva – Coleção Direito Comparado II – Argentina e a Faculdade de Direito da UFRGS. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, n° 2, Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2003, p. 251.

mente en su domicilio, conforme el art 1213 del Código Civil de Vélez Sarsfield<sup>20</sup>.

Conforma ya hemos destacado en otra oportunidad, “es necesario señalar que el lugar de ejecución del contrato internacional de consumo llevaba a la aplicación de la ley del país en el cual tuvo cumplimiento el negocio jurídico, que podía no coincidir con el Estado del domicilio del consumidor, situación que determinaba la aplicación de un derecho extranjero, en este caso desconocido por este último, lo que le acentuaba la condición de vulnerabilidad”<sup>21</sup>.

Por otro lado, otra corriente doctrinaria se manifestaba favorablemente a la recepción de la teoría de los vínculos más estrechos, específicamente: la prestación más característica del contrato. “Desde una visión tradicional, la prestación más característica podría ser vista como la que lleva a cabo el proveedor y por tanto se terminaría aplicando el derecho del domicilio de la parte más fuerte de la relación, lo cual conferiría al proveedor el privilegio de encontrarse en mejor situación de evaluar los riesgos que implica la realización de negocios internacionales”<sup>22</sup>. Sin embargo, aquellos contratos que no presentasen contacto con la República Argentina, en consecuencia de la aplicación del art. 1.205 antes referido, quedarían captados por la ley del lugar de celebración. Así, “esta podría entenderse por la vinculación con el lugar de adquisición del producto o servicio, ya que en este caso habría una relación de proximidad. De este modo, la adquisi-

---

<sup>20</sup> SCHÖTZ, Gustavo J., “Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados en internet”, en ETCHEVERRY, Raúl A. (dir.), *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires: Depalma, 2003, pp. 34-35.

<sup>21</sup> KLEIN VIEIRA, Luciane, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: La Ley, 2017, p. 240.

<sup>22</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana, “El derecho aplicable a las relaciones de consumo en la arena internacional”, en: DREYZIN DE KLOR, Adriana (dir.), *Los Derechos del Consumidor. Visión Internacional. Una Mirada Interna*, Buenos Aires: Zavalia, 2012, p. 98.

ción para el consumo final (destino final de los bienes y servicios) podría ser juzgada como decisiva para otorgar razonabilidad a la *lex celebrationis*”<sup>23</sup>.

Sobre el tema, la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI), Sección de Derecho Internacional Privado, en 2005, adujo que, en materia de contratos internacionales con consumidores, sería razonable aplicar la ley del lugar del país de residencia habitual del consumidor si, además, se diese alguna otra conexión acumulativa, como, por ejemplo, “que: I) las negociaciones para la venta se hayan llevado a cabo en ese Estado, y que el consumidor haya realizado allí actos necesarios, de su parte, para la conclusión del contrato (aunque este paso, efectivamente, no se haya suscrito o formalizado); II) el vendedor, su agente, representante o corredor comercial haya recibido la orden (de compra, por ejemplo) en ese país –desplazándose, de esta manera, al país del consumidor–; III) haya mediado una oferta, proposición o publicidad especialmente hecha (envío de catálogo, oferta, afiche, prensa escrita, publicidad radial o televisiva) en ese país, que precediera a los actos necesarios del consumidor para concretar el contrato; IV) se haya efectuado un contrato (una venta o un servicio, por ejemplo) precedido por una oferta o invitación en tal sentido, dirigida al consumidor en su país de residencia (por vía publicitaria u otra vía de comercialización), que desplazara al consumidor de su país de residencia habitual, a un país extranjero, siempre que el viaje haya sido organizado –directa o indirectamente– por el vendedor, que incitara al consumidor a efectuar el contrato en su país (excursiones turísticas más allá de las fronteras); V) el establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad se invoca se halle también en ese mismo Estado; VI) el Estado en cuyo territorio se ha adquirido el producto, por la

---

<sup>23</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana, “El derecho aplicable a las relaciones de consumo en la arena internacional”, en: A. Dreyzin de Klor (dir.), *Los Derechos del Consumidor. Visión Internacional. Una Mirada Interna*, Buenos Aires: Zavalia, 2012, p. 99.



persona directamente perjudicada, sea el de la residencia habitual del consumidor”<sup>24</sup>.

## **II. Las soluciones adoptadas por el CCCN: la previsión de reglas específicas destinadas a proteger al consumidor que actúa con proyección internacional**

Como ya hemos referido, a partir del 1º de agosto de 2015, con la entrada en vigor del CCCN, el consumidor transfronterizo finalmente pasó a contar con reglas específicas para regir la relación internacional de consumo. Es decir, pasamos de un escenario sombrío, sin reglas especiales, para otro en el cual los principales ejes del Derecho Internacional Privado ahora cuentan con previsiones específicas, teniendo en cuenta las particularidades de la relación internacional con la presencia de un sujeto vulnerable.

En materia de jurisdicción internacional, el art. 2654 del Código vigente determina que: “las demandas que versen sobre relaciones de consumo<sup>25</sup> pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde

---

<sup>24</sup> ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL, *Conclusiones del XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XIV Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dra. Berta Kaller de Orchansky”*, Rosario, 13 al 15 de octubre de 2005, Disponible en: [http://www.aadi.org.ar/admin/imagenesBD/productos/XVIII\\_Congreso\\_Ord\\_AADI\\_XIV\\_Rosario\\_octubre\\_de\\_2005.pdf](http://www.aadi.org.ar/admin/imagenesBD/productos/XVIII_Congreso_Ord_AADI_XIV_Rosario_octubre_de_2005.pdf), consultado el 20/4/2021.

<sup>25</sup> Es importante referir que el art. 2.654, aunque no califique los términos empleados, no habla de “contrato internacional de consumo”, sino más bien de “relación internacional de consumo”, dejando lucir la intención del legislador, en el sentido de que la norma intenta abarcar el mayor número posible de relaciones de consumo, sin restringirse a la existencia o no de contrato. (Sobre el tema, ver: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Contratos de consumo”, en: RIVERA Julio C. y Graciela MEDINA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires: La Ley, 2014, p. 956).

el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato. También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando estas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual. La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante solo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor. En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro”.

Como se puede observar de la redacción dada al artículo, no se atribuye a los jueces del Estado del domicilio del consumidor la competencia para la apreciación de la demanda, punto débil de la nueva legislación<sup>26</sup>, al cual volveremos más adelante. Evidentemente, el Código optó por la adopción de puntos de conexión clásicos como el lugar de celebración o cumplimiento<sup>27</sup> del contrato y el domicilio del demandado. Luego, como resultado de lo expuesto, no se vislumbra la posibilidad de que el consumidor demande ante los jueces de su propio foro al cocontratante domiciliado en el extran-

---

<sup>26</sup> Ya había adelantado mis críticas al Proyecto que resultó en el CCCN, en: KLEIN VIEIRA, Luciane, *Protección internacional del consumidor. Procesos de escasa cuantía en los litigios transfronterizos*, Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2013, p. 43; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Luciane KLEIN VIEIRA, “El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y la protección del consumidor transfronterizo”, en: *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, Asunción: CEDEP, 2013, pp. 270-273.

<sup>27</sup> Es interesante advertir que, para calificar lugar de cumplimiento, con relación a los contratos internacionales celebrados por medios electrónicos, es posible recurrir a lo que dispone el art. 1.109 del Código, aunque la disposición esté orientada a los contratos de consumo sin el elemento de extranjería. Así, según el artículo referido: “en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita”.

jero, una vez que el Código aún no cuenta con normas que establezcan el foro especial de protección al consumidor. Solamente si el lugar de la sede del proveedor, de celebración del contrato, de cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes o de cumplimiento de la obligación de garantía coincidiera con el lugar del domicilio o residencia habitual del consumidor, este podrá demandar ante los tribunales de su propio foro<sup>28</sup>.

No obstante ello, pareciera que el consumidor no está totalmente imposibilitado de demandar ante los jueces de su propio domicilio, si se aplica el art. 2602 del Código, que se refiere al *forum necessitatis*<sup>29</sup>. Conforme el artículo referido, aunque las reglas del Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos, excepcionalmente, podrán intervenir con la finalidad de evitar la privación de justicia, siempre y cuando no sea razonable exigir que la demanda sea propuesta en el extranjero y la situación presente contacto suficiente con el país, debiendo, asimismo, ser garantizado el derecho de defensa en juicio y que se logre una decisión judicial eficaz. “Es decir, para proponer la demanda ante los jueces que le son más cercanos, el consumidor residente o domiciliado en Argentina deberá probar que el contrato presenta contactos razonables con el país, lo que [...] ya se justifica por el hecho de allí residir, como medida destinada a facilitarle el acceso a la justicia, si fuere impedido de presentar la demanda por resultar competente un juez extranjero. Sin embargo, es importante destacar que ese foro fue pensado por el legislador para casos excepcionales, con lo cual, no debe ser utilizado como regla general, lo que,

---

<sup>28</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.; KLEIN VIEIRA, Luciane, “El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y la protección del consumidor transfronterizo”, en: *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, p. 271.

<sup>29</sup> Sobre el tema, ver: SCOTTI, Luciana B., *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: La Ley, 2017, pp. 211-214.

nuevamente, deja en claro la necesidad de una reforma legislativa que contemple la jurisdicción de los jueces del domicilio del consumidor”<sup>30</sup>.

Respecto a la prórroga de jurisdicción, el Código prohíbe taxativamente los acuerdos de elección de foro,<sup>31</sup> poniendo fin a la discusión que antes existía alrededor de la posibilidad o no de empleo de la autonomía de la voluntad de las partes para elegir un juez competente, en esa materia. De este modo, serán nulas y quedarán sin efecto las cláusulas contractuales de prórroga de jurisdicción insertas en contratos de adhesión, además de ser consideradas abusivas, cuando designen como competentes los jueces de la sede del proveedor (que en algunos casos están en lugares inalcanzables para el consumidor, convirtiéndose en una ventaja exagerada en favor del oferente)<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> KLEIN VIEIRA, Luciane, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: La Ley, 2017, p. 244.

<sup>31</sup> La prohibición de la prórroga de jurisdicción en los contratos de consumo también viene referida en el art. 1.109, ya mencionado, según el cual las cláusulas que prevean esta prórroga serán consideradas como no escritas.

<sup>32</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, *Comercio Electrónico*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 252. En el mismo sentido: “la elección de un juez extranjero – unida o no a una cláusula de elección de un derecho extranjero – puede entrañar graves consecuencias para el consumidor, pues se lo puede privar de la protección prevista por las normas sustanciales del Estado de su residencia habitual. Es decir, al riesgo de una indefensión procesal – que siempre puede existir en una prórroga de competencia territorial interna –, se une el riesgo de una indefensión substancial, por el sometimiento del contrato a un marco jurídico distinto del razonablemente conocido por el consumidor. Por ello, en contratos internacionales de adhesión a condiciones generales predisuestas, es natural el disfavor con que se aprecian las cláusulas de prórroga de jurisdicción en jueces extranjeros o en árbitros con asiento en el extranjero. La disparidad del poder negociador permitirá invalidar el consentimiento de acuerdo con ciertos índices, por ejemplo, la incorporación subrepticia de las cláusulas de prórroga, la remisión a formularios anexos, la redacción de la cláusula en idioma diferente a la lengua utilizada en las negociaciones previas o en el contrato de fondo, etc. Los jueces podrán apreciar si la prórroga coloca al adherente en dificultades

Respecto a la ley aplicable a los contratos internacionales de consumo, dicta el art. 2655: “los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y este ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor; c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento. En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración”<sup>33</sup>.

Conforme el artículo en destaque, la ley que debe ser aplicada a los contratos internacionales de consumo es la del domicilio del consumidor,<sup>34</sup> siendo esta la regla general<sup>35</sup>.

---

para acceder a la jurisdicción con razonable posibilidad de defensa”. (NA-JURIETA, María Susana, “Prórroga abusiva de la competencia en un contrato de adhesión”, *Microjuris*, MJ-DOC- 939-AR).

<sup>33</sup> Esta parte final del dispositivo fue insertada por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, el 20/11/2013, por medio del Orden del Día nº 892, aunque con distinta redacción. (Sobre el tema, ver: VÍTOLO, Daniel Roque, “Marchas y contramarchas en las reformas propuestas al régimen de defensa del consumidor”, *El Derecho*, t. 255, 2014, p. 803).

<sup>34</sup> El Código, en su justificativa, agregó el punto de conexión “residencia habitual”, aunque no lo haya previsto expresamente en sus disposiciones, al referir que: “en cuanto al derecho aplicable, la propuesta sigue soluciones que gozan de consenso en numerosas fuentes, con una clara orientación material a favor de la parte débil, pero sin descuidar la previsibilidad que garantiza el derecho de defensa del cocontratante del consumidor. El derecho aplicable, se determina por el derecho del Estado del domicilio o residencia habitual del consumidor y se contemplan supuestos de comercialización a distancia, acumulando la actividad dirigida, con los actos

Sin embargo, su aplicación está condicionada al cumplimiento de uno de los cuatro supuestos referidos: que la actividad del proveedor haya sido dirigida al Estado del domicilio del consumidor; la recepción del pedido de compra de la mercadería o servicio debe haberse realizado en el Estado del domicilio del consumidor; tiene que haber existido desplazamiento del consumidor hacia el extranjero por propuesta del proveedor; y la necesaria combinación de los contratos de turismo con prestaciones de transporte y alojamiento.

Respecto a esta cuestión puntual se destaca la preocupación de los redactores del Código con la aplicación del derecho que se presume que el consumidor conoce y le es más fácilmente asequible, lo que podría funcionar como una medida de tutela para la parte débil de la relación de consumo. No obstante, esa no es la lógica adoptada por el mismo legis-

---

necesarios para la conclusión del contrato. También se regula los contratos de viaje, por un precio global, de prestaciones combinadas de transporte y alojamiento. Se suprime el ejercicio de la autonomía de la voluntad en esta materia”.

<sup>35</sup> La protección brindada por el art. 2655 al consumidor consiste en la aplicación del derecho de su domicilio, en líneas generales. Así, en una situación típica, cuyo protagonista sea un consumidor domiciliado en Argentina, el mismo será protegido por el Código, al ver designada la aplicación de la legislación material tuitiva argentina. Sin embargo, en un caso concreto, donde otra de las leyes vinculadas con el contrato de consumo resulte más favorable para el consumidor, este no podrá valerse de sus disposiciones, pese a lo previsto en los arts. 1.094 y 1.095 del nuevo Código, que consagran el principio del *favor consumitoris*. Esta falta de flexibilidad de la regla de conflicto argentina, que resulta en un “contraste entre la protección reforzada del derecho material interno y la limitada del DIPr. hace resaltar aún más la evidencia de que el legislador prefirió el viejo modelo europeo al Proyecto de Convención Interamericana sobre esta materia presentado en la OEA por Argentina, Brasil y Paraguay (este último basado en la aplicación de la ley más favorable al consumidor.)” (FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Contratos de consumo” ... Op. Cit., p. 960).

lador en materia de jurisdicción internacional<sup>36</sup>, tal como ya se ha puesto de relieve.

Aun respecto al tema, es importante referir que: “antes de la aprobación del texto definitivo del artículo 2655, fue insertada una modificación sugerida por la Comisión Bicameral a fines del 2013, que condujo a que la ley aprobada contemplase un verdadero retroceso en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales de consumo, al determinar que cuando el asunto no pueda encajarse en ninguno de los cuatro requisitos antes referidos, los contratos dejarán de ser regidos por el derecho del domicilio del consumidor y pasarán a ser disciplinados por el derecho del lugar de cumplimiento y, cuando fuere imposible determinar dónde se dio la ejecución del contrato, por el derecho del lugar de su celebración. No hay que olvidarse que lugar de cumplimiento y lugar de celebración son puntos de conexión clásicos, tradicionalmente empleados en materia de contratos internacionales entre partes con igual poder de negociación, que no ofrecen medida de protección a la parte débil de la relación de consumo, salvada la hipótesis en la cual coincidan con el lugar donde esté domiciliado el consumidor”<sup>37</sup>.

Con relación a la autonomía de la voluntad de las partes, la respuesta respecto a su admisión o rechazo debe ser buscada no en el artículo bajo discusión, sino más bien en el art. 2651, que, al permitir a los contratantes libertad para la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales en general, excluye expresamente a los contratos de consumo de su ámbito de aplicación. Respecto a ello, el Código mantuvo una relación de sincronía con lo establecido en las reglas que determinan la jurisdicción internacional, puesto que en los dos ejes se prohíben tanto los acuerdos de elección de foro como aquellos en donde se elige el derecho aplicable.

---

<sup>36</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.; KLEIN VIEIRA, Luciane, “El Proyecto de Código Civil...”, Op. Cit. p. 277.

<sup>37</sup> KLEIN VIEIRA, Luciane, *La hipervulnerabilidad del consumidor...* Op. Cit., p. 247.

Luego, “una cláusula predispuesta de elección de foro o de derecho aplicable, en contrato internacional de consumo, además de ser considerada nula, porque taxativamente prohibida por el ordenamiento jurídico argentino, también podrá ser categorizada como abusiva,<sup>38</sup> si restringe derechos o impone la renuncia de derechos al consumidor, en la medida que amplía los derechos y beneficios de la contraparte, en este caso, el proveedor de la mercadería o servicio”<sup>39</sup>.

#### **4. El CCCN: los puntos débiles de la regulación en materia de Derecho internacional privado del Consumidor y las respuestas brindadas por el Derecho Comparado y por el Derecho del MERCOSUR**

Como se ha dicho anteriormente, el CCCN inauguró un nuevo periodo en la historia de la protección internacional del consumidor, en la Argentina. Evidentemente, ha insertado importantes soluciones para brindar tutela a la parte vulnerable de la relación internacional de consumo. Sin embargo, algunas lagunas fueron dejadas por la legislación en referencia y que, a años de su entrada en vigencia, merecen destaque y un análisis crítico.

En ese sentido, la primera cuestión a ser apuntada dice respecto a la falta de adopción del foro especial de protección del consumidor, dado que el Código no opta por el foro del domicilio o residencia habitual de este último como criterio de conexión para establecer la jurisdicción internacional, contrariando una vieja tendencia ya adoptada en Europa (Convenio de Bruselas de 1968 sobre la Competencia Judicial y Ejecución de Re-

---

<sup>38</sup> Respecto a las cláusulas abusivas en contratos por adhesión, reglamentadas en el art. 988 del CCCN, ver: MÁRQUEZ, José Fernando y Maximiliano Rafael CALDERÓN, “Contratos por adhesión a condiciones generales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 2014-1, pp. 275-280.

<sup>39</sup> KLEIN VIEIRA, Luciane, *La hipervulnerabilidad del consumidor...* Op. Cit., p. 247.



soluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, convertido en el Reglamento n° 44/2001 –Reglamento Bruselas I–, derogado por el actual Reglamento n° 1215/2012 – Reglamento Bruselas I *bis*) y presente en la legislación más cercana, a ejemplo del Código de Proceso Civil de Brasil, que ha incorporado esa solución en 2015 (art. 22, II) y del visionario Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo<sup>40</sup> (art. 4º), norma aprobada en 1996, el ámbito MERCOSUR, pero que nunca ha logrado entrar en vigor.

Esa crítica da lugar a una segunda observación no menos importante, que dice respecto a la inexistencia de un paralelismo de soluciones en materia de jurisdicción y ley aplicable, en la medida en que para determinar la ley que regirá la relación internacional de consumo, el Derecho argentino ha optado por la regla general de conexión del lugar del domicilio del consumidor, solución rechazada en materia de jurisdicción. Sobre el tema, ya nos hemos manifestado antes mismo de la aprobación del Código bajo estudio, señalando que “considerando que el juez ante el cual se presenta el pedido es quien determinará el derecho a ser aplicado, más razón se atribuye a nuestra crítica, respecto a la incoherencia sistemática manifiesta en la redacción del artículo 2654 [2655]. ¿Por qué dificultar el acceso a la justicia al consumidor transfronterizo, no previendo que el mismo pueda demandar al proveedor en el foro de su domicilio o residencia habitual? ¿No sería más fácil garantizar la aplicación del derecho del Estado del domicilio del consumidor si este pudiese entablar la demanda ante los jueces de su propio domicilio?”<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Para más detalles sobre el tema, ver: KLEIN VIEIRA, Luciane, *Protección internacional del consumidor. Procesos de escasa cuantía en los litigios transfronterizos*, Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2013, pp. 68-74.

<sup>41</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.; KLEIN VIEIRA, Luciane, “El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y la protección del consumidor transfronterizo”, en: *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, Asunción: CEDEP, 2013, p. 277.

Aun en se tratando de ley aplicable, cabe aquí referir la tercera crítica. El derecho argentino, aunque es cierto introdujo una norma protectoria en el art. 2655 - al determinar que se aplica el derecho del lugar del domicilio del consumidor -, se apartó de la moderna tendencia en el sentido del empleo de puntos de conexión flexibles, pero materialmente orientados,<sup>42</sup> habiendo hecho una clara opción por la solución adoptada en la Unión Europea, desde el Convenio de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (actual Reglamento n° 593/2008, art. 6°). Hodiernamente, en materia de protección internacional del consumidor, se suele emplear el criterio de la ley más favorable al consumidor como siendo aquella que se preocupa con el resultado material<sup>43</sup> producido por la aplica-

---

<sup>42</sup> Sobre el tema, ver: POCAR, Fausto, “La protection de la partie faible en droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 188, 1984, p. 404; LIMA MARQUES, Cláudia, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2004, p. 462; VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel, “El derecho más favorable al consumidor, la mejor solución también para los contratos de consumo online”, en: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y Nuria GONZÁLEZ MARTÍN (coords.), *Tendencias y Relaciones. Derecho Internacional Privado Americano Actual (Jornadas de la ASADIP 2008)*, México/DF, Porrúa, 2010, p. 37-44; KLEIN VIEIRA, Luciane, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: La Ley, 2017, p. 461-473.

<sup>43</sup> Es sabido que “la función del derecho iusprivatista posmoderno debe ir más allá de la simple indicación mecánica del Derecho aplicable y esto se evidencia principalmente en aquellas relaciones jurídicas que reclaman una mayor protección al sujeto vulnerable. Eso porque el DIPr no se limita a ser únicamente un conjunto de reglas de conflicto, dado que su contenido está ampliamente definido como un sistema de principios y normas destinado a lograr soluciones justas para las controversias privadas internacionales. (...) De este modo, buscar la ley que regirá la relación contractual como resultado de la aplicación matemática del método de conflicto, como criterio localizador, sin preocuparse con el contenido material de la norma aplicable, no es algo viable, principalmente cuando se trata de contratos internacionales con la presencia de una parte débil. Luego, se hace imperiosa la armonización<sup>32</sup> entre las soluciones brindadas por el derecho

ción del derecho nacional indicado por la norma de conflicto, solución buscada por la Propuesta Buenos Aires en el ámbito de la CIDIP VII, por el Acuerdo MERCOSUR sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (arts. 4º y 5º)<sup>44</sup> y por algunos proyectos de ley, a ejemplo del proyecto n° 3514/2015<sup>45</sup>, que actualmente tramita en la Cámara de Diputados Federales, en el Congreso Nacional brasileño.

La cuarta observación también tiene vínculo con el derecho aplicable. A lo largo del artículo 2655, no se ve ninguna suerte de referencia a la posibilidad de aplicación de sus disposiciones al consumidor turista o activo, es decir, a aquel que deja el Estado de su domicilio o residencia habitual para contratar. El Código se limita a condicionar la aplicación de la ley del domicilio del consumidor a que se haya cumplido uno de los recaudos establecidos, todos ellos vinculados al Estado de domicilio del consumidor. En ese sentido, la más autorizada doctrina ya ha se manifestado diciendo que: “la protección brindada por la combinación del art. 2655 (aplicación de la ley del domicilio del consumidor) y del último párrafo del 2651 (prohibición de la autonomía de la voluntad) se limita al consumidor pasivo, es decir, a aquel que es *buscado* por el proveedor. El consumidor

---

conflictual con aquellas alcanzadas por el material protector o tuitivo. Siendo así, no más se puede hablar de un DIPr neutral, sin apego a los valores sociales, y es justamente en materia de ley aplicable que se manifiesta expresamente este nuevo compromiso con la solución del caso concreto.” (KLEIN VIEIRA, Luciane, “La codificación del Derecho Internacional Privado del Consumidor en el MERCOSUR: las recientes manifestaciones en materia de ley aplicable al contrato internacional con consumidores”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado – AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 627-628).

<sup>44</sup> KLEIN VIEIRA, Luciane, “La codificación del Derecho Internacional Privado del Consumidor en el MERCOSUR: las recientes manifestaciones en materia de ley aplicable al contrato internacional con consumidores”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado – AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 617-636.

<sup>45</sup> El trámite de aprobación del proyecto puede ser acompañado en: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>. Acceso el 19 abr. 2021.

que en cambio entre en una relación internacional de consumo por propia iniciativa, no gozará de esa protección. Su contrato quedará sujeto a las reglas generales en materia de contratos. Eso surge claramente de la redacción de la norma que (...) copia casi textualmente una parte del art. 5º del Convenio de Roma de 1980. Claro que en este, la elección por las partes de la ley aplicable (en rigor, por el proveedor que predispone la designación de una ley determinada) no está prohibida sino que no es hábil para impedir la aplicación de las normas imperativas contenidas en la ley que sería aplicable de no existir tal elección”<sup>46</sup>. (Destacado en el original.) Como se verifica, el sistema argentino dejó desprovisto de tutela al consumidor activo o turista<sup>47</sup>,

---

<sup>46</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Contratos de consumo”..., Op. Cit., p. 959.

<sup>47</sup> Sobre el tema, es dable advertir que el Acuerdo MERCOSUR sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Consumo contempla soluciones específicas, en el art. 5º, destinadas a brindar protección al consumidor turista, siendo la primera convención internacional que se ha ocupado del tema. “En este sentido, el art. 5º del Acuerdo- que se destina a regular los contratos celebrados por el consumidor estando fuera del Estado de su domicilio (consumidor activo o turista) - establece que es posible la elección del derecho aplicable por las partes, pudiendo estas optar por el derecho del lugar de celebración o de cumplimiento del contrato o por el derecho del domicilio del consumidor. Sin embargo, del mismo modo que en la circunstancia de que el consumidor esté actuando en el Estado de su domicilio, condiciona la validez del pacto a que el derecho elegido sea el más favorable a este último, como medida de protección que igualmente revela un cuidado con el resultado material producido por la aplicación del derecho elegido. Por otro lado, el artículo referido, en la parte final, aún determina que si no hubiere una elección válida del derecho aplicable o si esta no fuere realizada, deberá ser aplicado, como criterio general de conexión, el derecho del lugar de celebración del contrato. En otras palabras, el criterio general prima por la aplicación del derecho de la sede del proveedor de la mercadería o servicio, ya que el consumidor se dirigió hasta allí para contratar. Como se ha notado, este dispositivo representa una gran innovación, en la medida en que no existe en el derecho de otro bloque económico o en algún tratado o convención multilateral, semejante disposición. Esto quiere decir que ni mismo en la Unión Europea hay reglas de DIPr destinadas a proteger al consumidor activo o turista, que es aquel que se traslada hacia otro Estado para contratar. En eso, la disposición del

dejando librada su suerte a la aplicación de los puntos clásicos de conexión (*v. g.* lugar de cumplimiento, y en su defecto, lugar de celebración), utilizados para los contratos internacionales entre partes con igual poder de negociación.

Aun respecto al tema del derecho aplicable, una quinta observación puede ser realizada. Como se ha puesto de relieve, el derecho argentino optó por la solución que prohíbe taxativamente la autonomía de la voluntad de las partes para la elección del derecho aplicable al contrato internacional con la presencia del consumidor (criterio igualmente empleado en lo que se refiere a la prohibición de la prórroga de jurisdicción). Sin embargo, en un futuro no muy lejano, cuando el Estado argentino ratifique el Acuerdo MERCOSUR sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Consumo –que sí opta por la autonomía de la voluntad, pero condicionada a que se elija la ley más favorable al consumidor (sea él activo o pasivo)– habrá un descompaso entre la solución adoptada por la fuente interna y por la fuente convencional autónoma del MERCOSUR que, quizá, reclame alguna reforma, si lo que se quiere es internalizar la norma en referencia, que adopta una serie de reglas para la defensa del consumidor que actúa con proyección transfronteriza, en un verdadero ejercicio de armonización de legislaciones.

Por fin, la sexta y última observación que se hace dice respecto a que el Código se mantuvo silente con relación a las relaciones internacionales de consumo celebradas por medios electrónicos, pese a haber tratado del tema en lo que se refiere a las relaciones de consumo celebradas en el ámbito interno, incluso calificando lo que se entiende por contrato celebrado a distan-

---

MERCOSUR se muestra visionaria y va más allá de lo establecido en el bloque europeo, pudiendo, incluso, servirle como paradigma.” (KLEIN VIEIRA, Luciane, “La codificación del Derecho Internacional Privado del Consumidor en el MERCOSUR: las recientes manifestaciones en materia de ley aplicable al contrato internacional con consumidores”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado – AEDIPr*, t.XVIII, 2018, p. 626).

cia<sup>48</sup>. Eso deja en evidencia la necesidad de extender las reglas de jurisdicción internacional y ley aplicable antes mencionadas, pensadas para los contratos entre presentes<sup>49</sup>, también a los contratos celebrados entre ausentes. Ello obligará a los operadores jurídicos a mantener un diálogo entre las reglas que regulan los contratos electrónicos de consumo internos y los contratos de consumo internacionales, para realizar una interpretación integradora de la ley.

## 5. Reflexiones finales

Los diez primeros años de vigencia del CCCN ¡merecen conmemoración! Tratase de una norma que, en materia de Derecho internacional privado del Consumidor, inaugura un nuevo ciclo en la historia del derecho argentino. Pasamos de un período gris, para uno que cuenta con reglas determinadas, claras y que buscan generar confianza y ofrecer protección para la parte vulnerable de la relación internacional de consumo.

Claro está que, como suele ocurrir con las legislaciones modernas en el mundo, el trabajo del legislador no se encuentra terminado, si lo que se quiere es ofrecer amplia protección al destinatario final de la mercadería o servicio. Es necesario actualizar el art. 2654 para incluir el foro protectorio del domicilio

---

<sup>48</sup> En este sentido, dispone el art. 1.105: “Contratos celebrados a distancia son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como los servicios de radio, televisión o prensa”. Complementando la calificación referida, el art. 1.106, a fin de disipar dudas, aún refiere que “siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar”.

<sup>49</sup> Para mayores críticas ver: BRITOS, Cristina, “Una visión de los contratos internacionales electrónicos, desde el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Electrónica El Dial. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 (Ed. Especial)*, Dic./2014.

o residencia habitual del consumidor, a fin de facilitarle el acceso a la justicia, así como el art. 2655 debe también contemplar reglas tuitivas destinadas a determinar el derecho aplicable a los contratos celebrados por el consumidor turista, sin dejar de tener en cuenta la necesidad de pensarse, en sentido amplio, en la introducción de un criterio más flexible de conexión, en materia de ley aplicable, preocupado con el resultado material producido por la aplicación del derecho nacional indicado por la norma de conflicto.

## **CAPÍTULO 8**

### **RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LA FORMA**

I. GALLINO, Julieta: “La circulación internacional del documento notarial”.



# LA CIRCULACIÓN INTERNACIONAL DEL DOCUMENTO NOTARIAL

**Julieta Gallino\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO EXTRATERRITORIAL DEL DOCUMENTO NOTARIAL EXTRANJERO; 3. LA CIRCULACIÓN DEL DOCUMENTO NOTARIAL EN SOPORTE ELECTRÓNICO.

## 1. Introducción

Ante el fenómeno de la circulación de documentos, en especial los públicos, el derecho contemporáneo ha respondido con distintos mecanismos jurídicos que buscan conciliar dos valores encontrados, es decir, la necesidad de dotar de *celeridad* a la circulación de los documentos públicos y la de que esta circulación se realice de manera *segura*, con las correspondientes garantías en cuanto al cumplimiento de las formas legales del país

---

\* Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, a partir del 01 de marzo de 2020. Especialista en Derecho Notarial en la Universidad Notarial Argentina. Se ha desempeñado en las cátedras de Derecho Internacional Privado como profesora adjunta (1999-2008), como titular interina de la cátedra A (desde 2010 a la fecha), y como titular por selección docente de la cátedra C de la misma materia (desde 2010 a la fecha). En la UCC es además Directora de la Sala de Derecho Internacional Privado “Dr. Werner Goldschmidt” (desde 2016 a la fecha); integrante de la “Comisión para la autoevaluación, desarrollo y mejora continua de la carrera de abogacía” (desde 2018 a la fecha), docente integrante del Consejo de Profesores de la Facultad (2016 a la fecha). Dirige la Sala de Negocios Internacionales del Instituto de Investigaciones Jurídicas Empresariales de la Bolsa de Comercio de Córdoba.

de donde procede y de su autoría, para su aceptación en el lugar en el que se pretende que produzcan efectos.

Las soluciones a este problema –armonizar celeridad y seguridad– son propias del Derecho internacional privado (DIPr), como rama del derecho que busca dar soluciones a los *casos mixtos* –que conjugan elementos nacionales y extranjeros, ya sean reales, personales o conductistas–; siempre con miras al *respeto* del elemento extranjero,<sup>1</sup> y en particular, cuando se trata de documentos notariales, del Derecho internacional privado Notarial, definido como el derecho internacional privado creado por y para los notarios que intervienen en la instrumentación, el reconocimiento y la aplicación de los actos y hechos jurídicos que integran relaciones de derecho con elementos o contactos extranjeros relevantes<sup>2</sup>. Al igual que si se tratase de una rama del Derecho Internacional Privado, se comporta adaptando sus principios y soluciones a las particularidades del ejercicio de la función notarial.

Así, por ejemplo, vemos que el rol del notario puede asemejarse al del juez cuando recibe documentos de extraña jurisdicción que pretenden surtir efectos en el país, ya sean documentos de origen notarial o incluso judicial (por ejemplo, una sentencia de disolución de la sociedad conyugal), los cuales deberán ser analizados para determinar si pueden tener tales efectos.

Los jueces, frente al pedido de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, cuentan con un marco legal, que establece un procedimiento especial denominado *exequatur*<sup>3</sup>, a través del cual se analiza si las sentencias o laudos extranjeros cumplen con los requisitos formales (como autenticidad y legalidad), procesales (si provienen de un tribu-

---

<sup>1</sup> GOLDSCHMIDT Werner, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: Ed. Depalma, 1997, p. 3.

<sup>2</sup> En esta noción seguimos los lineamientos expuestos por PERUGINI, Alicia, “Derecho Internacional Privado Notarial”, en *Revista Notarial* N°790, p. 797, y en *Revista Internacional del Notariado* N° 80, p. 111.

<sup>3</sup> Artículos 825 y 826 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

nal con competencia internacional, si se ha garantizado el derecho de defensa en juicio, si se trata de una sentencia firme) y sustanciales (que no contraríen principios del orden público internacional argentino) necesarios a los fines de surtir efectos en el país. Los notarios no tienen previsto un procedimiento legal similar, si bien, es posible adaptar dicha normativa al quehacer notarial con el propósito de que los notarios sepan cómo proceder frente a supuestos de estas características.

En la actualidad, podemos observar que los distintos Estados han regulado, a través de normas de Derecho Internacional Privado interno, los requisitos que los documentos extranjeros deben cumplir para producir efectos en su país, pero no existe uniformidad en cuanto a los requisitos exigidos, como así tampoco en relación a los efectos que se les reconocen a estos documentos.

Asimismo, a través de normas de Derecho internacional privado convencional, los Estados y los foros internacionales buscan agilizar la circulación, suprimiendo algunos requisitos o reemplazándolos por otros de más sencillo cumplimiento y menor costo.

Existe consenso mayoritario sobre la necesidad de contar con mecanismos que permitan la circulación internacional de los documentos notariales de manera rápida acorde a las necesidades de la sociedad y del comercio internacional, preservando la seguridad jurídica y evitando la circulación de documentos falsos.

A continuación, haremos un análisis de las disposiciones de Derecho internacional privado interno a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación y las principales del orden convencional, que proponen soluciones a la problemática planteada.

## 2. Requisitos para el reconocimiento extraterritorial del documento notarial extranjero

### I. El documento extranjero

Se puede decir que estamos en presencia de un documento extranjero cuando el mismo procede de un autor que pertenece o está sujeto a un ordenamiento jurídico diferente al nuestro (criterio subjetivo), o bien cuando es realizado en un lugar no comprendido en nuestro territorio nacional (criterio objetivo). Estas ideas se complementan, aunque con supremacía de la solución subjetiva<sup>4</sup>.

Es posible distinguir entre distintos tipos de documentos extranjeros, sean públicos o privados, según el carácter de su autor. La calidad de público corresponde a cualquier documento que sea el resultado de la actividad de un funcionario público en el desempeño de su cargo y, entre los documentos públicos, es posible diferenciar, según su origen, a los documentos judiciales, administrativos y notariales. En este sentido, cuando se habla de documento público notarial extranjero es en referencia a aquellos autorizados por un notario cuya competencia territorial es ejercida en un país diferente al cual se presenta para surtir efectos.

El Derecho internacional privado se desarrolla en base a tres ejes centrales: (1) la determinación de la ley aplicable y (2) del juez competente –frente a un caso mixto– y (3) todo lo relativo a las medidas de cooperación y auxilio jurídico internacional, como sucede con el reconocimiento y la ejecu-

---

<sup>4</sup> SAUCEDO, Ricardo Javier, “Documentos extranjeros”, en ARMELLA, Cristina N. y otros, *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliaria*, t. 2, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 451. El autor aclara que sigue en este pensamiento las enseñanzas de Antonio Boggiano, quien en ocasión de considerar a los actos administrativos extranjeros (cuya forma queda involucrada en la categoría en análisis, de documentos extranjeros), remarca la preponderancia del criterio subjetivo, pues cabe la posibilidad de que la autoridad de un Estado pueda dictar actos públicos en territorios extranjeros, en territorios internacionalizados, en territorios sometidos a mandato o a fideicomiso o en territorios ocupados pacífica o bélicamente.

ción de sentencias y laudos arbitrales extranjeros. Esta triple problemática puede trasladarse al quehacer notarial, donde será posible abordarla desde el Derecho Internacional Privado Notarial, buscando brindar algunas respuestas.

El notario puede asumir el rol activo, es decir que se lo convoque para que intervenga en un acto que surtirá efectos fuera del territorio nacional. Frente a este requerimiento, el notario deberá reflexionar sobre cuál es la ley aplicable a los aspectos de forma y fondo para que dicho acto tenga efectos en el país de destino, la posibilidad de que su intervención sea o no reconocida en el país extranjero y los recaudos formales que deberá cumplimentar para que el documento sea reconocido en dicho territorio<sup>5</sup>.

A la inversa, el notario asume el rol pasivo cuando se le presenta un documento notarial a los fines de su reconocimiento en el país. En este caso, deberá analizar si es correcta la determinación y aplicación de la ley extranjera que regula los aspectos de fondo y forma del acto instrumentado por el notario emisor, si el funcionario del cual emana el documento era competente para redactarlo, si el documento proviene realmente del funcionario del cual en apariencia emana y si su contenido no afecta principios de orden público internacional<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Cuando hablamos del “rol activo” estamos pensando en las normas de jurisdicción directa del DIPr y cuando hablamos de “rol pasivo”, en las de jurisdicción indirecta. Las normas de jurisdicción directa están dirigidas a nuestros jueces e indican cuándo gozan de esta jurisdicción y les ordenan admitir la demanda, y en su caso, entrar en el examen del fondo del juicio. Las normas de jurisdicción indirecta dan a nuestros jueces pautas para que juzguen la jurisdicción del juez extranjero en la tramitación del reconocimiento y de la ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros. Ver: GOLDSCHMIDT, Werner, “Jurisdicción internacional directa e indirecta”, en *Revista Prudentia Juris*, Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, N°1, 1980.

<sup>6</sup> SAUCEDO, Ricardo Javier, “El Derecho Internacional Privado Notarial en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Notarial* n° 980, 2016, p. 97.

Frente a esto dos roles, sin duda el más complejo –y, por lo tanto, el que será objeto de estudio– es aquel en el cual el notario asume un rol pasivo, puesto que cuando asume un rol activo no tendrá inconvenientes al redactar el documento, ya que conoce el derecho conforme debe hacerlo (derecho local); sabrá si tiene o no competencia para intervenir frente al requerimiento realizado por las partes, de acuerdo a lo dispuesto por el derecho local y no tendrá inconvenientes en conocer los requisitos de legalizaciones y autenticaciones necesarios a los fines de que el documento surta efectos en el país extranjero<sup>7</sup>.

## **II. Admisión del documento público notarial extranjero**

Se parte de la premisa de que los documentos notariales circulan internacionalmente y son aceptados por los distintos Estados, sin perjuicio de que a los fines de surtir efectos en el país receptor deban cumplir con determinados requisitos que serán controlados y estudiados como paso previo a su utilización.

En este sentido se deberá controlar, entre otros aspectos, la legalización, autenticación y traducción del documento, la competencia internacional del autorizante, que el mismo no afecte principios de orden público internacional del país receptor y la correcta determinación y aplicación de la ley para la redacción del documento, entre otros aspectos importantes.

El notario que recibe un documento notarial extranjero a los fines de reconocerle efectos en el país deberá observar, en

---

<sup>7</sup> Sucede algo parecido cuando se analiza la norma indirecta de DIPr desde el punto de vista dinámico, ya que cuando la norma indirecta actúa como norma de importación (indica como aplicable el derecho extranjero) genera los grandes problemas del DIPr (calificaciones, cuestión previa, fraude a la ley, reenvío y orden público internacional); en cambio, cuando actúa como norma indirecta de exportación (indica como aplicable derecho local), ninguno de los problemas mencionados tiene lugar, ya que el juez aplicará el derecho local, del cual conoce su contenido, vigencia, sentido y alcance.

primer lugar, si la República Argentina ha suscripto con el país emisor algún tratado internacional, ya sea bilateral o multilateral, sobre la materia de análisis y, en su caso, deberá estar a lo dispuesto en ellos.

Esta jerarquía tiene lugar en virtud del orden de aplicación de las fuentes establecido en la Constitución Nacional de 1853, reformada en 1994, que introduce el principio de la primacía de los instrumentos internacionales sobre el derecho interno (art. 75 inc. 22) y lo dispuesto en igual sentido en el código unificado, el cual, guiado por una clara voluntad superadora de la tradicional dispersión normativa que ha caracterizado históricamente al Derecho internacional privado, inicia su tarea sistematizadora estableciendo la pirámide normativa que ordena jerárquicamente estas normas bajo el título “Disposiciones de Derecho Internacional Privado” –Capítulo I, Título IV, Libro Sexto–. Así el artículo 2594 establece que: “las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna”.

#### *a. Análisis de los aspectos formales*

El receptor de un documento extranjero debe controlar, en principio, si ha sido redactado de manera correcta en cuanto a su forma y contenido; sin embargo decimos “en principio” ya que en nuestro ordenamiento jurídico impera la solución de origen jurisprudencial que establece una presunción *iuris tantum* de legalidad de los actos notariales extranjeros, es decir que cumplen con la legislación que corresponde, tanto en los aspectos de forma como en los de fondo, por lo que se deduce que lo único que debe hacer el notario receptor del documento es controlar su autenticidad y legalidad.

A razón de lo expuesto, resulta conveniente analizar los aspectos formales referidos a la autenticidad y legalidad

del documento notarial. Tradicionalmente se han distinguido, en todo negocio jurídico, el aspecto puramente formal, extrínseco, y su contenido o aspecto sustantivo.

Respecto del aspecto formal vale la pena recordar el viejo aforismo latino *locus regit actum* empleado por los posglosadores<sup>8</sup>, principio latino que significa que el lugar de la celebración del acto rige las formas extrínsecas del instrumento. Se trata de una regla de aceptación prácticamente unánime, cuyo reconocimiento se remonta a los orígenes del DIPr.

El principio *locus regit actum* había sido receptado en nuestro Código Civil de manera amplia en el artículo 950 que estipulaba que “respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizarán” y de manera específica en su artículo 12 que afirmaba que “las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado”. Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación, en el artículo 2649 establece que “las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado [...]”. El principio también ha sido receptado en algunas instituciones, como en materia matrimonial y testamentaria.

En el segundo párrafo el artículo 2649, estipula que “cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se

---

<sup>8</sup> El aforismo *locus regit actum* resume una de las primeras reglas elaboradas para resolver un conflicto de leyes en el siglo XII, difundida por Balduino (1235) y profundizada por Bartolo de Sassoferrato (1357), y que en el siglo XIX se discute su carácter facultativo o imperativo (Carlos Federico von Savigny/ Joseph Story).



debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada [...].”

Es decir que más allá de la máxima *locus*, en el DIPr el problema que se plantea en este tema gira en torno a resolver el diálogo entre el derecho que rige la forma y el que rige el fondo del acto; la solución justa exige que el acto se relacione con ambos. El punto se aborda en el segundo párrafo del artículo en análisis. A los fines de brindar una respuesta que se corresponda con un criterio de justicia, para resolver esta confluencia normativa, en los supuestos en que ambas legislaciones nacionales no coincidan se deberá partir de la distinción entre dos aspectos relacionados con el otorgamiento de los actos jurídicos: la imposición de la forma y su reglamentación.

La imposición de la forma, es decir, la determinación de las solemnidades que debe revestir al acto para su validez, corresponde al derecho que regula el fondo de la relación jurídica, mientras que su reglamentación corresponde a la ley del lugar de celebración del acto. A modo de ejemplo puede citarse un contrato de compraventa celebrado en España sobre un inmueble situado en Argentina. Según el art. 2667<sup>9</sup>, el fondo de la relación jurídica estará regido por el derecho argentino, por lo cual deberán respetarse las formas establecidas por nuestro derecho nacional, entre ellas, la necesidad de realizar la transferencia mediante escritura pública a los fines de que el acto produzca sus efectos propios en el país. Sin embargo, será el derecho español, que es el que corresponde al lugar de celebración, el que determinará cuáles serán las formalidades para su confección (regla *locus regit actum*). En este tipo de casos, la ley

---

<sup>9</sup> Establece el Artículo 2667.- Derecho aplicable. “Derechos reales sobre inmuebles. Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación. Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados”.

argentina impone una forma determinada –el instrumento público–, dejando librado a la *locus regit actum* las formalidades de dicho instrumento. Es decir que ante el divorcio entre la ley impositiva de la forma y la ley reguladora de ella, surge la duda sobre la equivalencia, y será la ley que impone la forma la que juzgue sobre la equivalencia entre la forma realizada y la forma exigida: debe haber identidad entre la ley que impone y la ley que califica<sup>10</sup>.

Dentro de las fuentes de Derecho internacional privado convencional no es posible dejar de mencionar a la Convención Interamericana de Derecho internacional privado, relativa al Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero (Panamá, 1975), que en su artículo 2° afirma que “las formalidades y solemnidades relativas al otorgamiento de poderes que hayan de ser utilizados en el extranjero se sujetarán a las leyes del Estado donde se otorguen [...]”, vemos que con adecuada terminología se está refiriendo a las “formalidades” o “reglamentación” de las formas, la cual queda sujeta a la regla *locus regit actum*. [...] a menos que el otorgante prefiera sujetarse a la ley del estado en que hayan de ejercerse.

El último párrafo del artículo 2° de la CIDIP I expresa: “En todo caso si la ley de este último –o sea la ley del lugar de ejecución– exigiere solemnidades esenciales para la validez del poder, regirá dicha ley”. Se trata de un aporte muy significativo de esta convención, que está en consonancia con lo dispuesto en nuestro CCCN. Si la legislación argentina es *lex causae* (lugar de ejecución del poder), e impone una forma solemne, ella se impone a la que hubiere revestido el acto de conformidad con la ley del lugar de otorgamiento, razón por la cual si tal forma solemne no se cumple el contrato carecerá de efectos en nuestro país.

---

<sup>10</sup> PERUGINI, Alicia M., *La validez y circulabilidad internacional del poder de representación notarial*, Buenos Aires: Ed. Depalma, 1988, p. 79.

Luego la CIDIP I mencionada propone una solución muy interesante para el supuesto de que en el lugar de otorgamiento del poder no se conozca la forma exigida por la ley del lugar donde vaya a ejercerse el mismo. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando un poder es otorgado en EE. UU. para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en nuestro país. En tal caso la Convención, en su artículo 3, estipula que “cuando en el Estado en que se otorga el poder es desconocida la solemnidad especial que se requiere conforme la ley del Estado en que haya de ejercerse, bastará que se cumpla con lo dispuesto en el artículo séptimo de la presente Convención”, mientras que el referido artículo 7 afirma que si en el Estado del otorgamiento no existiere funcionario autorizado para certificar o dar fe sobre los puntos señalados en el artículo 6, deberán observarse las siguientes formalidades: a) El poder contendrá una declaración jurada o aseveración del otorgante de decir la verdad sobre lo dispuesto en la letra a del artículo 6°, b) Se agregarán al poder copias certificadas u otras pruebas con respecto a los puntos señalados en las letras b, c y d del mismo artículo; c) La firma del otorgante deberá ser autenticada; d) Los demás requisitos establecidos por la ley del otorgamiento.

El artículo 6, por su parte, informa que en todos los poderes el funcionario que los legaliza deberá dar fe, si tuviere facultades para ello, sobre lo siguiente: a) La identidad del otorgante, así como la declaración del mismo acerca de su nacionalidad, edad, domicilio y estado civil; b) El derecho que el otorgante tuviere para conferir poder en representación de otra persona física o natural; c) La existencia legal de la persona moral o jurídica en cuyo nombre se otorgare el poder; d) La representación de la persona moral o jurídica, así como el derecho que tuviere el otorgante para conferir el poder.

El artículo 7 de la Convención sustituye la certificación o dación de fe de un funcionario autorizante por la declaración jurada o aseveración de verdad del otorgante sobre

los puntos detallados, sucediendo así porque al no intervenir un funcionario como el notario de tipo latino, la intervención de autenticación de la firma exigida, realizada por el *notary public*, se limita al hecho de la puesta de firma en el documento, por ello exige la declaración de decir la verdad, por otra parte, trata de suplir la innegable certeza que produce la actuación de un funcionario, exigiendo que se acompañen las constancias formales de las diferentes aseveraciones.

Sobre este particular, la ponencia argentina presentada al XIX Congreso Internacional del Notariado Latino (Ámsterdam 1989) afirmó que “lo más trascendente de esta Convención es la solución genial que a través de la unificación de derecho privado da al problema más intrincado en este tema: evaluar la equivalencia entre la forma impuesta y la instrumentada. Dada la profunda diferencia que existe en lo relativo a la organización del notariado entre los que adoptan el tipo latino y el anglosajón, puede suceder que la forma impuesta por una legislación sea desconocida en el país en que el poder se otorgue. Concretamente ¿Cómo se juzga la equivalencia entre escritura pública –forma impuesta por la ley donde el poder se ejercita– y documento privado con firma certificada –forma instrumentada según la ley de otorgamiento? Un excesivo rigorismo en este punto llevaría a no admitir como válidos los poderes otorgados bajo la forma privada con firmas certificadas si la forma requerida hubiese sido la pública, con lo cual se produciría algo asimilable a la denegación de justicia, ya que la forma requerida es de imposible concreción en el lugar de celebración. La no admisión de la forma instrumentada conllevaría una desconexión entre dos partes del mundo, lo que es dikelógicamente inadmisibile. Congruentemente, la práctica notarial en nuestro país se ha pronunciado por la admisión de este tipo de poderes, aplicando la *lex loci celebrationes* con un alcance más amplio que el de regula-

ción de los requisitos formales, moderando el rigorismo de la ley de fondo”<sup>11</sup>.

La importancia de esta solución ha llevado a parte de la doctrina a proponer su aplicación analógica a poderes provenientes de países no ratificantes de esta Convención<sup>12</sup>, como EE. UU. y Canadá<sup>13</sup>.

Sin embargo, si en el Estado donde se otorga el poder existe la posibilidad de cumplir con la formalidad impuesta por la ley del lugar de cumplimiento, entendemos que se deberá cumplir con dicha formalidad.

En conclusión, en los casos en que nuestro país exige determinada calidad formal (por ejemplo, instrumento público para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en nuestro país), es conforme a nuestra ley que se evaluará la equivalencia entre la forma realizada y la forma exigida (art. 2649 del CCCN) y, salvo por la solución prevista en la CIDIP I para los poderes, esta calidad formal

---

<sup>11</sup> MIGUEZ, Alejandro Diego, “El Poder Internacional en la representación voluntaria y la representación orgánica en el ámbito internacional”, en *Revista Notarial* N° 906, La Plata, 1990, p. 91.

<sup>12</sup> PERUGINI, Alicia, *La validez y...*, Op. Cit., p. 89.

<sup>13</sup> En un caso donde no se aplicaba la CIDIP I, ya que se trataba de un poder proveniente de las Islas Caimán, país no ratificante de la misma, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, en Autos “Trade and Comerse Bank c/José Castellone Construcciones Civiles S.A.” del 19/06/2013 dispuso: “La personería del letrado que actúa en representación de una sociedad extranjera, no puede considerarse acreditada mediante la presentación de un documento en el cual un escribano extranjero sólo ha certificado que las firmas obrantes son auténticas, sin intervención alguna de su parte en el poder contenido en él, en tanto no recibió ante sí la expresión de voluntad allí vertida ni dio fe de la representación invocada por el compareciente. El Poder judicial otorgado en el extranjero en un documento cuyas firmas se encuentran certificadas más sin que el notario interviniente hubiera recibido la expresión de voluntad allí vertida ni dado fe de la representación invocada por el compareciente, no es un instrumento público sino privado, que tampoco adquiere esa fuerza mediante la apostilla en él insertada, la cual carece de la cualidad de transformar la naturaleza del documento”. Cita Online: AR/JUR/38524/2013.

deberá ser satisfecha, por lo que se deberá recurrir al consul argentino radicado en el país de donde emana el documento para que lo redacte cumpliendo la forma exigida.

Asimismo, a la función notarial le resulta aplicable la teoría de la regla *auctor regit actum*, que debe su origen – según Rigaux– a Niboyet. En cuanto a su conceptualización, Blanquer afirma que “esta regla viene a expresar que, cuando una forma o solemnidad comporta la presencia, intervención o autorización de quien esté investido de facultades documentadoras o funciones fehacientes y autenticantes, las formalidades y ritos que rigen la actividad documentadora o autenticante y fehaciente son de aplicación necesaria conforme a los términos que regula tal actividad, que le atribuye la eficacia y el valor que corresponda y que la organiza como una fase de la propia dinámica y tráfico [...]”<sup>14</sup>.

La intervención del notario (*auctor*) atribuye al documento el carácter de documento público con los efectos que a él se atribuyen y a los que ya se hizo referencia. La regla *auctor regit actum* conecta con la regla *locus regit actum* cuando el acto o contrato sea otorgado en el extranjero conforme a la ley del lugar de celebración, ya que la forma a la que se refiere la regla *locus* será la forma pública del lugar de otorgamiento del acto, sujeta a las reglas imperativas antes expresadas, impuestas por la legislación del *auctor*.

Vale la pena destacar la importancia de elaborar una teoría de la equivalencia de autoridades (notarios de tipo latino) como medio para favorecer el tráfico externo. La jurisprudencia argentina ha seguido este razonamiento en diferentes fallos, entendiendo que:

---

<sup>14</sup> BOLAS ALFONSO, Juan, “Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el notario”, ponencia española presentada en el XX Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena de Indias-Colombia, 1992, p. 74.

- Habiendo sido extendido el testamento ante notario es presumible que lo haya sido de acuerdo a las leyes vigentes en el lugar de su otorgamiento. (JA, 1945-IV-384: Dictamen del Fiscal de Cámara, Dr. Manuel Olmos, Cam. Nac. Civ., Sala 2, autos "Hancock, Herberto F. s/ suc.", del 11/09/45).
- Los poderes otorgados en el extranjero no pueden ser desconocidos mientras no se justifique que el instrumento no llena las formalidades de la ley del lugar. La intervención del notario público hace presumir la legalidad del acto y el cumplimiento de dichas leyes. (LL, 100-646: Cam. Nac.Com., Sala C, Autos "Bando di Roma c/ Banco Israelita del Rio de la Plata", del 22/08/60).
- Tratándose de un instrumento público otorgado en el extranjero, sus formas y solemnidades son regidas por las leyes del lugar de origen, por lo que desde esta perspectiva resulta inadmisibile la excepción de la falta de personería invocada. (AR/JUR/305/1985: CNCC, Sala I, Autos "Información y Publicaciones S.A. c/ Dercoem S.A.", del 25/10/1985).
- La validez intrínseca y los efectos del poder quedan – como se señaló–sometidos a la ley del lugar de ejercicio, por aplicación analógica de los artículos 1209 y 1210 del Código Civil. Y al respecto, el acompañado cumple con la forma impuesta por la ley argentina, pues se trata de un instrumento público, que resulta suficiente para cumplir la exigencia del artículo 1184 inc. 7° del Código Civil, en tanto al acto ha sido otorgado en el extranjero (ver art. 1211 del Código Civil y su nota). Por otra parte, la intervención del notario de dicho país (Alemania) genera una presunción iuris tantum de que ha sido realizado de conformidad con las leyes del país de celebración, por lo tanto, cabe inferir – ante falta de prueba en contrario–que la ley alemana autoriza la redacción de los poderes en un idioma distinto.

(La Ley 05/11/04: CNCC, Sala G, Autos “Stoffregen de Schereyer, Friedericke C.M. c/ González Dazzori, Edgardo y otros”, del 18/05/04).

Legalización interna: A fin de que el documento notarial pueda generar efectos fuera del ámbito territorial reservado a su autor es necesario que se cumpla el trámite de su legalización, acto que servirá para que sea tenido como auténtico en las distintas provincias de nuestro país o para traspasar las fronteras nacionales manteniendo sus efectos extraterritorialmente.

El Dr. Javier Saucedo ha expresado que “la legalización en un documento notarial, es un acto administrativo que consiste en la atestación o certificación que realiza el ente autárquico público no estatal, v. gr. Colegio de Escribanos local, por el cual se afirma la existencia material del documento, en el que lucen estampados firma y sello que coinciden con los registrados en dicha entidad, como pertenecientes a un notario determinado, que al momento de autorizar el mismo, está en ejercicio efectivo de su función, indicando eventualmente su condición (v. gr., titular, adscrito, suplente, regente del registro notarial). Ello con la finalidad de hacer explícita la presunción de autenticidad externa que emana de dicho documento (que implícitamente la ostenta, por ser instrumento público)”<sup>15</sup>.

Cada colegio notarial ha dictado su propio reglamento para la legalización de firmas, donde se detalla cómo se debe proceder a realizar el trámite en cada caso concreto.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 293, expresa que “los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan

---

<sup>15</sup> SAUCEDO, Ricardo Javier, “Legalización de documentos notariales”, en *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, t. II, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 1069.



otorgado". El artículo reproduce la parte final del artículo 980 del Código Civil de Vélez, luego de la reforma introducida por la ley 24.441. En suma, se trata de una aplicación directa del principio constitucional del artículo séptimo de la carta magna<sup>16</sup>.

Con miras a dotar de agilidad y seguridad al trámite de las legalizaciones, en nuestro país, a partir del primero de febrero de 2016, se ha implementado un sistema de control y una base de datos digital como reemplazo de la oblea de legalización que se venía utilizando. Este sistema, que ha sido consensuado y adoptado por todos los colegios notariales del país, es una propuesta superadora porque, además de indicar que la legalización lleva el control del Consejo Federal del Notariado Argentino (CFNA), permite que quien la reciba pueda consultar la base nacional y allí verificar si los datos básicos del documento coinciden con los registrados en la base. Esta consulta, mediante la intervención del sistema del CFNA, aporta seguridad jurídica a la circulación del documento.

Legalización internacional y autenticación: Esta exigencia se vincula con la necesidad de obtener una certificación o atestación que, emanada de autoridad competente, garantice el origen o procedencia del documento extranjero (para desplazar toda duda sobre su falsificación material) y que el mismo haya sido redactado cumpliendo los requisitos legales del lugar de su celebración u otorgamiento.

Cabe aclarar que si bien se utilizan vulgarmente las palabras legalización y autenticación en forma indistinta, desde un punto de vista teórico la legalización es un acto administrativo que opera sobre aspectos formales o externos del documento para asegurar la autenticidad y legali-

---

<sup>16</sup> Constitución Nacional Art. 7- "Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál ser la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán".

dad, es decir, garantizar que en realidad procede de quien en apariencia emana y que ha sido realizado con la debida forma legal, mientras que la autenticación quedaría reservada para la cadena de certificaciones de firmas posteriores a la legalización, tales como la certificación de la firma del funcionario que ha legalizado el documento realizada por los cónsules del país donde el documento pretende surtir efectos y la posterior certificación de la firma del cónsul realizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores del país al cual representa, si este lo exigiera.

Con la circulación internacional de documentos públicos, la legalización cobra gran importancia, ya que se presenta como un requisito indispensable que se deberá cumplimentar para dar seguridad a su receptor, disipando toda duda sobre su posible falsificación. Más aún, la importancia de la legalización es tal que la jurisprudencia ha sostenido que un instrumento público legalizado se presume ajustado a todas las formalidades impuestas por la ley del lugar de origen.

Por lo expuesto, se puede decir que una vez que el documento ha sido legalizado por la autoridad administrativa o judicial que corresponda según la organización del país de origen (legalización interna), la firma del legalizante debe ser autenticada por el funcionario competente del Ministerio de Relaciones Exteriores del país de origen del documento (legalización internacional), luego la firma del funcionario del servicio exterior del país de origen debe ser autenticada por el cónsul acreditado en ese país (primera autenticación) y, por último, la firma del cónsul debe ser autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto del país de destino (segunda autenticación).

Como puede verse, los agentes diplomáticos intervienen luego de que alguna de las autoridades extranjeras haya dado su visto bueno al documento, es decir, lo hayan legalizado. Así, no intervienen con relación a la autenticidad de un documento notarial extranjero sino hasta después de que el colegio de escribanos, por ejemplo, asegure

la autoría del documento y que es lo que parece ser (legalización interna) y que el Ministerio de Relaciones Exteriores haya legalizado la firma del escribano que legalizó el documento (legalización internacional). Ahora bien, como la firma del cónsul tampoco suele ser conocida también se requiere que el Ministerio de Relaciones Exteriores autentique la firma del cónsul. Así se instrumenta una “cadena de autenticaciones” que permite obtener certeza respecto de la autenticidad del documento recibido.

Los cónsules acreditados en el país de origen del documento son los que están en mejores condiciones para conocer su autenticidad, y en el artículo 225 del Reglamento Consular (Decreto 8714/63) se establece la amplitud de dicha intervención consular cuando dispone que “la certificación de firma tiene como único efecto autenticar la misma y el carácter del otorgante sin entrar a juzgar el contenido del documento, no obstante, lo cual, los funcionarios consulares se abstendrán de autenticar firmas en documentos probatorios de actos jurídicos contrarios a la legislación argentina”.

Con la intención de lograr mayor celeridad en la circulación de los documentos extranjeros la República Argentina eliminó la “segunda” autenticación del Ministerio de Relaciones Exteriores, respecto de las firmas de los cónsules argentinos, por medio del decreto 1629 del 7 de diciembre de 2001<sup>17</sup>, que modificó el artículo 229 del Reglamento Consular, estableciendo que “los documentos extranjeros autenticados de la forma establecida en el presente Reglamento harán fe en el territorio nacional, sin necesidad de su posterior legalización (“autenticación”) ante otra autoridad argentina”.

La necesidad de dar fluidez al tráfico externo ha llevado a la Argentina a celebrar otros acuerdos entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Consejo Federal del Notaria-

---

<sup>17</sup> Publicado en el Boletín Oficial con fecha 12/12/2001, Argentina.

do Latino y convenios con diferentes países con miras a buscar formas alternativas que permitan la rápida circulación de los documentos. Así es posible destacar acuerdos a nivel interno, la labor efectuada por la Conferencia de la Haya y otros esfuerzos regionales y bilaterales.

### **III. Convención de la Haya del 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros**

Esta convención suprimió la exigencia de legalizar los documentos públicos provenientes de un Estado contratante, siendo ratificada por la República Argentina por ley 23458/87<sup>18</sup>.

En su artículo 1 la Convención califica como instrumento público a los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluidos los provenientes del ministerio público o de un secretario, oficial o agente judicial; los documentos administrativos; los documentos notariales y las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de una fecha y autenticaciones de firmas. Quedan excluidos de la aplicación de la convención los documentos expedidos por agentes diplomáticos o consulares y los documentos administrativos que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera.

Esta convención se aplica a los documentos públicos que hayan sido expedidos en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados a otro Estado contratante. En las conclusiones de la Comisión Especial de la Haya, creada para evaluar el funcionamiento práctico de la Convención de la Haya sobre apostilla, del 2 de febrero de 2009, se destaca que “es el derecho del Estado de origen el que de-

---

<sup>18</sup> Sancionada el 29 de octubre de 1986, promulgada el 1 de diciembre de dicho año y publicada en el Boletín Oficial el 21 de abril de 1987, empezando a regir en todo el país el 20 de diciembre de 1987.

termina la naturaleza pública de un documento". Teniendo en cuenta la finalidad del convenio, la Comisión Especial sugirió a los Estados Partes el realizar una interpretación amplia de la categoría de documentos públicos. Por último, la comisión recuerda, asimismo, que la lista de documentos públicos identificados en el artículo 1 no es exhaustiva.

La legalización sólo consistirá en una acotación o apostilla que debe ser hecha por la autoridad competente o de aplicación del Estado en el cual se originó el documento, a través de la cual se certifica la autenticidad de la firma, el carácter con que actuó el signatario del documento y, en caso de corresponder, la identidad del sello o timbre que lleva el documento.

Queda así excluida y reemplazada la cadena de autenticaciones mencionada, que se limitará a aquellos casos en los cuales los documentos provengan de países que no han ratificado la Convención<sup>19</sup>. Cabe aclarar que el documento con vocación internacional debe ser legalizado (conforme lo tratado en el punto anterior, legalización interna) y luego apostillado para surtir efectos en el extranjero.

El artículo 3 de la citada convención establece que la acotación o apostilla deberá ser hecha por la autoridad designada competente por el Estado en el cual se origine el documento. El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, a través de su Departamento de Legalizaciones, es la autoridad designada y denunciada por nuestro país como competente para colocar la apostilla.

---

<sup>19</sup> Véase ED, 138-717: "Dado que la República Argentina ha adherido a la Convención de la Haya de 1961, ha quedado suprimido el requisito de la legalización para que un documento público emitido en un Estado contratante de la misma pueda producir efectos en nuestro país; por ende, para acreditar la autenticidad del origen de tales instrumentos deberá cumplimentarse como único recaudo la inserción de un certificado, denominado apostilla que deberá ser expedido por la autoridad competente del Estado en que se originó el documento". Cám. Nac. Com., Sala E, fallo del 11/10/88.

Luego de varios años de tratativas entre la comisión nombrada al efecto por el Consejo Federal del Notariado Argentino y las autoridades ministeriales correspondientes, el 2 de julio de 1997 se suscribió un convenio por el cual se logró descentralizar la colocación de la apostilla. En virtud de este convenio, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación delegó en los colegios notariales de la República Argentina la potestad de colocar la apostilla a los documentos notariales con vocación internacional que emitan, los cuales antes debían ser presentados en la cancillería en Buenos Aires a tal fin.

Cabe destacar que con la finalidad de continuar el proceso de descentralización iniciado y cumplir con el objetivo de facilitar y dotar de mayor eficiencia a los trámites de legalizaciones de documentos públicos, el 2 de setiembre de 2003 el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto suscribió con el Consejo Federal del Notariado Argentino un nuevo convenio por el cual delega en los colegios de escribanos de la República las funciones atinentes a la colocación de la apostilla sobre la totalidad de los documentos públicos enumerados en el artículo 1 de la mencionada Convención de la Haya.

La jurisprudencia argentina sostiene que a partir de la aprobación de la Convención de la Haya no se requiere otra formalidad que la apostilla de los documentos extranjeros. Así, por ejemplo, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en autos “Mauri, Celso, Suc.”, de fecha 06/04/1989, sostuvo que “a partir de la aprobación de la Convención de la Haya que suprime la exigencia de legalización de documentos públicos extranjeros, no se requiere otra formalidad que la apostille, formalidad que se refiere únicamente a la firma del signatario del documento, siendo innecesaria la legalización de la firma de quien suscribiera la acotación a la que se refiere el artículo 4 de la Convención”.

En igual sentido se expidió la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos “Martínez, Juan G le pide la quiebra a Yves Saint Laurent Parfums”<sup>20</sup> de fecha 23/02/1995, cuando sostuvo que “la procura otorgada en Francia en un instrumento privado, cuya firma fuera certificada por notario público y en cuyo dorso lleva la apostilla prevista por la conferencia de la Haya, posee prima facie eficacia internacional”.

Vale la pena destacar la labor realizada por la Conferencia de la Haya en la implementación de las apostillas electrónicas (e-APP) y del Registro Electrónico (e-Registro). La importancia de esta Convención radica en su vocación universal y la cantidad de países contratantes (120 al 28/02/2021)<sup>21</sup>.

#### **IV. Convenios interinstitucionales a nivel nacional**

Como se señaló, la República Argentina legaliza otros documentos a fin de que tengan validez internacional. Tales instrumentos son aquellos que no están comprendidos por la Convención de la Haya de 1961, así como aquellos que deben ser presentados en otros países que no son parte de tal convención, como Canadá, Cuba, Egipto, Haití, Irán, Singapur, Siria y Emiratos Árabes, entre otros.

Con relación a la legalización internacional, es conveniente remarcar el reciente convenio –suscripto el 2 de junio de 2016– entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y el Consejo Federal del Notariado Argentino (CFNA), referido a la descentralización de la legalización de validez internacional y la habilitación de firma consular<sup>22</sup>. Teniendo

---

<sup>20</sup> Véase en Sistema de información legal 30001600.

<sup>21</sup> Para mayor información ver: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=41>).

<sup>22</sup> PACE Laura, “Convenio de descentralización de legalización de validez internacional”, *Revista Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino*, N°59, Agosto, 2016, p. 8.

en consideración el convenio suscripto con fecha 2 de setiembre de 2003, por el cual el ministerio delegó a los colegios notariales del país la colocación de la apostilla de la Convención de la Haya de 1961 en los documentos públicos mencionados en el artículo 1 de dicha convención, y con el propósito de continuar con el proceso de descentralización, se dictó el convenio ampliatorio mencionado, por el cual se delega en los colegios notariales que conforman el CFNA la legalización de los documentos públicos emitidos en la República Argentina que se encuentran exceptuados en el artículo 1 de la Convención (y que pretendan surtir efectos en el exterior) y la “legalización de validez internacional” de los documentos públicos emitidos en la República Argentina que pretendan surtir efecto en el territorio de un Estado que no forme parte de la Convención de la Haya. La delegación también incluye la “habilitación” de firmas en documentos que pretendan surtir efecto en el territorio de la República Argentina y que hayan sido firmados por funcionarios consulares argentinos en el exterior, conforme al artículo 220 del Reglamento Consular aprobado por Decreto N° 8714 de 1963.

Por lo expuesto en este punto, se legalizan los documentos públicos expedidos en el territorio nacional (dentro de la jurisdicción de cada colegio de escribanos) que tienen por destino un país que no sea parte de la Convención de la Haya (como, por el momento, Canadá) y la documentación administrativa que esté directamente relacionada con una transacción comercial y/o aduanera, como certificados de origen, facturas comerciales y lista de precios, ya que el convenio suscripto con el ministerio incluye a los documentos exceptuados en el artículo 1 de la Convención de la Haya, el cual establece que “el presente Convenio no se aplicará: a) a los documentos expedidos por agentes diplomáticos o consulares; b) a los documentos administrativos que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera”.

El tercer supuesto se refiere a la “habilitación” de la firma del cónsul argentino. El artículo 220 del Reglamento Consu-



lar (Decreto 8714/1963) estipula que “los funcionarios consulares expedirán bajo su firma y sello oficial de la oficina consular, certificados de actos o circunstancias que tengan relación con las leyes y reglamentaciones de la República, contemplados por el presente reglamento en relación con su misión y funciones”.

En el caso de actuaciones consulares sólo corresponderá su habilitación en tanto se trate de una certificación interna de la sede argentina. Se identifican las siguientes certificaciones consulares: 1) Las efectuadas en hoja A4 con membrete de la oficina consular, como certificado de supervivencia y certificado de residencia, entre otros; 2) Formularios de ANSES, de transferencia de automotor (08) y de AFIP, además de aquellos documentos en los que el particular firma ante un funcionario diplomático consular argentino, certificando su firma; 3) Los certificados del Libro de Estado Civil Consular (nacimiento/defunción); y 4) Testimonios notariales resultantes de la tarea consular en la materia.

Se debe tener presente que no será necesaria la habilitación en los casos de documentación extranjera que cuente con la legalización de sede consular argentina plasmada en el “folio de seguridad”, tomando validez automática en todo el territorio argentino conforme a lo estipulado en el relacionado Decreto 1629/2001 que modifica el artículo 229 del Reglamento Consular cuando afirma que “los documentos extranjeros autenticados de la forma establecida en el presente Reglamento harán fe en territorio nacional, sin necesidad de su posterior legalización ante otra autoridad argentina” (no deben ser intervenidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores o por los colegios de escribanos, ya que se suprime la segunda autenticación).

## **V. Otros convenios internacionales**

Un ejemplo más de esta tendencia que busca facilitar la circulación internacional de documentos y el reconocimiento de sus efectos lo constituye, dentro del sistema de integración del Mercosur, el Protocolo de las Leñas de 1992 sobre

Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Decisión del CMC N° 5/1992),<sup>23</sup> que suprime las legalizaciones de los documentos públicos tramitados a través de la autoridad central. Con igual solución se suscribió en Buenos Aires el 5 de junio de 2002 el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile<sup>24</sup>.

Dentro del ámbito convencional bilateral los esfuerzos se remontan a muchos años atrás: así, por ejemplo, es posible citar el convenio celebrado con España sobre la supresión de legalización de firmas en comisiones rogatorias<sup>25</sup>; la convención celebrada con Perú sobre supresión de legalizaciones de exhortos, cartas rogatorias y demás documentos procedentes de uno y otro país<sup>26</sup>; y el convenio suscripto con la República Oriental del Uruguay sobre igualdad de trato procesal y exhortos<sup>27</sup>, que en su artículo 2 suprime las legalizaciones.

Cabe mencionar la Convención de Asistencia Judicial y de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia Civil con la República Italiana<sup>28</sup>, la cual a su vez se complementa con el Acuerdo sobre Intercambio de Actas de Estado Civil y la Exención de Legalización de Documentación<sup>29</sup> que establece que las actas y documentos referidos al estado civil, capacidad, nacionalidad y domicilio de las personas físicas serán aceptados sin necesidad de legalización alguna o formalidad equivalente y sin traducción, siempre que sean redactados en formularios que contengan las indicaciones en el idioma de la otra parte. También se puede incluir, entre

---

<sup>23</sup> Aprobado por ley 24578 publicada en el Boletín Oficial el 27/11/1995.

<sup>24</sup> Aprobado por ley 25935 publicada en el Boletín Oficial el 04/10/2004.

<sup>25</sup> Aprobado por ley 4188 publicada en el Boletín Oficial el 21/08/1903.

<sup>26</sup> Aprobado por ley 10080 publicada en el Boletín Oficial el 13/10/1916.

<sup>27</sup> Aprobado por ley 22410 publicada en el Boletín Oficial el 06/03/1981.

<sup>28</sup> Que Argentina aprobó por ley 23720, publicada en el Boletín Oficial el 23/10/1989.

<sup>29</sup> Aprobado por ley 23728 publicada en el Boletín Oficial el 23/10/1989.

otros, el tratado suscripto entre la República Argentina y la República Popular China sobre Asistencia Judicial en Material Civil y Comercial<sup>30</sup>, por el cual se dispone que los documentos que se presenten a través de las autoridades centrales están exentos de todo tipo de legalización.

## VI. Traducción

Dentro de los requisitos formales también se debe tener presente el relativo a la traducción del documento, que hace a la comprensión del mismo. Si el documento está redactado en un idioma extranjero, la autoridad argentina, ante la que se lo exhibe, debe pedir su correspondiente traducción por un traductor público oficial<sup>31</sup>.

Normativamente es necesario tener presente lo dispuesto por el artículo 123 del C.P.C.C.N. el cual establece que “cuando se presentaren documentos en idioma extranjero, deberá acompañarse su traducción realizada por traductor público matriculado”. En el artículo 6 de la ley 20.305 se estipula la obligatoriedad de presentar ante la justicia los documentos públicos extranjeros debidamente traducidos. En igual sentido, el artículo 246 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba establece que “cuando se presenten documentos redactados en otro idioma que el nacional, será de aplicación el artículo 87, tercer párrafo”; el artículo 87 en el tercer párrafo estipula que “cuando se presentaren documentos en idioma extranjero, deberá acompañarse su traducción realizada por traductor público matriculado, bajo apercibimiento de tener por no presentados los documentos, sin recurso alguno [...]”.

---

<sup>30</sup> Aprobado por ley 26672, publicada en el Boletín Oficial el 15/04/2011.

<sup>31</sup> Si no existiesen traductores oficiales de este idioma, en algunos Estados se ha propuesto como alternativa que la autoridad solicite dicha traducción a una persona que le inspire confianza y hasta incluso, y por excepción, utilizar sus propios conocimientos, v.gr. en el derecho holandés que autoriza la redacción del documento en idioma extranjero siempre que sea conocido por las partes y el notario autorizante.

Con relación al idioma, el artículo 302 del CCCN exige que la redacción de las escrituras públicas sea en idioma nacional; si bien habla solamente de las escrituras, se entiende que el requisito es extensible a todo acto notarial.

Volviendo al supuesto del documento de extraña jurisdicción, puede suceder que se presente traducido desde el extranjero: en este caso creemos que debe exigirse la legalización y apostilla de la firma y el sello del traductor por el colegio respectivo.

Otro punto para destacar es que el documento puede venir redactado en nuestro idioma sin que dicho idioma sea el del país emisor, situación no permitida a los funcionarios públicos en Argentina pero consentida, por ejemplo, en Italia, Alemania, Inglaterra y algunos Estados Unidos. En estos casos la jurisprudencia ha determinado que el documento es perfectamente aceptable<sup>32</sup>, al igual que en el supuesto de que el documento haya sido redactado en dos idiomas, siendo uno de ellos el español<sup>33</sup>, lo que parece acertado en virtud del principio *locus regit actum*.

#### *b. Análisis de los aspectos procesales*

Hablar del análisis de los aspectos procesales supone, en general, estar en presencia de una sentencia extranjera respecto de la cual se deberá observar el cumplimiento de requisitos expresamente determinados en los tratados internacionales sobre la materia o los códigos de procedimiento civil y comercial provinciales o nacionales para que pueda surtir efectos en nuestro país.

---

<sup>32</sup> Caso: DNCiv, Sala G, "Stoffregen de Schereyer, Friedericke C.M c/ Gonzalez Dazzori, Edgardo y otros", 18/05/2004. LA LEY, 05/11/04.

<sup>33</sup> Esto así lo ha determinado la jurisprudencia en el caso: "Frederick Parker Limited c/ Villa, o Villa y Egea", CNCiv. del 9/03/1990, publicado en: NOODT TAQUELA, María Blanca, *Derecho Internacional Privado. Método de Casos. Análisis de Fallos. Documentos Extranjeros*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1992, p.106.

Los requisitos procesales tienden a asegurar que la sentencia haya sido expedida por un tribunal competente conforme a las reglas de competencia del país donde se pretenda surta efectos, que tenga el carácter de cosa juzgada (sentencia firme, no susceptible de ser recurrida) y que se haya garantizado la defensa en juicio a través de la citación personal del demandado. Por último, será necesario que la sentencia no sea contraria a los principios de orden público internacional que inspiran el ordenamiento jurídico argentino para que pueda surtir los efectos deseados.

La comprobación de los requisitos que debe reunir una sentencia de condena para ser ejecutada se realiza a través de un procedimiento especial denominado *exequatur*. Este procedimiento permite reconocer a un documento fuerza ejecutiva fuera del territorio en el que ha sido otorgado, pero no adiciona al documento una fuerza o valor que no posee en su país de origen. En efecto, no se puede dotar, por la formalidad del *exequatur*, el carácter de ejecutorio a un documento en el país de recepción que no posea ese valor o fuerza en el país de emisión. En ese caso, si se desea atribuir a un documento fuerza ejecutoria en el país de recepción, será necesario recurrir a la decisión judicial que constituirá el título ejecutorio otorgado sobre la base del documento extranjero.

Comparativamente las condiciones del *exequatur* de un documento notarial extranjero son menores o menos exigentes que las del *exequatur* de una sentencia extranjera, ya que con relación a los documentos notariales existe la presunción *juris tantum de legalidad* ya mencionada. Esto es así puesto que una vez que, a través de la legalización y la autenticación, se logra conocer que el documento emana del notario que figura autorizando el mismo en ejercicio de sus funciones, se presume que ha sido expedido en debida forma legal, conforme a la ley del lugar de otorgamiento.

En realidad, las diferencias de condiciones del *exequatur* se relacionan con los efectos del mismo, en uno y otro caso. La sentencia extranjera reconocida o revestida de *exequatur*

no sólo tiene fuerza ejecutoria sino fuerza de cosa juzgada, con el beneficio de una presunción irrefutable de verdad. En cambio, el documento auténtico extranjero revestido de *exequatur* se coloca en el mismo plano que el documento auténtico interno, pero no tiene fuerza de cosa juzgada porque nada ha sido juzgado en realidad. Una acción que ataque la validez deviene posible, por lo que resulta comprensible que sus condiciones sean proyectadas más favorablemente.

Se puede concluir, entonces, que la noción del *exequatur* resulta aplicable a los documentos notariales e implica atribuirles fuerza ejecutoria. No obstante, es necesario aclarar que dicho efecto no resguarda al documento auténtico de una acción judicial dirigida a atacar su validez, del mismo modo que ocurre con los documentos auténticos en el orden interno (redargución de falsedad).

Así, las condiciones del *exequatur* de un documento público notarial serían: a) Que tenga el carácter de auténtico en el país de origen, es decir, que haya sido otorgado por un notario en ejercicio de sus funciones, lo que se corrobora mediante la legalización-autenticación del documento. Que se presente traducido al idioma nacional, conforme lo ya expuesto (requisitos formales); b) Que emane de un notario con competencia internacional (requisito procesal); y c) Que no contrarie el orden público internacional del Estado donde se pretenda hacer valer.

En relación al requisito procesal, corresponde aclarar que el Derecho Internacional Privado distingue la jurisdicción internacional de la competencia interna. Las normas de jurisdicción internacional indican el país a cuyos jueces corresponde la jurisdicción, y las normas de competencia interna son las que indican qué juez concreto de ese país debe actuar, teniendo en cuenta sus diferentes competencias (federal/ provincial; por materia, por el grado, y demás). A su vez, la jurisdicción internacional puede ser directa o indirecta. Las normas de jurisdicción internacional directa son aquellas que les indican a los jueces de un de-

terminado país cuándo gozan de esta jurisdicción, ordenan admitir la demanda y, en su caso, entrar en el examen del fondo del juicio. Las normas de jurisdicción indirecta dan a los jueces pautas para que juzguen la jurisdicción del juez extranjero en la tramitación del reconocimiento y de la ejecución de sentencias extranjeras<sup>34</sup>.

Trasladando estas ideas al ámbito notarial es posible decir que las normas de competencia interna son las que delimitan el ejercicio de la actividad notarial dentro de un país.<sup>35</sup> Las normas de jurisdicción internacional son las que le indican al escribano si tiene aptitud para intervenir en la instrumentación, autorización y calificación de actos que tengan contactos con elementos extranjeros.

Entonces, en la jurisdicción internacional directa se evalúa la aptitud del notario para emitir documentos con eficacia internacional desde el punto de vista del autorizante. En la indirecta, en cambio, se atiende a la misma temática, pero desde la óptica del receptor del documento extranjero<sup>36</sup>.

Asimismo, la jurisdicción internacional directa notarial siempre es concurrente a favor de los notarios locales y de los extranjeros por igual, es decir que el notario puede intervenir en la instrumentación, autorización y reconocimiento de actos notariales con elementos extranjeros, en la

---

<sup>34</sup> GOLDSCHMIDT Werner, "Jurisdicción Internacional Directa e Indirecta", en *Revista Prudentia Juris* N°1, Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 1980, p. 10.

<sup>35</sup> GATTARI, Carlos entiende que la competencia notarial interna puede dividirse en competencia material, territorial, personal y temporal; ver: GATTARI, Carlos N., *Manual de Derecho Notarial*, Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 319; para otros autores como Carminio Castagno, la competencia notarial interna es doble: material y espacial, ver: CARMIGNO CASTAGNO, José C. "Teoría General del acto notarial", en *Revista del Notariado* N° 727, 1973, p.37.

<sup>36</sup> SAUCEDO, Ricardo Javier, "El Derecho internacional Privado notarial en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Notarial* n°980, 2016, p. 107.

medida en que exista una conexión razonable con él, y este contacto o conexión consiste en el requerimiento realizado por una persona capaz que solicite la intervención del notario en un asunto lícito y jurídicamente posible. El requerimiento será suficiente para justificar la jurisdicción internacional notarial directa (si se trata de autorizar un documento con perspectivas de ser utilizado en el extranjero) e indirecta (si se trata de calificar y emplear un documento expedido por un notario extranjero)<sup>37</sup>.

Cerrando esta idea es posible decir que, en el caso de los documentos notariales, el *exequatur* puede efectuarlo el notario receptor del documento extranjero, quien, previo control del cumplimiento de los requisitos formales y procesales mencionados, lo reconocerá como instrumento auténtico y le atribuirá efectos en nuestro país, siempre y cuando cumpla con los requisitos sustanciales que se analizan más adelante.

En este sentido, el artículo 2667 del CCCN establece que “los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados”. Este artículo reproduce la redacción del artículo 1211 del CC, suprimiendo su último párrafo que establecía que “[...] Si por ellos se transfiere el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de juez competente”.

La supresión de la exigencia de la intervención judicial parece apropiada, ya que el notario que recibe el documento es un profesional plenamente capacitado para analizar el cumplimiento de los requisitos mencionados y, en su caso, reconocerle efectos en nuestro país; es decir que el notario deberá controlar que el documento se trate de un ins-

---

<sup>37</sup> SAUCEDO, Ricardo Javier, “El Derecho internacional...”, Op. Cit., p. 108.



trumento público, que se presente legalizado, autenticado y traducido en caso de corresponder, y que responda a una causa lícita y no afecte principios de orden público internacional argentino.

Esta solución está en consonancia con las sugerencias realizadas por la doctrina especializada que frente a la redacción del artículo 1211 del CC sugirió la posibilidad de que dicha “protocolización” se efectuara por rogación directa a los notarios por parte del interesado, entendiendo que dicha actividad correspondía al ámbito de las competencias notariales en el campo de la jurisdicción voluntaria. Dicha doctrina entiende que “la celeridad de las transacciones, la seguridad técnica que ofrece el notariado actual, la siempre posible acción judicial de los terceros afectados atento nuestro sistema de derecho (causal), la existencia de otro funcionario calificador del documento portante del negocio jurídico real, institucionalizado por la ley 17801, nos hacen pensar que ha llegado también el turno del viraje interpretativo- restrictivo-, para dar paso a las tesis que sostenemos en cuanto a la viabilidad rogatoria directa. Estimamos que en modo alguno, tratándose de una cuestión voluntaria, se desnaturaliza el principio o se conculcan las funciones al lanzar la postura semejante [...]”<sup>38</sup>.

Es fácil advertir que esta ha sido la orientación del código y, si bien no se designa expresamente a los notarios como los operadores del derecho que deben realizar esta calificación y rogación posterior al registro respectivo, entendemos que, por su especialidad técnica, esos son los encargados de dicha función.

---

<sup>38</sup> KALLER DE ORCHANSKY Berta, en BUERES, Alberto y otros, Código Civil y normas complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial, t. I, Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 20. En contra: HERRERA, María Marta Luisa, “El régimen de los poderes y de la transferencia de derechos reales sobre inmuebles ubicados en la República Argentina en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial”, *El Derecho*, 250-708, 2012.

En este sentido, el Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la Instrucción de Trabajo N° 9 del 1 de julio de 2016, con el objeto de establecer reglas de calificación de los documentos otorgados en el extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República –y teniendo en cuenta que el artículo 2667 suprimió la exigencia de la protocolización previo contralor judicial–, y conforme lo disponía el artículo 1211 del Código Civil derogado, estipula:

1° Los instrumentos públicos otorgados en el extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles, se calificarán de acuerdo con las prescripciones del artículo 8° de la ley 17801<sup>39</sup> y el artículo 24 del decreto 2080/80; 2° Además, será materia de calificación la manifestación del autorizante respecto del carácter de instrumento público que revista el documento presentado según la ley del lugar de su otorgamiento, y la referencia en la minuta rogatoria de la solicitud de informes de dominio e inhibición utilizados para el acto ( art. 27 ley 17801), debiéndose consignar el número, fecha y constancias que resulten de los mismo; 3° Para su toma de razón los referidos documentos deben presentarse debidamente legalizados (apostilla o cadena de legalizaciones consultar según el país de procedencia) [...].

Vale la pena destacar este instructivo, ya que es uno de los más completos de nuestro país, puesto que hace referencia a la calificación extrínseca del documento extranjero por parte del registrador, a la necesidad de que el documento revista la calidad de instrumento público según la ley del lugar de otorgamiento, calificación que corresponde al notario que solicita la inscripción y a la necesidad de

---

<sup>39</sup> El artículo 8 de la ley 17801, publicada en el Boletín Oficial el 10/07/1968, establece: “El Registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos”.

acompañar los informes necesarios para la toma de razón, así como a la condición de que el documento se presente legalizado, es decir, que cumpla con los requisitos formales de legalización y autenticación.

Con una regulación más acotada, la Normativa Técnico Registral del Registro General de la Provincia de Córdoba –publicada en el Boletín Oficial el 02/12/15 con vigencia a partir del 09/12/2015–, en su artículo 109, referido a los documentos extranjeros, dispone que los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República Argentina, tienen la misma fuerza obligatoria y ejecutiva que los hechos en el territorio del Estado, siempre que: A) consten en instrumentos públicos; y B) se presenten legalizados: a) por el Consulado Argentino acreditado en el lugar de otorgamiento del instrumento sin que la firma se encuentre autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (Decreto N° 1.629/2001); y b) mediante la expedición de la “Apostille”, instituida por la Convención de la Haya del 05/10/1961, aprobada por la República Argentina por Ley N° 23.458.

### *c. Análisis de los aspectos sustanciales*

Hablar de los aspectos sustanciales supone comenzar a analizar el contenido del documento notarial presentado en nuestro país. Ello nos lleva a analizar el límite que existe a la aplicación del derecho extranjero, cual es el orden público internacional.

Atento a que el orden público internacional es una institución del Derecho Internacional Privado que actúa, como fue expresado, como límite a la aplicación del derecho extranjero (constituyendo la característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma formal o indirecta), no debe confundirse con el orden público interno que actúa como límite a la autonomía de la voluntad de las partes.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 2600, referido al orden público internacional establece que

“las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”. Y en lo referido al orden público interno, el artículo 12 del mismo código estipula que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público [...]”. En consecuencia, los principios de orden público internacional serán de orden público interno, pero habrá previsiones específicas de orden público interno que no pertenecen al orden público internacional<sup>40</sup>.

El orden público internacional, como conjunto de principios, no es un concepto rígido, ya que variará cuando los principios que inspiran un determinado ordenamiento jurídico así lo hagan<sup>41</sup>. Al respecto la jurisprudencia nacional ha sostenido, con cita de Battifol-Lagarde, que “el orden público internacional no es un concepto inmutable y definitivo sino esencialmente variable, pues expresa los principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una comunidad dada y su contenido depende en gran me-

---

<sup>40</sup> A modo de ejemplo es posible citar el artículo 2622 del CCCN que establece que “No se reconoce ningún matrimonio celebrado en país extranjero si media alguno de los impedimentos previstos en los artículos 575, segundo párrafo y 403, inc. a), b), c), d) y e) [...]”. Y el artículo 403 cuando establece: “Impedimentos matrimoniales. Son impedimentos dirimentes para contraer matrimonio: a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera sea el origen del vínculo; b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera sea el origen del vínculo; c) la afinidad en línea recta en todos los grados; d) el matrimonio anterior mientras subsista; e) haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges; f) tener menos de dieciocho años; g) la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial.” Los impedimentos indicados en los incisos f) y g) son de orden público interno, pero no de OPI.

<sup>41</sup> Por ejemplo, cuando en Argentina, de considerarse el vínculo matrimonial indisoluble se permitió el divorcio (ley 23.515/87).

dida de las opiniones y creencias que prevalecen en cada momento en un Estado determinado”<sup>42</sup>.

En el mismo sentido, otro fallo sostuvo que “el Orden Público Internacional no es un conjunto de disposiciones, sino de principios subyacentes que resguardan intereses generales de la comunidad”;<sup>43</sup> y un tercero afirma que el orden público internacional consiste en “el conjunto de principios establecidos en defensa de la política legislativa local, que se encuentran en estado subyacente y surgen como freno al derecho extranjero que pueda distorsionarlos. Éste es el sistema adoptado por nuestra legislación, que autoriza al magistrado, antes de aplicar el derecho foráneo, a declarar si es o no idóneo para regular la situación jurídica, sin conculcar los principios generales que surgen del ordenamiento local”<sup>44</sup>.

No es posible dejar de mencionar las llamadas normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata, o norma de policía, receptadas expresamente en el artículo 2599 del CCCN, que se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por la norma de conflicto. Estas normas serían como un reflejo del orden público aplicado apriorísticamente. Se trata de disposiciones en cuya observancia el Estado pone especial interés pues las considera esenciales para salvaguardar los intereses fundamentales de la comunidad, exigiendo su aplicación a todas las circunstancias que encuadren en su ámbito de competencia. 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. El fundamento radica en que el legislador quiere evitar que un derecho extranjero, inspirado en valores propios de

---

<sup>42</sup> CNCiv, Sala G, 21/09/2001, La Ley, 2002-A, 630.

<sup>43</sup> CNCiv, Sala C, 14/12/1982, La Ley, 1983-C, 122.

<sup>44</sup> CNCom, Sala E, 20/09/2004, La Ley, 2005-B, 21.

aquel Estado, vulnere los intereses fundamentales del derecho del foro.

La jurisprudencia argentina en diferentes casos ha sostenido que “las normas de derecho extranjero pueden ser desplazadas en nuestro país por el juego de las normas de policía emanadas de leyes de emergencia económica”<sup>45</sup>; y que “las normas de policía no constituyen ningún límite al principio de la extraterritorialidad sino, directamente, implican la exclusión del derecho extranjero”<sup>46</sup>. En otra oportunidad, el tribunal –con cita de Boggiano–, señala que la norma de policía de DIPr es “la norma que autolimita exclusivamente la aplicabilidad del derecho nacional a un caso multinacional, tal autolimitación se produce mediante la exclusiva referencia a circunstancias que vinculan el caso al derecho nacional propio [...] La eventual aplicabilidad de un derecho extranjero queda excluida, así como la voluntad de las partes. Los fundamentos radican en la consideración del carácter insustituible de ciertas normas materiales internas para proteger determinados intereses nacionales”<sup>47</sup>.

Por todo lo expuesto se advierte que el notario debe controlar si el contenido del documento extranjero que recibe, atenta contra principios de orden público argentino o se refiere a materias reguladas por normas internacionalmente imperativas; en tal caso, está legitimado para no reconocerle efectos en nuestro país, rechazar el documento y negarse a prestar su función, si ello depende del empleo de ese instrumento.

---

<sup>45</sup> CNCom, Sala D, 19/11/2008, La Ley Online, AR/JUR, 14326/2008.

<sup>46</sup> CNCom, Sala A, 13/11/2002, La Ley Online, AR/JUR/6753/2002.

<sup>47</sup> CNCom, Sala A, 18/04/2006, La Ley, 2006-D,369.

### **3. La circulación del documento notarial en soporte electrónico**

#### **I. El documento notarial digital**

Los avances de la tecnología y la legislación, sobre la base del reconocimiento y regulación de la firma digital y del documento electrónico, obligan al operador jurídico a conocer y trabajar con documentos de esta índole. Aclarando que el cambio en el soporte del documento –del papel al electrónico– no implica resignar ninguno de los requisitos ni elementos esenciales que hacen al documento público notarial.

La doctrina notarial se ha preocupado por determinar los principios y recaudos imprescindibles aplicables al documento notarial digital, un tema que ha sido objeto de análisis en diversos encuentros académicos, entre los que se incluyen el XX Congreso Internacional del Notariado Latino (Cartagena de Indias, Colombia, mayo de 1992), dentro del tema II “El documento informático y la seguridad jurídica”; el XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino (México, octubre de 2004), tema II “El notario y la contratación electrónica”; y la Asamblea de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrada en Budapest en octubre de 2014. En este sentido debemos destacar el texto aprobado por el Grupo de Trabajo sobre Nuevas Tecnologías de la UINL el día 15 de febrero de 2021 referido a las escrituras notariales a distancia que se puede consultar en la página [www.uinl.org](http://www.uinl.org).

Considerando que lo fundamental del sistema notarial latino-germánico no es, por tanto, el soporte de la escritura sino la actividad del notario en la misma, que se puede cumplir independientemente del soporte material o inmaterial.

#### **II. Circulación del documento notarial digital**

Una vez que el documento notarial digital ha sido otorgado, comienza su circulación. Por supuesto, lo que circula es el llamado “primer testimonio” o “primera copia” que expide el notario, conteniendo su manifestación y dando fe de la concordancia existente entre el testimonio y su original

o matriz. Entonces también se puede pensar en implementar la firma digital del notario en los documentos notariales destinados a circular.

Nuestro país también ha hecho importantes avances, en particular con regulaciones como la ley de firma digital 25.506/21<sup>48</sup>, el Código Civil y Comercial de la Nación; la ley 27349<sup>49</sup> de Sociedades Anónimas Simplificadas (SAS); el decreto 434/16<sup>50</sup> del Plan de Modernización del Estado; el Decreto 1063/16<sup>51</sup> del Poder Ejecutivo Nacional, que aprueba la implementación de la Plataforma de Trámites a Distancia en el ámbito nacional, integrada por un módulo “Trámites a Distancia” (TAD); el decreto 561/16,<sup>52</sup> por el cual se implementa el Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) como medio de interacción entre el ciudadano y la administración pública a través de la recepción y remisión –por medios electrónicos– de presentaciones, solicitudes, escritos, notificaciones y comunicaciones, entre otros; la ley 27448<sup>53</sup> de Simplificación y Desburocratización de la Administración Pública; el decreto 733/18<sup>54</sup> por el que se dispone la despapealización de todos los trámites que el Estado nacional lleve a cabo a partir del 1 de enero de 2019; y las regulaciones locales, entre las que se incluyen la ley 404<sup>55</sup> de la Ciudad de Buenos Aires y la ley 10508/17<sup>56</sup> de la Provincia de Córdoba, que modifica la ley 5771, orgánica de dicho Registro General, entre otras.

---

<sup>48</sup> Publicada en el Boletín Oficial el 14/12/2001.

<sup>49</sup> Sancionada el 29 de marzo del año 2017, publicada en el Boletín Oficial el 12 de abril del año 2017.

<sup>50</sup> Publicado en el Boletín Oficial el 02/03/2016.

<sup>51</sup> Publicado en el Boletín Oficial el 05/10/2016.

<sup>52</sup> Publicado en el Boletín Oficial el 07/04/2016.

<sup>53</sup> Publicada en el Boletín Oficial el 16/06/2018.

<sup>54</sup> Publicado en el Boletín Oficial el 09/08/2018.

<sup>55</sup> Sancionada el 15/6/2000, publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires el 24/7/2000.

<sup>56</sup> Publicada en el Boletín Oficial del 26/12/17, Provincia de Córdoba.



Existe la tendencia de que los países regulen la expedición de las copias y testimonios en soporte electrónico, firmados digitalmente por el notario, y a reconocerles las mismas garantías e iguales efectos que les copias y testimonios expedidos en papel. Ahora bien, en particular con relación a la circulación internacional de los documentos notariales electrónicos (copias o testimonios de las escrituras) firmados por el notario mediante el uso de la firma digital, es necesario tener presente que en nuestro país el Derecho Internacional Privado interno y el convencional no cuentan con una regulación expresa sobre esta materia, aunque sí es posible extrapolar al documento notarial digital lo analizado en relación al reconocimiento de efectos extraterritoriales del documento notarial extranjero. En otras palabras, el notario receptor de este tipo de documento deberá controlar que cumpla con los requisitos formales de legalización y autenticación y que su contenido no afecte principios de orden público internacional del Estado receptor.

Por último, parece conveniente destacar la labor realizada por la Conferencia de la Haya al impulsar el programa de apostillas electrónicas (e-APP) y el registro electrónico (e-Registro), con el objeto de proponer un protocolo global para autenticar el documento electrónico de acuerdo a las necesidades de las relaciones jurídicas en la sociedad actual.

Vale la pena recordar que, en el marco de los convenios celebrados entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y el Consejo Federal del Notariado Argentino (2003/2016) mencionados, los colegios de escribanos de Argentina se encuentren habilitados para la emisión de apostillas y las legalizaciones con validez internacional, quedando incluidas las expedidas en formato electrónico.

## **CAPÍTULO 9**

### **ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

I. MADRID MARTÍNEZ, Claudia: “Algunos comentarios sobre el arbitraje comercial internacional en Venezuela”.

II. NOODT TAQUELA, María Blanca: “Otras miradas del orden público internacional en el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros”.

III. RIVERA, Julio C. (h): “La elección del derecho aplicable al fondo del litigio por las partes en el arbitraje comercial internacional”.

# ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN VENEZUELA

**Claudia Madrid Martínez\***

SUMARIO: 1. NOTAS INTRODUCTORIAS: EL ARBITRAJE EN VENEZUELA; 2. LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL: ¿ACEPTACIÓN DEL MONISMO?; 3. INTERNACIONALIDAD DEL ARBITRAJE; 4. PROBLEMAS DE DERECHO APLICABLE; 5. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO EXTRANJERO EN VENEZUELA; 6. UN BALANCE: VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL MONISMO.

## **1. Notas introductorias: el arbitraje en Venezuela**

El primer reconocimiento constitucional del arbitraje en Venezuela se verificó en 1830. En efecto, mediante una norma que se repitió en la Constitución de 1857, la Constitución de 1830 dispuso que “[l]os venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos... con tal que se observen las formalidades legales” (art. 190). Ese reconocimiento constitucional terminó en la Constitución de 1858, la cual inició un silencio que se mantuvo hasta la Constitución de 1961 y que fue roto por la de Constitución de 1999<sup>1</sup>, a

---

\* Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI).

<sup>1</sup> *Gaceta Oficial* No. 36.860, 30 de diciembre de 1999.

poco más de un año de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial en 1998.

La Constitución vigente empieza por entender que los “medios alternativos de justicia” forman parte del sistema de justicia (art. 253) y, luego, da la orden al legislador de promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (art. 258). Al respecto, la Sala Constitucional ha entendido que los árbitros pertenecen al sistema judicial, son órganos jurisdiccionales, sin que ello signifique que esta forma de ejercicio de la jurisdicción esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el poder judicial, por lo que a pesar de su naturaleza jurisdiccional estos tribunales actúan fuera del poder judicial, sin que sean inferiores a los jueces de primera o segunda instancia del poder judicial<sup>2</sup>.

Para justificar la orden de promover el arbitraje contenida en el artículo 258 de la Constitución, en una decisión de 8 de febrero de 2002, la Sala Político-Administrativa de nuestro Alto Tribunal, afirmó que la excesiva litigiosidad, la ritualidad de los procesos, la multiplicidad de competencias de los tribunales y el reducido número de los juzgados en relación con las causas sometidas a su consideración, entre otros motivos, han ocasionado retardos considerables en la administración de justicia por parte del Estado, lo cual, a su vez, ha ocasionado un gran desinterés por poner en marcha la actividad jurisdiccional para restablecer el orden jurídico infringido. Por ello, se reconoce la necesidad de establecer medios alternativos de resolución de controversias, entre ellos el arbitraje, institución que permite a los particulares resolver sus controversias mediante un procedimiento más sencillo y expedito, con la intervención de terce-

---

<sup>2</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA / SALA CONSTITUCIONAL, sentencia No. 1139, 5 de octubre de 2000 (*Héctor Luis Quintero Toledo en amparo constitucional contra la sentencia del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de 23 de mayo de 2000*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Octubre/1139-051000-00-2084%20.htm>

ros ajenos e imparciales, llamados árbitros, a quienes el Estado atribuye la facultad de juzgar<sup>3</sup>.

No obstante, llegar a semejante conclusión supuso recorrer un largo camino, en ocasiones tortuoso. Así, aunque el arbitraje ha encontrado acogida legal en Venezuela desde el Código de Procedimiento Civil de 1897, solo fue con la reforma del Código en 1986<sup>4</sup>, que se reconoció el carácter vinculante del acuerdo arbitral<sup>5</sup>, de manera que ya no se admitía escapar unilateralmente a su cumplimiento. En efecto, en la exposición de motivos del Código puede leerse que el acuerdo arbitral, como cualquier otra obligación de conformidad con el artículo 1.264 del Código Civil venezolano, debe cumplirse tal como ha sido contraído<sup>6</sup>.

Sin embargo, el Código conservó algunas normas cuestionables, que mantienen al arbitraje anclado a esquemas procesales. Es el caso del recurso de apelación que, establecido en el artículo 611, procede contra la decisión del tribunal que se pronuncia sobre la impugnación del acuerdo por una de las partes y que,

---

<sup>3</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA, sentencia No. 082, 8 de febrero de 2002, (*Honover P.G.N. Compressor, C.A. c. Consorcio Cosacovenca*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>

<sup>4</sup> *Gaceta Oficial*, No. 3.694, extraordinario, 22 de enero de 1986. Reformado y publicado en *Gaceta Oficial* No. 4.196 Extraordinario, 2 de agosto de 1990.

<sup>5</sup> El artículo 504 del Código de 1916, disponía que, si una de las partes se negaba a cumplir su compromiso de someterse a arbitraje, el procedimiento arbitral simplemente cesaba o no se iniciaba, según el caso.

<sup>6</sup> Exposición de Motivos: "En nuestro país, la institución del arbitraje no había encontrado una franca recepción por la inocuidad de la cláusula compromisoria, la cual no tiene sanción legal alguna para el caso de su incumplimiento... ni procesal ni sustantiva, contra la parte que desconoce la cláusula compromisoria, y que por tanto se coloca en situación de incumplimiento del respectivo convenio, violándose con ello la norma del artículo 1.264 del Código Civil, en la que se estipula que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas, siendo el deudor responsable de daños y perjuicios en caso de contravención".

en la práctica, fue acertadamente sustituido por el recurso de regulación de la jurisdicción<sup>7</sup>.

Tal como adelantamos, la Ley de Arbitraje Comercial se promulgó en 1998, y se reconoce fundamentada en la Ley Modelo de UNCITRAL –tal como los demás países latinoamericanos– y en las entonces vigentes normas colombianas sobre arbitraje<sup>8</sup>. Así, nuestro legislador tomó en cuenta las disposiciones fundamentales de la Ley Modelo en algunos puntos y se separó de ella en otros. Quizá uno de los vacíos que se plantearon en primer término tuvo que ver, precisamente, con el arbitraje internacional. a este punto volveremos *infra*.

Lo que sí es necesario reconocer, desde ahora, es que la Ley significó un gran avance en materia arbitral para el sistema venezolano. En tal sentido, lo primero que habría que referir es la unificación de las nociones de cláusula arbitral y compromiso, muy bien diferenciadas en el Código de Procedimiento Civil<sup>9</sup>, y ahora arropadas bajo la expresión acuerdo arbitral, y el

---

<sup>7</sup> Así ocurrió en el caso PepsiCola. Ver: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA, sentencia No. 605, 9 de octubre de 1997. El texto de la sentencia y un comentario pueden verse en: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 1998, No. 109, pp. 141 ss.

<sup>8</sup> RODNER, James Otis, “La nouvelle loi vénézuélienne sur l'arbitrage”, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 2000, Vol. 11, No. 2, pp. 6 ss., especialmente pp. 6-7.

<sup>9</sup> En el marco de nuestro Código de Procedimiento Civil vigente, al diferenciarse claramente dos situaciones en las cuales las partes pueden someter sus asuntos a la decisión de un tribunal arbitral, se da cabida a esta distinción. En este sentido, si las partes se encuentran en juicio, el compromiso se formalizará en el expediente de la causa y en él expresarán las partes aquellos asuntos que deseen someter a arbitraje, si no constaren ya en juicio, además del número y nombre de los árbitros, su carácter y las facultades que les confieren y lo que se acuerde en relación con el procedimiento. La otra situación es que las partes no estuvieren en juicio, caso en el cual han de establecer su compromiso en un documento auténtico, en el cual expresarán las circunstancias antes mencionadas (art. 608 CPC). Ver: RENGEL ROMBERG, Arístides, *El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley de Arbitraje Comercial* (1998), en: A. Brewer Carías (ed.),

reconocimiento de sus efectos, en el sentido de entenderlo como exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, en los términos del artículo 5 de la Ley.

Por otra parte, la Ley de Arbitraje establece un criterio de arbitrabilidad mucho más claro que el manejado por el artículo 608 del Código de Procedimiento Civil<sup>10</sup>, tanto desde el punto de vista objetivo, en el artículo 3<sup>11</sup>, como desde el punto de vista subjetivo en el artículo 4 al referirse al arbitraje con entes del Estado<sup>12</sup>. Además, la Ley dispone de manera expresa los princi-

---

*Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Caracas, Academia de Ciencias Política y Sociales, 1999, Serie Eventos No. 13, pp. 15 ss., especialmente p. 43.

<sup>10</sup> Art. 608, encabezamiento: “Las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio, con tal de que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción”.

<sup>11</sup> Art. 3. “Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

Quedan exceptuadas las controversias:

- a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;
- c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;
- d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y
- e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme”.

<sup>12</sup> Art. 4: “Cuando en un acuerdo de arbitraje al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, se requerirá para su validez de la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela. El acuerdo de arbitraje

pios de *Kompetenz-Kompetenz* y de separabilidad del acuerdo, en los artículos 7 y 25<sup>13</sup>, ninguno de ellos presente en el Código de Procedimiento Civil.

Por otra parte, la Ley dio un impulso importantísimo al arbitraje institucional, al establecer normas para la creación de centros de arbitraje y otorgar esa facultad creadora a las cámaras de comercio, a las universidades y a demás instituciones afines. Como resultado de ello, tanto el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas<sup>14</sup> –creado en 1998– como el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA<sup>15</sup> –creado en 2001– han jugado un rol fundamental en el desarrollo del arbitraje en Venezuela.

Otra cuestión para destacar tiene que ver con el establecimiento de un procedimiento bastante flexible. Cuando se observan algunas regulaciones en Derecho comparado latinoamericano, se nota cierto apego a normas procesales. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del Estatuto de Arbitraje Nacional y Arbitra-

---

especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, el cual en ningún caso será menor de tres (3)".

<sup>13</sup> Art. 7: "El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje".

Art. 25. "El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite.

Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, conocer una excepción presentada fuera del lapso si considera justificada la demora".

<sup>14</sup> <https://arbitrajeccc.org/>

<sup>15</sup> <https://cedca.org.ve/>



je Internacional de Colombia<sup>16</sup>, en cuyo procedimiento se puede observar cierto reflejo del proceso ordinario regulado en el Código General del Proceso<sup>17</sup>. La Ley venezolana, en cambio, asume gran flexibilidad en el proceso arbitral, hay gran respeto a la voluntad de las partes en su diseño y esa libertad se refleja, de alguna manera, en el contenido de los reglamentos de los centros de arbitraje en Venezuela.

Dentro de esta flexibilidad, se reconoce el poder cautelar del árbitro, quien, aunque requiere auxilio judicial para su ejecución, puede decretar tales medidas (art. 26) y además se permitió que, por su propia voluntad, las partes puedan prescindir de la motivación del laudo (art. 30). Esto último sí dio lugar a muchas discusiones entre la doctrina y hay todavía quien sostiene que esta norma es inconstitucional puesto que la motivación es un Derecho humano y se alega la imposibilidad de controlar el laudo cuando no hay motivación<sup>18</sup>. Cuestión esta última con la que no estamos de acuerdo pues el expediente arbitral serviría para controlar posibles vicios.

La Ley establece el recurso de nulidad como el único medio del control del laudo dictado en Venezuela y, aunque no se pronuncia sobre la posibilidad de renunciar a él, la doctrina, con alguna excepción<sup>19</sup>, ha afirmado que ha de atenderse a la voluntad de las partes, al menos respecto de las causales sus-

---

<sup>16</sup> Ley 1563 de 2012 (julio 12), por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* No. 48.489, 12 de julio de 2012.

<sup>17</sup> Ley 1562 de 2012 (julio 12), por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* No. 48.489, 12 de julio de 2012.

<sup>18</sup> Ver discusiones en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, La indefensión y la inmotivación como causa de nulidad del laudo arbitral en el Derecho venezolano, *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, 2016, No. 31, pp. 229 ss.

<sup>19</sup> BORJAS, Arminio, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano*, Caracas, Ediciones Jurídicas, 4ª ed., 1973, Tomo V, p. 85.

ceptibles de disposición<sup>20</sup>. El Código de Procedimiento Civil establecía unas normas sobre nulidad con causales muy genéricas, mientras que la Ley establece causales taxativas, el tiempo para la interposición del recurso y la autoridad competente para conocer de él (arts. 43 a 47). La Ley, además, refiere solo dos posibilidades de control del laudo, en función del lugar en el que haya sido dictado, de manera que si el laudo fue dictado en Venezuela contra el procedería el recurso de nulidad; si, en cambio, el laudo fue dictado en el extranjero, entonces deberá ser objeto de reconocimiento y ejecución. A esto último volveremos más adelante.

Paralelamente a este desarrollo interno, Venezuela es parte de los más importantes tratados en materia de arbitraje comercial internacional. Destacan, en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)<sup>21</sup> y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá)<sup>22</sup>. A estas dos convenciones especiales hemos de añadir el Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros<sup>23</sup> y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Montevideo)<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> MEZGRAVIS, Andrés, Marco CARRILLO y Pedro SAGHI, “El recurso de nulidad contra el laudo arbitral”, en: *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, Caracas, Editorial Sabias Palabras, 2013, pp. 503 ss., especialmente p. 513.

<sup>21</sup> Nueva York, 1958. Publicada en *Gaceta Oficial* No. 4.832 Extraordinario, 29 de diciembre de 1994.

<sup>22</sup> Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, Panamá, 1975, publicada en la *Gaceta Oficial* No. 33.170, 22 de febrero de 1985.

<sup>23</sup> Caracas, 1911. *Gaceta Oficial* No. 15.013, 7 de octubre de 1913.

<sup>24</sup> Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979, *Gaceta Oficial* No. 33.144, 15 de enero de 1985.

## 2. La Ley de Arbitraje Comercial: ¿aceptación del monismo?

Como hemos afirmado antes, la Ley de Arbitraje Comercial no se refiere expresamente al arbitraje comercial internacional. Sin embargo, cuando el primer Proyecto se presentó al entonces Congreso de la República, contenía normas relativas al arbitraje comercial internacional. De hecho, en su artículo 2, el citado proyecto incorporaba la definición de arbitraje internacional en los términos del artículo 1.3 de la Ley Modelo y en su Exposición de Motivos reconocía expresamente que, “[e]l objetivo de esta Ley es establecer normas sobre arbitraje comercial, tanto nacional como internacional... es crear condiciones que den seguridad jurídica a los inversionistas nacionales y extranjeros”. Incluso, este texto reconocía como uno de sus objetivos “[a]brir para Venezuela la oportunidad de ser foro de arbitrajes internacionales..., por la vía de la adopción de reglas de arbitraje comercial internacional”<sup>25</sup>.

Luego, por sugerencia de la Comisión Permanente de Economía de la Cámara de Diputados, el entonces Congreso de la República decidió eliminar el artículo 2 del Proyecto, en el entendido que tal eliminación no afectaba el espíritu de la Ley<sup>26</sup>. Sin embargo, este silencio constituyó un punto de separación de la Ley venezolana respecto de la Ley Modelo, y provocó que muchos autores, luego de promulgada la Ley, se preguntaran si esta regulaba el arbitraje internacional o, por el contrario, este instrumento se limitaba a la reglamentación del arbitraje interno.

Al respecto James Otis Rodner, quien fue proyectista de la Ley, afirmó que la Ley de Arbitraje Comercial se aplicaría a los arbitrajes llevados a cabo en Venezuela, fueran internos o internacionales, siendo irrelevante, a tales efectos, el lugar del domi-

---

<sup>25</sup> Texto reproducido en la *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, 1998, No. 52, pp. 411-413.

<sup>26</sup> SÁNCUIZ PALENCIA, Shirley, *El Derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el Derecho venezolano*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2005, p. 53.

cilio de las partes o el lugar de ejecución del contrato<sup>27</sup>. Sánquiz llegó a una conclusión semejante a partir del hecho de que la Ley no excluyó expresamente el arbitraje internacional, además recordó que el proyecto original regulaba el arbitraje internacional, razón por la cual este no debería considerarse excluido<sup>28</sup>.

Maekelt, por su parte, comenzó por afirmar que la inclusión en la Ley venezolana de normas sobre la aplicación preferente de los tratados (art. 1), el lugar del arbitraje (art. 9); el idioma (art. 10); la Ley aplicable al acuerdo arbitral (49.g) y las normas sobre reconocimiento y ejecución del laudo (arts. 48 y 49) constituye un indicio para entender que, en efecto, nuestra Ley sí regula el arbitraje internacional. Sin embargo, la propia autora reconoce las innegables falencias de la Ley respecto del arbitraje internacional: la Ley no se ocupó de regular los temas relativos a la propia calificación de la internacionalidad del arbitraje; a la nacionalidad de los árbitros y a su recusación; al poder cautelar del árbitro en el arbitraje internacional; y, desde luego, a los temas de Derecho aplicable al arbitraje<sup>29</sup>. Rengel Romberg también fundamenta su opinión favorable a la regulación del arbitraje internacional por la Ley, en las normas sobre eficacia extra-territorial de laudos<sup>30</sup>.

A pesar de algunas opiniones contrarias<sup>31</sup>, en otras oportunidades nos hemos mostrado favorables a la aplicación de la

---

<sup>27</sup> RODNER, "La nouvelle loi vénézuélienne sur l'arbitrage", ob. cit., p. 7.

<sup>28</sup> SÁNCUIZ PALENCIA, *Arbitraje comercial internacional...*, ob. cit., p. 55.

<sup>29</sup> MAEKELT, Tatiana, "Arbitraje comercial internacional en el sistema venezolano", en: A. Brewer Carías (ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999, pp. 273 ss., especialmente pp. 291-295.

<sup>30</sup> RENGEL ROMBERG, "El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil...", ob. cit., pp. 48-51.

<sup>31</sup> Para Guerra Hernández, por ejemplo, las normas referidas no son suficientes para afirmar que la Ley de Arbitraje regula el arbitraje internacional. Ver: GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor, "La Ley venezolana sobre arbitraje comercial. Consideraciones al reconocimiento y/o ejecución del laudo arbitral (artículos 48 y 49)", en: *Liber Amicorum Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, Tomo II, pp. 45 ss., especialmente pp. 58-59.

Ley al arbitraje internacional<sup>32</sup>. Tal posición se fundamenta en la admisión, por parte de nuestro sistema, de una regulación monista para el arbitraje, al no establecer diferencia alguna –como ocurre por ejemplo con los sistemas colombiano, argentino o uruguayo– en la regulación del arbitraje interno y el internacional<sup>33</sup>. Para Ochoa resulta obvia tal circunstancia<sup>34</sup>. Lo mismo puede decirse de Hernández-Bretón<sup>35</sup>.

### 3. Internacionalidad del Arbitraje

Tal como hemos afirmado, la norma que califica al arbitraje como internacional fue excluida de la versión definitiva de la Ley, lo cual ha abierto algunas discusiones en la doctrina. Al respecto, Maekelt se muestra favorable a la calificación del arbitraje como internacional, a partir de criterios amplios, tomando como ejemplo la calificación que, de arbitraje internacional, contiene la propia Ley Modelo, de manera que –afirma acerta-

---

<sup>32</sup> Es la opinión que hemos sostenido en: MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “Más de 20 años de vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial. Algunas reflexiones”, en: R. Badell et al. (eds.), *Libro Homenaje al Doctor Luis Cova Arria. Conmemorativo del 25 aniversario de la especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020, Tomo II, pp. 1267 ss., especialmente p. 1277.

<sup>33</sup> En este sentido: SANTANA PÉREZ, Militza e Ivette ESIS VILLAROEL, “Arbitraje comercial interno e internacional en Venezuela”, en: C. Esplugues (ed.), *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 613 ss., especialmente p. 614.

<sup>34</sup> OCHOA MUÑOZ, Javier, “Reconocimiento del laudo arbitral extranjero”, en: I. de Valera (coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 241 ss., especialmente p. 246.

<sup>35</sup> HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio, “Interpretation and Application of the New York Convention in Venezuela”, en: G. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, Cham, Springer, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Vol. 23, 2017, pp. 1063 ss., especialmente p. 1064.

damente Maekelt– “...cualquier elemento de conexión extranjero en relación a una controversia que se desea someter al arbitraje o la conexión foránea de este último son determinantes para considerarlo internacional”<sup>36</sup>.

En todo caso, en Venezuela el análisis de la internacionalidad del arbitraje pasa, necesariamente, por una referencia a la decisión de la Sala Político-Administrativa en el caso *PepsiCola*<sup>37</sup>. Aunque esta decisión no se refiere directamente a la internacionalidad del arbitraje, sino más bien a la imposibilidad de acudir a arbitraje fuera de Venezuela, en los casos en los cuales la controversia verse sobre una relación de carácter doméstico<sup>38</sup>, resulta esencial para nuestro análisis debido a que en la misma se parte de una concepción amplia de la internacionalidad de los contratos y se admite, además, la tesis económica para realizar tal calificación.

En efecto, para calificar contrato como internacional, y así admitir la validez del acuerdo por el cual las partes decidieron someterse a arbitraje en el extranjero, la Sala se inclinó hacia una calificación amplia que exceda los límites de un análisis puramente jurídico y considere también los aspectos económicos de la situación discutida. Así, dejando un poco de lado los contactos objetivos del contrato con ordenamientos extranjeros, la Sala toma en consideración que “...el objeto y el renombre

---

<sup>36</sup> MAEKELT, “Arbitraje comercial internacional en el sistema venezolano”, ob. cit., p. 277.

<sup>37</sup> Ver: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA, sentencia No. 605, 9 de octubre de 1997. El texto de la sentencia y un comentario pueden verse en: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 1998, No. 109, pp. 141 ss.

<sup>38</sup> En efecto, en esta sentencia, la Sala empieza por reconocer, a partir de los artículos II.1 de la Convención de Nueva York y 1 de la Convención de Panamá, que “...Venezuela se ha obligado a reconocer el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de un negocio mercantil **internacional**, contractual o no, concerniente a un asunto que puede ser resuelto por arbitraje” (resaltado nuestro).

mundial de las marcas que identifican los productos a ser comercializados en Venezuela tiene forzada incidencia en el comercio internacional”, razón por la cual, acogiendo el llamado criterio económico, consideró que se trataba de un contrato de carácter internacional, con relación al cual resultaba válida la sumisión a un tribunal arbitral en el extranjero.

A partir de esta decisión podemos afirmar que la internacionalidad del arbitraje ha de ser considerada mediante criterios amplios entre los cuales se considera particularmente el criterio económico. Así las cosas, solo sería calificado como doméstico un arbitraje cuyos elementos estén todos ubicados en territorio venezolano.

#### **4. Problemas de Derecho aplicable**

Los temas de Derecho aplicable, como hemos adelantado, fueron silenciados por la Ley de Arbitraje y este silencio se ve agravado por la exclusión que hizo la Ley de Derecho Internacional Privado<sup>39</sup> de los temas relativos al arbitraje. En efecto, la Ley de Derecho Internacional Privado dispone, en su artículo 62, que “[s]alvo lo dispuesto en el artículo 47 de esta Ley, todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia”. El artículo 47 establece los casos en los cuales la jurisdicción venezolana no podrá ser derogada a favor de tribunales extranjeros o de árbitros que decidan en el extranjero<sup>40</sup>.

Como consecuencia de este silencio, la doctrina ha propuesto soluciones al problema del Derecho aplicable en el arbitraje,

---

<sup>39</sup> *Gaceta Oficial* No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

<sup>40</sup> Art. 47. “La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano”.

echando mano, en algunos casos, de las fuentes convencionales sobre la materia. Para analizar este problema, distinguimos cuatro aspectos en el arbitraje con relación a los cuales se plantea el tema del Derecho aplicable: arbitrabilidad del litigio; el acuerdo arbitral; el procedimiento arbitral y el fondo de la controversia. Veamos.

## **I. Derecho aplicable a la arbitrabilidad del litigio**

Por lo que respecta al Derecho aplicable a la arbitrabilidad del litigio hemos de reconocer en primer lugar que, siendo esta una cuestión demasiado compleja que toca las concepciones nacionales particulares es difícil, sino imposible, fijarla con exactitud en el texto de un tratado internacional<sup>41</sup>. Por ello, a lo máximo que se ha llegado es a establecer normas de conflicto que indiquen el ordenamiento jurídico competente para llevar a cabo tal determinación. En todo caso, para dar una respuesta certera, es necesario diferenciar si la determinación del Derecho aplicable a la arbitrabilidad del litigio está siendo hecha en sede arbitral o en sede jurisdiccional<sup>42</sup>.

Si el problema se plantea ante el árbitro, este puede recurrir tanto a normas estatales como a normas transnacionales. Si se decide por una norma estatal, puede elegir, en primer lugar, el ordenamiento jurídico competente para regular el acuerdo arbitral; respuesta que parece sumamente lógica si consideramos el principio de separabilidad del acuerdo. No obstante, es generalmente aceptado –y según veremos *infra* nuestro sistema no escapa a ello– someter el acuerdo al Derecho elegido por las partes, y estando la arbitrabilidad liga-

---

<sup>41</sup> FOUCHARD, Philippe, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, p. 107.

<sup>42</sup> Seguiremos en este punto nuestro trabajo MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “El rol del orden público en el arbitraje comercial internacional”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 2006, Nº 126, pp. 79 ss., especialmente pp. 86-88. Ver: RACINE, Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, 1999, Tome 309, pp. 152 ss.



da a nociones de orden público, otorgar competencia al Derecho seleccionado por las partes puede ir en detrimento, justamente, de una norma imperativa que declare inarbitrable el litigio<sup>43</sup>, por lo cual se hace necesario ser sumamente cuidadoso con la elección.

El árbitro puede, en segundo lugar, recurrir al Derecho del Estado donde se esté llevando a cabo el arbitraje. Aunque la doctrina no se muestra muy de acuerdo con este criterio debido a la autonomía del arbitraje, este ha sido aplicado en varias oportunidades por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC)<sup>44</sup>.

El criterio que parece gozar de mayor aceptación es la aplicación del Derecho del lugar de ejecución del laudo. Así se establece, al menos indirectamente, en los artículo 5.2.a de las Convenciones de Nueva York y Panamá y 49.f de la Ley venezolana, al disponer la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo cuando según el Derecho del Estado de reconocimiento considere que el objeto de la controversia no es susceptible de solución por vía de arbitraje<sup>45</sup>. Aunque absolutamente lógica, esta solución presenta un gran inconveniente: en todo caso, el árbitro deberá considerar –adivinar– el Derecho del lugar –probable– de ejecu-

---

<sup>43</sup> RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public...*, ob. cit., p. 153.

<sup>44</sup> Así, en el caso ICC-Nº 6106 de 1988, el tribunal arbitral, establecido en París, aplicó el Derecho francés a la arbitrabilidad del litigio, afirmando que “*les arbitres doivent aussi étudier l'arbitrabilité à la lumière du droit du lieu de l'arbitrage où pourrait être formé un recours en annulation de la sentence*”.

<sup>45</sup> Fouchard, por ejemplo, considera la posibilidad de aplicar acumulativamente las normas vigentes en el lugar de ejecución de la sentencia y aquellas competentes para regir el acuerdo arbitral; solución que, sin duda, tiene las complicaciones propias del fraccionamiento de la relación jurídica y la consecuente posibilidad de tener que recurrir al método de la adaptación. Ver: FOUCHARD, Philippe, *Les conflits de lois en matière de d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle*, en: *Revue de l'arbitrage*, 1977, pp. 63 ss., especialmente p. 67.

ción del laudo, so pena de dictar un laudo inejecutable. Es fácil entender la dificultad de esta solución.

Ahora bien, con el fin de evitar las complicaciones propias del funcionamiento del sistema conflictual, se ha propuesto la posibilidad de que el árbitro recurra a normas transnacionales que le ofrecerán, de manera directa, los criterios para considerar como arbitrable una controversia determinada. La patrimonialidad y la disponibilidad de los derechos en causa suelen citarse como ejemplos. Racine sugiere, incluso, la existencia de un orden público transnacional en materia de arbitrabilidad que, similar al orden público en el Derecho interno, no permita derogar la jurisdicción estatal o que, similar al orden público en Derecho internacional privado, haga que el árbitro descarte un ordenamiento jurídico que considere la controversia en cuestión como arbitrable<sup>46</sup>.

Por ejemplo, la limitación impuesta a las personas jurídicas regidas por un régimen de Derecho público, para acudir a la sede arbitral, se presenta como un principio generalmente aceptado. Nuestro legislador no ignoró esta circunstancia y consagró este límite en los artículos 4 y 50 de la Ley de Arbitraje Comercial imponiendo que, previa autorización, en tales casos el tribunal arbitral esté compuesto por no menos de tres árbitros.

Finalmente, puede ocurrir que el problema de la arbitrabilidad se presente ante el juez estatal, quien deberá proceder a tal determinación, bien al momento de la ejecución del acuerdo arbitral, bien por un recurso de nulidad contra el laudo o, finalmente, con miras a su reconocimiento y ejecución. En los tres casos, el juez estará generalmente llamado a aplicar su propio Derecho. En efecto, estando la arbitrabilidad ligada a conceptos de orden público, no parece viable que el juez esté dispuesto a considerar un Derecho extranjero.

---

<sup>46</sup> RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public...*, ob. cit., pp. 165-166.

## II. Derecho aplicable al acuerdo arbitral

En la determinación del Derecho aplicable a la validez del acuerdo arbitral han de tomarse en cuenta, tanto los aspectos formales, como los de fondo. En lo que respecta a los temas de fondo, la doctrina, a partir de la causal para rechazar el reconocimiento o la ejecución de un laudo dictado en el extranjero, contenida en el artículo 49.g de la Ley venezolana, norma de conformidad con la cual, el laudo será rechazado cuando "...el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la Ley a la cual las partes lo han sometido". A pesar de que la fuente de inspiración de esta norma es el artículo 36.1.a.i de la Ley Modelo, la Ley venezolana no incluyó la referencia al Derecho aplicable al acuerdo en defecto de elección, cuestión que es resuelta tanto por la Ley Modelo, como por los artículos 5.1.a de las Convenciones de Nueva York y Panamá, con una remisión al Derecho del Estado en que se haya dictado el laudo. El silencio de la Ley nos conduce a afirmar la aplicación del Derecho del lugar en el cual el laudo ha de ser dictado, en calidad de principio generalmente aceptado extraído de las soluciones convencionales citadas<sup>47</sup>.

Ahora bien, se ha admitido que la elección del Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje puede ser expresa o tácita; y en el caso de la elección tácita el Derecho aplicable al fondo del arbitraje puede entrar a jugar un papel importante a pesar del principio de separabilidad del acuerdo. En efecto, tal como afirma Sánquiz Palencia, "[l]a cláusula de elección del Derecho aplicable al contrato principal puede ser considerada como uno de los elementos que permitirán al árbitro determinar la existencia de una elección tácita del Derecho aplicable al acuerdo arbitral". No obstante, tal como acertadamente apunta la autora, este es solo uno de los elementos

---

<sup>47</sup> Esta solución es aceptada en: HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio, "Algunas cuestiones de Derecho internacional privado en el arbitraje comercial", *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, 1999, No. 21, pp. 61 ss., especialmente p. 70; SÁNQUIZ PALENCIA, *El Derecho aplicable al arbitraje comercial internacional...*, ob. cit., p. 171.

a considerar; además habría que tener en cuenta la conducta de las partes durante el proceso de negociación y ejecución del contrato, así como las demás cláusulas contractuales<sup>48</sup>.

Por otra parte, la aplicación, en ausencia de elección, del Derecho del lugar donde se dictó el laudo conduce a una interrogante: ¿dónde debe entenderse efectivamente dictado el laudo? Al respecto, algunos estiman que el laudo se dicta en el lugar en que se firma; otros, en cambio, afirman que el laudo es dictado en el lugar indicado en su propio texto, independientemente del lugar en que se hubiere firmado<sup>49</sup>. En Venezuela, de conformidad con la parte final del artículo 30 de la Ley de Arbitraje Comercial, “[e]l laudo se reputará dictado en el lugar del arbitraje”.

La validez formal del acuerdo, por su parte, está regulada en nuestro sistema mediante normas materiales que establecen directamente la manera en que ha de exteriorizarse la voluntad de las partes de someterse a arbitraje<sup>50</sup>. Así, de conformidad con el artículo II.2 del Convenio de Nueva York “[l]a expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”. De forma similar la Convención de Panamá, en su artículo 1 *in fine*, entiende que “[e]l acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex”.

Por su parte, la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, dándole más importancia a la voluntad que a la forma, dispone en su artículo 6 que el acuerdo arbitral deberá constar

---

<sup>48</sup> SÁNCUIZ PALENCIA, *El Derecho aplicable al arbitraje comercial internacional...*, ob. cit., p. 163.

<sup>49</sup> Ver doctrina citada en: SÁNCUIZ PALENCIA, *El Derecho aplicable al arbitraje comercial internacional...*, ob. cit., p. 169.

<sup>50</sup> El recurso al método conflictual en esta materia ha sido muy criticado por resultar artificial e inconveniente. Ver: FOUCARD, Philippe, Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN, *On international commercial arbitration*, (Ed. E. Gaillard, J. Savage), The Hague, Boston, London, Kluwer Law International, 1999, p. 369.

por escrito “...en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje...”. La norma también admite que el acuerdo esté en el mismo contrato o en un instrumento separado

En cuanto a la expresión “por escrito”, la jurisprudencia ha entendido, acertadamente, que la misma incluye, al lado del documento tradicional, la declaración de voluntad mediante otros medios telemáticos<sup>51</sup>. Además, como una manifestación particular del principio de equivalencia funcional reconocido en el artículo 4 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas<sup>52</sup>, en el caso UNISEGUROS se dejó claro que el acuerdo puede provenir de un intercambio de mensaje de datos<sup>53</sup>.

El propio artículo 6 establece, además, un elemento importante: la protección en contratos de adhesión, en los cuales el acuerdo debe expresarse de manera separada. En efecto, para garantizar que el acuerdo incluido en un contrato predeterminado por una sola de las partes sea fruto de la expresión de la voluntad libre y sana de la parte que acepta el contrato y que no se trata de una imposición, la Ley requiere que el acuerdo se pacte en un documento separado del contrato. Con fundamento en esta norma, el Tribunal

---

<sup>51</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL, sentencia No. 1067, 3 de noviembre de 2010, (*Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., solicitud de revisión de la sentencia No. 687 de la Sala Político-Administrativa de 21 de mayo de 2009*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>

<sup>52</sup> *Gaceta Oficial* No. 37.148, 28 de febrero de 2001.

<sup>53</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA, sentencia No. 01300, 8 de octubre de 2014, (*Aseguradora Nacional Unida UNISEGUROS, S.A. c. Americana de Reaseguros, S.A.*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/169515-01300-81014-2014-2013-0133.HTML>

Supremo ha rechazado acuerdos arbitrajes contenidos en conocimientos de embarque<sup>54</sup>.

### III. Derecho aplicable al procedimiento arbitral

Tal como ocurre con el acuerdo de arbitraje, la determinación del Derecho aplicable al procedimiento arbitral también depende de las normas sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. En efecto, de conformidad con el artículo 49.c de la Ley de Arbitraje, se podrá negar el reconocimiento o la ejecución del laudo “[c]uando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la Ley del país donde se efectuó el arbitraje”. Esta norma se ajusta relativamente a los artículos 5.1.d de las Convenciones de Nueva York y Panamá. Estos últimos refieren una posibilidad omitida por la Ley venezolana: que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral hayan sido diseñados por las partes en el acuerdo arbitral, de manera que si estos no se ajustan al acuerdo también habrá lugar a negar el reconocimiento o ejecución.

En definitiva, en Venezuela se acepta que el procedimiento arbitral, incluida la composición del tribunal arbitral, per-

---

<sup>54</sup> “...aun cuando el legislador privatista no hace mención especial a la derogación convencional de la jurisdicción en los contratos de adhesión, esta solo es permisible mediante un acuerdo de voluntades que podrá expresarse en forma independiente al conjunto de las normas prerredactadas, pero que evidencia ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan solo de uno de ellos...”. Ver: TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA, sentencia No. 1252, 30 de mayo de 2000 (Corporación El Gran Blanco C.A. vs. Nedlloyd Lijnen B.V. Rotterdam y Nedlloyd Maritime de Venezuela, C.A.), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/01252-300500-15341%20.HTM>. En sentido similar, aunque en referencia a una cláusula de elección de foro: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 1359, 13 de junio de 2000 (*Molinos Carabobo C.A. (Mocasa) vs. Filippou Filippou*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01359-130600-14878%20.HTM>

tenecen al terreno de la voluntad de las partes<sup>55</sup> quienes en uso de esa facultad pueden, bien establecer directamente el procedimiento, bien elegir el Derecho aplicable al mismo. En defecto de esta elección es que podrá recurrirse al Derecho del lugar del arbitraje. Sin embargo, Hernández Bretón sostiene que es poco probable que un tribunal venezolano reconozca o ejecute un laudo arbitral extranjero si el procedimiento arbitral no respeta las normas imperativas del Estado en el que se llevó a cabo el arbitraje y, añade, que el acuerdo de las partes también estará limitado por esas normas imperativas del lugar del arbitraje<sup>56</sup>.

#### **IV. Derecho aplicable al fondo de la controversia**

En materia de Derecho aplicable al fondo de la controversia, la Ley se conformó con reproducir, en el artículo 8, la parte final del artículo 25 de la Ley Modelo, ordenando al árbitro tener siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres del lugar, pero no hace referencia al Derecho aplicable, lo cual habría sido ciertamente conveniente. No obstante, hemos de destacar la ayuda de las disposiciones correspondientes de los reglamentos de los centros de arbitraje. En efecto, tanto el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (2016)<sup>57</sup> como el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA

---

<sup>55</sup> SÁNCUIZ PALENCIA, *El Derecho aplicable al arbitraje comercial internacional...*, ob. cit., pp. 204-205.

<sup>56</sup> HERNÁNDEZ BRETÓN, "Interpretation and Application of the New York Convention in Venezuela", ob. cit., p. 1070.

<sup>57</sup> Art. 59. "Normas Jurídicas Aplicables al Fondo del Litigio. Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas.

En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles aplicables".

(2020)<sup>58</sup> facultan a las partes para designar el Derecho aplicable y en ausencia de elección, ambos admiten la aplicación del Derecho que el tribunal arbitral considere más “apropiado”. Además, ambos ordenan tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles aplicables.

Gonzalo Parra Aranguren ha interpretado el silencio de la Ley como una admisión de la posibilidad para los árbitros de “decidir el caso como consideren más apropiado”<sup>59</sup>. Sánquiz Palencia, por su parte, se muestra favorable a la aceptación de la autonomía conflictual, tanto en materia de obligaciones contractuales, como en el caso de obligaciones extracontractuales. La autora fundamenta su opinión en la consideración de la autonomía conflictual como un principio de general aceptación en el Derecho comparado. Además, tratándose de una elección mediante una cláusula contractual, esta estaría cubierta por el ya citado artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Art. 34. “Normas aplicables al fondo de la controversia

34.1. El Tribunal Arbitral aplicará al fondo de la controversia el derecho que las partes hayan convenido. Si las partes no convinieren en el derecho aplicable, el Tribunal Arbitral aplicará el derecho que juzgue apropiado.

34.2. El Tribunal Arbitral decidirá en equidad (*ex aequo et bono*) solo si las partes lo han autorizado expresamente para ello, y si el derecho aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje.

34.3. En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles de general aceptación aplicables al caso”.

<sup>59</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo, “La determinación del Derecho aplicable a la controversia en las recientes leyes sobre arbitraje comercial internacional”, en: *Revista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia*, 2000, No. 1, pp. 57 ss., especialmente p. 68.

<sup>60</sup> SÁNCQUIZ PALENCIA, *El Derecho aplicable al arbitraje comercial internacional...*, ob. cit., p. 140.



## 5. Reconocimiento y ejecución del laudo extranjero en Venezuela

Entender el funcionamiento de las normas sobre reconocimiento y ejecución de laudos en Venezuela pasa, necesariamente, por la determinación de los laudos que pueden ser objeto de tal reconocimiento. En este sentido, la Ley Modelo parte de la diferencia entre laudos internacionales y los laudos internos, pues este instrumento tiende a un tratamiento uniforme de los laudos arbitrales, independientemente del país en el cual hayan sido dictados, “[e]n consecuencia, el reconocimiento y la ejecución de los laudos ‘internacionales’, sean ‘extranjeros’ o ‘nacionales’, deberían regirse por las mismas disposiciones”<sup>61</sup>.

Es necesario tener en cuenta que, si entendemos que la Ley venezolana asume la concepción de la Ley Modelo, estaríamos en un escenario semejante al que plantean los sistemas colombiano y argentino, de manera que los laudos dictados en Venezuela en un arbitraje internacional serían susceptibles de reconocimiento y ejecución, en los términos del artículo 48 de la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, no creemos que los laudos dictados en Venezuela para resolver arbitrajes internacionales, en los términos antes señalados, puedan ser objeto de reconocimiento. En nuestra opinión –y así lo hemos afirmado *supra*–, la Ley marca una línea fundamental al establecer que solo hay dos posibilidades para controlar el laudo: el recurso de nulidad si el laudo se ha dictado en Venezuela, y el reconocimiento y la ejecución si se ha dictado en el extranjero<sup>62</sup>.

De hecho, al referirse al Acuerdo Boliviano, Parra Aranguren destacó la importancia de que se tratase de un laudo dictado fuera de Venezuela. En efecto, entender que es necesario que

---

<sup>61</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006*, (Nueva York: Naciones Unidas, 2008, pp. 39-40.

<sup>62</sup> MADRID MARTÍNEZ, “Más de 20 años de vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial...”, ob. cit., p. 1276.

la decisión a reconocer sea dictada en el extranjero –afirma el autor– “...tiene particular importancia respecto de los laudos arbitrales por cuanto, desde una perspectiva teórica, su extranjería [entendemos que en el sentido de internacionalidad] puede depender de uno cualquiera de los siguientes elementos: la nacionalidad de los árbitros; la nacionalidad o el domicilio de las partes; el lugar del arbitraje; la ley aplicable al procedimiento arbitral o el objeto de la controversia. De todas las anteriores posibilidades fue escogido el lugar de su pronunciamiento como determinante para la vigencia del Convenio”<sup>63</sup>.

La limitación del reconocimiento y la ejecución a que se refiere el artículo 48 de la Ley al caso de los laudos dictados en el extranjero se fundamenta en que, tal como afirma Escovar Alvarado, el derecho a recurrir consagrado por el artículo 49 de la Constitución de la República, no es extensible al resultado de los procedimientos llevados ante autoridades –judiciales o arbitrales– localizadas en el extranjero. Ello a pesar de que, según señalaremos más adelante, en Venezuela se haya admitido el recurso de amparo contra laudos dictados fuera de nuestro país<sup>64</sup>.

Nuestra Ley se separa, entonces, de la idea asumida por la Ley Modelo que distingue el arbitraje interno del internacional y se centra, más bien, en el lugar donde se dicta el laudo, distinguiendo entre laudos nacionales y laudos extranjeros. En Venezuela, autores como Maekelt<sup>65</sup>, Rodner<sup>66</sup> y Hung Vaillant<sup>67</sup>, se han mostrado favorables a esta interpretación.

---

<sup>63</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *El Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros (1911) a la luz de la jurisprudencia venezolana*, Caracas, Edit. Sucre, 1976, p. 49.

<sup>64</sup> ESCOVAR ALVARADO, Ramón, “Recursos contra laudos arbitrales dictados en el extranjero”, en: T. Maekelt et al. (coords.), *Derecho procesal civil internacional. In memoriam Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010, pp. 783 ss., especialmente p. 785.

<sup>65</sup> MAEKELT, “Arbitraje comercial internacional en el sistema venezolano”, ob. cit., p. 292.

No obstante, otros autores admiten la posibilidad de aplicar estas normas sobre reconocimiento y ejecución a los laudos dictados en Venezuela, en los casos en que se trate de arbitrajes internacionales, y fundamentan su opinión en el artículo I.1 de la Convención de Nueva York<sup>68</sup>, pues esta norma, luego de disponer la aplicación de la Convención a "...sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias...", admite que también podrá aplicarse a "...las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución", lo cual se ha entendido, justamente, como una referencia a los laudos dictados, en el Estado de reconocimiento, con ocasión de arbitrajes internacionales.

En nuestra opinión esta posibilidad encontraría un obstáculo en el hecho de que Venezuela, cuando adhirió la Convención de Nueva York, hizo una declaración de manera que "...solo aplicará la presente Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante"<sup>69</sup>. Esta declaración es reconocida en el caso PepsiCola, cuando el juzgador declara que, en Venezuela, la Convención de Nueva York se aplica únicamente a sentencias arbitrales extranjeras, entendiendo por tales "las dictadas en el territorio de otro Estado contratante".

---

<sup>66</sup> "Les sentences rendues dans des arbitrages tenus en dehors du Venezuela sont considérées comme des sentences étrangères". Ver: RODNER, "La nouvelle loi vénézuélienne sur l'arbitrage", ob. cit., p. 8.

<sup>67</sup> HUNG VAILLANT, Francisco, *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001, p. 323.

<sup>68</sup> OCHOA MUÑOZ, "Reconocimiento del laudo arbitral extranjero", ob. cit., p. 248.

<sup>69</sup> En sentido similar se pronuncia Hernández Bretón, para quien "a 'foreign arbitral award' is an award issued in the territory of a contracting State other than the State in which recognition is sought". Ver: HERNÁNDEZ BRETÓN, "Interpretation and Application of the New York Convention in Venezuela", ob. cit., p. 1064.

Esta declaración, si bien referida al ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York, es demostrativa de la posición del Estado venezolano respecto del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, lo cual es de hecho reafirmado en el caso PepsiCola, con lo cual, hemos de concluir que Venezuela se separó en este aspecto de la Ley Modelo y que, en nuestro país, solo los laudos extranjeros –los dictados fuera de Venezuela– son susceptibles de reconocimiento y ejecución en los términos del artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial.

Ahora bien, la Ley venezolana acepta la procedencia de un reconocimiento automático del laudo arbitral. La aceptación de tal reconocimiento automático conjuga, por una parte, el principio pro arbitraje que se ha venido desarrollando jurisprudencialmente en Venezuela, y, por la otra, el llamado derecho al reconocimiento, ampliamente conocido en materia de sentencias judiciales y que no debería haber problema en aceptar en materia de arbitraje. Veamos.

En primer lugar, el principio pro arbitraje parte de la concepción de la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo, según la cual existe un derecho fundamental al arbitraje, es decir, el arbitraje no es un mero descongestionador de la jurisdicción ordinaria, sino que es una herramienta fundamental que contribuye a garantizar el derecho a una tutela efectiva. El arbitraje no es excepcional, es una forma de administración de justicia, con lo cual las partes tienen derecho a someterse a un proceso arbitral que sea accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo y sin dilaciones o formalismos inútiles. El arbitraje está, de alguna manera, vinculado al artículo 26 de la Constitución y garantiza administración de justicia. No obstante, aclara la Sala, el reconocimiento de este principio no implica, en modo alguno, promover un sistema de sustitución de la jurisdicción ordinaria<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL, sentencia No. 192, 28 de febrero de 2008, (*Bernardo Weininger et al., en nulidad por inconstitucionalidad del artículo 87, ordinal 4, de la Ley de Protección al*

El arbitraje, ha reconocido la Sala Constitucional "...es un derecho fundamental de rango constitucional. Se trata del tema del derecho de acceso a la justicia, de acceso a los órganos del sistema nacional de justicia y a la tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela"<sup>71</sup>.

Con estas reflexiones, el alto tribunal reconoce el rol del arbitraje como un vehículo para garantizar la tutela efectiva. Pero tengamos en cuenta que esa tutela no solo se brinda en la etapa de decisión, es decir, al permitir al árbitro cumplir con la función jurisdiccional de conocer y decidir las controversias que le sean planteadas. La tutela también puede brindarse en sede de reconocimiento<sup>72</sup>, al admitirse la necesidad de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio, incluso cuando tales situaciones vengán constituidas o reconocidas por un laudo arbitral. Con fundamento en esta necesidad, los diversos ordenamientos jurídicos han construido sistemas que permiten la circulación de decisiones y laudos extranjeros, sin dejar de lado la protección de su propio sistema.

Así las cosas, la circulación de los laudos –entendida siempre como más sencilla que la circulación de sentencias judiciales, siendo incluso calificada como una de las ventajas del arbi-

---

*Consumidor y al Usuario*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.HTM>

<sup>71</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 0702, 18 de octubre de 2018, (*Centro de Arbitraje de la Cámara De Caracas, remisión de copia certificada del laudo arbitral dictado el 15 de septiembre de 2016 por instrucciones del Tribunal Arbitral, en cumplimiento a lo establecido en los artículos 25.12 y 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de la desaplicación por control difuso del literal "j" del artículo 41 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, que prohíbe el arbitraje en materia de arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>

<sup>72</sup> Tal es la expresión utilizada por VIRGÓS SORIANO, Miguel y Francisco GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional, Litigación Internacional*, Madrid, Civitas, 2000, p. 30.

traje— materializa también la tutela en sede de reconocimiento, con lo cual, tal como ocurre en materia de eficacia extraterritorial de sentencias, ha de entenderse que, una vez proferido el laudo arbitral, las partes tienen derecho a que el mismo sea reconocido en Estados distintos de aquel en el cual fue proferido.

En nuestra opinión, siendo que mediante el arbitraje se alcanza también la tutela efectiva de los derechos de las partes, no debe haber problema en trasladar el principio del derecho fundamental al reconocimiento de las sentencias extranjeras a los laudos arbitrales dictados en el extranjero. La admisión de un derecho al reconocimiento en materia de laudos arbitrales, como hemos adelantado, fundamenta el reconocimiento automático establecido en el artículo 48 de la Ley de Arbitraje.

Ahora bien, ese reconocimiento automático implica que el laudo se entiende como “vinculante e inapelable”. Que el laudo sea vinculante implica, para utilizar los términos del artículo 31 de la Ley de Arbitraje, que una vez dictado y notificado a las partes este será de obligatorio cumplimiento para ellas, “...como si se tratara de una sentencia judicial venezolana”<sup>73</sup>. Es importante tener en consideración que cuando las partes aprueban un acuerdo arbitral, no solo se comprometen a ir a arbitraje, sino que también se obligan a cumplir lo que decide el tribunal arbitral. Este carácter vinculante, como hemos dicho, no depende de un procedimiento previo de reconocimiento.

Que sea inapelable supone que contra el laudo no cabe recurso alguno. Tengamos en cuenta que ni el recurso de nulidad, ni la revisión de los requisitos establecidos en el artículo 49 de la Ley a los efectos de la ejecución del laudo, implican una revisión de la decisión de fondo. Sin embargo, estando el arbitraje fundamentado en la voluntad de las partes, cuya fuerza alcanza incluso el diseño del procedimiento, es perfectamente posible

---

<sup>73</sup> MEZGRAVIS, Andrés, “Recursos contra el laudo arbitral comercial”, en: A. Brewer Carías (ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999, pp. 205 ss., especialmente p. 212.

que las propias partes decidan que el laudo será apelable, sea ante una instancia judicial, sea ante una instancia arbitral<sup>74</sup>. El propio Tribunal Supremo, en Sala Civil, ha reconocido que “...el laudo que le ponga fin [a la controversia], si fuere de derecho, será inapelable, salvo pacto en contrario”<sup>75</sup>.

Así, en primer término, si las partes lo deciden, el laudo puede ser apelable ante la jurisdicción ordinaria. Tal supuesto es reconocido cuando el artículo 321.4 del Código de Procedimiento Civil<sup>76</sup> dispone que el recurso de casación puede proponerse “[c]ontra las sentencias de los Tribunales Superiores que conozcan en apelación de los laudos arbitrales...”, cuando se cumplan los requisitos relativos a la cuantía. En segundo término, los cuestionamientos referidos a la no garantía de una segunda instancia en materia arbitral, han dado cabida a algunas opiniones favorables a la admisión de la llamada segunda instancia arbitral, la cual, desde luego, también dependería, exclusivamente, de la voluntad de las partes<sup>77</sup>. La admisión de esta posibilidad vendría a constituir una garantía contra los errores cometidos por los árbitros y limitaría el control de los laudos a una instancia también arbitral, lo cual, en definitiva, fortalece el arbitraje.

Pero siendo la voluntad de las partes el fundamento para la procedencia del recurso de apelación contra el laudo arbitral – sea en sede judicial, sea en sede arbitral– en ausencia de esta ha de entenderse que el laudo es inapelable y la única forma de

---

<sup>74</sup> En tal sentido se han pronunciado HUNG VAILLANT, *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, ob. cit., p. 215; MEZGRAVIS, “Recursos contra el laudo arbitral comercial”, 211.

<sup>75</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, sentencia No. 82, 8 de febrero de 2002 (*Honover P.G.N. Compressor, C.A. contra Consorcio Cosacovenca*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>

<sup>76</sup> *Gaceta Oficial* No. 4.209, Extraordinario, 18 de septiembre de 1990.

<sup>77</sup> RODRÍGUEZ, Luis Ernesto “La segunda instancia arbitral: una decisión exclusiva de las partes”, en: C. Madrid Martínez (ed.), *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, 2019, Tomo II, 1259 ss.

impugnación es el recurso de nulidad para los laudos dictados en Venezuela o la negativa de ejecución para los laudos dictados en el extranjero.

Ahora bien, reconocido el laudo arbitral dictado fuera de Venezuela, sin requerir procedimiento alguno, la parte interesada en su ejecución puede solicitarla directamente. Así lo dispone el artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana cuando, luego de establecer que el laudo, cualquiera que sea el país en el que se haya dictado, será reconocido en Venezuela como vinculante e inapelable, dispone que el mismo será ejecutado, sin requerir exequátur –lo cual fue celebrado por la doctrina y calificado como “...uno de los grandes aportes de la Ley de Arbitraje Comercial...”<sup>78</sup>. Ahora la ejecución procederá “...tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente..., según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias”. Así, a diferencia del reconocimiento que, como hemos afirmado, procede de manera automática, la ejecución requiere de un trámite calificado como muy sencillo por la doctrina<sup>79</sup>.

Tal procedimiento inicia con la solicitud hecha al tribunal competente, la cual deberá estar acompañada de una copia del laudo certificada por el tribunal arbitral, traducida al castellano, si fuere el caso. Debemos reconocer mucha mayor flexibilidad en el artículo 48 que en la versión de 1985 del artículo 35.2 de la Ley Modelo que exigía “...el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje... o copia debidamente certificada del mismo”. Esta rigidez, desechada por la Ley venezolana, fue corregida en la revisión de 2006 de la Ley Modelo, que solo exige el original o copia del laudo y, si fuere necesario, una traducción del mismo. Según se lee en la Nota Explicativa, con

---

<sup>78</sup> MAEKELT, “Arbitraje comercial internacional en el sistema venezolano”, ob. cit., p. 289.

<sup>79</sup> HUNG VAILLANT, *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, ob. cit., p. 323.



este cambio se buscó "...liberalizar los requisitos formales y reflejar la enmienda introducida en el artículo 7, relativo a la forma del acuerdo de arbitraje"<sup>80</sup>.

Otro cambio que destaca entre las dos versiones del artículo 35.2 de la Ley Modelo tiene que ver con la necesidad de traducción. En efecto, mientras la versión de 1985 exigía una "traducción debidamente certificada" al idioma oficial del Estado de reconocimiento, la versión de 2006 se conforma con "una traducción del laudo a ese idioma", con lo cual parece haberse dejado de lado el carácter certificado de la misma. El artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, por su parte, requiere que el laudo esté acompañado de una "traducción al idioma castellano si fuere necesario". Esta redacción de nuestra Ley parece sugerir que una traducción simple sería suficiente. Sin embargo, es muy probable que el juez, con fundamento en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, ordene que la traducción sea hecha por un intérprete público, o que, en defecto de este, sea hecha por un traductor nombrado por él, "quien prestará juramento de traducir con fidelidad su contenido".

Bien, el procedimiento, tal como lo ordena el artículo 48 de la Ley de Arbitraje, se sigue de conformidad con las reglas sobre ejecución de sentencias del Código de Procedimiento Civil, con la particularidad de que en este proceso la parte contra la cual obra el laudo, o el propio juez de oficio en los casos permitidos, pueden alegar algunas de las causales para su negativa contenidas, según sea el caso, en la Convención de Nueva York, en la Convención de Panamá o en el artículo 49 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana.

La pregunta que nos hacemos en este punto es – considerando que este no es un procedimiento de exequátur, sino un procedimiento de ejecución llevado por un tribunal de instancia– si contra esa sentencia que ordena la ejecución del laudo arbitral dictado en el extranjero, o que la niega por verificarse alguna de las causales para ello, procede algún recurso.

---

<sup>80</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, *Ley Modelo de la CNUDMI*, ob. cit., p. 40.

Escovar Alvarado, luego de reconocer el silencio del sistema sobre este punto, pone de manifiesto el hecho de que el Tribunal Supremo de Justicia ha rechazado, tradicionalmente, recursos contra decisiones que se pronuncien sobre la validez de laudos arbitrales<sup>81</sup>. El fundamento de estas decisiones, tal como destaca el autor es la celeridad y simplicidad que deben caracterizar al arbitraje<sup>82</sup>.

Henríquez La Roche, por el contrario, parte de la idea según la cual, una decisión que niegue ejecución al laudo arbitral causa un gravamen irreparable y, por tal razón debe ser objeto de recursos ordinarios –apelación– y extraordinarios –casación. Además, el autor se fundamenta en que de conformidad con el artículo 288 del Código de Procedimiento Civil, “[d]e toda sentencia definitiva dictada en primera instancia se da apelación, salvo disposición especial en contrario” y no existe, en materia de arbitraje, una disposición especial en contrario. Además, no sería lógico –sostiene Henríquez La Roche– dejar en manos de un tribunal de primera instancia, la suerte de un arbitraje inter-

---

<sup>81</sup> Escovar Alvarado cita las siguientes sentencias: TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, sentencia No. 082, 8 de febrero de 2002 (*Honover P.G.N. Compressor, C.A. c. Consorcio Cosacovenca*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>; TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, sentencia No. 00874, 13 de agosto de 2004 (*Promotora E.P. 1697, C.A. c. Asociación Civil El Carrao*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/RH-00874-130804-04574.HTM>; TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, sentencia No. 01314, 9 de noviembre de 2004 (*Operaciones FF, C.A. contra sentencia dictada en el juicio seguido en su contra por Valores Venafin, S.A.*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC-01314-091104-031031.HTM>; TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, sentencia No. 00454, 29 de junio de 2006 (*Tensaven y Anclajes Venezolanos C.A. c. Giovanni Boldrin*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RH-00454-290606-06396.HTM>

<sup>82</sup> ESCOVAR ALVARADO, “Recursos contra laudos arbitrales dictados en el extranjero”, ob. cit., p. 793.

nacional<sup>83</sup>. Escovar Alvarado se muestra de acuerdo con esta posición y añade que la garantía de doble instancia apuntala la posibilidad de recurrir una decisión que niegue reconocimiento o ejecución a un laudo arbitral dictado en el extranjero<sup>84</sup>.

Aceptar esta tesis nos obliga a replantearnos las bondades de la eliminación del exequátur para hacer el control de los laudos dictados fuera de Venezuela. Entendemos que, sin duda, la ausencia de una disposición que excluya la procedencia de recursos en este caso daría paso a la aplicación del artículo 288 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, lo mismo podría decirse de la sentencia que se pronuncie sobre el recurso de nulidad contra un laudo dictado en Venezuela y hemos visto como el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentido contrario. En todo caso, pensando en una futura reforma de la Ley de Arbitraje, sería conveniente excluir expresamente el recurso de apelación en estos casos.

## **6. Un balance: ventajas y desventajas del monismo**

Luego de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial y, especialmente, luego del reconocimiento constitucional del arbitraje, ha surgido cierta tendencia en las diversas salas del Tribunal Supremo de Justicia judicial que, con la integración de lagunas de la Ley y la interpretación de sus normas ha ido construyendo un sistema que tiende a favorecer el arbitraje y a respetar la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo. Aunque muchas de estas interpretaciones se han dado en el orden del arbitraje interno, la naturaleza monista de la Ley ha permitido al arbitraje internacional aprovecharse de ellas. Examinemos brevemente algunas de las ventajas y desventajas de esta tendencia.

En primer lugar, debemos reconocer que el haber dejado de lado toda mención expresa del arbitraje comercial internacional,

---

<sup>83</sup> HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, *El arbitraje comercial en Venezuela*, Caracas, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, 2000, p. 325.

<sup>84</sup> ESCOVAR ALVARADO, "Recursos contra laudos arbitrales dictados en el extranjero", ob. cit., p. 793.

entendiéndolo incluido en la regulación de la Ley, condujo a obviar la regulación de aspectos fundamentales como el relativo al Derecho aplicable, ya comentado, y también cuestiones procesales como la excepción de arbitraje y, en general, los efectos del acuerdo arbitral sobre la jurisdicción ordinaria.

No obstante, podría decirse que, al menos de un tiempo a esta parte, han sido más las ventajas. En efecto, el Alto Tribunal ha reconocido que el arbitraje es un mecanismo independiente que además tiene remedios naturales de control, lo cual es de gran importancia, porque ha contribuido a desechar la idea de sustituir el recurso de nulidad del laudo arbitral, e incluso la denegación de reconocimiento y ejecución, por la acción de amparo. Tengamos en cuenta que, en Venezuela, recién entrada en vigencia la Ley de Arbitraje, se intentaron acciones de amparo, no solo contra laudos, sino también contra diversas actuaciones de los árbitros durante el proceso arbitral. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *Venezolana de Televisión*, cuando la Sala Político-Administrativa admitió, en diciembre de 2001, una acción de amparo contra un acta de misión de un tribunal arbitral y ordenó la citación de los árbitros<sup>85</sup>. O en el caso *Consortio Barr*, en el que se admitió un amparo contra el laudo parcial que decidió la competencia del propio tribunal arbitral y decidió algunas medidas cautelares<sup>86</sup>. Quizá el caso más llamativo en esta materia fue el caso Castillo Bozo en el cual un tribunal su-

---

<sup>85</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA, sentencia No. 2979, 18 de diciembre de 2001, (*Venezolana de Televisión*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/02979-181201-01-100.HTM>

<sup>86</sup> Esta decisión del tribunal arbitral suscitó una cadena de acciones, incluida la de amparo ante tribunales venezolanos que terminó, al menos en lo que al amparo se refiere, con la sentencia de la Sala Constitucional No. 2635 de 19 de noviembre de 2004 (*Consortio Barr, S.A.*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2635-191104-04-0163%20.HTM>. Ver resumen del caso en: HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio, "El arbitraje y las normas constitucionales en Venezuela: lo malo, lo feo y lo bueno", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 2010, No. 149, pp. 389 ss., especialmente pp. 399-401.

perior, en abril de 2013, decidió la acción de amparo contra un laudo dictado en sede de la Comisión Interamericana de Arbitraje por violación de orden público y anuló el laudo<sup>87</sup>.

Lo que queremos destacar con la admisión de este principio pro arbitraje es que una de sus consecuencias fundamentales ha sido desechar esta idea de usar el amparo, cuando el recurso natural de control de los laudos dictados en Venezuela es el recurso de nulidad y en el caso de los laudos dictados en el extranjero, el reconocimiento. Admitir el amparo contra laudo es violatorio del artículo 6 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales<sup>88</sup> que establece que el amparo solo procede cuando no hay un recurso contra la decisión en cuestión.

Así lo ha reconocido la Sala Constitucional<sup>89</sup>, órgano que ha criticado en reiteradas oportunidades lo que ha llamado la “...la

---

<sup>87</sup> JUZGADO SUPERIOR PRIMERO EN LO CIVIL, MERCANTIL, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia 22 de abril de 2013, Gabriel Castillo Bozo, en amparo constitucional contra el laudo dictado por el Tribunal Arbitral constituido en la ciudad de Miami, Estado de Florida, de los Estados Unidos de América, conforme a las reglas del Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD), el 13 de noviembre de 2012.

<sup>88</sup> *Gaceta Oficial* No. 34.060, 27 de septiembre de 1988.

<sup>89</sup> Ante una acción de amparo interpuesta, la Sala Constitucional, luego de ratificar que “Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad” (art. 43 LAC), afirmó que para que pueda prosperar una acción de amparo contra el laudo, es necesario haber agotado el recurso natural de impugnación de la decisión de que se trate, en este caso, el recurso de nulidad. De tal manera, la Sala concluye estableciendo que “En el presente caso las accionantes no han expuesto motivo alguno que permita a esta Sala llegar al convencimiento de que el medio idóneo para lograr una efectiva tutela judicial era el amparo. Por el contrario, observa esta Sala que las accionantes disponían de una vía judicial ordinaria para atacar el laudo arbitral, como lo es el recurso de nulidad a que hace alusión el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, en cuyo caso el recurrente puede lograr la suspensión de los efectos del acto mediante el otorgamiento de caución, en razón de lo cual la acción propuesta debe declararse inadmisibile..., por cuanto las accionantes no agotaron la vía ordinaria, mediante el ejercicio del recurso de nulidad, de conformidad con el numeral 5 del artículo 6 de

errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisibles a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”<sup>90</sup>.

Esta tendencia general favorable al arbitraje se encontró, sin embargo, con un obstáculo bastante peligroso y que ha sido denunciado por la doctrina en Venezuela. En efecto, en sentencia de febrero de 2020, la Sala Constitucional decidió, ante la solicitud de una de las partes, solicitar al CEDCA el expediente arbitral, suspender el procedimiento y avocarse, ello por considerar la posible violación de garantías constitucionales, en particular, la soberanía alimentaria<sup>91</sup>.

Ahora bien, la jurisprudencia también ha ratificado el poder cautelar del árbitro, admitiendo que el auxilio judicial es solo para la ejecución, en cuyo caso ese auxilio es imperativo. Pero fuera de la ejecución, el árbitro tiene plena competencia para

---

la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 827, 23 de mayo de 2001, (*Grupo Inmensa, C.A. y la Corporación de Metales y Esmaltes Valencia, C.A.*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/827-230501-00-3203%20.HTM>

<sup>90</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL, sentencia No. 1541, 17 de octubre de 2008 (*Hildegard Rondón De Sansó, Álvaro Silva Calderón et al., recurso de interpretación del único aparte del artículo 258 de la Constitución*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>. Expresión que vuelve a ser citada en: TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL, sentencia No. 462, 20 de mayo de 2010, (*Gustavo E. Yélamo Lizarzábal en amparo contra el laudo emanado del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), el 11 de junio de 2009 y notificado el 3 de julio del 2009*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/462-20510-2010-10-0080.HTML>

<sup>91</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL, sentencia No. 0042 (*Alimentos Polar Comercial, C.A. (Antes Denominada Promesa)*). En este momento, la decisión completa no está disponible en la página oficial del Tribunal Supremo, pero puede verse en: <https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2020/03/SC-N%C2%BA-042-20-02-2020.pdf>

examinar los requisitos de procedencia de la medida<sup>92</sup>. En el caso de las medidas anticipadas, la jurisprudencia ha sostenido que en vista que el tribunal arbitral se constituye luego de entregada la solicitud de arbitraje, si las partes llegaran a necesitar una medida cautelar antes de la instalación de ese tribunal, pueden acudir para ello a la jurisdicción ordinaria, sin que ello implique, de ninguna manera, una renuncia a la justicia arbitral. Esta actuación no se traduce en que la parte se esté sometiendo a la jurisdicción ordinaria<sup>93</sup>.

Se ha reconocido, además, que el arbitraje puede dotar al sistema de la posibilidad de dictar medidas anticipadas. Un ejemplo de esto es el Reglamento del CEDCA que admite la posibilidad de nombrar un árbitro de emergencia que se pronuncie sobre la procedencia de la medida cautelar antes del nombramiento de los árbitros que conocerán de la controversia<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA, sentencia No. 2161, 10 de octubre de 2001, (*Arpigra Concesiones Viales, C.A. c. Gobernación del Estado Falcón*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/02161-101001-01-0539.HTM>; TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA, sentencia No. 1951, 11 de diciembre de 2003 (*Tim International, N.V. c. Venconsul N.V.*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/01951-111203-2003-1005.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1067, 3 de noviembre de 2010 (*Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., solicitud de revisión de la sentencia No. 687 de la Sala Político Administrativa de 21 de mayo de 2009*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>

<sup>93</sup> “Podrán solicitarse medidas cautelares antes de constituirse el panel arbitral, ante los Tribunales ordinarios que resulten competentes en base al objeto de la medida que se pretende, sin que tal actuación pueda considerarse incompatible con el acuerdo de arbitraje o como una renuncia a ese acuerdo”. Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1067, 3 de noviembre de 2010, cit.

<sup>94</sup> Reglamento de Conciliación y Arbitraje, 2020, art. 38.2: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualesquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros y previo el pago de los honorarios y gastos previstos en el Apéndice de Costos y Honorarios de este Reglamento, solicitar al Directorio del CEDCA que designe de la Lista oficial de árbitros, un Tribunal Arbitral de Urgen-

La jurisprudencia también ha sido clara en la aceptación de los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y de separabilidad del acuerdo arbitral<sup>95</sup> y ha dado un paso más allá. En efecto, la disposición contenida en el artículo II.3 de la Convención de Nueva York, que insta al juez a remitir a las partes a arbitraje a menos que compruebe que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable, ha hecho que los tribunales se pregunten hasta qué punto puede llegar el juez en el análisis del acuerdo sin violar el principio de *Kompetenz-Kompetenz* y su respuesta ha sido, que el tribunal solo puede hacer una verificación sumaria. Así, el juez debe limitarse a comprobar el carácter escrito del acuerdo, y no puede pronunciarse sobre los posibles vicios del consentimiento de las partes a la hora de suscribir el acuerdo arbitral, porque esa es competencia exclusiva del árbitro<sup>96</sup>. Solo si el juez com-

---

cia, compuesto, a juicio del Director Ejecutivo del CEDCA, por un (1) árbitro, para que resuelva exclusivamente sobre el decreto de las medidas cautelares solicitadas. La designación de este árbitro, la hará el Directorio del CEDCA entre los inscritos en la Lista oficial de árbitros que no estén actuando en ese momento como tales en un arbitraje administrado por el CEDCA. Cualquier medida decretada por dicho Tribunal Arbitral de Urgencia, podrá estar subordinada al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien obre la medida por los daños y perjuicios que ésta pudiere ocasionarle”.

<sup>95</sup> “...la Sala [Constitucional] ha reconocido los principios universalmente aceptados orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico que contiene al compromiso arbitral (*severability*, que plantea la distinción entre la alegación de nulidad del contrato, de la referida a la cláusula arbitral, evitando así “*torpedear*” al mecanismo con tan sólo alegar la nulidad del negocio de que se trate); así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (*kompetenz-kompetenz*), conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana”. Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1541, 17 de octubre de 2008, cit.

<sup>96</sup> “...a juicio de esta Sala el alcance de la voz ‘compruebe’ denota bajo una interpretación literal, teleológica y racional de la norma..., que la misma no pueda comportar la realización de un examen judicial de fondo y detallado del pacto arbitral, sino una verificación ‘*prima facie*’, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula



prueba que no hay un acuerdo por escrito puede reafirmar su jurisdicción, en caso contrario, debe declinarla y remitir a las partes a arbitraje.

Otra cuestión importante tiene que ver con la renuncia tácita al arbitraje. Algunas sentencias se han dedicado a interpretar el artículo 45 de la Ley de Derecho internacional privado<sup>97</sup>, en el sentido de entender que si las partes que, aun habiendo previamente acordado ir a arbitraje, deciden acudir a la jurisdicción ordinaria, además de someterse a esta, están renunciado tácitamente al arbitraje. Así, el Tribunal Supremo ha entendido que hay renuncia tácita al arbitraje cuando, habiéndose recurrido a la vía judicial, el demandado acude a juicio y no opone la cuestión previa de falta de jurisdicción consagrada en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, alegando la existencia de un acuerdo de arbitraje y sometién dose al conocimiento del tribunal ordinario. Tal renuncia se puede dar, bien porque la parte demandada solicite la declaratoria sin lugar de

---

arbitral; por lo que los órganos del Poder judicial al no advertir una manifiesta nulidad, ineficacia o inaplicabilidad, deberán remitir al arbitraje, las disputas sometidas a su conocimiento. No escapa al análisis de esta Sala, que igualmente existiría una amplia discrecionalidad en lo que debe entenderse por una verificación '*prima facie*', formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que podría derivar en la negación del principio competencia-competencia y la autonomía del acuerdo arbitral como elementos necesarios en nuestro ordenamiento jurídico para la garantizar el arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos. Por ello, este órgano jurisdiccional considera que la verificación sumaria debe limitarse a **(i) la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y (ii) que se excluya cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito**" (negrita en el original). Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1067, 3 de noviembre de 2010, cit.

<sup>97</sup> Art. 45: "La sumisión tácita resultará, por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva".

la demanda, contestando el fondo de la misma, bien reconviniendo o, incluso, habiendo quedado confesa (confesión *ficta*). También se considerará como renuncia tácita cuando se haya opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, pero no se haya hecho mediante el mecanismo procesal adecuado<sup>98</sup>.

Con esta interpretación de la renuncia tácita al arbitraje y sobre la base del principio *Kompetenz-Kompetenz*, la jurisprudencia ha construido la excepción de arbitraje –reconocido como un vacío de la Ley. En efecto, las diversas salas del Tribunal Supremo han afirmado que para que prospere la excepción de arbitraje es necesario que, luego del examen sumario al acuerdo arbitral al que hicimos referencia antes, el juez compruebe que hay un acuerdo por escrito y que existen conductas procesales de las partes orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse a arbitraje. Este segundo requisito, que tiene que ver con la conducta de las partes, implica, en primer lugar, que no haya una renuncia tácita al arbitraje y, por otra, que no haya fraude procesal. Si se verifican estos requisitos, entonces el tribunal venezolano se ve obligado a declinar su jurisdicción y dejar que las partes vayan a arbitraje, según fue su voluntad original<sup>99</sup>.

Quizá el paso jurisprudencial más importante tiene que ver con aceptar que, si el arbitraje forma parte del sistema de admi-

---

<sup>98</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA, sentencia No. 2831, 12 de diciembre de 2006 (*Tanning Reserch Laboratories, INC. c. Hawaiian Tropic de Venezuela, C.A.*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/12-85233-2006-1605-007.HTML>

<sup>99</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA, sentencia No. 1209, 20 de junio de 2001 (*Hoteles Doral C.A.*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 832, 12 de junio de 2002 (*Inversiones San Ciprian, C.A. e Inversiones Mill's, C.A. c. Ciudad Comercial Porlamar, C.A. [C.C.P.]*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00832-120602-02-0365.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 2831, 12 de diciembre de 2006, cit.

nistración de justicia, el árbitro puede hacer control difuso de la constitucionalidad de la ley. Debemos aquí mencionar la sentencia de la Sala Constitucional a la que se sometió el examen de un laudo dictado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, el 15 de septiembre de 2016, que desaplicó el artículo 41.j de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para uso Comercial que prohíbe el arbitraje y el fundamento de tal desaplicación fue que esa norma es contraria al artículo 258 de la Constitución que obliga al legislador a promover el arbitraje<sup>100</sup>. La Sala Constitucional calificó esa obligación como un “imperativo categórico” y resaltó la diferencia, que ya se había venido dibujando en la jurisprudencia, entre las materias en las cuales está interesado el orden público y la arbitrabilidad de la causa<sup>101</sup>. La Sala aclaró que el árbitro puede conocer de la controversia, aunque sea de orden público, pero lo que no puede hacer es desconocer las normas de protección de débiles jurídicos. Con ello también reconoce la Sala que una cosa es la autoridad que conoce del asunto y otra el Derecho material aplicable a la controversia.

Así, se consideró que la prohibición de ir a arbitraje en materia de arrendamiento inmobiliario para uso comercial es contraria a la obligación del legislador de promover el arbitraje, pero el árbitro debe aplicar las normas de protección del arrendatario como débil jurídico, porque el acuerdo arbitral no supone la renuncia a derechos y garantías establecidas en la ley. La sentencia da un paso más allá y reconoce que el arbitraje está llegando a terrenos que en principio le estaban vedados, es el caso del arrendamiento para uso comercial. En definitiva, el árbitro,

---

<sup>100</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL, sentencia No. 0702, 18 de octubre de 2018, cit.

<sup>101</sup> Al respecto, la Sala Constitucional ha afirmado, que “para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes”. Ver: TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL, sentencia No. 1541, 17 de octubre de 2008, cit.

como parte del sistema de administración de justicia, puede hacer control difuso de la constitucionalidad de la ley.

En relación con el recurso de nulidad, es difícil conocer el contenido de las decisiones que lo resuelven porque está en manos de tribunales de instancia. Pero conforme a aquellos recursos a los que hemos podido tener acceso, hemos de destacar algunos puntos. En primer lugar, la nulidad solo procede por las causales taxativamente establecidas en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, por ello no se admiten interpretaciones extensivas ni por analogía. En segundo término, el recurso de nulidad no es una apelación sobre el fondo, lo cual se deriva del carácter taxativo de las causales. Así, el juez de nulidad no va a volver a revisar la decisión del árbitro, se va a limitar a verificar que no se den las causales del artículo 44. En tercer término, vinculado con el principio pro arbitraje, se ha dejado muy en claro que el recurso de nulidad no es sustituible por la acción de amparo.

En todo caso, según las estadísticas manejadas por la doctrina, en los 20 años de vigencia de la Ley de Arbitraje solo se han anulado dos laudos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y 5, uno de ellos parcialmente, de los dictados en arbitrajes administrados por el CEDCA<sup>102</sup>.

En definitiva, podemos afirmar que el balance de la Ley ha sido positivo, lo cual ha sido de alguna manera impulsado por el reconocimiento constitucional del arbitraje y apuntalado por la acción de los Centros de Arbitraje. Según estadísticas reveladas cuando se celebraron los 125 años de la Cámara de Comercio de Caracas, su centro de arbitraje había conocido más de 450 expedientes y para el 2017 el CEDCA había tenido 145 casos. Quizá parezca poco, pero creemos que vamos avanzando por buen camino en entender al arbitraje, insistimos, no como un descongestionador de la jurisdicción ordinaria, sino como un instrumento eficiente para la tutela efectiva de los derechos.

---

<sup>102</sup> SANTANA PÉREZ y ESIS VILLAROEL, "Arbitraje comercial interno e internacional en Venezuela", ob. cit., p. 628.

**OTRAS MIRADAS DEL ORDEN PÚBLICO  
INTERNACIONAL EN EL RECONOCIMIENTO Y  
EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES  
EXTRANJEROS**

**María Blanca Noodt Taquela\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. ORDEN PÚBLICO INTERNO, INTERNACIONAL Y TRANSNACIONAL; 3. ARBITRAJE; 4. EXISTENCIA DE VALORES GLOBALES: INCIDENCIA EN LA EVALUACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL; 5. ANÁLISIS DE ALGUNOS VALORES GLOBALES. 6. CONCLUSIONES.

### **1. Introducción**

La contribución del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) para el desarrollo del Derecho internacional privado es tan grande, que constituye el tema de la totalidad de este libro, el que tiene como antecedente el seminario realizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y CONICET, durante el año 2020.

Este capítulo aborda el aporte del CCCN en la concepción del orden público internacional, enfocándose en el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

---

\* Profesora de Derecho internacional privado y Arbitraje comercial de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de la Academia de La Haya de Derecho internacional en el curso de 2012.

## 2. Orden publico interno, internacional y transnacional

El orden público es una institución que aparece en todas o casi todas las ramas del derecho, pero es el derecho internacional privado el que realiza la distinción entre orden público interno y orden público internacional.

Savigny, al describir su método de localización, realizó el “descubrimiento del orden público”, aunque no utilizó esta formulación. Expresó: “[...]Para decidir sobre una relación de derecho en el caso de colisión entre diferentes Estados independientes, debía aplicar el juez el derecho local a que perteneciese la relación de derecho litigiosa sin distinguir si este derecho es el de su país o el de un Estado extranjero”<sup>1</sup>, para luego agregar que “[...] Una restricción a este principio son las “leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria, por lo cual no admiten esta libertad de apreciación que no tiene en cuenta los límites de los verdaderos Estados”<sup>2</sup>.

Charles Brocher fue quien utilizó las expresiones orden público interno y orden público internacional, al conjugar imperatividad y territorialidad, señaló que son “leyes que se muestran de tal modo imperativas que parece, en su naturaleza, que son observadas de modo absoluto en el territorio de los Estados que las han reconocido”<sup>3</sup>.

En general, se cree que la introducción de una distinción entre las nociones de “orden público interno” y “orden público internacional” tuvo lugar dentro del Derecho internacional privado a finales del siglo XIX. La doctrina italiana, al explicar qué significan estas nociones, señaló que el orden público interno giraba en función de la inderogabilidad de ciertas normas,

---

<sup>1</sup> SAVIGNY, F.C. de *Sistema de Derecho Romano actual*, traducción de la edición en alemán de 1849 por M. Ch.Guenoux y al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, tomo VI, Madrid, F. Góngora y Compañía, Editores, 1879, parag. 348, p. 140.

<sup>2</sup> SAVIGNY, *op.cit.* en nota 1, parag. 349, pp. 142 ss.

<sup>3</sup> BROCHER, Charles, “*Teorie du droit international privé*”, *Rev. dr. int. leg. comp.* 1871, p. 423, cit. por PORRES AZCONA, Juan Antonio *Orden público y Poder ejecutivo*, tesis presentada en la Universidad Complutense de Madrid, 1975, p. 196, nota 119, disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54394>.

mientras que el orden público internacional se refería a toda una serie de “principios fundamentales ... que no siempre y necesariamente deben considerarse inderogables”<sup>4</sup>.

El Derecho internacional privado al distinguir entre orden público interno y orden público internacional, concibe al orden público interno como el límite a la autonomía de la voluntad de las partes en situaciones privadas internas y al orden público internacional como el límite a la aplicación del derecho extranjero, así como valla para el reconocimiento de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros.<sup>5</sup> El orden público internacional – agregamos– es límite también a la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales y a la cooperación judicial internacional en general, que incluye –en nuestro modo de ver –el reconocimiento de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros<sup>6</sup>.

En Argentina, el art. 12 del CCCN, al disponer que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público, se refiere indudablemente al orden público interno, en tanto el art. 2600 del mismo CCCN contempla el orden público internacional y lo hace con una formulación apropiada:

*Orden público. Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.*

Ni el art. 12 ni el 2600 mencionan el orden público interno ni el internacional, pero del contenido de sendas disposiciones y de la ubicación dentro de los respectivos libros y títulos del

---

<sup>4</sup> BROCHER, Charles, citado por GONZALO QUIROGA, Marta *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 66.

<sup>5</sup> BATTELLO CALDERÓN, Silvio J. *El orden público en el Derecho internacional privado del MERCOSUR*, Córdoba, Advocatus, 2012, pp. 24-25.

<sup>6</sup> NOODT TAQUELA, María Blanca “Applying the most favourable treaty or domestic rules to facilitate private international law co-operation”, *Recueil des Cours /Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Leiden/Boston, Bill Nijhoff, 2016, tome 377, pp. 121-318, parag. 68, p. 166.

CCCN, es indudable que el primero se refiere al orden público interno y el segundo al orden público internacional.

También se ha conceptualizado al orden público interno como el conjunto de las normas coactivas de la legislación interna y al orden público internacional como el orden público regulado en las legislaciones internas para las relaciones internacionales.

La distinción entre ambos conceptos es más clara aún en la Ley argentina de arbitraje comercial internacional, ley 27.449 promulgada en 2018<sup>7</sup>, que contempla como una de las causales para denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral, que pudiera ser contrario al orden público internacional argentino (art. 104, b. II), en tanto incluye entre las causales de nulidad que el laudo sea contrario al orden público argentino (art. 99, b, II), diferenciando así ambos conceptos.

Todos los instrumentos internacionales, por su parte, mencionan el orden público como causal para denegar el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero (art. V. 2. b. de la Convención de Nueva York de 1958, art. 5. 2. b. de la Convención de Panamá de 1975, art. 36. 1. b. de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de UNCITRAL de 1985, texto que no fue modificado en 2006, entre otros). Se entiende que la referencia al “orden público” en los tratados internacionales, así como en la Ley Modelo, alude al orden público internacional del Estado donde se pide el reconocimiento o le ejecución.

Pierre Lalive desarrolló magistralmente el concepto de orden público transnacional o universal o verdaderamente internacional, en su conocido trabajo publicado en 1986<sup>8</sup>. Afirmó que no es sencillo discernir este concepto de orden público transnacional a través de la práctica y de los diversos vocabularios utilizados, lo que evidencia verdaderamente que la noción

---

<sup>7</sup> La ley 27.449 de arbitraje comercial internacional fue promulgada el 25 de julio de 2018 y publicada en el Boletín Oficial el 26 de julio de 2018. Disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/>

<sup>8</sup> LALIVE, Pierre “Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international”, *Revue de l'arbitrage*, 1986, n° 3, pp. 329-374.



a lo que se refiere simplemente –si es que puede utilizarse esa expresión– es a los principios generales, comunes e incluso fundamentales del derecho del comercio internacional de la *lex mercatoria*, de un derecho transnacional en formación o incluso de un derecho internacional de los contratos. Se puede pensar –continuaba Lalive– que, entre estos principios, solamente aquellos que aparecen como esenciales, como sostenidos por un consenso muy grande, sino universal, que gozan de una fuerza imperativa particular, vista su importancia, merecen ser considerados como que constituyen el concepto de orden público transnacional<sup>9</sup>.

A pesar de los importantes desarrollos doctrinarios e incluso jurisprudenciales sobre la distinción, la noción de orden público se ha considerada vaga y no susceptible de ser definida: al menos así fue expuesto en el grupo de trabajo de UNCITRAL que preparaba las modificaciones a la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional que fueron adoptadas en 2006. Se señaló en esa oportunidad que existían tres tipos de orden público: 1) el orden público interno que comprende las normas coactivas de la legislación interna; 2) el orden público regulado en las legislaciones internas para las relaciones internacionales y 3) las limitadas reglas establecidas en el nivel transnacional a las que a veces se alude como orden público internacional o verdaderamente internacional<sup>10</sup>.

Entre muchos autores, destacamos a Fouchard, Gaillard y Goldman quienes señalaban que los tribunales han trazado una clara distinción entre el orden público interno y el orden público internacional y que, en consecuencia, no pueden invocarse

---

<sup>9</sup> LALIVE, *op.cit.*, en nota 8, p. 333. La traducción del francés es de la autora.

<sup>10</sup> Informe del grupo de trabajo sobre arbitraje, reunión del 12 al 16 de mayo de 2003, UN Doc A/CN.9/524, parag. 38. Disponible en: <https://uncitral.un.org/>

las normas imperativas del derecho francés para oponerse a la ejecución de un laudo arbitral extranjero<sup>11</sup>.

La concepción restringida del orden público internacional fue muy claramente expresada en el famoso caso *Parsons & Whittemore*, resuelto por los tribunales de EUA en 1974<sup>12</sup>. En *Parsons* se resolvió que el laudo podría ser atacado a través de la defensa de orden público únicamente si “...la ejecución violara las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado del foro”, razón por la cual - afirma Jan Paulsson - *Parsons* sigue siendo un faro orientador al ser uno de los primeros casos de ejecución en los Estados Unidos desde que el país adoptó la Convención de Nueva York<sup>13</sup>.

En la jurisprudencia argentina debemos señalar el caso resuelto por la CSJN el 1 de junio de 2004, *José Cartellone Construcciones Civiles SA c/ Hidroeléctrica Norpatagónica SA o Hidronor SA s/ proceso de conocimiento*, en el que se sostuvo que las partes pueden cuestionar un laudo arbitral cuando es contrario a la Constitución o ilegal o irrazonable<sup>14</sup>. Es importante tener en cuenta que en *Cartellone* no se trataba de un laudo extranjero, ni de un arbitraje internacional, y que por otra parte existía un fuerte interés del Estado Argentino de que se revisara el monto del laudo debido a que la demandada era una empresa del Estado. Afortunadamente el criterio de *Cartellone* ha sido dejado de lado por la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Cámara Nacional en lo Comercial.

---

<sup>11</sup> FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN *On International Commercial Arbitration*, Gaillard, E./ Savage, J. (eds), Dordrecht, Kluwer Law International, 1999, parag. 1647.

<sup>12</sup> *Parsons & Whittemore Overseas v Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA)* [ 1974 ], 508 F.2d 969.

<sup>13</sup> PAULSSON, Jan, “El orden público como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales”, en Guido S. TAWIL et al. (eds.), *Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 609-616, p. 611.

<sup>14</sup> CSJN, 1 de junio de 2004, *José Cartellone Construcciones Civiles SA c/ Hidroeléctrica Norpatagónica SA o Hidronor SA s/ proceso de conocimiento*, considerando 14. Disponible en: <https://csjn.gov.ar/>

El concepto del orden público internacional, tal como se entiende en Derecho internacional privado, concebido con carácter excepcional y restringido, fue expresado acertadamente en la declaración formulada por la República Oriental del Uruguay al firmar la Convención sobre normas generales de Derecho internacional privado, adoptada en Montevideo el 6 de mayo de 1979<sup>15</sup>.

### 3. Arbitraje

El arbitraje es el método natural de resolución de las controversias del comercio internacional y las normas y desarrollos en la materia se desenvuelven preponderantemente en un marco universal. La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, adoptada en Nueva York, 10 de junio de 1958, con 168 Estados Partes<sup>16</sup> y la Ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 11 de diciembre de 1985, con las modificaciones adoptadas en 2006, son claros ejemplos de que el arbitraje internacional se desarrolla en la esfera universal.

El Digesto de casos de aplicación de la Ley modelo elaborado por UNCITRAL en 2012<sup>17</sup>, la Guía sobre la Convención de Nueva York de 1958, preparada por la Secretaría de UNCITRAL, con la asistencia de los profesores George Bermann y Emanuelle Gaillard, publicada en 2016<sup>18</sup>, el sitio web [www.newyorkconvention.org](http://www.newyorkconvention.org), creado por iniciativa de Albert Jan van den Berg<sup>19</sup>, así como los trabajos de la International Bar

---

<sup>15</sup> Disponible en : <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>

<sup>16</sup> Información al 5 de mayo de 2021, disponible en: <https://uncitral.un.org/>

<sup>17</sup> Disponible en: <https://uncitral.un.org/en/library/publications>; último acceso 5 de mayo de 2021.

<sup>18</sup> Disponible en: [newyorkconvention1958.org](http://newyorkconvention1958.org). El sitioweb fue desarrollado por Shearman & Sterling y Columbia Law School, en cooperación con UNCITRAL.

<sup>19</sup> Disponible en: [www.newyorkconvention.org](http://www.newyorkconvention.org); último acceso 5 de mayo de 2021.

Association (IBA) de 2015 son ejemplos de cómo los desarrollos se realizan a nivel universal.

Por otra parte, el arbitraje internacional ha elaborado algunos principios que se aplican en la práctica y que se han recogido también en numerosos sistemas legales: Emmanuel Gaillard se refirió al efecto negativo del principio *competence-competence*, explicando que, en su formulación más sencilla, el principio impone a los tribunales que se abstengan de examinar la jurisdicción de los árbitros antes de que los mismos árbitros hayan tenido oportunidad de hacerlo<sup>20</sup>. La expresión “efecto negativo del principio *competence-competence*” fue acuñada por el propio Emmanuel Gaillard en 1994<sup>21</sup> y adquirió carta de ciudadanía en el mundo global del arbitraje internacional.

Gaillard recopila las legislaciones que en los últimos años han adoptado el principio *competence-competence*, tales como Hong Kong, desde 1992, Singapur desde 2005, Colombia desde 2007, Mauricio desde 2008, las Filipinas desde 2009, Venezuela desde 2010 y Argentina desde 2015<sup>22</sup>. En Argentina el principio había sido aplicado con anterioridad a su sanción legislativa en el caso resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, el 28 de octubre de 2009, *Harz Und Derivate v. Akzo Novel Coating S.A*, también citado por Gaillard.

#### **4. Existencia de valores globales: incidencia en la evaluación del orden público internacional**

La mundialización o globalización que apareció primero como un fenómeno económico, se fue evidenciando en numero-

---

<sup>20</sup> GAILLARD, Emmanuel “The use of comparative law methodology in international arbitration”, *Ius Comparatum* 1-2020, International Academy of Comparative Law, disponible en: [aicc-iacl.org](http://aicc-iacl.org). pp. 1-35, p. 11.

<sup>21</sup> GAILLARD, Emmanuel, “Convention d’arbitrage”, *Juris Classeur: Droit International*. 1994, Fascicle 586-5, paragr. 49-50; FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN *On International Commercial Arbitration*, op. cit. en nota 11, esp. paragr. 660; GAILLARD, op. cit., en nota 20., p. 11, nota 40.

<sup>22</sup> Artículo 1656 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; GAILLARD, op. cit., en nota 20, pp. 11-12.

sos aspectos, que comprenden incluso concepciones políticas, culturales, jurídicas e ideológicas.<sup>23</sup> Así, puede hablarse de valores globales que imperan en la sociedad mundial, aunque hay que reconocer que quizás algunos se expresan en forma más evidente en el mundo occidental.

La existencia de valores globales incide en la evaluación del orden público internacional en general y en particular al momento de juzgar sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Es que en la medida en que los países comparten algunos valores esenciales, será difícil que pueda plantearse con éxito una defensa de orden público internacional en relación con esas cuestiones, ya que habrá coincidencia entre las concepciones imperantes en el país de la sede del arbitraje, el país cuyo derecho sea aplicable al fondo de la controversia y el país en dónde se pretende el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral extranjero<sup>24</sup>.

Señalaba George Bermann en su Relato general sobre *Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros: la interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York por los tribunales nacionales*, preparado con el aporte de 44 relatos nacionales para el Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, que tuvo lugar en Viena en julio de 2014, que es de algún

---

<sup>23</sup> Entre muchas otras obras, puede verse: CALVO CARAVACA Alfonso Luis / BLANCO-MORALES LIMONES Pilar *Globalización y Derecho*, Madrid, Colex, 2003.

<sup>24</sup> Hemos planteado la incidencia de los valores globales en la evaluación del orden público internacional en el arbitraje internacional en una investigación llevada a cabo en las Universidades de Edimburgo y Lincoln del Reino Unido, que dio lugar a la publicación de nuestro capítulo en coautoría con Ana Maria Daza-Clark, "The Role of Global Values in the Evaluation of Public Policy in International Investment and Commercial Arbitration", en *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law*, Veronica Ruiz Abou-Nigm, Kasey McCall-Smith y Duncan French (eds), Oxford, Hart, 2018, pp. 121-144. También analizamos la cuestión en NOODT TAQUELA, María Blanca "Incidencia de los valores globales en la evaluación del orden público internacional en el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 6 de marzo de 2019, pp. 3-10.

modo sorprendente que existan pocas decisiones judiciales en las que se haya discutido la defensa del orden público, y que el tema es más bien motivo de discusiones doctrinarias<sup>25</sup>. Pensamos que la existencia de valores globales puede ser una de las causas por las cuales hay pocos fallos que analizan el orden público como defensa contra el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

El tema ha sido indudablemente de interés porque poco tiempo después del Congreso de Viena de 2014, hacia fines de 2015, se realizó una investigación sobre laudos dictados de acuerdo al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) para determinar en qué circunstancias y en qué medida los tribunales arbitrales consideran el orden público o las normas de policía del Estado donde podría ser ejecutado el laudo arbitral. Se hizo una preselección de 563 laudos arbitrales que podrían eventualmente tener relevancia y luego de una cuidadosa revisión, quedaron reducidos a 10 los laudos que efectiva y específicamente abordaban el tema. Los resultados del análisis fueron presentados en un artículo publicado en el Boletín de la ICC en 2016, junto con los extractos más relevantes de los diez laudos<sup>26</sup>.

Siempre en línea que sostenemos, sobre la existencia de valores globales reconocidos por la mayoría de los países, creemos que esta es quizás una de las razones por las cuales surgió la posibilidad de ejecutar un laudo anulado en el país de la sede del arbitraje. Cuando estos valores globales no son respetados por el estado de la sede y los jueces basan la nulidad del laudo

---

<sup>25</sup> BERMANN, George A., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: the Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, London, Springer, 2017, p.60, parag. 4.2.7.1

<sup>26</sup> NAIRAC, Charles, ALEJNIKOVA, Elina y THADIKKARAN, Manu "To What Extent Do Arbitral Tribunals Take into Account Public Policy in the Jurisdictions of Prospective Enforcement of an Award? An Analysis of ICC Awards", *Public Policy and the Enforceability of Arbitral Awards*, ICC Dispute Resolution Bulletin, Paris, International Chamber of Commerce (ICC), 2016-1, pp. 3-73.

en concepciones apartadas de estos valores globales, la “comunidad internacional” permite la ejecución en otros estados.

Además, esta doctrina y jurisprudencia surgió promediando la década de los noventa, justamente cuando la globalización estaba en su apogeo, mientras que no hay antecedentes que permitan imaginar la posibilidad de ejecución de un laudo anulado en la sede, durante las primeras décadas de aplicación de la Convención de Nueva York.

Los casos en los que se ha discutido la ejecución de laudos anulados son relativamente pocos y ampliamente conocidos: *Norsolor*, *Hilmarton*, *Chromalloy*, *Sonatrach*, *Baker Marine*, *Spier*, *Bechtel*, *Karaha Bodas Company*, *Termorio*, *Putrabali*. Los países cuyos tribunales han resuelto estos casos son muy pocos: solamente Francia, Bélgica y Estados Unidos de América.

¿Es posible ejecutar en Argentina un laudo que fue anulado en el Estado en donde tuvo su sede el tribunal arbitral? Hasta donde llega nuestro conocimiento de la jurisprudencia argentina, los tribunales no han tenido oportunidad de expedirse sobre este tema y los comentarios de la doctrina nacional se refieren a los casos conocidos de la jurisprudencia extranjera.<sup>27</sup>

En la medida en que los países comparten algunos valores esenciales, será difícil que pueda plantearse con éxito una defensa de orden público internacional en relación con esas cuestiones, ya que habrá coincidencia entre las concepciones imperantes en el país de la sede del arbitraje, el país cuyo derecho sea aplicable al fondo de la controversia y el país en donde se pretende el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral extranjero. Si el país de la sede no comparte los valores globales que imperan en la sociedad en un momento determinado y

---

<sup>27</sup> CORDOBA, Julio C. “¿Es posible ejecutar un laudo que ha sido anulado?”, Disponible en: [www.diprargentina.com](http://www.diprargentina.com), publicado el 16/06/2007; RIVERA, Julio C. “Arbitraje internacional. Criterios opuestos reflejados en dos sentencias relevantes, (comentario a Corte de Distrito de Columbia, Estados Unidos, 25/05/2007, Termorío c. Electrificadora del Atlántico y Corte de Casación de Francia, 1ª. Civil, 29/06/2007, Société PT Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding et Société Mnogutia Est Epices)”, *Revista La Ley*, Buenos Aires, 17/03/2008, pp. 7 ss.

decreta la nulidad del laudo, es posible que en algún otro país se disponga la ejecución del laudo anulado.

## **5. Análisis de algunos valores globales**

Entre otros valores globales que nuestra sociedad reconoce, podemos mencionar el rechazo de toda forma de corrupción, la prohibición de discriminación ya sea basada en raza, religión, género o cualquier otra circunstancia y el respeto al debido proceso.

### **I. Rechazo de las prácticas corruptas**

Uno de los paradigmas de estas últimas décadas es la lucha contra la corrupción que se evidencia en primer lugar por la adopción de tratados internacionales –tanto en el marco de las Naciones Unidas, como de la Organización de los Estados Americanos– que han recibido una masiva ratificación o adhesión de prácticamente todos los países del mundo. Así, se han concluido la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003<sup>28</sup> y la Convención interamericana contra la corrupción, firmada en Caracas el 29 de marzo de 1996<sup>29</sup>.

Si bien el tema de la corrupción ha sido debatido en muchos casos de arbitraje de inversión<sup>30</sup> las consideraciones efectuadas en esos procesos arbitrales, las conductas que deben adoptar los árbitros frente a los casos en que se invoque

---

<sup>28</sup> La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, fue aprobada por Res. 58/4 de la Asamblea General de la ONU, entró en vigencia el 14 de diciembre de 2005 y tiene 187 Estados Partes al 5 de mayo de 2021. Información disponible en: <https://treaties.un.org>

<sup>29</sup> La Convención interamericana contra la corrupción, celebrada en Caracas el 29 de marzo de 1996, entró en vigencia el 6 de marzo de 1997 y tiene 34 Estados Partes al 5 de mayo de 2021. Información disponible en: <http://www.oas.org>

<sup>30</sup> *World Duty Free Company Limited v The Republic of Kenya*, Caso CIADI, N° Arb/00/7, Laudo del 4 de octubre de 2006.



y se demuestre que existieron prácticas corruptas para obtener –por ejemplo la adjudicación de licitaciones– son aplicables al arbitraje comercial internacional, en tanto lamentablemente la corrupción aparece también en las contrataciones con empresas privadas y por cierto en los supuestos en que un Estado encomienda la realización de grandes obras o contrata suministros internacionales<sup>31</sup>.

Prueba de ello son las reglas adoptadas por la Cámara de Comercio internacional para combatir la corrupción y la cláusula sugerida al efecto.<sup>32</sup> Existe una conciencia generalizada de los medios de comunicación, de los tribunales arbitrales y de la sociedad en términos generales, que se proponen desbaratar o al menos no permitir que se convaliden las prácticas corruptas<sup>33</sup>.

## II. Eliminación de toda discriminación

El impacto de los derechos humanos en todas las áreas del derecho es un fenómeno al que se viene asistiendo hace más de medio siglo; la preocupación por la protección de los derechos humanos superó hace mucho las áreas del derecho público, especialmente el derecho constitucional, para expandirse por el derecho de familia, la protección de la persona y el derecho de los negocios internacionales. Es así como el arbitraje comercial internacional se hace cargo de este estándar del mundo actual que prohíbe cualquier tipo de discriminación<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> BONELL, Michael J./ MEYER, Olaf, *The impact of Corruption on International Commercial Contracts, General Report Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Springer International Publishing, 2015; ICC International Court of Arbitration Bulletin, *Tackling Corruption in arbitration*, vol 24/Special Supplement, 2013.

<sup>32</sup> ICC Rules on Combating Corruption, 2012, ICC Publication No. 740E

<sup>33</sup> Puede verse: *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, Dossier XIII, ICC Institute of World Business Law, Paris, ICC Publication No. 768E, 2015.

<sup>34</sup> FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia "Public Policy: Common Principles in the American States" *Recueil des Cours*, vol. 379, 2016, pp-73-396; ARGERICH,

Entre los tratados internacionales que prohíben distintas formas de discriminación, pueden mencionarse la Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial, adoptada en Nueva York, el 7 de marzo de 1966, que tiene 182 Estados Partes<sup>35</sup> y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, aprobada en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, que tiene 189 Estados Partes<sup>36</sup>. Ello, sin perjuicio de que los tratados de derechos humanos en general incluyen también normas que prohíben las discriminaciones.

### III. Garantía del debido proceso

El respeto del debido proceso es un principio que impera en el arbitraje del mismo modo que en los procesos judiciales, a tal punto que se realiza una distinción entre el orden público sustancial y el orden público procesal, que la mayoría de los países acepta<sup>37</sup>.

Es importante señalar que las infracciones al debido proceso deben ser serias e intolerables para que puedan considerarse comprendidas en el orden público internacional y por ende configurarse la causal que impida el reconocimiento del laudo extranjero<sup>38</sup>.

Además de que las infracciones graves al debido proceso puedan encuadrarse en la causal del orden público interna-

---

Guillermo “Derechos humanos y arbitraje: ¿una pareja prohibida? Lanzamiento de las Reglas de La Haya sobre Arbitraje Empresarial y de Derechos Humanos”, Buenos Aires, *elDial.com*, 2020.

<sup>35</sup> La Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial, adoptada en Nueva York, el 7 de marzo de 1966, tiene 182 Estados Partes, según información al 5 de mayo de 2021, disponible en: <https://treaties.un.org/>

<sup>36</sup> La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, aprobada en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, tiene 189 Estados Partes, según información al 5 de mayo de 2021, disponible en: <https://treaties.un.org/>

<sup>37</sup> BERMANN, *op. cit.* en nota 25, p. 60.

<sup>38</sup> BERMANN, *op. cit.* en nota 25, p. 45

cional, constituyen una causal autónoma para oponerse al reconocimiento o ejecución de los laudos arbitrales, contemplada por la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975. El artículo V. 1. b) de la Convención de Nueva York dispone:

*Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: [...]*

*b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o*

La imposibilidad de hacer valer sus medios de defensa, es precisamente la afectación de la garantía del debido proceso.

La Convención de Panamá adopta el mismo texto en el art. 5. 1. b).

## **6. Conclusiones**

La defensa del orden público internacional como causal para impedir el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, no provoca actualmente muchos planteos judiciales, debido a que existen puntos de convergencia fundamentales en el derecho del comercio internacional entre los distintos países del mundo. Especialmente en lo que se refiere al fondo de la controversia, no se advierten mayores divergencias en las concepciones básicas sobre los temas que constituyen las materias arbitrables y los valores fundamentales que se protegen en los distintos países y que podrían hacer prosperar planteos de orden público internacional.

Existen normas y principios transnacionales que son el emergente de los valores globales imperantes en las concepciones del comercio internacional entre los distintos países. Las normas y principios transnacionales son aplicados por los tri-

bunales judiciales, que de este modo expresan los valores globales, tal como lo han demostrado siempre los tribunales arbitrales.

En cambio, el orden público internacional puede ser invocado más frecuentemente en relación con cuestiones procesales del arbitraje, expresión de la importancia que se asigna al debido proceso arbitral, que constituye por sí mismo un valor global.

Finalmente señalamos que mientras los principios de orden público internacional se adaptan constantemente a las necesidades y los valores sostenidos por una sociedad en un momento determinado, su aplicación por los tribunales arbitrales internacionales y por los jueces estatales que controlan los laudos arbitrales, requiere una interpretación acorde con una coherencia global sistémica.

# LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO DEL LITIGIO POR LAS PARTES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

**Julio César Rivera (h)\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. LA ELECCIÓN POR LAS PARTES DEL DERECHO O DE LAS NORMAS DE DERECHO APLICABLES AL FONDO DE LA CONTROVERSI EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL; 3. LÍMITES A LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO DEL LITIGIO LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS Y LOS PRINCIPIOS DE ORDEN PÚBLICO; 4. CONCLUSIÓN.

## **1. Introducción**

Una de las ventajas del arbitraje comercial internacional es que las partes tienen amplia autonomía para acordar el derecho o las normas de derecho que rigen su relación contractual<sup>1</sup>. Si bien el principio de la autonomía de las partes en los contratos comerciales internacionales está reconocido casi universalmente<sup>2</sup>, el alcance de su reconocimiento puede variar en función de

---

\* Profesor de la Universidad de San Andrés y Profesor Global Adjunto de la Universidad de Nueva York. Abogado (UCA), LL.M (Harvard Law School) y Doctor en Derecho (UBA).

<sup>1</sup> BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, 3º ed., Wolters Kluwer, 2021, p. 82.

<sup>2</sup> SYMEONIDES, Symeon C., "The scope and limits of party autonomy in international contracts: a comparative analysis", en FERRARI, Franco y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (eds.), *Private International Law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Elgar, 2019, p. 101. Sin embargo, en algunos países, como Brasil, el principio de autonomía de la voluntad sólo

la elección de las partes del método de resolución de conflictos<sup>3</sup>. El arbitraje comercial internacional suele ofrecer a las partes una mayor discreción en la elección del derecho estatal o de las normas jurídicas que regirán su relación contractual que el que ofrece el litigio ante tribunales estatales<sup>4</sup>.

El propósito de este trabajo es examinar el alcance del principio de autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable al fondo del litigio en el arbitraje comercial internacional y analizar los límites existentes a dicho principio.

## **2. La elección por las partes del derecho o de las normas de derecho aplicables al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional**

### **I. El reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad**

El principio de autonomía de las partes constituye uno de los pilares del arbitraje comercial internacional<sup>5</sup>. La mayoría de los tratados internacionales<sup>6</sup>, las leyes de arbitraje nacio-

---

se reconoce, en principio, en los contratos internacionales cuyas controversias se someten a arbitraje (véase MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, 2018, pp. 354-356).

<sup>3</sup> Para un análisis comparativo del alcance del principio de autonomía de la voluntad en los procedimientos judiciales y en el arbitraje internacional, véase Giuditta CORDERO-MOSS, "Foundations, limits and scope of party autonomy", en FERRARI Y FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Private International Law...*, cit., p. 71.

<sup>4</sup> SILBERMAN, Linda y FERRARI, Franco, "Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong", en FERRARI, Franco y KRÖLL, Stefan (eds), *Conflicts of Laws in International Arbitration*, Juris, 2019, p. 371, 374.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 376.

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, el art. VII(1) de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 ("Las partes podrán determinar libremente, mediante acuerdo, la ley que deberán aplicar los árbitros al fondo del litigio"). Algunos autores sostienen que la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en

nales<sup>7</sup> y los reglamentos institucionales<sup>8</sup> reconocen la validez de las disposiciones contractuales sobre la elección del derecho aplicable y, por lo tanto, establecen que los árbitros deben decidir los litigios de acuerdo con el derecho sustantivo elegido por las partes.

En Argentina, el art. 79 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, "ley 27.449" o "LACI") –basado el art. 28.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI (en adelante, la "Ley Modelo")– establece que "el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio". Como se explica a continuación, de conformidad con esta disposición, las partes gozan de "plena autonomía" para acordar el derecho aplicable al fondo del litigio<sup>9</sup>.

## **II. El ámbito de aplicación del art. 28.1 de la Ley Modelo y del art. 79 de la LACI**

El art. 28(1) de la Ley Modelo y el art. 79 de la LACI se refieren a las normas de derecho "aplicables al fondo del liti-

---

adelante, la "Convención de Nueva York") exige –implícitamente– el reconocimiento de los acuerdos de elección de ley cuando se realizan conjuntamente con un acuerdo arbitral regido por la Convención (BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2880).

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, el art. 28(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI. Entre las jurisdicciones que han seguido el criterio de La Ley Modelo, véase el art. 28.1 de la Ley de Arbitraje de Chile, el art. 1051 del Código Procesal Civil de Alemania; el art. 64 de la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong, el art. 32.1 de la Ley de Arbitraje de Singapur.

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, el art. 21.1 del Reglamento de la CCI (2021) ("Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia"); el art. 31.1 del Reglamento del ICDR (2014) ("El tribunal arbitral aplicará la(s) ley(es) sustantiva(s) o las normas jurídicas acordadas por las partes como aplicables a la controversia"); art. 36.1 del Reglamento de Arbitraje Administrado por HKIAC (2018) ("El tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia de conformidad con las normas jurídicas acordadas por las partes").

<sup>9</sup> Binder, Peter, *International Commercial Arbitration and Mediation in Uncitral Model Law Jurisdictions*, 4ªed., Wolters Kluwer, 2019, p. 399.

gio". La primera duda interpretativa que se genera se vincula con la noción de "litigio". En efecto, además de cuestiones puramente contractuales, en un eventual litigio pueden tener que ser resueltas cuestiones societarias, de defensa de la competencia, de insolvencia o de capacidad de las partes. ¿Todos estos aspectos se encuentran regidos por el derecho elegido por las partes? ¿O el principio de autonomía de la voluntad se limita, en principio, a los aspectos puramente contractuales? Muchas de estas cuestiones se vinculan con normas nacionales de naturaleza imperativa que excluyen la vigencia del principio de autonomía de la voluntad a los fines de la determinación del derecho aplicable. Al respecto, los principales instrumentos internacionales o supranacionales de derecho internacional privado y de *soft law* –que reconocen la vigencia del principio de autonomía de la voluntad en materia de contratos comerciales internacionales– expresamente excluyen determinadas cuestiones de su ámbito de aplicación respecto de las cuales no existe consenso acerca de la vigencia y alcance de dicho principio<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, los Principios de La Haya sobre la Elección de la Ley en los Contratos Comerciales Internacionales, aprobados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2015) (en adelante "Principios de La Haya") –que reconocen el principio de autonomía de la voluntad como principio general aplicable en materia de contratos comerciales internacionales– excluyen de su ámbito de aplicación las siguientes cuestiones: a) la capacidad de las personas físicas; b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; c) las sociedades u otros organismos colectivos y los fideicomisos; d) la insolvencia; e) los efectos patrimoniales de los contratos; f) la cuestión de si un agente puede obligar a un mandante frente a un tercero" (Art. I.3).

En sentido similar, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 (en adelante, la "Convención de México") excluye de su ámbito de aplicación: "a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes; b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de



---

familia; c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito; d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores; e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general (Art. 5).

Asimismo, el Reglamento (CE) nº 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, "Reglamento Roma I") excluye de su ámbito de aplicación las siguientes cuestiones: a) el estado civil y la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13; b) las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos; c) las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones; d) las obligaciones que se deriven de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones nacidas de estos últimos instrumentos se deriven de su carácter negociable; e) los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente; f) las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas; g) la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica; h) la constitución de trusts, las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios; i) las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato; j) los contratos de seguros que se derivan de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas a las que se hace referencia en el artículo 2 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida (1), y que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean parte de una empresa o grupo de empresas, actividad profesional o conjunto de actividades profesionales, en caso de fallecimiento, supervivencia, cesación o reducción de actividades, enfermedad relacionada con el trabajo o accidentes laborales (Art. 1.2).

Las leyes de arbitraje nacionales –a diferencia de los principales instrumentos internacionales o supranacionales de derecho internacional privado y de *soft law*<sup>11</sup>– tampoco definen lo que debe entenderse por "fondo" del litigio. Como señala Bermann, los sistemas jurídicos nacionales difieren en cuanto a las normas que deben considerarse sustantivas o procesales<sup>12</sup>. Por ejemplo, las cuestiones relativas a la carga de la prueba y la prescripción se consideran sustantivas en las jurisdicciones de derecho civil, mientras que se conside-

---

<sup>11</sup> Por ejemplo, el Reglamento Roma I establece que el Derecho aplicable al contrato rige: "a) su interpretación; b) el cumplimiento de las obligaciones que genere; c) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo; e) las consecuencias de la nulidad del contrato" (Art. 12.1).

Por su parte, la Convención de México dispone que el Derecho aplicable al contrato rige: "a) su interpretación; b) los derechos y las obligaciones de las partes; c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones; e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato" (Art. 14).

Asimismo, los Principios de la Haya establecen que: "El Derecho elegido por las partes rige todos los aspectos del contrato entre las partes, en particular: (a) su interpretación; (b) los derechos y obligaciones derivados del contrato; (c) la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluso la valoración de los daños y perjuicios; (d) los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad; (e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato; (f) la carga de la prueba y las presunciones legales; y (g) las obligaciones precontractuales (Art. 9).

<sup>12</sup> BERMANN, George, *International Arbitration and Private International Law*, The Hague Academy of International Law, 2017, p. 367.

ran procesales en las jurisdicciones de derecho anglosajón<sup>13</sup>. Lo mismo sucede en materia de remedios<sup>14</sup>.

En el arbitraje comercial internacional, los árbitros no disponen de un foro cuyas normas de derecho internacional privado puedan funcionar como guía, por lo que no existe una opinión predominante acerca de cómo deben resolverse estas cuestiones<sup>15</sup>. Sin perjuicio de ello, entiendo que los árbitros deben otorgar un peso especial a la calificación que realiza el derecho elegido por las partes. Por ejemplo, si en una disputa que se rige por derecho argentino se discute un planteo de reajuste de las prestaciones con fundamento en el art. 1091 del CCyC, lo lógico es que los remedios disponibles por el tribunal arbitral y el plazo de prescripción para ejercer dicha acción se rijan también por el derecho argentino, salvo que resultaran incompatibles con normas imperativas de la sede y que ello pudiese afectar realmente la validez del laudo.

### **III. Las diferentes maneras de elegir el derecho o las normas de derecho aplicables al fondo de la controversia**

La elección del derecho o de las normas de derecho aplicables al fondo de la controversia puede ser realizada de diferentes formas. Por ejemplo, si bien no surge expresamente del Art. 28.1 de la Ley Modelo, la elección del derecho aplicable al fondo del asunto puede ser expresa o tácita<sup>16</sup>. Así lo

---

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2875.

<sup>15</sup> BERMANN, *International Arbitration...*, cit., p. 367.

<sup>16</sup> BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2940. Sin embargo, son muy excepcionales los supuestos en los que los tribunales arbitrales o estatales encuentran que las partes han elegido tácitamente el derecho aplicable. Por ejemplo, los Principios de la Haya consideran que puede existir una elección tácita del derecho aplicable cuando: (i) el contrato se formaliza en un formulario modelo que se utiliza normalmente en el contexto de un sistema legal determinado o (ii) cuando en el contrato se utiliza terminología característica de un determinado sistema jurídico. Cfr. Comentario relativo a los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en

reconocen expresamente los principales instrumentos internacionales y supranacionales y de *soft law*<sup>17</sup> y también el CCyC argentino<sup>18</sup>.

Sin perjuicio de que las partes pueden elegir el derecho aplicable de forma tácita, muy raras veces los tribunales encuentran que ello fue así. La forma más común de elección del derecho aplicable es la elección *expresa* de un *único* derecho estatal que regule todos los aspectos de la relación jurídica que une a las partes. En este sentido, las partes suelen incluir la siguiente cláusula:

f“El presente contrato está regido por, y todas las controversias que deriven o guarden relación con el mismo serán resueltas de acuerdo con [el derecho nacional elegido]”.

Al respecto, existe un amplio consenso respecto de que – en materia de arbitraje comercial internacional– las partes pueden elegir cualquier derecho, independientemente de su

---

materia de contratos comerciales internacionales (en adelante, el “Comentario a los Principios de La Haya”) (§ 4.9 y 4.10). Sin embargo, los Principios de la Haya aclaran expresamente en su art. 4 que: “Un acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal judicial o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no constituye, en sí mismo, una elección de Derecho aplicable”. En sentido coincidente, el art. 2651 inc. g) del CCCN establece que “la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país”.

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, el art. 7 de la Convención de México (“El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto”) y el art. 3.1 del Reglamento Roma I (“Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”).

<sup>18</sup> Cfr. art. 2651 del CCCN (“La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”).

relación con el objeto del litigio<sup>19</sup>. La misma solución es adoptada por los Principios de la Haya<sup>20</sup>, en cuyo Comentario se reconoce que las partes pueden elegir un determinado derecho simplemente porque es neutral o porque se encuentra muy desarrollado en determinada materia<sup>21</sup>.

En la mayoría de las leyes nacionales de arbitraje, se aclara expresamente que la elección de un determinado derecho estatal para regir el fondo de la disputa debe interpretarse como una referencia al derecho sustantivo del Estado y no a sus normas de conflicto de leyes<sup>22</sup>. En este sentido, el art. 79 de la LACI -basado en el art. 28(1) de la Ley Modelo- dispone que: “Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”. Esta solución se ha considerado razonable “porque *el renvoi* socava la seguridad jurídica”<sup>23</sup>.

Las partes también pueden seleccionar diferentes leyes nacionales para que rijan distintos aspectos de las relaciones contractuales<sup>24</sup>. Es lo que se conoce como “*dépeçage*” o fraccionamiento legislativo<sup>25</sup>. Un ejemplo típico –como se observa en la Guía de la OEA sobre Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas– es

---

<sup>19</sup> RADICATI DI BROZOLO, Luca G, *Party Autonomy and the Rules Governing the Merits of the Dispute in Commercial Arbitration* en FERRARI, Franco (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, 2016, p. 344.

<sup>20</sup> Véase el art. 2.4 de los Principios de La Haya.

<sup>21</sup> Véase, en este sentido, el Comentario a los Principios de La Haya, párr. 2.14.

<sup>22</sup> Véase, por ejemplo, el art. 28(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI, el art. 1511 del Código de Procedimiento de Francia y el art. 187(1) de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado.

<sup>23</sup> SILBERMAN Y FERRARI, *Getting to the law applicable to the merits...*, cit., p. 391.

<sup>24</sup> BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2962.

<sup>25</sup> José Antonio Moreno Rodríguez, *DERECHO APLICABLE Y ARBITRAJE INTERNACIONAL*, Thomson Reuters, 2014, p. 128.

el de una cláusula que establezca el pago del capital e intereses, a opción del acreedor, en uno o más Estados, en la moneda de un determinado Estado<sup>26</sup>. En estos casos, es común que las partes acuerden que el derecho del Estado en el que se haya de realizar el pago sea el que gobierne las cuestiones relativas a la suma por pagar y la forma de pago. Otro ejemplo –mencionado en los Principios de La Haya– es un contrato de compraventa internacional de mercaderías que se rige por el derecho de un Estado determinado con excepción de las condiciones en las que el vendedor debe conseguir los certificados de inspección, que se rigen por el derecho del Estado del destino final de las mercaderías<sup>27</sup>.

Si bien la Ley Modelo no contempla expresamente el *dépeçage* –y, por ende tampoco lo hace la LACI– se ha interpretado que se encuentra admitido ampliamente, como una manifestación del principio de autonomía de la voluntad<sup>28</sup>. Esta interpretación, en el derecho argentino, se ve además reforzada por el hecho de que el Código Civil y Comercial contempla expresamente el *dépeçage* en el art. 2651 al establecer que la elección del derecho aplicable puede referirse a “la totalidad o a partes del contrato”.

En algunos contratos con Estados o con entidades estatales, es posible encontrar cláusulas de estabilización cuyo efecto es “fijar el sistema jurídico nacional aplicable al acuerdo de las partes tal y como se encuentra ese sistema en una fecha determinada”<sup>29</sup>. El objetivo principal de las cláusulas de estabilización es proteger a los inversores contra cambios adversos en la legislación nacional después de la firma del

---

<sup>26</sup> *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, aprobada por el Comité Interamericano durante su 94ª sesión ordinaria (febrero de 2019) (en adelante, la “Guía de la OEA sobre Derecho Aplicable”), párr. 398.

<sup>27</sup> Cfr. Comentario a los Principios de La Haya, párr. 2.9.

<sup>28</sup> Moreno Rodríguez, *DERECHO APLICABLE Y ARBITRAJE INTERNACIONAL*, cit., p. 130.

<sup>29</sup> BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2963.

contrato. Los tribunales arbitrales han reconocido generalmente la validez de tales cláusulas<sup>30</sup>.

Algunas leyes nacionales de arbitraje también permiten a las partes elegir normas de derecho de fuente no estatal. Por ejemplo, el art. 79 de la LACI -que, como ya hemos visto, es idéntico al art. 28.1 de la Ley Modelo- establece que "el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio". La referencia a "normas de derecho" se ha interpretado generalmente como una autorización para que las partes elijan normas de fuentes no estatales<sup>31</sup>. Diversas leyes nacionales de arbitraje han seguido el enfoque de la Ley Modelo<sup>32</sup>.

La elección de normas no estatales como derecho que rige el fondo de la disputa implica que estas normas no son meras "fuentes auxiliares" sino "el único marco rector de la relación [jurídica] con exclusión de la ley nacional"<sup>33</sup>. Esta es una diferencia significativa con la regulación aplicable en materia de litigios ante los tribunales nacionales que, en general, sólo permiten la elección de un derecho estatal y consideran que la remisión a normas de derecho no estatales constituye una simple incorporación de esas normas al contrato como cláusulas contractuales<sup>34</sup>. Este es precisamente el enfoque del Código Civil y Comercial argentino en su art. 2651 inc. d).

---

<sup>30</sup> GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (eds), *Fouchard - Gaillard - Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 796.

<sup>31</sup> Comentario a los Principios de La Haya, párr. 3.1.

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, el art. 28.1 de la Ley de Arbitraje chilena; el art. 46(1)(b) de la Ley de Arbitraje de Inglaterra; el art. 64 de la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong; el art. 34.2 de la Ley de Arbitraje española; el art. 187(1) de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza.

<sup>33</sup> RADICATI DI BROZOLO, *Party Autonomy...*, cit., p. 344.

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, el considerando 13 del Reglamento Roma I, que menciona que las partes no están impedidas de "incorporar por referencia en sus contratos un cuerpo legal no estatal o un convenio internacional".

Las leyes de arbitraje nacionales no identifican el tipo de normas de derecho no estatales que podrían elegirse como derecho sustantivo aplicable. La doctrina en general reconoce que las partes gozan de un margen de discreción muy amplia. Por ejemplo, la doctrina menciona que las partes podrían elegir los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales<sup>35</sup>, los principios generales del derecho<sup>36</sup>, la *lex mercatoria*<sup>37</sup> o incluso normas de fuente religiosa<sup>38</sup>. Las partes también se encuentran facultadas para elegir directamente un instrumento como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías sin ninguna referencia a una ley doméstica<sup>39</sup> o incluso una Convención que aún no esté en vigor<sup>40</sup>.

Las leyes de arbitraje nacionales tampoco imponen ninguna limitación expresa a la facultad de las partes de elegir normas de derecho como ley sustantiva aplicable. Sin embargo, los Principios de La Haya establecen que las partes “pueden elegir, como derecho aplicable al contrato, normas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del derecho del foro”<sup>41</sup>. Como se explica en el Comentario a los

---

<sup>35</sup> BERMANN, *International Arbitration...*, cit., pp. 358-360

<sup>36</sup> GÉLINAS, Fabien, “Trade Usages as Transnational Law”, en GÉLINAS, Fabien (ed.), *Trade Usages and Implied Terms in the Age of Arbitration*, Oxford University Press, 2016, p.253, 255.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 362-363.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 364-366.

<sup>39</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, COMPENDIO DE JURISPRUDENCIA DE LA CNUDMI DE 2012 SOBRE LA LEY MODELO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL p. 121 (2012).

<sup>40</sup> BINDER, *International Commercial Arbitration...*, cit., p. 399.

<sup>41</sup> Véase el art. 3 de los Principios de La Haya. Para un análisis más detallado de estos atributos que deben reunir las normas de derecho según los Principios de La Haya para poder ser elegidas como Derecho aplicable al fondo del litigio, véase Mills, PARTY AUTONOMY..., cit., pp. 504-507.



Principios de La Haya, las normas de derecho elegidas por las partes deben tener ciertos atributos: (i) debe existir un conjunto de normas<sup>42</sup>, (ii) generalmente aceptado<sup>43</sup> y que (iii) debe ser neutral<sup>44</sup> y (iv) equilibrado<sup>45</sup>. En principio, estas limitaciones no resultarían aplicables en materia de arbitraje comercial internacional regido por la Ley Modelo, que no condiciona la elección de normas de derecho a ninguno de estos requisitos.

Estas normas de derecho de fuente no estatal no deben confundirse con los usos comerciales que se refieren a “prácticas generalmente seguidas en sectores específicos” pero que no constituyen “auténticas normas de derecho”<sup>46</sup>. Por

---

<sup>42</sup> Al referirse a un *conjunto de normas*, “las ‘normas de Derecho’ elegidas deben permitir resolver la resolución de problemas contractuales comunes en el contexto internacional” (Comentario a los Principios de La Haya, ¶ 3.10).

<sup>43</sup> A este respecto, el Comentario a los Principios de La Haya establece que las “normas de derecho” tienen que gozar de reconocimiento general en un “ámbito superior al nacional”. Por lo tanto, las partes no pueden optar por “un conjunto de normas contenidas en el propio contrato” o remitirse “a las cláusulas estándar de una de las partes” o “a un conjunto de condiciones locales específicas de un sector” (Comentario a los Principios de La Haya, párr 3.4). Se reconoce expresamente que los *Principios Unidroit* cumplirían estos requisitos (Comentario a los Principios de La Haya, párr. 3.6).

<sup>44</sup> La noción de *neutralidad* se refiere a la fuente de las “normas de derecho” que debe ser “reconocida de forma general como un órgano neutral e imparcial” (Comentario a los Principios de La Haya, 3.11).

<sup>45</sup> La referencia a un conjunto de normas que sea *equilibrado* excluye la elección de normas de Derecho que “beneficien a una de las partes de las operaciones en un sector regional o global concreto” (Comentario a los Principios de La Haya, 3.12). Este requisito presupone un “criterio sustantivo mínimo para la ‘justicia’ de las normas: las normas que favorecen sistemáticamente a determinadas partes en detrimento de otras no deben considerarse suficientemente equilibradas para ser un Derecho no estatal legítimo que puedan elegir las partes” (MILLS, *Party Autonomy...*, cit., p. 506).

<sup>46</sup> Véase Fouchard - Gaillard - Goldman *On International Commercial Arbitration*, cit., p. 807. Para un análisis crítico de esta visión estrecha de los usos comerciales, véase Gélinas, “Tade Usages...”, cit.

ello, los usos comerciales no pueden prevalecer sobre la ley aplicable<sup>47</sup>. Su función se limita a informar sobre cómo la ley o las normas jurídicas aplicables “deben aplicarse a un litigio concreto”<sup>48</sup>.

### **3. Límites a la elección del derecho aplicable al fondo del litigio las normas internacionalmente imperativas y los principios de orden público**

#### **I. La aplicación de normas internacionalmente imperativas y principios de orden público en los litigios ante los tribunales nacionales**

En los litigios ante los tribunales nacionales, las normas de derecho internacional privado establecen dos tipos de limitaciones a la elección del derecho aplicable por las partes en los contratos comerciales internacionales: las normas internacionalmente imperativas y los principios de orden público.

En primer lugar, la facultad de las partes de elegir el Derecho aplicable se encuentra limitada por las normas internacionalmente imperativas (también conocidas como “leyes de policía”)<sup>49</sup>. Se trata de normas que “se aplican directamente en los casos internacionales, con prescindencia del derecho aplicable según la elección del derecho por las partes o las normas de conflicto de leyes”<sup>50</sup>. Las normas internacionalmente imperativas constituyen una “expresión positiva del orden público” en cuanto “brindan una solución y no conducen a una exclusión”<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 846.

<sup>48</sup> BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2986.

<sup>49</sup> CORDERO-MOSS, *Foundations, limits...*, cit., p. 78.

<sup>50</sup> Guía de la OEA sobre Derecho Aplicable, párr. 480.

<sup>51</sup> Véase UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, La Ley, 2016, p. 174; MAYER, Pierre, *Mandatory Rules of law in International Arbitration*, 2 *Arbitration Journal* 274, 275 (1986).

Por ejemplo, el art. 9.1 del Reglamento Roma I define las leyes de policía como aquellas disposiciones “cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”.

En el derecho argentino, el art. 2599 del CCCN se refiere a las normas internacionalmente imperativas como aquellas que “se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes”. En materia de contratos internacionales, el art. 2651 inc. e) aclara que “los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato”.

Al aplicar las normas internacionalmente imperativas o leyes de policía, el juez no tiene que revisar el contenido del derecho aplicable extranjero<sup>52</sup>. La norma internacionalmente imperativa proporciona la solución directa del caso<sup>53</sup>. Como explica Bermann, cuando un tribunal nacional aplica una norma imperativa está haciendo simultáneamente dos cosas: desplaza tanto las normas ordinarias de conflicto de leyes del foro (que exigen el respeto de la ley elegida) como el acuerdo subyacente de las partes sobre la elección del derecho aplicable<sup>54</sup>. Sin embargo, la aplicación de las normas imperativas no invalida el acuerdo de partes acerca del derecho aplicable; sólo deja de lado –parcialmente– sus consecuencias<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Inés M Weinberg, *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, Abeledo Perrot, 2011, p. 136.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Véase Geroge A. Bermann, *Mandatory Rules in International Arbitration*, en Ferrari & Kröll (eds), *CONFLICTS OF LAWS...*, cit. p. 513, 514.

<sup>55</sup> Mills, *PARTY AUTONOMY...*, cit., p. 479.

El legislador rara vez indica si una disposición concreta es una norma internacionalmente imperativa o no<sup>56</sup>. Por lo tanto, es necesario evaluar si la intención del legislador era aplicarla en todos los casos (incluso en materia de litigios internacionales)<sup>57</sup>. Algunos ejemplos típicos de estas normas son las relativas al derecho de la competencia<sup>58</sup>, las que establecen controles de cambios<sup>59</sup> y de protección del consumidor<sup>60</sup>.

Las normas de derecho internacional privado aplicables a los litigios ante los tribunales nacionales contemplan no sólo la aplicación de normas internacionalmente imperativas del foro, sino que también permiten, al menos en algunos casos, la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados<sup>61</sup>.

Por ejemplo, el art. 9.3 del Reglamento Roma I establece que: "También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación". El propósito de esta norma es evitar que

---

<sup>56</sup> Bermann, *Mandatory Rules...*, cit., p. 518.

<sup>57</sup> Cecilia Fresnedo de Aguirre, *Aspectos generales del sector del derecho aplicable* en Diego Fernández Arroyo (ed), *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LOS ESTADOS DEL MERCOSUR*, Zavalia, 2003, p. 310.

<sup>58</sup> Véase Cordero-Moss, *Foundations, limits...*, cit., p. 78; Michael McParland, *THE ROME I REGULATION AND THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL OBLIGATIONS*, Oxford University Press, 2015, párr. 15.05.

<sup>59</sup> McParland, *THE ROME I REGULATION...*, cit., párr. 15.05.

<sup>60</sup> Cordero-Moss, *Foundations, limits...*, cit., p. 78.

<sup>61</sup> Para un análisis detallado de esta disposición, véase Jonathan Harris, *Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation*, en Franco Ferrari & Stefan Leible (eds.), *ROME I REGULATION. THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL OBLIGATIONS IN EUROPE*, Sellier, 2009, p. 269.

una parte tenga que ejecutar una obligación que en el lugar de ejecución resulta ilegal<sup>62</sup>.

En Argentina, la posibilidad de aplicar normas internacionalmente imperativas de terceros Estados surge del art. 2651 inc. e) que dispone que “también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso”.

Estas normas internacionalmente imperativas se complementan con la noción de orden público. Son dos caras de la misma moneda<sup>63</sup>. Los principios de orden público permiten no aplicar la ley extranjera que rige la relación de las partes si se considera e incompatible con dichos principios<sup>64</sup>.

Esta noción de orden público presupone la no aplicación del Derecho elegido por las partes, en todo o en parte, por ser contrario a los principios más básicos del foro<sup>65</sup>. Por consiguiente, la principal diferencia entre las normas internacionalmente imperativas y los principios fundamentales de orden público es que las primeras tienen una función “preventiva” mientras que los segundos tienen una función “terapéutica”<sup>66</sup>. O, en otras palabras, las normas imperativas operan de forma “afirmativa” mientras que los principios de orden público operan de manera “defensiva”<sup>67</sup>.

En este sentido, el artículo 2600 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que: “Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”. En sentido similar, el artículo 21 del Re-

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 294.

<sup>63</sup> MCPARLAND, *THE ROME I REGULATION...*, *cit.*, párr. 15.01.

<sup>64</sup> UZAL, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 147.

<sup>65</sup> Véase HARRIS, *Mandatory Rules...*, *cit.*, p. 297.

<sup>66</sup> Véase PAPEIL, Anne-Sophie *Conflict of overriding mandatory rules in arbitration* en Franco Ferrari & Stefan Kröll (eds), *CONFLICTS OF LAWS IN INTERNATIONAL ARBITRATION*, Sellier, 2011, p. 341, 355.

<sup>67</sup> BERMANN, *International Arbitration...*, *cit.*, p. 393.

glamento Roma I establece que “...podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

Esos principios fundamentales de orden público constituyen lo que la doctrina y los tribunales argentinos caracterizan como *orden público internacional argentino*, que debe distinguirse del *orden público interno* que consiste en el “conjunto de normas coactivas del derecho interno, que son indisponibles para las partes”<sup>68</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha definido el orden público internacional como aquellos “principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una comunidad”<sup>69</sup>. La fuente de esos principios fundamentales de orden público se encuentra en la Constitución argentina, en los tratados internacionales de derechos humanos y los principios fundamentales del derecho internacional público<sup>70</sup>.

## **II. La aplicación de normas internacionalmente imperativas y los principios de orden público en el arbitraje comercial internacional**

En el arbitraje comercial internacional, el poder de los árbitros para aplicar normas internacionalmente imperativas y principios de orden público que no formen parte del derecho elegido por las partes presenta desafíos importantes.

En efecto, los árbitros no son órganos de un Estado y su autoridad se basa en la voluntad de las partes<sup>71</sup>. Por lo tanto, “ninguna *lex fori* es vinculante para ellos en el sentido de la

---

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> Corte Sup. (Argentina), 12/11/1996, *Solá, Jorge Vicente*, Fallos 319:2779, consid. No. 7.

<sup>70</sup>UZAL, Derecho Internacional Privado,, *cit.*, pp. 149-150.

<sup>71</sup> RADICATI DI BROZOLO, Luca, *When, Why and How Must Arbitrators Apply Overriding Mandatory Provisions? The Problems and a Proposal* en Franco Ferrari (ed.), *THE IMPACT OF EU LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*, JURIS, 2017, p. 357.

*lex fori* que los tribunales nacionales deben aplicar”<sup>72</sup>. En este contexto, el principio de autonomía de las partes en la elección del derecho aplicable desempeña un papel más importante en el arbitraje internacional que en los litigios de naturaleza internacional ante los tribunales nacionales<sup>73</sup>.

Sin embargo, eso no implica que los tribunales arbitrales puedan simplemente ignorar por completo las normas internacionalmente imperativas y los principios de orden público que no forman parte del derecho elegido por las partes. Como ha observado Radicati di Brozolo, la facultad de los árbitros de interpretar y aplicar las normas imperativas “presupone un pacto tácito entre los Estados y los usuarios y profesionales del arbitraje conforme al cual esas normas serán respetadas y el objetivo que persiguen no se verá frustrado por el arbitraje”<sup>74</sup>. Lo que resulta mucho más complejo es determinar qué normas de orden público internacional de qué sistema jurídico deben aplicarse.

Si las partes han elegido la ley del foro como derecho sustantivo aplicable, el tribunal arbitral debe aplicar las normas imperativas y los principios de orden público del foro por el mero hecho de formar parte del derecho elegido por las partes<sup>75</sup>. Los problemas surgen cuando el derecho aplicable elegido por las partes es diferente de la ley del foro.

En principio, los tribunales arbitrales pueden aplicar las normas internacionalmente imperativas y los principios de orden público internacional de la sede del arbitraje aunque no integren el derecho elegido por las partes<sup>76</sup>. Esta facultad puede basarse en el deber de los árbitros de realizar todos

---

<sup>72</sup> GRIGERA NAÓN, Horacio, *Private international law and arbitration: arbitral determination of the law or rules of law governing the merits*, en Ferrari & Fernández Arroyo (eds.), *PRIVATE INTERNATIONAL LAW...*, cit., p. 484.

<sup>73</sup> RADICATI DI BROZOLO, Luca, *When, Why and How Must Arbitrators Apply...*, cit., p. 357.

<sup>74</sup> RADICATI DI BROZOLO, Luca, *Party Autonomy...*, cit., p. 339.

<sup>75</sup> BERMAN, *Mandatory Rules...*, cit., p. 519.

<sup>76</sup> BERMAN, *International Arbitration...*, cit., p. 396; Born, *INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*, cit., pp. 2918-2921.

los esfuerzos razonables para dictar un laudo ejecutable<sup>77</sup>. De lo contrario, el laudo arbitral corre el riesgo de ser anulado por los tribunales de la sede<sup>78</sup>. En todo caso, es fundamental tener en cuenta –como ya se explicó en el punto anterior– que no debe confundirse el orden público internacional con las normas que no pueden ser excluidas por acuerdo de parte.

La aplicación de normas internacionalmente imperativas de Estados distintos del Estado en el que tiene su sede el arbitraje y que no forman parte del derecho elegido por las partes presenta problemas adicionales. Si un tribunal arbitral aplicase un derecho distinto al elegido por las partes podría considerarse que se ha excedido en sus facultades y el laudo puede ser anulado o se podría denegar su reconocimiento y ejecución<sup>79</sup>. En este sentido, Born ha observado que, cuando los tribunales arbitrales han aplicado normas de orden público de terceros Estados los laudos resultantes han sido a menudo anulados por “exceso de poder”<sup>80</sup>.

Ahora bien, como explica Cordero-Moss, hay dos formas en las que un tribunal arbitral podría reconocer ciertos efectos a las normas imperativas de un Estado distinto del Estado en el que el arbitraje tiene su sede, aunque no formen parte del derecho elegido por las partes. En primer lugar, un

---

<sup>77</sup> Radicati di Brozolo, *When, Why and How Must Arbitrators Apply...*, cit., p. 370. Para un análisis más detallado de esta obligación, véase Anibal Sabater & Lidia Rezende, “An Arbitrator’s Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention”, en Katia Fach Gomez & Ana Mercedes López Rodríguez (ed.), 60 YEARS OF THE NEW YORK CONVENTION, Wolters Kluwer, 2019, p. 19.

<sup>78</sup> En efecto, una de las causales de anulación previstas en La Ley Modelo – y también en la LACI– es que el laudo sea contrario al orden público. Véase el art. 34(2)(b)(ii) de la Ley Modelo y el art. 99(b)(ii) de la LACI.

<sup>79</sup> BERMANN, *International Arbitration...*, cit., 403.

<sup>80</sup> BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2925. Para un mayor análisis sobre esta causal de nulidad y el apartamiento del tribunal arbitral del derecho elegido por las partes, véase Julio César Rivera (h), “Law Applicable to the Merits”, en Fabricio Fortese (ed.), *Arbitration in Argentina*, Wolters Kluwer, 2020, p. 205.



tribunal arbitral podría tener en cuenta la norma imperativa de un tercer Estado si existiese una disposición en el derecho sustantivo aplicable que considere inválido un acuerdo cuya finalidad es eludir normas imperativas extranjeras<sup>81</sup>. En este sentido, el art. 2561 inc. f) del CCyC establece que “los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno”. En segundo lugar, un tribunal arbitral puede considerar los efectos de una norma imperativa extranjera al evaluar si constituyen un “impedimento que excusa el incumplimiento de un contrato que viola esa norma”.<sup>82</sup> Esto es similar a lo que Bermann identifica como el uso de normas imperativas de un tercer país como “dato”<sup>83</sup>. Por ejemplo, en una disputa regido por el derecho de Nueva York originada en el incumplimiento de un contrato de compraventa de gas natural entre empresas situadas en distintos países, el tribunal arbitral puede tener que considerar las leyes de un tercer Estado en el marco de una defensa de fuerza mayor si, por ejemplo, ese tercer Estado prohibió las exportaciones de gas.

Por último, algunos autores –como Gaillard– rechazan la aplicación de normas imperativas nacionales y sostienen que los árbitros sólo pueden “ignorar la ley elegida por las partes en situaciones en las que consideren que contraviene los valores fundamentales de la comunidad internacional”<sup>84</sup> Según este enfoque, los árbitros no tienen un foro<sup>85</sup>; por lo tanto, no tienen el deber de “adoptar la concepción del orden público de una o varias jurisdicciones identificadas”<sup>86</sup> y deben determinar el contenido del orden público basándose “en valo-

---

<sup>81</sup> CORDERO-MOSS, *Foundations, limits...*, cit., p. 79.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> BERMANN, *Mandatory Rules...*, cit., p. 525.

<sup>84</sup> GAILLARD, Emmanuel, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, CEDEP, 2009, p. 126.

<sup>85</sup> Fouchard - Gaillard - Goldman *On International Commercial Arbitration*, cit., p. 848.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 863.

res ampliamente reconocidos en la comunidad internacional"<sup>87</sup>. Es lo que se conoce como orden público transnacional.

Este enfoque ha sido acertadamente considerado insatisfactorio por Born porque este orden público transnacional "sólo existe en un número muy limitado de ámbitos (por *ejemplo*, la esclavitud, el tráfico de armas, la discriminación racial y religiosa, la expropiación, la corrupción/soborno oficial), lo que no explica en absoluto las diversas circunstancias en las que las normas imperativas y las políticas públicas 'extranjeras' pueden ser aplicadas por un tribunal de arbitraje internacional (por *ejemplo*, las leyes de competencia y de valores; las protecciones para los empleados, los consumidores, los asegurados, los distribuidores y partes similares; las leyes inmobiliarias y corporativas)<sup>88</sup>.

### 3. Conclusión

El marco normativo del arbitraje comercial internacional otorga un amplísimo margen a las partes para elegir el derecho o las normas de derecho aplicables al fondo del litigio, incluso más amplio que el que gozan las partes cuando eligen resolver sus disputas ante tribunales estatales. Ello confirma el carácter fundamental del principio de la autonomía de la voluntad en el arbitraje comercial internacional. Si bien los árbitros se encuentran facultados para excepcionalmente aplicar normas internacionalmente imperativas y de orden público que no forman parte del derecho elegido por las partes, ello debe realizarse con suma cautela porque podría constituir un supuesto de "exceso de poder" que conlleve la nulidad del laudo.

---

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, cit., p 2928.

## **CAPÍTULO 10**

### **SOCIEDADES E INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA**

I. AZAR, María Cecilia: “La insolvencia transfronteriza en el Derecho internacional privado argentino de fuente autónoma”.

II. VILLEGAS, Candela N.: “Derecho internacional privado de Sociedades en Argentina: entre la tradición y la necesidad de revisión”.

# LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO DE FUENTE AUTÓNOMA

**María Cecilia Azar\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA: CONCEPTO Y SISTEMAS DE REGULACIÓN; 3. LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO DE FUENTE AUTÓNOMA; 4. PROPUESTAS PARA MEJORAR Y ACTUALIZAR LAS REGLAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO CONCURSAL; 5. CONCLUSIONES

## **1. Introducción**

El significativo y creciente flujo del comercio internacional es uno de los elementos característicos del mundo globalizado en que vivimos. Un mundo donde se caracteriza por el hecho de ignorar cada vez más las delimitaciones políticas y geográficas de los pueblos, y alentar como objetivo triunfalista la circulación ilimitada de bienes, servicios, capitales y capacidad tecnológica entre los países.

No obstante, el comercio internacional ha encontrado enormes dificultades para su avance en los mercados estatales, como consecuencia de la contraposición entre dos realidades antagónicas y excluyentes en sus efectos: la existencia de un mundo jurídicamente fragmentado entre Estados y su propia aspiración de ver al mismo como un “mercado sin fronteras” de lo

---

\* Abogada, Notaria, Profesora Adjunta de Derecho internacional privado de la Universidad Nacional de Córdoba. Codirectora de proyectos de investigación ante Secyt.

que deriva la búsqueda de superar las barreras estatales que imponen limitaciones a su desarrollo impulsando fuerzas para atenuar esos impactos negativos a sus inversiones.

Estos ha llevado a contar con regulaciones con formalidades ineficaces y en la mayoría de los regímenes legales existentes prevén: a) un tratamiento desigual entre acreedores nacionales y extranjeros; b) carencia de cooperación de las autoridades judiciales envueltas en los procedimientos de insolvencia y c) un insuficiente reconocimiento mutuo de actos procesales producidos en estos procesos<sup>1</sup>.

Ese desenvolvimiento insuficiente del Derecho concursal provoca perjuicios para todos los partícipes del proceso, como los trabajadores, acreedores, mercado, operadores económicos, etc, y no sólo del deudor como a prima facie puede creerse, tiene un marcado “fin procesal”, ya que si no existiera un procedimiento común para intentar el cobro de los créditos que existen contra el deudor, habría un caos de acciones separadas en contra de éste, con las consecuencias supra expresadas<sup>2</sup>.

El panorama que exhibe el régimen concursal argentino para insolvencias transfronterizas está signado por la ineficiencia y la falta de actualización de sus reglas, tanto para las fuentes internacionales como las de fuente interna<sup>3</sup>. De esta manera, los jueces argentinos enfrentan situaciones privadas internacionales sobre insolvencia internacional sin contar con reglas modernas para solucionar los principales problemas como son el reconocimiento de los procedimientos extranjeros de insolvencia, el acceso a la justicia argentina de los adminis-

---

<sup>1</sup> VITOLO, Daniel Roque, “Quiebra transnacional, “forum shopping” y el centro principal del deudor”, *LL*, 2006-B, 921.

<sup>2</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, *Derecho Internacional Privado*, 14 ed., Granada, Comares, 2013, vol. I y II; y *Derecho concursal internacional*, Madrid, Colex, 2004

<sup>3</sup> ROUILLON, Adolfo, “Cooperación internacional en materia Consursal: La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza”, *La Ley*, 2002-D, 998.

tradadores de esos procedimientos extranjeros y la cooperación internacional entre jueces concursales nacionales y extranjeros<sup>4</sup>.

Emerge así la necesidad de analizar las alternativas para abordar el panorama antes descripto, que no son excluyentes sino diferentes, con sus ventajas y desventajas, sin que la mejora obtenida en una, cierre el paso para las restantes. Una de esas alternativas es logra soluciones, claras, uniformes y eficaces, por medio de tratados internacionales<sup>5</sup> y además llevar a cabo una reforma de la legislación nacional, que de respuestas a los problemas actuales.

El presente trabajo tiene por finalidad esbozar esquemáticamente el contenido y el alcance del sistema de Derecho internacional privado argentino de fuente autónoma, exponiendo algunas consideraciones y recomendaciones para contar con mecanismos a tener en cuenta para una reforma, sin recurrir a retoques cosméticos a los articulados existentes.

## **2. Insolvencia transfronteriza: concepto y sistemas de regulación**

### **I. Concepto**

El fenómeno de la insolvencia transfronteriza implica un desequilibrio patrimonial entre los valores realizados y los créditos a pagar. Es un procedimiento de ejecución forzada de los créditos sobre un patrimonio insuficiente que se liquida por una comunidad de acreedores bajo el principio de la comunidad de pérdidas.

---

<sup>4</sup> Para evaluar detenidamente estos problemas pueden consultarse, entre otros: ALEGRIA, Héctor, "Noticia sobre la nueva ley de concursos brasileña", *La Ley* 2005-B, 1366; ARAYA, Tomás, "Cuestiones actuales sobre insolvencia transfronteriza", *La Ley*, 2005-B, 1174; CICHERO, Liliana "Algunas reflexiones acerca de los concursos transnacionales y el reconocimiento de los acreedores verificadoras", *La Ley Actualidad* 08-08-2002, pp.1; CUBILLOS, Camilo "El procedimiento de insolvencia – Una visión comunitaria", en *Revista e-Mercatoria*, Vol. 3, Numero 2, 2004.

<sup>5</sup> Ver al respecto los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

Conforme a ello puede definirse como aquello que afecta a una persona que posee un patrimonio internacionalmente disperso y/o la existencia de acreedores locales y extranjeros, de manera que se presenta como un caso ius privatista internacional<sup>6</sup>.

## II. Sistemas de regulación

Los criterios de regulación del instituto son aquellos que configuran estrategias de razonamiento que representan dos modelos antagónicos de resolver las dificultades centrales que se suscitan ante los procedimientos internacionales de insolvencia, tales como el “territorialismo” y el “extraterritorialismo”<sup>7</sup>.

El sistema del **territorialismo** considera que las facultades del tribunal concursal se restringen a los bienes existentes y actos realizados por el deudor de las fronteras del país en que dicho procedimiento fue abierto.

De esta manera se desconocen los efectos locales de la quiebra extranjera negándose correlativamente la propagación de los efectos de la falencia local en el exterior. Si existe un patrimonio internacionalmente disperso, los acreedores podrán solicitar en cada país en donde existan bienes, un establecimiento aún secundario o una sucursal, la declaración de quiebra. Por lo tanto, en términos de jurisdicción internacional, hay tantos tribunales estatales competentes, como Estados donde el fallido posea bienes, y cada uno de los procedimientos se regula por su propia ley. Es decir que, dada la eficacia territorialmente limitada, para que la insolvencia propague sus efectos, los acreedores deben abrir una multiplicidad de procedimientos, “pluralidad de quiebras”, pues

---

<sup>6</sup> RUIZ, Sergio, “Derecho Argentino de la Insolvencia Transfronteriza”, en *Práctica Judicial del Proceso Concursal*, Junyent Bas, F y Molina Sandoval, C, (coord), Ed. Abaco Desalma, 2005, pp 297 y ss.

<sup>7</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, *Derecho concursal internacional*, Madrid, Colex, 2004.

generalmente se privilegia la situación de los acreedores nacionales.

En este sistema, los acreedores locales se benefician, ya que las medidas precautorias o cautelares que puedan obtener sobre los bienes de un deudor insolvente se mantienen sin que el procedimiento de quiebra foráneo tenga derecho alguno sobre dichos bienes hasta tanto dichos acreedores no hayan visto satisfechos sus derechos.

Esta concepción territorialista es un reflejo perfecto del fraccionamiento jurídico: cada Estado donde el deudor tenga bienes organiza la quiebra según su propio derecho<sup>8</sup>. Como afirma Heredia, “cuando se trata de supuestos de insolvencia transfronteriza, la mayoría de las naciones siguen, por el contrario, el sistema de la pluralidad de quiebras, aceptando la apertura de procedimientos concursales múltiples con incidencia limitada exclusivamente a los bienes radicados en el Estado en que cada uno fue iniciado”<sup>9</sup>.

En esta concepción es plenamente válido, entonces, que una persona sea insolvente, declarada fallida en un Estado, y solvente, plenamente capaz en otro<sup>10</sup>.

La elección de los países al sistema de la pluralidad de los concursos se debe a tres factores: 1) dado que las legislaciones de los distintos países no pueden establecer cuáles son los alcances en el extranjero que tiene la sentencia de quiebra dictada por el juez nacional, sino que solamente pueden fijar cuáles son los efectos de un concurso extranjero en territorio propio; 2) es el correlato necesario del fenómeno de la dispersión internacional de bienes; y 3) porque de este modo se defiende el comercio interior y se dan las garantías

---

<sup>8</sup> RUIZ, Sergio, ob.cit. pp. 298

<sup>9</sup> HEREDIA, Pablo, “La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), sobre Insolvencia transfronteriza de 1997”, *Anuario de Derecho Concursal*, vol. 2001-1, pp. 169 ss

<sup>10</sup> SCOTTI, Luciana, “La Insolvencia Transfronteriza a la luz del Derecho Internacional Privado Argentino de fuente interna”, *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja*, año I, Número 1, 2007, pp. 161



para los acreedores que el deudor tenga en el país frente a normas similares contenidas en leyes extranjeras<sup>11</sup>.

El sistema del **extraterritorialismo**, implica que un solo tribunal debe ser el competente para entender en todas las cuestiones relacionadas con la insolvencia de un deudor, sin importar el lugar en que se encuentren ubicados los bienes de dicho deudor y si existen o no acreedores “extranjeros”. La quiebra, declarada bajo este sistema, propaga sus efectos en todos los países, es decir, efectos extraterritoriales.

Aquí la quiebra liquida un patrimonio que se presenta como una unidad en función del sujeto, así como también lo es porque el deudor tiene una personalidad única e indivisible<sup>12</sup>. Así quien es fallido en un territorio nacional, debe serlo en los demás, y todos los bienes del deudor, no importa su localización, constituyen garantía de sus acreedores.

Este sistema puede adoptar dos formas como son el *juicio único* o la *pluralidad de juicios*. Con respecto a la unidad, el juez del domicilio comercial posee jurisdicción exclusiva para decretar la quiebra; se forma una masa única con el activo y una masa única con el pasivo. Salvo causas legítimas de preferencia, todos los acreedores deben presentarse a verificar sus créditos ante el juez competente y una sola ley preside formal y materialmente la liquidación. En este caso existe previsión internacional.

Con relación a la segunda forma, la pluralidad de juicios no depende de la voluntad de los acreedores del fallido, sino que la misma es impuesta por ley, y es esta ley quien llama a los acreedores locales, una vez publicitada la declaración de quiebra decretada en un Estado y tomadas las medidas cautelares en otro Estado donde existan bienes, a abrir un nuevo juicio de quiebra que se desarrollará simultáneamente al juicio primitivo<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> HEREDIA, Pablo, ob.cit. p. 170

<sup>12</sup> HEREDIA, Pablo, ob. cit. p. 169

<sup>13</sup>Para profundizar más sobre los sistemas de regulación de la quiebra puede consultarse: ARAYA, Tomás M., “Cuestiones actuales sobre insol-

### 3. La insolvencia transfronteriza en el Derecho internacional privado argentino de fuente autónoma

Nuestro país posee dos regímenes diferentes para la insolvencia transfronteriza: uno de fuente convencional<sup>14</sup> y otro de fuente autónoma contenido en la ley 24.522 de concursos y quiebras.

Así las normas recogidas en la Ley 24.522 pese a sus posteriores modificaciones con las Leyes 26.684 y 27.170, no ha cambiado lo dispuesto con relación a la quiebra internacional, especialmente no fueron modificados los artículos 1, 2 (inc.2), 3 (inc. 5) y 4 de la ley.

---

vencia transfronteriza", LL, 18/08/2004, pp. 1-8; ESPUGLES MOTA, Carlos, *La quiebra internacional. Estudio comparado de los nuevos desarrollos doctrinales y legislativos en la materia, con especial referencia a las perspectivas de reformas del modelo español*, Bosch, Barcelona, 1993; HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de derecho concursal*, T. 1, Ed. Abaco de Depalma. Buenos Aires, 2000; ALERÍA, Héctor, "Extraterritorialidad de los concursos", *Revista Lecciones y Ensayos*, 1987, n°47; RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar, "Técnica normativa, derecho extranjero y pluralidad de fuentes", en: *Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos tomo II*, Madrid, UAM/Eurolex, 2005; VÍTOLO, Daniel R. "El avance del principio de universalidad en las quiebras internacionales. Búsqueda de protección o forum shopping?", en *Conflictos en la Insolvencia Transfronteriza*, Nissen – Vitolo (dir), Ed. Ad-Hoc, 2005; DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El Derecho Internacional Privado Actual*, Tomo 2, Ed. Zavallia, Buenos Aires, p 463 y ss; VOLKEN, P. "L'Harmonisation du droit international prive de la faillite", *Recueil des Cours*, V, T.230, 1991; ALL, Paula y ALBORNOZ, Jorge R., "La insolvencia transfronteriza. Supuestos contemplados. Necesidad de reforma", *La Ley* 2008-B, 1039; ROUILLON, Adolfo, Aproximación Esquemática al Régimen Argentino de Insolvencia y a sus reglas aplicables a los Concursos con Repercusión Transfronteriza, *International Insolvency Institute* — [www.iiiglobal.org](http://www.iiiglobal.org); OMAR, P. J., "The Landscape of International Insolvency Law", *International Insolvency Review*, 2002, p. 185 ss.; UZAL, María Elsa, "Panorama actual de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado. Análisis de la posibilidad de aplicación extraterritorial del art. 4 de la ley 24.522", *ED*, t. 172, p. 922.

<sup>14</sup> Recepcionado en los Tratados de Montevideo de derecho comercial internacional de 1889, artículos 35 a 48; de derecho comercial terrestre internacional de 1940, artículos 40 a 53; de derecho procesal internacional de 1940, artículos 16 al 25 (referido al concurso civil de acreedores).

## I. Competencia judicial internacional

La competencia territorial en materia de concursos y quiebras se encuentra establecida en el art. 3 de la ley de quiebras, en adelante, LCQ, que asigna potestad para entender en los procesos concursales iniciados en el país a los jueces del domicilio del deudor. Cuando el sujeto concursado es una persona física, resulta competente el juez del domicilio comercial, la sede de la administración de sus negocios y subsidiariamente el juez del domicilio real. En el caso de las personas jurídicas, que tiene varias administraciones, se entenderá el de la principal, y si no pudiera determinarse, resultará competente el magistrado que hubiese prevenido.

Mientras que en el inc. 5 del art 3 determina la competencia del juez argentino cuando el deudor es una persona física o jurídica con domicilio en el extranjero, pero que tengan bienes en el país. Es decir que tendrá una potestad limitada al alcance que le otorga la magnitud de ese conjunto de bienes que recibirán, entonces, un trato diferenciado del resto de los bienes que puedan estar integrando el patrimonio del deudor en el exterior. Es lo que suele denominarse un foro de patrimonio<sup>15</sup>.

La inclusión normativa del precepto contenido en el inc. 5 debe analizarse con relación al artículo 2 inc. 2 de la LCQ,

---

<sup>15</sup> BOGGIANO, A, "Jurisdicción internacional y competencia interna", *ED*, t. 11, p. 625. La CNCom., Sala B, 06/04/2003, en "Belforte Uruguay S.A. s/concurso preventivo s/incidente de nulidad", sostuvo que "la legislación admite una regla especial permisiva de la concursabilidad circumscripita a la masa de bienes situados en este país, sin necesidad de concursamiento previo o simultáneo del mismo deudor en el extranjero. El proceso abierto, en consecuencia, será territorial, su aplicación y validez tendrá virtualidad en la Argentina, sin perjuicio de los efectos cuya propagación expanda el concurso foráneo. La jurisdicción quedará, en principio, delimitada a los bienes locales, y no necesariamente tendrá ingerencia respecto del patrimonio del concursado internacionalmente disperso, fuera del territorio de este país. De este modo, el principio de universalidad del patrimonio establecido en el párrafo 2 del art. 1 ley 24.522 queda acotado a la masa de bienes aquí situados (...)", *La Ley*, 2003-E, 593, con comentario de Ciuro Caldani.

donde está estipulado el criterio atributivo de jurisdicción internacional por medio del cual un juez argentino para abrir el concurso o declarar la quiebra del deudor domiciliado en el extranjero con efectos exclusivos respecto de los bienes situados en Argentina. Tal como lo señala Alegría, “no es necesario en este caso acreditar que los bienes constituyen un establecimiento, independiente o no, ni la importancia relativa que tengan con relación al patrimonio general”<sup>16</sup>.

## II. Análisis del art. 2 inc 2 de la LCQ

El artículo 2, inc 2 contiene una norma de derecho internacional privado que prevé la hipótesis del concursamiento del deudor domiciliado en el extranjero con bienes sitos en el país. Es una norma de competencia judicial internacional, delimitadora de la soberanía jurisdiccional de los jueces argentinos, reviste naturaleza federal y por ello su interpretación y aplicación es revisable ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía de recurso extraordinario<sup>17</sup>.

De esta manera, por vía de la apertura de proceso concursal respecto de uno o varios bienes existentes en el país, de propiedad del deudor extranjero o con domicilio en el extranjero se habilita la posibilidad de una pluralidad de concursos respecto de la misma persona<sup>18</sup>.

Esta concursabilidad del patrimonio situado en Argentina, no excluye la existencia de un concurso abierto en el extranjero, puesto que estamos en presencia de una jurisdicción concurrente, a diferencia del supuesto donde el deudor tenga su domicilio en el país, donde la jurisdicción interna-

---

<sup>16</sup> ALEGRIA, Héctor, “Extraterritorialidad de los concursos”, *Rev. Lecciones y Ensayos*, 1987, n° 47, pp 34 ss.

<sup>17</sup> BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, 3ªed, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, t.II, pp 681.

<sup>18</sup> FASSI, Santiago C., y GEBHARDT, Marcelo, *Concursos*, Ed. Astrea, 6ªed., Buenos Aires, 1997, pp 18.

cional de los jueces argentinos será exclusiva y excluyente (art. 2609 Cod. Civ. y Com).

El art 2 inc 2 consagra un “foro de patrimonio” por lo tanto no es necesario que el deudor domiciliado en el extranjero tenga agencia o sucursal<sup>19</sup> en la República, simplemente basta que tenga “bienes existentes en el país”.

*a. La aplicabilidad del art. 2 inc 2*

La doctrina se encuentra dividida en considerar que si esta norma atributiva de jurisdicción es aplicable al proceso de quiebra como en un concurso preventivo o solamente regulan procesos liquidatorios y no el preventivo. Al respecto Noodt Taquela y Gripo consideran que la misma se aplica tanto a las quiebras como a los concursos preventivos, dado que la presentación preventiva constituye un pedido condicional de la quiebra y el incumplimiento del acuerdo o el fracaso de alguna de las etapas anteriores del concurso, implica automáticamente la falencia conforme lo regla el art. 77 inc. 1, LCQ<sup>20</sup>.

Por el contrario, autores como Rouillon y Ruiz, consideran que tanto los preceptos de la norma analizada como el art. 3 inc. 5, están dirigidos a regular el procedimiento liquidatorio y no el preventivo<sup>21</sup>, porque a) para solicitar la

---

<sup>19</sup> La CNCom., Sala B, 27/02/2007, en "Newson Incorporated" sostuvo que "esta sala comparte el criterio de que dicho precepto (art. 2) no agrega un nuevo requisito o recaudo para el concursamiento de las personas de existencia visible o ideal, sino que delimita y preserva el ámbito de eficacia jurisdiccional del juez argentino (CNCom., esta Sala, "in re" "DHV. Communications Inc. s/quiebra", del 21/7/2006; íd. sala D, in re "Proberan Internacional Corp. S.A. s/pedido de quiebra por Braticevich, Jorge", del 13/04/2000).

<sup>20</sup> NOODT TAQUELA, María B., *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, ed. Zavallia, Buenos Aires, 2003, pp 1376; GRISPO Jorge, *Tratado sobre la ley de concursos y quiebras*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, t I, pp 73.

<sup>21</sup> ROUILLON, Adolfo, *Reformas al régimen de concursos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, pp 21 y 22; RUIZ, Sergio, ob cit. Pp 307 y 308.

formación de un concurso preventivo, el sujeto precisa constituir un domicilio ad litem en el lugar del juicio, lo que tornaría aplicable las normas de competencia ordinarias vigentes para la apertura de un proceso preventivo común y b) el requerimiento legal de la existencia de bienes situados en el país presupone que el legislador ha previsto que el proceso se abra con la finalidad de liquidarlos<sup>22</sup>.

*b. Requisitos legales para la aplicación del art. 2 inc. 2*

- Existencia de bienes en el país, además de los requisitos que el art. 83 de la LCQ exige para la petición de falencia, debería acreditarse al inicio del proceso, como condición para su apertura, la existencia de bienes de propiedad del deudor en el país;
- Calificación de bienes. Uno de los problemas del derecho internacional privado es calificar términos, en este caso sería “bienes”. El criterio para su calificación es el de la *lex fori*, es decir el derecho del juez argentino. Este criterio de calificación se debe a que estamos frente a un juez que tiene competencia exclusiva por lo tanto, la ley que deberá calificar el término es la del Estado del juez que entiende en la causa. Por tal motivo debemos recurrir a la definición dada por el art. 16, 225 y ss del CCCN.
- Solicitud de concursamiento, pudiendo solicitarlo el deudor, persona física o jurídica, con domicilio en el extranjero pero con bienes en el país y por el acreedor local, cuando sea titular de un crédito local. Así tanto el deudor como el acreedor local pueden requerir la formación del concurso en la República, circunscribiendo únicamente los bienes existentes en ella. Esa apertura estará estrictamente condicionada por la situación patrimonial del deudor en el territo-

---

<sup>22</sup> GARAGUSO, Horacio y MORIONDO, Alberto, *El proceso concursal. El concurso como proceso*. Ed Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t II, pp 129 ss.

rio nacional. De lo contrario si existen bienes en el país pero no hay créditos locales desaparece todo interés tutelar por la ley argentina<sup>23</sup>.

Por lo tanto, es fundamental calificar que los acreedores locales son aquellos titulares de un crédito cuyo lugar de ejecución, exigibilidad o pago es en Argentina.

La jurisprudencia es divergente acerca de si la previa comprobación de la existencia de bienes en el país “es o no un requisito de admisibilidad” para un pedido de quiebra contra una sociedad constituida en el extranjero. Así nos encontramos con fallos donde han sostenido “que es inadmisibile rechazar el pedido de una quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero que no tiene bienes en el país, o una sucursal extranjera que no tiene asignado capital<sup>24</sup> mientras que en otros y en sentido contrario afirmaron

---

<sup>23</sup>DREYZIN DE KLOR, Adriana, La Armonización del Derecho Comercial Internacional en el Mercosur: Insolvencia Transfronteriza”, Proyecto de Investigación aprobado por la Secretaría de Ciencia y Tecnología (SECYT) de la UNC, Cod 05/D363 años 2005/2006, directora. Integrantes: Azar, María Cecilia; Berardo, Mónica; Echegaray, Carlos; Godoy Miryam; Harrington, Carolina; Mastrangelo, Fabio; en <http://www.secyt.unc.edu.ar/Nuevo/proyectos>

<sup>24</sup> En “*Paceseter System Inc. s/ pedido de quiebra por Paceseter S.A.*”, CNCom. Sala C, abril 1993 se sostuvo que “es inadmisibile rechazar el pedido de una quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero que no tiene bienes en el país, en el caso, una sucursal extranjera que no tiene asignado capital, con fundamento en el art. 2 inc. 2 de la Ley 24522, pues la falencia puede producir otros efectos, como es la extensión a otros sujetos, la responsabilidad de terceros no fallidos, e incluso su proyección hacia el extranjero”; ratificando esta posición en “*Proberan International Corp S.A. s/ ped quiebra por Braticevich Jorge*”, CNCom. Sala D, abril 13, 2000, LL 2001-B, 101 y JA, 2000-IV-115; enfoque similar resultó en *Compañía General de Negocios SAIFE s/pedido de quiebra por: Mihanovich, Ricardo L*, donde consideraron que el presupuesto objetivo para la petición de la declaración en quiebra directa de un sujeto fue y sigue siendo –bajo la ley concursal argentina– el “estado de cesación de pagos”. Si bien dentro de nuestro régimen legal el sistema concursal es aplicable a “sujetos”, dos excepciones que presentan características particulares –el patrimonio del fallecido mientras se encuentre separado del de los herederos, y el deudor domiciliado en el extranjero respecto

---

de los bienes existentes en el país— se apartan de la regla, pero de ningún modo por ello se deja sin efecto —en ningún caso— la exigencia del presupuesto objetivo para la declaración de falencia, cual es el estado de cesación de pagos —arts. 1 y 78 de la ley 24.522— del deudor. En el primero de los casos—patrimonio del fallecido— la regulación obedece a las normas contenidas en el Libro IV, Sección I, Títulos III y V del Código Civil que contempla los institutos del beneficio de inventario y la separación de patrimonios; en el segundo ello obedece a permitir un régimen de preferencia en el cobro por parte de los acreedores locales sobre los bienes que se encuentren en el país de propiedad del deudor domiciliado en el extranjero... Pero en modo alguno acreditar la existencia previa de bienes en el país puede constituir un requisito de procedibilidad o de admisión de la petición de falencia, en la medida en que no se trata —esta acción— de una acción individual que persigue una ejecución de bienes para cobrarse con el producido de la venta forzada de los mismos. De lo que se trata el instituto contenido en el art. 2, inciso 2° de la ley 24.522, es de poner coto o límites a los efectos de la quiebra declarada por un juez argentino respecto de un deudor domiciliado en el extranjero. En lugar de ser una declaración en quiebra que afectará universalmente la totalidad del patrimonio del deudor fallido, y que importará el desapoderamiento de todos sus bienes —salvo los excluidos expresamente por la ley—, los efectos alcanzan nada más que a los bienes que tal deudor domiciliado en el extranjero pueda tener en la República Argentina. Dicho de otro modo: el deudor domiciliado en el extranjero —como reza la ley 24.522— es declarado en quiebra sólo respecto de bienes existente en el país; sean éstos conocidos o no al momento de tal declaración (*Compañía General de Negocios SAIFE s/pedido de quiebra por: Mihanovich, Ricardo L* ) .... “deudor domiciliado en el extranjero cuya quiebra es peticionada en nuestro país lo que nos remite al art. 2 inciso 2 de la Ley de Concursos y Quiebras. Esta norma atribuye un supuesto especial de atribución de competencia a nuestros tribunales respecto de los bienes existentes en el país de los deudores que se domicilian en el extranjero. Ello en el entendimiento de que, incluso cuando el principio de la universalidad exigiría siempre un concurso único, la circunstancia de que el deudor tenga bienes en el país es suficiente para abrir el concurso, aun cuando se domicilie en el extranjero”. “Cabe precisar que el concepto de bienes empleado por la norma en cuestión se refiere en forma amplia a todo tipo de objeto material o inmaterial susceptible de ser calificado y subsumido dentro del concepto de “bienes” que en los términos del art 2312 del Código Civil. Así abarca tanto los bienes inmuebles como muebles registrables, dinero, créditos por cobrar, títulos, etc...” (”*Tavelli, Augusto Martín s. pedido de quiebra por Espiño, Andrés José*”)



que además de la existencia de bienes en el país, la jurisdicción internacional está condicionada también a las existencia de acreedores locales<sup>25</sup>.

### III. Análisis del artículo 4 LCQ

Esta norma está compuesta de cuatro párrafos, diferenciados entre sí y que serán analizados por separado.

#### *a. La extraterritorialidad limitada de la sentencia concursal extranjera o del presupuesto objetivo de la insolvencia*

La primera parte del art. 4 indica la aplicación normativa denominada extraterritorialidad limitada en material concursal al disponer que “la declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la Republica Argentina”.

---

<sup>25</sup> *Pacesseter S.A.*, CSJNm junio 9, 1994, Fallos 317-625, voto en disidencia de BOGGIANO, donde se consideró que para que el juez argentino pueda ejercer su jurisdicción internacional el acreedor debe tener bienes sitos en la Argentina ... que la jurisdicción internacional está condicionada no sólo a la existencia de bienes en el país sino también a la existencia de acreedores locales... para que el juez argentino pueda ejercer su jurisdicción internacional el acreedor peticionante del concurso debe denunciar bienes sitos en la Argentina. De lo contrario, se desnaturalizaría el sentido de la norma, pues podría someterse a juicio ante los tribunales argentinos a una entidad completamente ajena a nuestro país que debería soportar injustificadamente un proceso de jurisdicción extraña, lo que compromete la garantía de defensa en juicio contemplada por el art. 18 CN”; reforzando esa idea en *Austral Bank International s/ ped de quiebra por Caramschi, José*”, CNCom. Sala B, 20-10-1999, LL 2000-C, 539 se acepta la jurisdicción argentina en estos casos solo cuando el peticionante es un acreedor local, esto es pagadero en la República Argentina” ... mientras que *Austral Bank s/ Pedido de quiebra por Luxardo Eduardo*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, T. 5, p. 476, citado en DPLL, Concursos 1999-2000, t.I, consideraron que si “el peticionante de la quiebra no acredita su carácter de acreedor local en los términos del art. 2 de la ley concursal, debe desestimarse su pedido, tornándose innecesaria la evaluación sobre si existen o no bienes de la accionada en el país”

De esta manera la sentencia concursal extranjera podrá ser utilizada por los “acreedores locales” o el propio deudor para abrir un procedimiento concursal en la Argentina sin necesidad de acreditar la cesación de pagos del deudor es decir, sin necesidad de acreditar los hechos reveladores que hacen presumir su estado de insolvencia conforme lo estipula el art 79 LCQ.

Rouillon afirma que esa declaración concursal extranjera tiene una extraterritorialidad limitada y puede producir efectos propios sin necesidad de reconocimiento. Su peculiaridad radica en que sirve como hecho de quiebra en nuestro país, ya que esa sentencia extranjera es suficiente para que el juez argentino pueda declarar la quiebra, sin necesidad de analizar la situación patrimonial del deudor. Siendo esto una excepción a la regla general según la cual los acreedores que piden la quiebra deben probar la insolvencia o el estado de cesación de pagos, entendiéndose por ésta que el deudor está imposibilitado de cumplir regularmente con sus obligaciones, tal como lo norma el art 78 LCQ<sup>26</sup>.

Se extraterritorializa el hecho generador de dicha falencia, cesación de pagos o insolvencia, por lo que, aún en el supuesto de probar el deudor que en la Argentina no se encuentra *in malis*, el juez debe declarar la quiebra a instancias del acreedor local. Además, la propagación de los efectos no se retrotrae a la fecha de la quiebra extranjera sino a la de la resolución de falencia dictada por el juez argentino.

El principal problema de interpretación de esta regla ha sido determinar cuáles procedimientos extranjeros concernientes a la insolvencia pueden ser considerados “declaración de concurso en el extranjero”. Así parte de la doctrina ha sostenido que cualquier procedimiento concursal extranjero permite el funcionamiento de la regla de la prime-

---

<sup>26</sup> ROULLION, Adolfo, ob cit. p. 1 y ss.

ra frase del art. 4 de la LCQ<sup>27</sup>, mientras que otros, consideran que la frase legal “*declaración de concurso en el extranjero*” alude específicamente a la quiebra y no, por ejemplo, a los concursos preventivos<sup>28</sup>.

*b. Protección de los créditos exigibles en la Argentina frente al concurso extranjero del deudor*

El artículo 4, dispone que “sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la Republica Argentina, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado”.

La regla receptada en dicha norma determina que el concurso extranjero no puede ser invocado en Argentina para disputar derechos a los acreedores “locales” sobre los activos existentes en la Argentina. Tampoco podrán invocarse el concurso extranjero para anular o privar de efectos los actos celebrados en la Argentina por el deudor.

Así, por ejemplo, los actos celebrados por el deudor con acreedores en la Argentina, que fueran considerados revocables en el país donde está el concurso extranjero, en principio permanecen válidos en la Argentina.

Esta norma es una clara representación de la doctrina de la “territorialidad del concurso extranjero”, pues en su faz práctica autoriza a que los acreedores locales puedan continuar sus acciones individuales contra el deudor concursado en el extranjero, sin respetar la resolución judicial

---

<sup>27</sup> CAMARA, Héctor, “*El concurso preventivo y la quiebra*”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. I, p. 339, quien ejemplifica con un deudor a quien en Italia se le hubiera abierto un procedimiento de administración controlada, lo que -a juicio de dicho autor- bastaría para provocar la quiebra en la Argentina en base a ese proceso italiano.

<sup>28</sup> SMITH, Juan C, “El régimen internacional de los concursos en la Ley 19.551”, LL 1980-A, 758

que disponga la suspensión de todas las acciones de los acreedores tendientes al cobro de sus acreencias<sup>29</sup>.

El concepto de “acreedor local” debe calificarse como aquel titular de crédito pagadero en nuestro país, de manera que el lugar de pago, independientemente de la nacionalidad, domicilio o residencia del acreedor, determina al beneficiario de la protección legal.

Con relación al lugar de pago como punto de conexión de la norma indirecta debe surgir del título de la obligación; puede ser designado por las partes o por normas legales en ausencia de autonomía o cuando se trate de obligaciones extracontractuales, de conformidad con las pautas que rigen el derecho internacional privado argentino.<sup>30</sup>

Con esta regla normativa, el derecho argentino separa el patrimonio del deudor concursado en el extranjero, asignando una prelación o tutela específica a los acreedores locales sobre los bienes integrantes de aquel patrimonio que estuviesen situados en territorio argentino<sup>31</sup>.

### *c. Pluralidad de concurso*

La norma que se comenta, establece que “declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla”.

Se incorpora la regla de “preferencia local o preferencias nacionales” que subordina o posterga a los créditos pagaderos en el exterior. De esta manera, los acreedores del concurso formado en el extranjero serán tenidos en consideración “únicamente en caso de que sean satisfechos

---

<sup>29</sup> ROUILLON, Adolfo, Cuestiones de derecho internacional privado en la ley concursal argentina 24.522, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XLIII, segunda época, n° 37, pp 1 ss

<sup>30</sup> BOGGIANO, Antonio, ob cit, pp 912

<sup>31</sup> RUIZ, Sergio, ob cit., pp 318-319.

los créditos verificados en nuestra quiebra; sólo entonces se les permitirá actuar sobre el saldo”.

La norma alude a los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero, lo cual se da tanto en el caso del acreedor que logró verificar su crédito en el concurso extranjero, como en caso contrario, pues aún cuando no verificase su crédito, se podría interpretar que igualmente pertenece al concurso extranjero porque puede verificar allí.

El acreedor perteneciente a concurso extranjero está sujeto a la carga de la verificación de su crédito conforme el principio general del art. 200 de la LCQ y le es suficiente probar que el crédito ha sido declarado legítimo por el tribunal extranjero.

En esta materia rige el principio *prior tempore potior in iure*, es decir, la actuación de los acreedores pertenecientes al concurso extranjero respecto del saldo se sujeta a la prioridad según el tiempo, para lo cual tendrá especial relevancia el momento en que se produzca la traba de los embargos sobre aquel<sup>32</sup>.

Es interesante señalar que normalmente la doctrina alude a los acreedores pagaderos en el extranjero como excluidos por pertenecer a un concurso extranjero. Sin embargo no habría que descartar que hubiera acreedores locales que hubiesen ya ingresado a un concurso extranjero, en sistemas en los que eso sea posible, en cuyo caso deberían también ser relegados a actuar sobre el saldo ya que la norma no distingue entre locales o extranjeros<sup>33</sup>.

#### *d. Reciprocidad*

El art. 4 expresa en su tercer párrafo que “la verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un

---

<sup>32</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana, ob cit., pp 491 y 492.

<sup>33</sup> ALL, Paula y ALBORNOZ, Jorge R., ob. cit., pp 4 ss

acreedor cuyo crédito es pagadero en la Republica Argentina puede verificarse y cobrar, en iguales condiciones, en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero”.

Esta regla de reciprocidad se aplica en el concurso preventivo y en la quiebra, constituyendo una suerte de condición de ingreso de esos acreedores a los procesos concursales, de reorganización o de liquidación, abiertos en la Argentina. Es decir, supone un concurso abierto en Argentina, al cual concurren acreedores con créditos pagaderos en el exterior o bien en el exterior y en nuestro país.

La verificación de esos acreedores está condicionada a la existencia de reciprocidad, que consistirá en la prueba de la falta de discriminación en la ley extranjera, en orden a un acreedor con crédito pagadero en la República que pueda verificar y cobrar en un concurso abierto en el país donde se deben satisfacerse aquellos créditos.

La falta de reciprocidad conducirá a un acto de retorsión que consiste en responder a un trato discriminatorio u hostil con una actitud similar.

En lo que respecta a la carga de la prueba del derecho extranjero y quien debe probarlo se ha aceptado que si bien en principio le corresponde al acreedor interesado en la verificación, la reciprocidad podrá ser acreditada por el juez, la sindicatura e incluso los restantes acreedores<sup>34</sup>.

Así la carga de la prueba del requisito de la reciprocidad si bien, en principio, incumbe al acreedor peticionante de la verificación, el mismo puede acreditarse a través de la actividad del síndico e, incluso, del propio juez, desde que, entre otras razones, el art. 4 de la ley 24.522 habla en forma impersonal estableciendo que la verificación está

---

<sup>34</sup> En *Deutsches Reisebüro G.M. c/ Speter, Armando*, LL 19-11-1984, se preguntaron ¿a quién les incumbe esa demostración? En primer lugar, al acreedor que pretende ser verificado. Pero el síndico también debe cooperar en la investigación. El juez puede ordenarle la investigación. El juez puede investigar de oficio el derecho extranjero.

condicionada a que se demuestre; es decir, no señala quién debe demostrar, por lo que la prueba de la reciprocidad podría incorporarse al expediente por la actividad de diferentes sujetos. La carga de la prueba del requisito de la reciprocidad si bien, en principio, incumbe al acreedor peticionante de la verificación, el mismo puede acreditarse a través de la actividad del síndico e, incluso, del propio juez, desde que, entre otras razones, dentro de las facultades instructorias y de investigación, cabe a los jueces requerir al síndico y a todas las otras partes interesadas, los elementos que le permitan establecer el contenido del derecho extranjero que eventualmente resulte aplicable al caso<sup>35</sup>.

Una importante excepción a esta regla fue agregada en la última parte del art. 4 donde establece que “quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real”. De este modo, los acreedores pagaderos en el extranjero que tienen garantía real, hipotecas o prendas, sobre bienes situados en la Argentina, están exentos de satisfacer el test de reciprocidad, por lo cual no deben acreditar el derecho concursal extranjero aplicable en el lugar del pago del crédito.

*e. Paridad de dividendos*

En el último párrafo del art. 4 establece que “los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes”.

De esta manera se establece una regla de pagos o de paridad de dividendos que tiende a evitar situaciones de desigualdad entre acreedores de igual rango por un mismo crédito en procedimientos de insolvencia tramitados en

---

<sup>35</sup> Sabate Sas S.A. en j° 20.541/42.086 Sabate Sas S.A. en j° 41.030 Covisan S.A. p/ Conc. p/ Verif. Tardía s/ Inc. Cas." - CSJ de Mendoza – Sala I - 28/04/2005.

distintas jurisdicciones y prohíbe la obtención de un tratamiento más favorable respecto de otros acreedores de la misma categoría.

El supuesto es que del acreedor que fracciona su crédito, verificando en la Argentina una parte, por ejemplo, un 50%, inicia acciones en el exterior por el restante 50%. En caso de que el acreedor pudiera cobrar la totalidad de lo reclamado en el exterior, se permitiría una desigualdad respecto de aquellos acreedores que, respetando el procedimiento concursal argentino, no iniciaron las acciones tendientes a la satisfacción de sus créditos. Ante esto, se dispone que el acreedor que cobró en el exterior parte de su crédito verá disminuída el cobro de su crédito en Argentina, por la proporción ya cobrada teniendo en cuenta el total de su crédito, es decir el monto verificado en la Argentina y el monto perseguido en el exterior<sup>36</sup>.

#### **4. Propuestas para mejorar y actualizar las reglas del Derecho Internacional Privado Argentino concursal**

El régimen argentino para insolvencias transfronterizas de fuente interna sigue respondiendo, con algunos retoques, a las concepciones elaboradas durante el siglo XIX. Es, así, un régimen anacrónico, que se muestra desajustado respecto de la actual realidad de la Argentina, de su inserción en la economía regional y global, de la manera como hoy se llevan a cabo las transacciones económicas y financieras, y de los sistemas contemporáneos de comunicación.

Los instrumentos legales, nacionales e internacionales, tiene que hacer frente a los desafíos de la globalización económica, para ello es imprescindible que exista una coordinación internacional con el objetivo de elaborar reglas internacionales aplicables en esta materia es una necesidad innegable<sup>37</sup>. Al respecto, si bien la tarea de armonización jurídica es ardua y llena de

---

<sup>36</sup> ARAYA, Tomás, ob cit. pp 4

<sup>37</sup> VITOLO, Roque, ob cit. pp 1



obstáculos<sup>38</sup>, es loable destacar los intentos de unificación jurídica en diversos ámbitos<sup>39</sup>.

En búsqueda de soluciones es necesario destacar la tarea que viene realizando la Comisión de las Naciones Unidas en materia de Derecho Mercantil Internacional, con la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de 1997 (en adelante LM); Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (2004, 2010 y 2019), la Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre cooperación en la Insolvencia Transfronteriza (2009); Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia con la Guía para su incorporación al derecho interno (2018) y Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas (2019)<sup>40</sup>.

## **I. Breve análisis de la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza**

La Ley Modelo (LM) tiene por objeto ayudar a los Estados a dotar a sus respectivos regímenes de la insolvencia de un marco legislativo moderno para resolver con mayor eficacia los casos de insolvencia transfronteriza en que el deudor se encuentre en una situación financiera muy precaria o sea insolvente. Su principal función es autorizar y alentar la cooperación y la coordinación entre jurisdicciones en lugar de promover la unificación del derecho sustantivo en materia de insolvencia, y respeta las diferencias entre los diferentes derechos procesales de cada país.

Así define que una insolvencia transfronteriza es aquella en la que el deudor tiene bienes en más de un Estado o en la

---

<sup>38</sup> VALLENS J.L y SORIEUL, R. “Codifier le droit international privé en matière de procédures collectives?”, *Recueil Dalloz*, n° 18, 2007, pp. 1225-1228.

<sup>39</sup> Contamos con la labor realizada en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el Código Bustamante de 1928, el Convenio Europeo sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra de Estambul de 05/06/1990, el Convenio de Bruselas sobre los procedimientos de insolvencia de 23/11/1995; el Reglamento (CE) N° 1346/2000 del Consejo de 29/05/2000.

<sup>40</sup> Ver al respecto <https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency>

que algunos de los acreedores del deudor no son del Estado donde se está tramitando el procedimiento de insolvencia.

En su preámbulo, señala como propósito “establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes: a) la cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza; b) una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones; c) una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor; d) la protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor; e) facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

La misma prevé el supuesto de que ésta contradiga una obligación del Estado proveniente de cualquier tratado u otra forma de acuerdo en el que éste sea parte con uno o más Estados. Para dicho caso dispone que las previsiones del tratado o acuerdo prevalecen. Esto se entiende si se recuerda el tipo de técnica de reglamentación adoptada, orientada primordialmente hacia los legisladores internos a la hora de reformar la legislación doméstica. La consecuencia que en orden al rango dentro de la jerarquía normativa acarrea, es el de tratarse de una ley<sup>41</sup>.

También circunscribe los supuestos de aplicación a aquellos en que es requerida cooperación en el Estado por un tribunal o un representante extranjero en conexión con un pro-

---

<sup>41</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana, “La Armonización del Derecho Comercial Internacional en el Mercosur: Insolvencia Transfronteriza”, Proyecto de Investigación aprobado por la Secretaría de Ciencia y Tecnología (SECYT) de la UNC, Cod 05/D363 años 2005/2006, directora. Integrantes: Azar, María Cecilia; Berardo, Mónica; Echegaray, Carlos; Godoy Miryam; Harrington, Carolina; Mastrangelo, Fabio; en <http://www.secyt.unc.edu.ar/Nuevo/proyectos>

cedimiento de insolvencia foráneo; en el caso de un procedimiento extranjero sujeto a la ley de un Estado con arreglo a la ley de derecho interno local; o cuando el supuesto se relaciona con un procedimiento extranjero que tramita simultáneamente y respecto al mismo deudor; cuando acreedores u otros interesados de un Estado extranjero tengan interés en requerir la apertura o la participación en un proceso que se esté tramitando con arreglo a las normas de derecho interno sobre insolvencia.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LM los procedimientos concernientes a ciertas entidades, tales como bancos o compañías de seguro, que estén sujetas a un régimen especial de insolvencia en un Estado y que ese Estado tenga la voluntad de excepcionar de aplicación<sup>42</sup>.

La LM se vale de definiciones que operan como calificaciones autárquicas. Así, determina que debe entenderse por “procedimiento extranjero”, “procedimiento extranjero principal”, “procedimiento extranjero no principal” (secundario), “representante extranjero”, “tribunal extranjero” y “establecimiento”.

El régimen establecido en sus disposiciones ofrece soluciones que pueden ser útiles por razones significativas, en aspectos tales como la asistencia que se haya de recabar en el extranjero para un procedimiento de insolvencia abierto en el Estado promulgante, el acceso del representante extranjero a los tribunales del Estado promulgante; el reconocimiento de un procedimiento extranjero<sup>43</sup>

La LM establece los recaudos a seguir a los efectos de las notificaciones tanto al acreedor domiciliado en el país como al que resida en el extranjero. También se legisla sobre el deber de información en relación a cualquier cambio sustancial en el status de reconocimiento del procedimiento extranjero o el status del representante extranjero designado; y cual-

---

<sup>42</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana en <http://www.secyt.unc.edu.ar/Nuevo/proyectos>

<sup>43</sup> ALL, Paula y ALBORNOZ, Jorge, ob.cit. pp 6

quier otro procedimiento concerniente al mismo deudor que tomare conocimiento el representante extranjero.

Aunque llame la atención, la LM recepta la excepción de orden público, al expresar que: nada en esta Ley excusa al Tribunal para denegar una actuación según esta Ley, si esa actuación fuera manifiestamente contraria al orden público de su Estado.

Además recoge principios como del a) “acceso”, determinando las circunstancias en las que un representante extranjero tiene derecho de acceso al tribunal del Estado promulgante al que se solicite reconocimiento y la concesión de medidas; b) El principio del reconocimiento por medio del cual el tribunal ante el que se recurra pueda dictar una orden de reconocimiento del procedimiento extranjero ya sea como procedimiento principal o como procedimiento no principal; c) El principio de medidas otorgables se refiere a tres situaciones distintas: 1) cuando se haya solicitado el reconocimiento de un procedimiento extranjero, pueda otorgarse medidas cautelares para proteger los bienes que están bajo la jurisdicción del tribunal ante el que se recurra; 2) Si se reconoce un procedimiento como principal, las medidas se otorgan automáticamente; o 3) Pueden otorgarse discrecionalmente medidas cautelares adicionales respecto de los procedimientos principales y pueden darse medidas de esa índole en un procedimiento reconocido como no principal; d) El principio de “cooperación” y “coordinación” que obliga a los tribunales como a los representantes de la insolvencia de distintos Estados a comunicarse y cooperar entre sí en la máxima medida posible, a fin de asegurar que la masa de la insolvencia del deudor único sea administrada con equidad y eficacia de modo que los acreedores obtengan el mayor provecho.

La misma brinda pautas que deben observarse al momento de tener que interpretar sus normas. Sostiene a tal efecto que se reparará en su origen internacional y en la necesidad de promover a una uniforme aplicación y la observancia de la buena fe.

No olvidemos que la LM al ser adaptada y adoptada como legislación nacional, puede llegar a desprenderse de su origen, de los fines que persigue, y los principios que la inspiran. Incluir este artículo conlleva prevenir esa posibilidad.

Claramente puede apreciarse que la LM es de tinte universalista, se enrola en el principio de la unidad aunque reconoce la posibilidad de procedimientos secundarios y de masas locales, como también la importancia que en el instituto reviste el sistema de preferencias nacionales.

## **II. Aportes de la Ley Modelo**

Esta LM recoge las prácticas, en materia de insolvencia transfronteriza, que caracterizan a los sistemas más modernos y eficientes de administración de las mismas, a la vez respeta las diferencias que se dan de un derecho procesal interno a otro y no intenta unificar el derecho sustantivo de la insolvencia pero su régimen sí ofrece soluciones que pueden ser útiles a cualquier Estado que quiera dotar a su derecho concursal con reglas modernas, equitativas y armonizadas para resolver con mayor eficacia los casos de insolvencia transfronteriza<sup>44</sup>.

Es una propuesta realista, alejada de fantasías inalcanzables de la legislación sustantiva concursal unificada o de la universalidad o unidad concursal más allá de las fronteras nacionales. Su realismo se sustenta en ofrecer soluciones modestas, pero significativas y alcanzables, pudiendo ser fácilmente adoptadas por los países, cualquiera fuese la orientación, objetivos y principios inspiradores de sus respectivos derechos internos sobre insolvencia, especialmente haciendo hincapié en la cooperación<sup>45</sup>.

Además, como bien lo ha señalado Rouillon, “ninguna de las disposiciones de la Ley Modelo es contraria a nuestra Constitución Nacional, ni a los principios fundamentales de derecho argentino o a su orden público, ni a los

---

<sup>44</sup> ROUILLON, Adolfo, ob. cit. en nota 3

<sup>45</sup> ROUILLON, Adolfo, ob. cit. nota 3

verdaderos y principales intereses del país. Por el contrario, es conveniente para ellos y permitiría, de manera rápida y sencilla, pues el trabajo, en lo fundamental, ya está hecho, actualizar nuestras obsoletas reglas de DIPr concursal, en línea con la más moderna tendencia universal. A la vez, y como beneficio no menor, daríamos una importante señal de previsibilidad y seguridad jurídica a la inversión foránea”.

## 5. Conclusiones

Frente al crecimiento y desarrollo constante de las relaciones internacionales y ante la diversidad de derechos internos y la ausencia de órganos jurisdiccionales de carácter internacional para solucionar las controversias que se plantean, la necesidad de contar con una normativa adecuada para regir las relaciones privadas internacionales constituye una prioridad<sup>46</sup>.

El régimen jurídico de la insolvencia transfronteriza es insuficiente y se caracteriza por la falta de actualización de sus reglas, tanto de fuente interna como las de fuente internacional.

Por ello se requiere de manera urgente e imprescindible encarar legislativamente la adopción de reglas de derecho internacional privado para los concursos con repercusión transfronteriza, que sean acordes a las modernas tendencias en la materia, que logren una actuación rápida, coordinada y eficiente entre Tribunales y funcionarios de distintos países latinoamericanos, que contemplen los intereses nacionales en función de la actual inserción de los país en la economía regional y mundial, y que afirmen los valores de la previsibilidad y de la seguridad jurídica, favoreciendo la inversión trasnacional y la reorganización de las empresas en crisis maximizando su valor y preservando empleos<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> AUDIT, Bernard, "Propos introductif", ps. 8-13, esp. 8-9, Colloque international sur quelques aspects pratiques du Droit international privé des personnes, de la famille et des biens, *Recueil des Interventions*, [www.maisondu droit.org/vanban-fr/DIP-fr.pdf](http://www.maisondu droit.org/vanban-fr/DIP-fr.pdf)

<sup>47</sup>RUIZ, Sergio, *Insolvencia Transfronteriza en Latinoamérica: Algunos casos paradigmáticos*, en

La Ley Modelo de CNUDMI es un instrumento procesal que respeta las diferencias que se dan en los distintos ordenamientos jurídicos estatales, sin pretender unificar el derecho sustantivo nacional en materia concursal. Su objetivo estriba en alcanzar un suficiente nivel de cooperación entre los tribunales y otras autoridades competentes de los diferentes Estados implicados en una situación de insolvencia transnacional, a través de la concreción de un mínimo sistema de cooperación judicial y administrativa, y del diseño de un mecanismo flexible y sencillo de reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros, con la expresa aceptación de la posibilidad de iniciar procedimientos de carácter secundario. Todo ello articulado sobre el principio de libre acceso de los acreedores extranjeros a los tribunales en condiciones de igualdad con los nacionales

Un régimen concursal basado en la cooperación internacional abre mercados y atrae capitales pues genera confianza entre los acreedores e inversores.

La aplicación de sus principios al régimen argentino mediante la adopción de sus reglas, sea como un capítulo de la ley concursal, o sea como una ley autónoma, permitirá una pronta y eficaz solución de los problemas suscitados por la legislación actual, estando garantizada su inclusión, pues no existe regla alguna de la ley modelo que contraría nuestro basamento constitucional.

# DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE SOCIEDADES EN ARGENTINA: ENTRE LA TRADICIÓN Y LA NECESIDAD DE REVISIÓN

Candela N. Villegas\*

*“el esfuerzo de los seres humanos por adaptarse  
a este nuevo mundo se traslada al esfuerzo de los juristas  
en su afán de establecer normas que permitan  
mantener en esta nueva sociedad, los valores de justicia”<sup>1</sup>*

Raúl Etcheverry

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: I. REGULACIÓN INTERNA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS, II. ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, 4. LEY GENERAL DE SOCIEDADES; 5. REFLEXIONES FINALES.

---

\* Abogada (Universidad Nacional de Córdoba). Escribana (Universidad Siglo 21). Magíster en Derecho y Argumentación (Universidad Nacional de Córdoba). Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesora de Derecho Internacional Privado (Universidad Nacional de Córdoba). Investigadora Universidad Siglo 21. Titular Disciplinar de Derecho Internacional Privado (Universidad Siglo 21). Mail: [candela.villegas@unc.edu.ar](mailto:candela.villegas@unc.edu.ar) <http://orcid.org/0000-0001-5258-7091>

<sup>1</sup> ETCHEVERRY, Raúl, *El derecho comercial internacional. Nuevas fuentes*, LA LEY1992-D, 1132 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2009, 213. p.2.



## 1. Introducción

En la regulación de la internacionalización de las actividades societarias, cada Estado establece su legislación eligiendo los criterios de conexión que considere más apropiados, en armonía con su sistema normativo, sus principios y valores, y los criterios de justicia que sustentan su ordenamiento. La cultura y la realidad social de cada nación juegan un papel fundamental en su configuración y cada legislador nacional otorga las soluciones normativas en función de consideraciones técnicas y de conveniencia, en respuesta a las necesidades o circunstancias derivadas de su política legislativa. En esta oportunidad, aprovechando esta instancia de diálogo y revisión integral de la última reforma que se realizó a nivel Derecho internacional privado (DIPr) de fuente autónoma con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), se procede a analizar la manera en que se regula el Derecho internacional privado de sociedades (DIPrS) argentino.

La dimensión interna argentina de DIPrS actualmente encuentra soluciones en cuerpos normativos autónomos al CCCN, en la Ley General de Sociedades<sup>2</sup> (LGS) y en la Ley de Concursos y Quiebras<sup>3</sup> en lo que hace al régimen de insolvencia transfronteriza. Complementariamente, se pueden incorporar en el análisis de esta dimensión, las Resoluciones Generales (RG) de la Inspección General de Justicia (IGJ), que si bien es el organismo administrativo que se encarga de la reglamentación legislativa, al haber sido tratadas en amplia jurisprudencia, resulta insoslayable considerarlas.

Se procede a analizar primeramente la regulación del CCCNN, tomando en consideración las disposiciones internas relativas al régimen de las personas jurídicas privadas, que

---

<sup>2</sup> Ley 19550. Ley General de Sociedades. Texto ordenado por el Anexo del Decreto N° 841/84 B.O. 30/03/1984. Ley General de Sociedades. Denominación del Título sustituida por punto 2.1 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014.

<sup>3</sup> Ley 24.522. 20 de Julio de 1995. Ley de Concursos y Quiebras.

impactan en la manera de considerar a las sociedades y en consecuencia, en el régimen de las sociedades constituidas en el extranjero (SCE), para luego tomar en consideración las disposiciones del Anteproyecto de Código Civil y Comercial (ACCC), cuya sección destinada a la actuación extraterritorial de las sociedades no fue finalmente incorporada.

Posteriormente se reflexiona sobre las soluciones actuales del DIPrS interno, recogidas en la LGS y las problemáticas que aún se encuentran sin resolver.

## 2. Código Civil y Comercial

En lo que respecta al abordaje de la temática, el CCCN, que unificó y actualizó los antiguos Código Civil de 1871 y de Comercio de 1889<sup>4</sup>, representó un avance significativo<sup>5</sup> en relación a la dispersión normativa que caracterizaba al DIPr de fuente autónoma en Argentina, destinando el Título IV del Libro VI a “Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, pero optó por no incluir normativa de DIPrS. El Equipo Colaborador<sup>6</sup> (EC) de la Comisión Redactora (CR), como señala Dreyzin de Klor, “diseñó varias reglas que no fueron incluidas, principalmente las relativas al sector de reconocimiento de decisiones extranjeras y a las sociedades constituidas en el extranjero”<sup>7</sup>. Si bien en materia de DIPrS no se incorporaron las disposiciones

---

<sup>4</sup> Ambos con vigencia hasta el 31 de Julio de 2015.

<sup>5</sup> “El CCyC opera como instrumento de la constitucionalización del Derecho Privado- y por tanto del DIPr - nutriéndose de un espíritu latinoamericanista y abrevando en las respuestas que brinda la jurisprudencia para situaciones que muchas veces carecen de respuesta normativa”, DREYZIN DE KLOR, Adriana, “A propósito de los principios y las fuentes de las normas de Derecho internacional privado en el nuevo Código Civil y Comercial” *Nuestra Joven Revista Jurídica*, Vol II, N°1 serie I, 2015.

<sup>6</sup> Conformado por los Dres. Adriana Dreyzin de Klor, Marcelo Iniguez, María Susana Najurieta y María Elsa Uzal.

<sup>7</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana, “A propósito de los principios y las fuentes de las normas de Derecho internacional privado en el nuevo Código Civil y Comercial” *Nuestra Joven Revista Jurídica*, Vol II, N°1 serie I, 2015.

propuestas por el EC, si se debe tomar en consideración la regulación sobre las personas jurídicas privadas a nivel interno y sus implicancias en la manera de conceptualizar a las sociedades. A continuación se procede a analizar el régimen interno de las personas jurídicas privadas y *a posteriori*, las disposiciones que finalmente no fueron incorporadas, pero cuyas soluciones venían a recopilar las experiencias de otros países, los criterios más modernos en relación a estándares internacionales y la actividad del organismo de contralor administrativo.

## **I. Regulación interna de las personas jurídicas privadas**

En los Fundamentos del ACCC, se expresa que “la regulación de las personas jurídicas en la parte general de un Código Civil y Comercial unificado, se circunscribe a la finalidad de establecer un sistema, también general aplicable a todas las personas jurídicas”. Podría entenderse por ello que los cuatro artículos que forman parte de la Sección 1 (artículos 141 a 145), abarcan reglas generales comprensivas de las personas jurídicas públicas y las privadas. Las secciones siguientes confirmarían lo expuesto: las reglas generales de esta sección continuarían con la clasificación y, luego, con disposiciones específicas referidas a las personas jurídicas privadas.

Fue recién con la sanción del CCCN cuando se incorpora una definición precisa de lo que debe entenderse por persona jurídica y se aparta de la teoría que se había establecido en el código velezano. Del análisis exegetico de su articulado se deriva el concepto y sus caracteres esenciales. La CR continuó manteniendo el sistema de regulación binario, distinguiendo las personas humanas de las personas jurídicas, aunque debe aclararse que “como categoría jurídica, también la persona humana ostenta dicho rango”<sup>8</sup>. De esta manera, el artículo 141 del CCCN expresa que: *Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les con-*

---

<sup>8</sup> JUNYENT BAS, Francisco, FERRERO, Luis, *Reformas a la Ley de Sociedades por ley 26.994*, Ed. *Advocatus*, Córdoba, 2015.p.17

*fiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.*

De la mencionada definición se derivan algunas cuestiones importantes a considerar. Se debe destacar que el ordenamiento jurídico confiere a la persona jurídica la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, mientras que, a las personas humanas, les reconoce esta capacidad, ya que dicha aptitud preexiste al ordenamiento. Una segunda nota relevante es que esta aptitud es conferida para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación. Este agregado ha generado discusiones en la doctrina, que se cuestiona si representa una limitación a la capacidad de las personas jurídicas, puesto que el accionar fuera de esos límites, no convierte al acto en inexistente, sino que deja de ser imputable a la persona jurídica.

La persona jurídica para el CCCN, continuando con la línea del derogado código, comienza su existencia desde su constitución, tal como lo establece en su artículo 142: *La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla.* En consecuencia, la persona jurídica nace con el acuerdo de voluntades o por la declaración unilateral del único socio, en el caso de sociedades unipersonales<sup>9</sup>.

Mas allá de las disposiciones establecidas por la ley especial, es importante tomar en cuenta siempre la regulación de los códigos de fondo, puesto que si bien a nivel interno, el

---

<sup>9</sup> “La constitución de las sociedades por regla general tenía origen en un contrato plurilateral, existiendo excepciones (v.gr. supuestos de escisión, acuerdo en el concurso, etc) pero con la incorporación de las sociedades unipersonales al régimen (art. 1-y conc. LGS), esta concepción contractualista se ve puesta una vez mas en jaque al admitirse el nacimiento de la sociedad por la declaración unilateral del único socio en el caso de la sociedad unipersonal; dando lugar al acto jurídico uni-plurilateral (abierto) como momento eugenésico de las sociedades”. JUNYENT BAS, Francisco, FERRERO, Luis, *Reformas a la Ley de Sociedades...op. cit* p.20

régimen societario argentino está establecido por la LGS, no resulta autosuficiente<sup>10</sup>, ya que se debe recurrir complementariamente a la legislación común.

Luego de la conceptualización de la persona jurídica privada, se debe avanzar en el concepto específico de sociedad. La Ley de Sociedades Comerciales se refería en su artículo 1 a la definición de sociedad comercial señalando: *“Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”*. Conforme se desprende del artículo, en derecho societario se optó por seguir un sistema *numerus clausus* de sociedades personificadas o tipos societarios.

Con el CCC, y su consecuente modificación de la Ley de Sociedades Comerciales transformándose en la LGS<sup>11</sup>, el artículo 1 de esta ley se modifica para dar lugar a la incorporación de las sociedades unipersonales en su artículo 1: *Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal*. La principal característica que emana de este concepto es la modificación de una condición esencial de la ley predecesora, la necesidad de pluralidad de socios (a tal punto, que en caso de disminuirse era causal de disolución<sup>12</sup>).

---

<sup>10</sup> JUNYENT BAS, Francisco, FERRERO, Luis, *Reformas a la Ley de Sociedades...op. cit.*

<sup>11</sup> Las leyes especiales han sido modificadas en la medida que ha sido necesaria su adaptación al CCCN y en temas específicos, porque como surge de los Fundamento de la Reforma, “es una decisión de política legislativa no modificar las leyes que presentan una autonomía de microsistema”.

<sup>12</sup> Artículo 94, inciso 8, LGS.

En lo que respecta al régimen de sociedades desde la perspectiva del DIPr, como se mencionó *supra*, no fue finalmente incorporado, pero se procede a su análisis, ya que se trataba de una sección de suma importancia porque venía a modernizar el régimen de DIPrS que fuese establecido en el año 1984, es decir, con una antigüedad de cuatro décadas.

## II. Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación

En el ACCC, el EC diseñó, una sección específica para las SCE, que luego de ser elevada a la CR no se incorporó finalmente en el texto definitivo.

La sección trataba los trascendentales aspectos a regular en relación a las SCE, receptando las principales necesidades del comercio internacional y las exigencias de la comunidad internacional para obtener seguridad jurídica en las transacciones mediante una adecuada, actualizada y armónica infraestructura jurídica que sistematizaba la actuación en Argentina de las SCE.

### *a) Jurisdicción*

En materia de jurisdicción, a diferencia de la LGS, que no refiere al tema, el ACCC dedicaba un artículo específico a establecer las normas de atribución de competencia, fijando como criterio atributivo de jurisdicción, para conocer en las acciones contra una sociedad, en las acciones relativas a la validez de sus cláusulas contractuales o estatutarias y contra los socios en su carácter de tales u otras personas responsables en virtud del Derecho aplicable, los tribunales del lugar de constitución o del Estado donde la sociedad tiene su domicilio registrado.

El DIPrS interno no dispone en su articulado de una norma de jurisdicción específica, aunque si en materia convencional, en el TDCIM89<sup>13</sup> y en el TDCTIM40<sup>14</sup>, que

---

<sup>13</sup> Art. 7° - Los jueces del país en que la sociedad tiene su domicilio legal, son competentes para conocer de los litigios que surjan entre los socios o que inicien los terceros contra la sociedad. Sin embargo, si una sociedad

sirvieron de inspiración para utilizar como criterio de conexión el domicilio. La fuente convencional incorpora una calificación autárquica de domicilio, señalando que es el lugar donde la sociedad tiene el asiento principal de sus negocios, es decir adhiere al modelo de la sede.

En la sección de DIPr del ACCC no se incorporaba una calificación de domicilio para las personas jurídicas como si se realiza para las personas humanas, pero se especificaba que se hace referencia al domicilio de registro, es decir donde se halle el registro público correspondiente. En el CCC el domicilio, como foro general, determina la jurisdicción internacional, concurriendo, según las instituciones, con otros criterios especiales, en este caso, con el foro especial, jueces del lugar de constitución.

También el ACCC receptaba la posibilidad de realizar un acuerdo de elección de foro, atribuyendo jurisdicción internacional a los jueces de un Estado que no la detenta, en concordancia con la posibilidad que otorga el artículo 2605<sup>15</sup> del CCC, pero encontraba dos limitaciones, por un lado, el hecho de que sea Argentina el lugar de emisión pública de obligaciones negociables, títulos o acciones que coticen en bolsa y segundo, cuando las acciones de responsabilidad sean intentadas a causa de dichas emisiones.

---

domiciliada en un Estado realiza operaciones en otro, que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los tribunales del último.

<sup>14</sup> Art. 11.- Los jueces del Estado en donde la sociedad tiene su domicilio, son competentes para conocer de los litigios que surjan entre los socios en su carácter de tales, o que inicien los terceros contra la sociedad. Sin embargo, si una sociedad domiciliada en un Estado realiza en otro, operaciones que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los jueces o tribunales del segundo.

<sup>15</sup> Art. 2605.- Acuerdo de elección de foro. En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

b) *Derecho aplicable*

En relación al derecho aplicable, reproducía el esquema planteado en la LGS, aunque especificaba con mayor precisión las situaciones que quedaban atrapadas por la *lex societatis*. Señalaba como punto de conexión el lugar de constitución para regir la existencia, forma, validez, atribución de la personalidad jurídica, objeto, capacidad, funcionamiento, disolución, derechos y obligaciones de los integrantes o socios.

Mantén la distinción entre actos aislados y ejercicio habitual del objeto social, aunque agregaba exigencias a las solicitadas en el artículo 118 3° párrafo de la LGS. El primero de los requisitos que solicita la LGS es acreditar la existencia con arreglo a las leyes de su país. Esta obligación, la comparten todos los supuestos de actuación de las SCE en Argentina, incluso cuando se trate de realización de actos aislados y estar en juicio.

En el ACCC además, para realizar ejercicio habitual, se exigía inscribir el acto constitutivo, contrato social, estatuto, sus reformas y modificaciones; la última integración del órgano de administración; el último estado contable aprobado y demás documentación habilitante, en concordancia con las exigencias de los órganos administrativos que tienen a su cargo la fiscalización de las SCE que hagan ejercicio habitual en el país. Para acreditar estos extremos, se requería certificación oficial del país donde la sociedad se haya constituido o se encuentre registrada<sup>16</sup>.

Continuaba enumerando las exigencias, solicitando que se fije domicilio en el país, para lo cual debían efectuar la correspondiente inscripción y publicación. En este punto, agregaba que las notificaciones efectuadas en ese domicilio

---

<sup>16</sup> Señala el ACCC que el mencionado certificado podrá ser suplido con un informe de abogado o notario debidamente certificado, que acredite la vigencia de la sociedad y que la misma no se encuentra sometida a liquidación o a procedimiento legal que importe restricciones sobre sus bienes o actividades.



se tendrían por válidas y vinculantes a los efectos previstos en esa norma. Dicha aclaración fue una incorporación del ACCC, que, en definitiva, no era necesaria, puesto que las notificaciones que se realizan en el domicilio, son claramente vinculantes.

En relación a la necesidad de justificar la decisión de crear la representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará, coincidía con la LGS, agregándole que se debía inscribir la documentación relativa al representante legal. Y añadía, de la misma manera que la LGS, que si se tratase de una sucursal se debería determinar el capital que se le asigne, cuando corresponda por leyes especiales.

Como surge de los requisitos que se acaban de enumerar, el ACCC hizo especial hincapié en el cumplimiento de todas las formalidades de inscripción y publicación, posiblemente por la influencia que han tenido las RG de IGJ.

También resulta importante destacar que seguidamente a estas disposiciones, se enunciaban los requisitos relativos a la actuación de las sociedades *off shore*. Esta incorporación resultaba una de las cuestiones más novedosas del ACCC, puesto que establecía a nivel de legislación, lo que a nivel administrativo ya se venía exigiendo. Se le indicaba a la autoridad de contralor apreciar con criterio riguroso el cumplimiento de los requisitos precedentes por parte de las sociedades *off shore*, o que estén constituidas, registradas o incorporadas en jurisdicciones consideradas de baja o nula tributación o categorizadas como no colaboradoras en la lucha contra “el lavado de dinero” y el crimen transnacional organizado, pudiendo requerir la información adicional que considere necesaria. La fuente directa de este agregado es la RG 7/2005, artículo 192, luego receptada en la RG 7/2015, artículo 217. Sin embargo, se apartaba de los rigurosos criterios de la IGJ de no inscribir las sociedades *off shore*<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Así lo establecía el artículo 193 de la RG 7/2005, que encuentra su correlato en el 218 de la RG 7/2015 actualizado por RG 8/2021 al señalar que: *La*

En el 2005, cuando se presenta el Anteproyecto de Reforma a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, se había previsto la situación de las sociedades *off shore*, instituyendo un criterio restrictivo para juzgar la capacidad de actuación y obligando a la autoridad interviniente a notificar a la oficina de prevención del lavado de dinero.

Frente al incumplimiento de las formalidades que se exigen para la realización de ejercicio habitual, el ACCC fijaba una sanción específica, a diferencia de los que sucede con la LGS. El ACCC tornaba inoponible el contrato o estatuto constitutivo con relación a los actos realizados en Argentina. Agregaba que mientras el incumplimiento se mantuviese no podrían ejercerse contra terceros derechos fundados en hechos o actos realizados en el país, y todos aquellos derechos y obligaciones que surgiesen durante el periodo de incumplimiento tornarían solidariamente responsables a los representantes.

*c) Responsabilidad de los representantes*

En este punto, el ACCC se apartaba de la LGS en relación a las sociedades de tipo desconocido. No seguía la línea anterior, por la que se asimilaba a las SCE a una SA, por ser el criterio de máximo rigor, sino que se opta recu-

---

*Inspección General de Justicia no inscribirá sociedades constituidas en el extranjero que: a. Carezcan de capacidad y legitimación para actuar en el territorio del lugar de su creación. b. Estén constituidas, registradas o incorporadas en países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados y regímenes tributarios especiales, considerados no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal y/o categorizadas como no colaboradoras en la lucha contra el Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, o de baja o nula tributación, conforme a criterios del Banco Central de la República Argentina, de la Unidad De Investigación Financiera, del Ministerio De Justicia y Derechos Humanos o de organizaciones regidas por normas de derecho internacional público, tales como las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, el Grupo De Acción Financiera Internacional (GAFI), OCDE u otras, o en su defecto, que a criterio razonablemente fundado de la Inspección General De Justicia no satisfagan dichos estándares.*

rrir a la responsabilidad de los administradores de aquel tipo legal local con el que la sociedad extranjera guarde la más razonable analogía. La redacción del ACCC otorgaba mayor margen de apreciación judicial y permitía atender a criterios de justicia, al buscar el tipo legal que guarde una relación más estrecha con la SCE, a diferencia del régimen de la LGS que directamente aplica el criterio de máximo rigor, pudiendo tornar injusta dicha asimilación. Cabe aclarar que este régimen no altera las responsabilidades que asuman los órganos sociales u otros mandatarios especiales.

*d) Constitución de sociedad y adquisición de participación*

Para que una SCE pueda constituir en Argentina una sociedad, el ACCC, en coincidencia con la regulación de la LGS, exigía acreditar ante la autoridad de contralor que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos y cumplir con todas las exigencias relativas a la inscripción y en lo que corresponda, publicación del contrato social, sus reformas, modificaciones y documentación habilitante. En cuanto a los representantes legales, también debían inscribirse y constituir un domicilio especial.

Estas exigencias se extendían a las participaciones en sociedades locales, cuando se alcance el 10 por ciento del capital social o en el caso de sociedades autorizadas a la oferta pública, el 5 por ciento del capital o 10 por ciento de los votos. Dicha distinción en función de la participación, ya sea del capital social o de los votos en el caso de las sociedades que realizan oferta pública, representaba una novedosa incorporación del ACCC, que no se encuentra en la LGS. Sin embargo, en el proyecto de reforma de la Ley 19550 de 2005, ya estaba contemplada.

En el caso de incumplir con la debida inscripción, la sanción prevista era que la SCE no podría ejercer los derechos que tenga como socio en la sociedad local. Esta disposición, en caso de que la participación haya sido adquirida en los mercados de valores regulados del país, no afectaría

la percepción de dividendos, valores resultantes de operaciones sociales y cualquier otra acreencia. Y a los efectos del quórum y las mayorías en las reuniones de socios, no se tomaría en cuenta la participación de la SCE que no se halle debidamente inscrita.

En relación a la adquisición de bienes inmuebles en el país, la sanción por el incumplimiento de la inscripción, tornaba indisponible el bien hasta que se cumpliera con la debida inscripción de la SCE conforme lo exigía el ACCC.

*e) Sociedad con sede o principal objeto exclusivo en la República*

El último supuesto de actuación que contempla el ordenamiento jurídico argentino, es el de aquellas SCE que tengan su sede en Argentina o su principal objeto esté destinado a cumplirse en el país. En este punto coincidía la regulación del ACCC como norma internacionalmente imperativa con la LGS. Ambas adhieren a un criterio restrictivo y se las considera sociedades locales a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución, de reformas y contralor de funcionamiento.

La LGS ha generado numerosas discusiones doctrinarias en relación con las disposiciones de este artículo, y desde la IGJ, en su rol de organismo de contralor se acrecentaron los controles y se sancionaron normativas administrativas con disposiciones más estrictas en orden a disuadir esta actuación en claro fraude a la ley argentina.

El ACCC tomaba los parámetros de IGJ principalmente, junto a otras fuentes internacionales relevantes, como ser la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado, el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay, la normativa de fuente convencional argentina, y realizaba una regulación más extensa relativa a las sanciones por el incumplimiento de regularización.

Hasta tanto la SCE no se regularizaba, conforme lo exigía el ACCC, no podía ejercer contra terceros derechos fundados en hechos o actos realizados en Argentina. Luego de su regularización, podría ejercerlos, pero la respon-

sabilidad de quienes hayan actuado en nombre de la SCE durante ese periodo, sería solidaria.

Por su parte, la autoridad de contralor, al detectar una SCE que encuadrara en este supuesto, procedería a intimarla a su adecuación<sup>18</sup> y regularización conforme las disposiciones internas argentinas. Para su cumplimiento, la SCE tenía un plazo de ciento ochenta días. En caso de no realizarlo en ese plazo, la autoridad de contralor podría solicitar el cumplimiento en sede judicial. Si se hubiese inscripto como SCE, se solicitaría la cancelación de la inscripción y la declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la SCE, su consideración como sociedad local y la liquidación de bienes que pudiera corresponder.

Con la finalidad de ponderar la actuación contemplada en este supuesto, la autoridad de controlar, en la RG 5/2007 señalaba algunos criterios, (que sin carácter taxativo, ya sea separada o concurrentemente) utilizaban para su determinación<sup>19</sup>:

1. *La carencia de activos, participaciones sociales, operaciones de inversión y/o explotación de bienes de terceros referidos en el art. 188, inc. 3 o, en su caso, su irrelevancia comparativa, bajo las pautas de apreciación del art. 211, respecto de los activos y actividades desarrolladas en la República.*
2. *La efectiva localización del centro de dirección o administración de la sociedad en ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*
3. *La falta de presentación en debida forma de los elementos referidos en el art. 209, en el caso de sociedades provenientes*

---

<sup>18</sup> La adecuación que se le solicita conforme el ACCC y en concordancia con las Resoluciones de IGJ, se la considera como el cumplimiento de la regularización que exige la LGS para las sociedades locales, de esta manera, se la consideraría como una sociedad no constituida regularmente, hoy reconocidas como sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II, hasta tanto cumpla con las disposiciones de la ley.

<sup>19</sup> Inspección General de Justicia. Resolución 7/2005 artículo 237. Actual artículo 266 Resolución 7/2015.

*tes de jurisdicciones consideradas de baja o nula tributación o como no colaboradoras en la lucha contra el “lavado de dinero” y el crimen transnacional, o de sociedades “off shore” inscriptas antes de la entrada en vigencia de estas normas.*

De esta manera, al constatarse estas circunstancias, se determinaba la inoponibilidad de la inscripción que obtuvo la SCE en un registro extranjero a los efectos de la actuación en Argentina. Se debe aclarar, que la mencionada inoponibilidad no conllevaba atribuir una irregularidad sobreviniente post inscriptoria, por el contrario, tan solo calificaba el estatus de la sociedad como hubiese correspondido conforme al derecho argentino, cuya aplicación, inicialmente se pretendió eludir, reiterando que, en definitiva, el derecho del lugar de constitución de la sociedad fue escogido en fraude a la ley argentina<sup>20</sup>.

*f) Traslado de lugar de registro, cambio de sede, fusión, transformación o escisión*

En la misma línea de adecuación de la normativa iusprivatista societaria a los estándares internacionales, se encontraba en el ACCC la expresa mención al traslado de lugar de registro, cambio de sede, fusión, transformación y escisión. Importaba un avance legislativo en orden a la casuística que reclama su regulación específica. En la LGS dentro de la Sección XV destinada a las SCE, no se previeron estas posibilidades, ni tampoco en la dimensión convencional. Es recién en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado del año 2003 que empezó a pensarse en legislar este supuesto.

El EC encontró la inspiración, como en varias disposiciones del ACCC, en la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado, en la Ley Federal de Derecho Internacional

---

<sup>20</sup> BENSEÑOR, Norberto , “Adecuación de sociedades extranjeras” DSC Errepar, 2004.

Privado Suiza, y en el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica.

Se estableció en el ACCC que, en relación a los supuestos de traslado de lugar de registro, cambio de sede a otro Estado, fusión, transformación por absorción o escisión de personas jurídicas constituidas en diferentes Estados, tendrían eficacia si son realizados de conformidad con las leyes de todos los Estados involucrados.

Argentina no cuenta en la actualidad con una regulación de traslado internacional de la sede social y de los supuestos de reorganización societaria internacional, siendo que a nivel Mercosur resulta imprescindible a los fines de promover la libertad de establecimiento dentro del proceso de integración en el que Argentina se encuentra inserta.

*g) Otras personas jurídicas de derecho privado constituidas en el extranjero*

Por último, el ACCC se refería a otras personas jurídicas de derecho privado constituidas en el extranjero, incorporando las fundaciones, asociaciones civiles y otras personas jurídicas derecho privado que se hubiesen constituido en el extranjero.

Debían adecuarse, tal como se establece en el articulado del ACCC, a las disposiciones relativas a las SCE, siguiendo la línea del CCC, de regularlas específicamente en una sección aparte de las sociedades y se realizó la remisión a la sección destinada a las SCE.

#### **4. Ley General de Sociedades**

La LGS es la que actualmente se encarga de la regulación específica de las SCE, destinando al tema la Sección XV del Capítulo I, que comprende los artículos 118 a 124.

El ordenamiento argentino, en principio se inspira en el modelo del Estado de constitución a los fines de la determinación de la *lex societatis*. Así surge del primer párrafo del artículo 118 LGS al señalar *“la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución”*.

Se dice en principio, porque tal como surge de los próximos apartados, el artículo 124 del mismo cuerpo normativo adhiere al modelo de la sede.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de las SCE, depende entonces del modelo al que adhiere el Estado. En Argentina, al adoptar la ley del lugar de su constitución, son reconocidas todas aquellas sociedades que se hayan constituido conforme este Derecho, es decir, donde hayan cumplido todos los requisitos formales y sustanciales para que se le confiera la personalidad.

En el articulado de la ley, se contemplan tres supuestos de actuación en el país de SCE: a) mediante la forma de actos aislados, b) como ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente y c) constitución de sociedad en el país. Las exigencias según nos encuadremos en un supuesto legal o en el otro, varían significativamente.

#### *a) Actos aislados*

El artículo 118 2º párrafo de la LGS establece que la sociedad constituida en el extranjero *“se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio”*.

Para la realización de actos aislados, requiere demostrar la validez de su constitución y a los fines de llevar a cabo el acto, que el mismo sea realizado mediante un apoderado.

En relación a la validez de su constitución, la sociedad deberá acreditar que ha cumplido con todos los requisitos que se le exigen en el país de origen para el otorgamiento de la personalidad jurídica. La ley del lugar de constitución además de regir la forma, rige la prueba y todas las exigencias atinentes a la inscripción y publicidad.

En relación al acto aislado se plantea la problemática de su delimitación, puesto que no existe en el ordenamiento jurídico argentino un concepto de este instituto, y tampoco existen criterios legislativos para establecer una delimitación en relación al segundo de los supuestos (ejercicio habitual). La LGS no proporciona criterios o parámetros de manera



clara para definir lo que se considera "actos aislados", y a los fines de su delimitación "existen en la Argentina ciertas reglas o principios sugestivos y ejemplificativos, más que definitorios"<sup>21</sup>. Es por ello que en la doctrina se han elaborado numerosas pautas<sup>22</sup> para interpretar el concepto, arribando muchas veces a significados antagónicos.

Por último, cabe agregar en este apartado, una problemática más, la laguna que existe en el ordenamiento jurídico en relación a las sanciones que se podrían aplicarse a las SCE que no respeten las exigencias según el tipo de actuación que realizan. Aquellos casos en los que hubiera correspondido encuadrarla en el tercer párrafo del artículo 118 LGS (ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social) y sin embargo utilizan la figura del segundo párrafo, actos aislados.

La LGS contempla junto a la realización de actos aislados la posibilidad de que la sociedad se halle en juicio. En ese caso, es necesario acreditar la validez de su constitución a los fines del reconocimiento de la personalidad jurídica y tener un apoderado en el país, quien debe fijar domicilio.

Si bien numerosos doctrinarios argentinos han intentado definir el concepto de actos aislados, la ambigüedad sigue estando presente en nuestra legislación. Los actos aislados

---

<sup>21</sup> BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 4º Ed., Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2000, p. 628.

<sup>22</sup> En doctrina se pueden avizorar dos posturas sobre el tema. Por una lado, quienes se inclinan por una interpretación restrictiva del art. 118, 2º pár., que sostienen que debe reservarse el término para aquellos actos desprovistos de signos de permanencia, y que en definitiva se caracterizan por lo esporádico y accidental. Y en sentido contrario, y enrolado en un criterio amplio, se pronuncia Boggiano y quienes luego adhieren a su posición, "para quienes en definitiva el concepto depende del caso que se presente, pero su apreciación no debe conducir a la derogación implícita del 2º pár. del art. 118, por vía de una interpretación sustancialmente extensiva del tercer párrafo del art. citado, que no se ajusta a la intención del legislador". NISSEN, Ricardo *Ley de Sociedades Comerciales Comentada, anotada y concordada*, Tomo 1, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1982. p. 332.

constituyen, pues, el punto neurálgico de la problemática que plantean en la actualidad las SCE y su actuación en la Argentina. El principal problema gira en torno a su calificación. Desde el punto de vista doctrinario, los juristas no se han puesto de acuerdo en su interpretación<sup>23</sup> y jurisprudencialmente sólo se han brindado algunas pautas de identificación del supuesto.

Se entiende que existen muchos intereses en juego y que tras el debate jurídico sobre el alcance de los actos aislados se encuentra un debate económico y político, impregnado de componentes ideológicos. Tal como manifiesta Sánchez Lorenzo, resulta difícil que los análisis jurídicos sean capaces de ocultar las orientaciones ideológicas de sus autores<sup>24</sup>. Lecuyer, en la misma línea, enfatiza la presión que ejercen las razones económicas sobre la determinación del Derecho, especialmente en materia de Derecho comercial internacional<sup>25</sup>.

No se trata sólo de encontrar el límite entre un supuesto de actuación y otro, sino que sus consecuencias impactan directamente en la vida de los ciudadanos, en la seguridad jurídica del Estado y en el modo en que Argentina se presenta en el escenario internacional.

---

<sup>23</sup> Ver: VILLEGAS, Candela Noelia, "Los actos aislados de las sociedades constituidas en el extranjero y la problemática de su calificación", *Anuario XV Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Córdoba, 2015.

<sup>24</sup> SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, "El derecho europeo de sociedades y la sentencia "Centros": la relevancia de la "sede real" en el ámbito comunitario", *AEDIPR*, 2000, pp. 115-117.

<sup>25</sup> "Des questions complètement nouvelles sont posées avec la mobilité des individus, la délocalisation des industries, les flux de capitaux, la volatilité des marchés financiers et des informations personnelles, le renforcement des pratiques anationales du droit commercial international. Ce phénomène reflète une conception libérale des échanges économiques et du marché. Le facteur juridique est placé sous la pression et la dépendance du facteur économique". LECUYER, Stanislas, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2007. p.10

Para Boggiano, “Lo aislado es gradual. Por tanto, es fluido el límite entre el ejercicio habitual, substancial y continuado de negocios y la celebración de actos aislados, ocasionales, que no alcanzan a ser parte substancial de los negocios”. Calificar a un acto como aislado, no debería quedar librado a la libertad de las partes. La autonomía de la voluntad encuentra límites en el orden público y el régimen establecido para las SCE que realizan actuaciones en el país, es una cuestión de orden público.

Por otro lado, la solución de sean los jueces quienes se encarguen de determinar su contenido no sería la mas acertada, puesto que no se trata de conceptos como la buena fe, las buenas costumbres, etc., que el legislador ha considerado conveniente dejar a criterio del juez, “las exigencias de certeza (que corresponde al valor de paz o de orden) y justicia (que corresponde al valor de igualdad) desaparecen si el intérprete puede, indistintamente, aplicar reglas contradictorias<sup>26</sup>.

*b) Ejercicio Habitual de actos comprendidos en su objeto social*

El segundo supuesto contemplado en la LGS se encuentra en el tercer párrafo del artículo 118, “*ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente*”.

En concordancia con el supuesto anteriormente tratado, para este caso, primeramente, también es necesario acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país de constitución.

La SCE debe, además, fijar un domicilio en el país (cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por la ley para las sociedades que se constituyan en la República Argentina) y adicionalmente será necesario que justifique la decisión de crear dicha representación y designar una per-

---

<sup>26</sup> DO AMARAL JUNIOR, Alberto, “El diálogo de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo” *Revista Academia sobre Enseñanza del Derecho*, Año 7, N° 23, 2009.

sona a cargo. Se agrega por último que, si se tratase de una sucursal de los casos contemplados en leyes especiales, se debe determinar además el capital que se le asigne. La LGS exige en el artículo 118 *in fine*, que la sucursal de la SCE, determine el capital que se le asigne cuando ello sea requerido por leyes especiales. Éste es el caso de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526<sup>27</sup>, que en su artículo 13, exige radicar en el país efectiva y permanente el capital<sup>28</sup>.

En relación a la habitualidad, el espíritu de este artículo es justamente diferenciar aquellos actos que son realizados con miras y teniendo como objetivo su reiteración apuntando a una consideración cuantitativa de los actos. Mientras que cuando refiere a “actos comprendidos en su objeto social” son todos aquellos que hacen a la capacidad específica de la persona jurídica, que por sus características se realizan en cumplimiento de su fin social, plasmado en el objeto social.

El objeto social tiene una vinculación estrecha con la actividad empresarial y en consecuencia con el giro comercial del negocio. Debe estar claramente delimitado y especificado en el contrato constitutivo, donde se establecen las “categorías de actos que la sociedad se propone realizar para la consecución de su fin societario”<sup>29</sup>. El objeto social se identi-

---

<sup>27</sup> Ley 21.526. Sancionada 21/02/77. B.O.: 21/2/77. Ley de Entidades Financieras.

<sup>28</sup> Artículo 13. - *Las sucursales de entidades extranjeras establecidas y las nuevas que se autorizaren, deberán radicar efectiva y permanentemente en el país los capitales que correspondan según el artículo 32 y quedarán sujetos a las leyes y tribunales argentinos. Los acreedores en el país gozarán de privilegio sobre los bienes que esas entidades posean dentro del territorio nacional.*

*La actividad en el país de representantes de entidades financieras del exterior quedará condicionada a la previa autorización del Banco Central de la República Argentina y a las reglamentaciones que éste establezca.*

<sup>29</sup> NISSEN, Ricardo, *Curso de Derecho Societario*, Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 1998, p. 119.

fica con el “ámbito de actividades económicas prefijado en el contrato o acto constitutivo”<sup>30</sup>.

Surge de esta manera, que la categoría de actos para cuya realización fue constituida la sociedad, junto a su reiteración, determinará la necesidad de cumplimiento de todos los requisitos del tercer párrafo del artículo 118. Consiguientemente se plasma el criterio cuali-cuantitativo al que adhiere la LGS.

### *c) Constitución de sociedad en el país*

La LGS también considera la posibilidad de que una SCE pueda participar en la constitución de una sociedad local. El artículo 123 de la LGS, inicialmente solicita la acreditación de la constitución en cumplimiento de la normativa de la *lex societatis* y la inscripción *a posteriori* conforme lo solicita la LGS, como obligación de publicidad de su contrato social, con las respectivas reformas y designación del órgano de representación. La inscripción debe realizarse en el Registro Público de Comercio y en el Registro de Sociedades por Acciones cuando así corresponda.

Este artículo adhiere a una concepción amplia de la expresión “constituir sociedad”, de lo que se sigue, que su ámbito de aplicación abarca no sólo participar del acto inicial de constitución, sino también la posibilidad de adquirir participación social en una sociedad previamente constituida. En consecuencia, constituir sociedad en la República, se refiere tanto a participar en el acto constitutivo de una nueva sociedad, como a la adquisición de acciones en una sociedad ya constituida en el país.

En doctrina y jurisprudencia se mantiene igual postura, se adhiere a una interpretación amplia del hecho constitución, el cual incluye el hecho de participar en una sociedad ya constituida. Rovira, por su parte explica que “analizando la naturaleza jurídica del contrato de sociedad en términos

---

<sup>30</sup> RICHARD, Efrain - MUIÑO, Orlando, *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007. p. 131.

latos, tanto constituye sociedad aquel que se asocia originariamente con otro para fundar una sociedad como aquel que se asocia a otras personas, ya socios, en sociedad existente”<sup>31</sup>.

*d) Artículo 124. Norma Internacionalmente Imperativa*

El sistema se completa con una norma internacionalmente imperativa, plasmada en el artículo 124, en la firme determinación de rechazar la actuación *in fraudem legis* al ordenamiento argentino. Contempla el supuesto de aquellas SCE, que tengan su sede real en Argentina o estén destinadas al cumplimiento de su objeto social en el país, en cuyo caso, será aplicable el derecho nacional, por ser considerada como sociedad local.

Al tratarse de una norma internacionalmente imperativa<sup>32</sup>, por la cual se excluye la aplicación del derecho extran-

---

<sup>31</sup> ROVIRA, Alfredo, “Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúen en la República”, LL 155-983, II.

<sup>32</sup> Se arriba a esta postura luego de ser superada la discusión en doctrina en cuanto a la naturaleza jurídica de este artículo, en la que se planteaba si se trataba de una norma internacionalmente imperativa o de una norma de fraude a la ley. Para Kaller de Orchansky, esta norma “palpita la teoría del fraude a la ley en Derecho Internacional Privado. El legislador en base a signos objetivos (“sede social en la República”, “principal objeto destinado a cumplirse en la misma”) presume que la constitución en el extranjero ha obedecido al propósito de los socios de eludir las leyes argentinas; no es necesario indagar psicológicamente la existencia de una intención fraudulenta, las circunstancias están a la vista. El mecanismo del fraude a la ley consiste en la realización efectiva, pero carente de sinceridad, de un punto de conexión, a fin de someterse a un régimen fiscal y legal más ventajoso. Comprobadas las circunstancias que configuran el fraude a la ley, se deja de lado la conexión fraudulenta y se obliga a los socios a constituir sociedad en la República, con arreglo a nuestra leyes, he aquí la sanción” (KALLER DE ORCHANSKY, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1995. p.431). Goldschmidt y Nissen también adhieren a esta idea. Mientras que para otro sector de la doctrina, enrolados en la postura de defender la existencia de una norma internacionalmente imperativa, se encuentran, entre otros, Boggiano y Vítolo. Para Boggiano, “estamos en presencia de una norma de policía de D.I.Pr. argen-

jero y se autoelige el derecho nacional, representa una excepción al criterio consagrado en el artículo 118 1° párrafo LGS.

Se deriva entonces de la redacción de la LGS, que Argentina adhiere en este supuesto al modelo de la sede, pero sólo cuando la sede se encuentra en la República Argentina. Si la sede estuviese en un tercer país, entonces dejaría de adherir a esta teoría y se conformaría con atender a la ley del lugar de constitución. En el mencionado artículo sólo resulta aplicable la teoría de la sede cuando se halla en territorio argentino. Se puede observar la unilateralidad de dicha normativa, puesto que al legislador nacional sólo le ha interesado cuando el orden jurídico defraudado es el argentino, porque en el caso de que una sociedad esté constituida en un Estado y tenga su sede principal en otro, no le resulta relevante.

## 5. Reflexiones finales

El presente trabajo conduce a reflexionar sobre la necesidad de abordar de manera integral la situación actual del DIPrS en Argentina, frente a las tensiones que se evidencian entre la tradición normativa en materia societaria y la imperiosa necesidad de actualización del régimen jurídico, a fin de afrontar adecuadamente los desafíos derivados de la internacionalización económica y de las exigencias propias del contexto global contemporáneo.

Se trata de un ámbito particularmente complejo, en el cual resulta difícil alcanzar consensos y diseñar soluciones que logren conciliar los diversos intereses de los actores involucrados. En efecto, el ordenamiento jurídico argentino ha mantenido históricamente un enfoque de raigambre tradicionalista respec-

---

tino en virtud de la cual se defiende la aplicación del derecho argentino con todo rigor y exclusividad cuando la sede o el principal objeto social se localizan en la República" (BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, 7ª. Edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015).

to del DIPrS, lo que se refleja en las disposiciones del CCCN. A pesar de los avances alcanzados en materia de unificación del derecho privado y de la introducción de soluciones innovadoras en determinadas áreas sensibles, el régimen societario, y en particular, el tratamiento de las SCE, no ha experimentado un proceso de actualización normativa acorde con las transformaciones del fenómeno societario transnacional.

En este sentido, el ACCC presentó propuestas valiosas orientadas a modernizar la regulación vigente. Entre sus aportes más relevantes se destaca la exigencia de una adecuada inscripción registral como presupuesto necesario para garantizar la validez de los actos realizados por sociedades extranjeras en territorio argentino. Asimismo, incorporó nuevos requisitos de publicidad y control, vinculados, entre otros aspectos, con la participación de sociedades extranjeras en mercados de valores y con la actividad de sociedades *offshore*, medidas que se orientaban al fortalecimiento de la transparencia y a la prevención de prácticas ilícitas, tales como el lavado de activos.

Se advierte, además, que las soluciones proyectadas en el ACCC se nutrieron de experiencias normativas previas que intentaron reformar el régimen vigente, tales como el Proyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales y el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado. Del mismo modo, dichas propuestas reflejan un análisis atento de las tendencias del derecho comparado, considerando, entre otras, las disposiciones de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza, la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado, el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay y el Código Civil de Perú, lo que evidencia un esfuerzo por incorporar estándares internacionales consolidados.

Sin embargo, la normativa actualmente vigente, que se ha mantenido inalterada durante más de cuatro décadas en esta materia, revela un marcado desfasaje frente a un escenario internacional caracterizado por la constante innovación y por la creciente complejidad de las relaciones jurídicas transnacionales.



En consecuencia, resulta indispensable que Argentina promueva un proceso de revisión y actualización integral de su legislación en el ámbito del DIPrS. La adecuación normativa a las demandas del contexto actual, inspirada en las mejores prácticas del derecho comparado, permitiría no solo modernizar el régimen jurídico societario, sino también fortalecer la competitividad y la seguridad jurídica en un entorno global crecientemente interconectado. La armonización de los criterios nacionales con los estándares internacionales contribuiría al posicionamiento estratégico de Argentina en el escenario de los negocios internacionales y al desarrollo de un sistema jurídico eficiente, previsible y coherente con las exigencias de la economía global.

## **CAPÍTULO 11**

### **DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

#### **COMPARADO**

I. FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia: “La Jurisdicción internacional y el derecho de acceso a la justicia efectiva en el Código Civil y Comercial argentino desde la perspectiva de la escuela uruguaya de Derecho internacional privado”.

II. HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: “El DIPr en Venezuela: tendencias actuales”.

III. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Elí: “Pasado y desafíos actuales de la codificación del Derecho internacional privado en México. Una oportunidad de modernización de la legislación nacional”.

IV. RUÍZ DÍAZ LABRANO, Roberto: “El Derecho internacional privado en Paraguay: tendencias actuales”.

**LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y EL  
DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA  
EFECTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL Y  
COMERCIAL ARGENTINO DESDE LA  
PERSPECTIVA DE LA ESCUELA URUGUAYA  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

**Cecilia Fresnedo de Aguirre\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. ACCESO A LA JUSTICIA  
COMO DERECHO FUNDAMENTAL; 3. LAS BASES DE JU-  
RISDICCIÓN EN EL DIPr AUTÓNOMO DE ARGENTINA Y  
URUGUAY; 4. CONCLUSIONES.

## **1. Introducción**

Este trabajo intenta brindar un enfoque comparativo entre las soluciones del Código Civil y Comercial de la Nación argentino (en adelante, CCCN) y las de la recientemente aprobada Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 de Uruguay<sup>1</sup> (en adelante, LGDIPr) en materia de jurisdicción internacional, a partir de la consideración del acceso a la justicia

---

\* Profesora titular Grado 5 (catedrática) de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay.

<sup>1</sup> La LGDIPr, que entró en vigor el 16 de marzo de 2021, es el producto de un muy largo proceso de más de 22 años, que comenzó por iniciativa del Prof. Dr. Didier Opertti Badán y se formalizó por Resolución del Poder Ejecutivo N° 652/998 de fecha 17 de agosto de 1998, que creó un grupo de trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Ley de referencia. Los integrantes del Grupo bajo la presidencia del Prof. Opertti, fueron los Profs. Dres. Ronald Herbert (+), Eduardo Tellechea, Marcelo Solari (+), Berta Feder (+), Carmen González y Cecilia Fresnedo. Posteriormente se sumaron los Profs. Dres. Jorge Talice, Gonzalo Lorenzo y Paul Arrighi, todos integrantes del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado.

como un derecho humano fundamental que debe ser garantizado por el Derecho Internacional privado (en adelante, DIPr).

## **2. Acceso a la justicia como derecho fundamental**

### **I. Las normas sobre derechos humanos**

El derecho de acceso a la justicia<sup>2</sup> es reconocido en varias convenciones y otros instrumentos de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), art. 8<sup>3</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14)<sup>4</sup>, la Convención Europea de Dere-

---

<sup>2</sup> Ver sobre este tema, trabajos de la autora anteriores a la aprobación de la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 de 17/11/2020, en vigor desde el 16/3/2021, de Uruguay, en especial: “El acceso a la justicia como un derecho humano a ser garantido por el Derecho Internacional Privado”, *El Derecho entre dos siglos. Estudios conmemorativos de los 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Tomo I, Montevideo, 2015, pp. 113-156, y “Public Policy: Common Principles in the American States”, *Recueil des cours*, Vol. 379 (2016), Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 73-396 (en especial el capítulo V). Muchas de las afirmaciones contenidas en dichos trabajos se repiten aquí.

<sup>3</sup> Art. 8.1: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

<sup>4</sup> Art. 14.1: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las

chos Humanos (art. 6)<sup>5</sup> y también en las Constituciones nacionales. El mismo comprende el derecho a la jurisdicción efectiva, a un juicio justo y al debido proceso, por lo que constituye la principal puerta de entrada para todas las demás reclamaciones sobre derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) interpreta que la aplicación del art. 8 de la CADH sobre garantías no se limita a los procesos judiciales. Por el contrario, las personas tienen el derecho de defensa contra cualquier acto del Estado que pueda dañar sus derechos, incluyendo no sólo asuntos penales sino también civiles, laborales, fiscales o de cualquier otra naturaleza<sup>6</sup>.

El derecho de acceso a la justicia ha sido considerado el más básico y fundamental de los derechos humanos en un sistema jurídico igualitario moderno que trate de garantizar y no sólo de proclamar los derechos de todas las personas<sup>7</sup>.

---

acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores". Ver: M. Saettone, "La actuación del Estado de Derecho Administrador y el Estado Juez en relación con la protección de los Derechos Humanos", *Estudios Jurídicos* Nº 5, 2008, Universidad Católica del Uruguay, pp. 187-200, p. 197.

<sup>5</sup> Art. 6.1: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)".

<sup>6</sup> IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, «Artículo 8. Garantías judiciales», *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Ch. Steiner / P. Uribe (Editores). Berlin – Bogotá. Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 207-254, p. 211-212, 215.

<sup>7</sup> OCHOA MUÑOZ, Javier L., "Algunas consideraciones sobre el acceso internacional a la justicia. Hacia un derecho internacional privado al servicio de la justicia", *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, J.A. Moreno Rodríguez y C. Lima Marques (Coord.), Porto Alegre, Gráfica y Editora RJR, 2014, pp. 235-260, p. 247, citando a ORTIZ AHLF, L., *El derecho de acceso a la justicia*, p. 408; MARABOTO LUGANO, J.A., "Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia", y CAPPELLETTI, M. y GARATH, B., *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para*

Su interpretación y aplicación no puede ser dejada a la discreción de los ordenamientos jurídicos de los Estados, como sostuvo el Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos en su Observación General N° 32 de 2007 con relación al art. 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Por el contrario, esas garantías deben ser respetadas independientemente de cuál sea la tradición jurídica y el derecho interno de cada Estado<sup>8</sup>.

El acceso a la justicia involucra a todos los seres humanos, ricos o pobres, y a toda persona jurídica, pequeña o grande, transnacional o local, pero es para el pobre o el pequeño que el acceso a la justicia probablemente resultará inalcanzable, particularmente debido a los costos. El desequilibrio entre las partes es frecuentemente mayor en la esfera internacional<sup>9</sup>. Este enfoque fue sostenido por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, cuando afirmó que extender el acceso a la justicia es fundamental para el pleno ejercicio de los derechos humanos, entre otros objetivos<sup>10</sup>.

Las normas sobre derechos humanos referidas al derecho de acceso a la justicia son particularmente relevantes para el DIPr en relación a las bases de jurisdicción internacional<sup>11</sup> – establecidas tanto en normas de DIPr de fuente interna como

---

*hacer efectivos los derechos* (trad. M. Miranda), México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 13-14.

<sup>8</sup> <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf> , párrafo 4.

<sup>9</sup> OCHOA MUÑOZ, Javier L., “Algunas consideraciones sobre el acceso internacional a la justicia. Hacia un derecho internacional privado al servicio de la justicia”, *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, J.A. Moreno Rodríguez y C. Lima Marques (Coord.), Porto Alegre, Gráfica y Editora RJR, 2014, pp. 235-260, particularmente p. 235, 241, 243.

<sup>10</sup> [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES\\_2703\\_XLII-O-12.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2703_XLII-O-12.pdf)

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Capítulo 3. Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional, *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, D.P. Fernández Arroyo (coordinador), Buenos Aires, Zavallía, 2003, pp. 137-167, p. 142.

internacional-, y a la regulación del proceso internacional. De ahí que las normas de DIPr sobre jurisdicción internacional deban ser controladas a la luz de la respectiva Convención sobre derechos humanos, para comprobar si las mismas habilitan a las partes a acceder a la justicia y a un debido proceso<sup>12</sup>. Si no lo hacen, debemos admitir que un juez asuma competencia si considera que de otra forma el acceso a la justicia sería bloqueado y habría una denegación de justicia. Esta solución -el foro de necesidad- fue incorporada en el art. 2602 del Código de Derecho Civil y Comercial de Argentina<sup>13</sup> y en el art. 57.H de la LGDIPr N° 19.920 de Uruguay, como analizaremos más adelante.

La justicia también puede ser alcanzada a través de medios privados de resolución de controversias, como el arbitraje internacional, el que viene siendo utilizado cada vez con mayor frecuencia, particularmente en cuestiones de derecho comercial internacional. El arbitraje no es un mecanismo nuevo<sup>14</sup>, pero sí es evidente que se ha transformado en fundamental. Ello ha llevado a Fernández Arroyo a sostener que los problemas sobre jurisdicción internacional se han vuelto relativos, si tomamos en consideración que hay mecanismos no jurisdiccionales para resolver controversias, los que son incluso obligatorios en algunos casos<sup>15</sup>. Por supuesto que eso es fiel reflejo de la realidad con respecto a asuntos comerciales internacionales importantes, pero no lo

---

<sup>12</sup> Cfr. KINSCH, Patrick, "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit International privé", *Recueil des Cours*, Vol. 318 (2005), p. 85-86.

<sup>13</sup> Aprobado por Ley N° 26.994, 2014.

<sup>14</sup> El Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 ya lo reconocía en el art. 5.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *Recueil des cours*, T. 323 (2006), p. 217-218; D.P. Fernández Arroyo, "Propuestas para una Evolución Deseable del Problema de la Competencia Judicial Internacional", *Derecho procesal transnacional. Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa*, M.J.A. Oyarzábal (Coordinador), Buenos Aires, Ábaco, 2012, pp. 139-174, p. 145-146.

es, al menos por ahora, con relación a los casos de bajo monto, y en algunas materias como las de derecho de familia<sup>16</sup>. En cualquier caso, el arbitraje debe garantizar el acceso a la justicia y eso se relaciona, en mi opinión, con dos cuestiones básicas: primero, que el monto del asunto permita recurrir al arbitraje, y segundo, que ambas partes tengan suficiente poder de negociación como para consentir libremente el recurso al arbitraje.

## II. El *soft law*

Además de los textos positivos referidos en el número anterior, el derecho de acceso a la justicia está consagrado en varios instrumentos de *soft law*, como los Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia (TRANSJUS), de los cuales quiero destacar dos frases de su Preámbulo. La primera: “Estos Principios establecen estándares mínimos para garantizar el acceso a la justicia, sin discriminación por razón de la nacionalidad o residencia y de conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos y los principios consagrados por la generalidad de las constituciones modernas.” (...) La segunda: “Estos Principios son aplicables a la interpretación, integración y complementación de reglas que resulten competentes para regir esta materia.”

Mencioné estos dos párrafos de los Principios TRANSJUS porque tanto en el CCCN como en la LGDIPr, la función de las normas referidas a la jurisdicción internacional es precisamente garantizar el cumplimiento de este derecho fundamental que es el del acceso a la justicia.

---

<sup>16</sup> D.P. Fernández Arroyo, “Propuestas para una Evolución Deseable del Problema de la Competencia Judicial Internacional”, *Derecho procesal transnacional. Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa*, M.J.A. Oyarzábal (Coordinador), Buenos Aires, Ábaco, 2012, pp. 139-174, p. 156, reconoce que los métodos alternativos de resolución de controversias no son aplicables a todos los casos posibles, y que tienen sus propios problemas.



### **3. Un rol básico del derecho internacional privado: garantizar el derecho de acceso a la justicia**

#### *a. Control a la luz de las normas de DDHH*

De las tres cuestiones básicas de las que se ocupa el DIPr, una es precisamente la de la jurisdicción. Entonces, más allá del tenor literal gramatical de los artículos que en ambos textos normativos nacionales regulan la jurisdicción internacional, todas las normas de DIPr sobre jurisdicción deben controlarse a la luz de normas de DDHH. Lo anterior se aplica a todas las áreas del DIPr, incluyendo no sólo la materia contractual, sino también la de familia, la de la responsabilidad extracontractual, la materia societaria, etc.

¿Qué es lo que debe controlarse concretamente? Que las normas de DIPr sobre jurisdicción internacional realmente habiliten a las partes a acceder a una justicia efectiva. Justicia efectiva no refiere sólo a acceder a un tribunal que “oiga la causa”, que entienda en el asunto, sino a todo el debido proceso, que culmina con el reconocimiento y/o la ejecución de la sentencia obtenida.

Corresponde destacar que la LGDIPr hace referencia expresa a “los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y en las convenciones internacionales de las que la República sea parte” en el art. 5.2 (orden público internacional), y también en el art. 12.2, que regula el reenvío y hace referencia al art. 11 (Aplicación armónica), en los siguientes términos: «Lo establecido en el inciso primero es sin perjuicio de lo establecido a texto expreso por otras normas o cuando la aplicación de la ley sustantiva de ese Estado al caso concreto se torne incompatible con la finalidad esencial de la propia norma de conflicto que lo designa, de conformidad con lo establecido en el art. 11 de esta ley y en las normas sobre Derechos Humanos de las que la República es parte.” El art. 12.2 excluye la posibilidad del reenvío en materia contractual, lo cual es reafirmado en el art. 45.3 de la LGDIPr.

b. *La jurisdicción en el Derecho Internacional Privado*

La jurisdicción –que en el ámbito del DIPr es la autoridad de los operadores judiciales de un determinado Estado de tomar conocimiento y decidir los casos de DIPr–, es atribuida por cada Estado a través de sus normas de DIPr nacionales o autónomas, que son siempre unilaterales porque sólo obligan a los jueces de ese Estado. Las normas convencionales, por su parte, distribuyen competencia jurisdiccional entre los tribunales de sus Estados Parte, a través de normas bilaterales que son vinculantes para todos los Estados Parte de la Convención<sup>17</sup>.

Independientemente de que resulte aplicable una fuente de DIPr nacional o convencional, los tribunales de varios Estados pueden tener jurisdicción concurrente respecto del mismo caso<sup>18</sup>. Existen, sin embargo, algunos foros que son considerados exclusivos, como veremos más adelante, que excluyen la posibilidad de cualquier jurisdicción concurrente.

La concurrencia de jurisdicciones habilita el *forum shopping*, el cual constituye un legítimo derecho del actor; más aún, el abogado de la parte actora que no elija adecuadamente entre los diversos foros concurrentes disponibles, podría incurrir en mala praxis y la consiguiente responsabilidad profesional. Si bien el *forum shopping* ha sido objeto de críticas en la doctrina, en opi-

---

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Capítulo 3. Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional, *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, D.P. Fernández Arroyo (coordinador), Buenos Aires, Zavallá, 2003, pp. 137-167, p. 149-150; D. P. Fernández Arroyo, “Acerca de la necesidad y las posibilidades de una Convención interamericana sobre competencia judicial internacional”, *DeCITA* 04-2005, A. Dreyzin de Klor & D.P. Fernández Arroyo (dir.), pp. 80-114, p. 92.

<sup>18</sup> ASSER, Tobías M.C., *Éléments de Droit International Privé ou du Conflit des Lois. Droit Civil, Procédure, Droit Commercial*, Traduit par A. Rivier, Paris, Ed. Arthur Rousseau, 1884, p. 153, N° 69, ya afirmaba en aquellos tiempos: « Il arrive fréquemment que les tribunaux de deux ou plusieurs pays sont, chacun en vertu de sa loi, compétents pour un seul et même procès. (...) Il peut arriver aussi, bien que ce cas se présente rarement, qu'en suite de la diversité des législations sur la compétence, aucun juge ne soit compétent. (...) On voit combien il est désirable, en cette matière surtout, que l'on adopte, dans les divers pays, des règles concordantes ».

nión de esta autora se trata de un mecanismo derivado del propio sistema de DIPr de atribución y distribución de jurisdicción a través de sus normas autónomas y convencionales, y que no es bueno ni malo en sí mismo sino que, como todo instrumento jurídico, debe ser utilizado de buena fe.

La conexión existente entre un cierto foro y un caso internacional contribuye a establecer cuán apropiado es el foro de ese país para entender en el asunto. Cuanto más fuerte es la conexión, más apropiado es el foro (Principio ALI / UNIDROIT 2.1.2 y Principios TRANSJUS de ASADIP, art. 3.2).

*c. Equilibrio entre intereses contrapuestos*

Lograr el equilibrio entre los intereses contrapuestos de las partes en materia de jurisdicción es fundamental, y ambos cuerpos normativos bajo análisis lo logran razonablemente.

En general, los intereses de las partes en materia de jurisdicción se contraponen: al actor le conviene ir al foro más accesible para él, donde obtendrá el resultado más acorde a sus pretensiones, y que a su vez sea menos accesible para el demandado. El demandado por su parte tiene derecho a acceder a un foro razonable. Los derechos del actor y del demandado deben ser protegidos y conciliados por el legislador, con el control del juez, porque por más que se esfuerce el legislador en alcanzar ese equilibrio a través de una norma general, abstracta y apriorística, siempre tiene que haber un juez que lleve esa norma general, abstracta y apriorística a la realidad del caso concreto.

*a) Foros razonables y foros “exorbitantes”*

La doctrina ha clasificado los foros o bases de jurisdicción en razonables y exorbitantes, definido a estos últimos como aquellos que no son razonables porque no se basan en un elemento esencial del caso, sino que le dan jurisdicción a un tribunal que no tiene vínculos razonables con aquel<sup>19</sup>. Tienden a privilegiar

---

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Capítulo 3. Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional, *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, D.P. Fernández Arroyo (coordinador), Buenos Aires,

al actor, ofreciéndole una jurisdicción que no parece natural en comparación con la regla *actor sequitur forum rei* y que por tanto puede ir en contra del derecho del demandado a un proceso justo<sup>20</sup>.

En general se mencionan como foros exorbitantes el foro del domicilio del actor, el de la nacionalidad del actor, el de la propiedad, el *forum arresti*, el de la presencia y notificación dentro de la jurisdicción y el del lugar de los negocios<sup>21</sup>.

En opinión de esta autora, los foros llamados exorbitantes no son tales *per se*, no son buenos o malos, justos o injustos en sí mismos, porque el problema es el uso que se hace de los distintos foros, de las distintas bases de jurisdicción. Son instrumentos jurídicos que se utilizan bien o mal, de buena fe o de mala fe, con el objetivo de perjudicar al demandado o no. La jurisprudencia estadounidense ofrece incontables ejemplos a ese respecto. Reconozco, no obstante, que algunos son más propensos a ser foros exorbitantes que otros.

Todos estos foros han sido admitidos en varios ordenamientos jurídicos de diferentes continentes, aunque en general como foros subsidiarios o concurrentes. En mi concepto, algunas de estas bases de jurisdicción, que habitualmente son consideradas como exorbitantes y que de hecho así lo parecen al menos desde un punto de vista teórico, pueden ser muy razonables en ciertos

---

Zavalía, 2003, pp. 137-167, p. 152-156; D. P. Fernández Arroyo, "Acerca de la necesidad y las posibilidades de una Convención interamericana sobre competencia judicial internacional", *DeCITA* 04-2005, A. Dreyzin de Klor & D.P. Fernández Arroyo (dir.), pp. 80-114, p. 99

<sup>20</sup> KINSCH, Patrick, "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit International privé", *Recueil des Cours*, Vol. 318 (2005), pp. 9-332, p. 68, 64

<sup>21</sup> Ver análisis de cada uno de estos foros en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, "El acceso a la justicia como un derecho humano a ser garantido por el Derecho Internacional Privado", *El Derecho entre dos siglos. Estudios conmemorativos de los 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Tomo I, Montevideo, 2015, pp. 113-156, en especial pp. 135-146 y "Public Policy: Common Principles in the American States", *Recueil des cours*, Vol. 379 (2016), Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 73-396, en especial pp. 345-363

casos. El problema es que la elección entre los foros disponibles debería ser hecha *ex bona fide*, y que ello no siempre sucede. Por el contrario, aún los foros más razonables son a veces utilizados por el actor con el único propósito de causar daño al demandado. Por lo tanto, el meollo de la cuestión no es eliminar los así llamados foros exorbitantes de los sistemas jurídicos convencionales y nacionales, sino darle a los jueces los medios necesarios para controlar efectivamente los abusos.

Veamos algún ejemplo: a primera vista el foro del domicilio del actor puede resultar exorbitante, y sin embargo ambos países tenemos varios instrumentos convencionales donde el foro del domicilio del actor está expresamente permitido, como es el caso del art. 8 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias<sup>22</sup>. La *ratio* de dicha solución es facilitarle al acreedor de los alimentos el acceso a la justicia y a la obtención de los alimentos.

Por su parte, el Convenio sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre Argentina y Uruguay<sup>23</sup> y el Protocolo de San Luis sobre la misma materia<sup>24</sup> establecen tres foros concurrentes: el del domicilio del actor, el del domicilio del demandado, o el del lugar donde ocurrió el accidente, a opción del actor. La *ratio* se encuentra en el principio del *favor laesi*, que no es nuevo y ha sido criticado, pero sigue vigente, en tanto respete los derechos del demandado a la defensa y al debido proceso.

#### b) Justicia sustantiva en el caso concreto y certeza jurídica

Sin duda el objetivo último tiene que ser alcanzar la justicia sustantiva en el caso concreto, pero sin dejar de lado la certeza jurídica. Yo creo que la certeza jurídica y la previsibilidad no existe nunca en grado alto o absoluto; siempre hay una relativa

---

<sup>22</sup> <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-54.html>

<sup>23</sup> <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenios/conv16522.htm>  
Art. 7

<sup>24</sup> <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/protocolos/prot17050.htm>  
MERCOSUR/CMC/Dec. N° 1/96, Art. 7

certeza y previsibilidad, pero para alcanzar la justicia sustantiva en el caso concreto muchas veces se requieren mecanismos de flexibilización<sup>25</sup>. Las reglas rígidas, a priori, abstractas en materia de jurisdicción, que supuestamente garantizan la certeza y previsibilidad jurídica, funcionan en muchos casos, pero no siempre. Por eso, tiene que haber un cierto grado de flexibilidad reglada, como la establecida en el art. 9 CNG de DIPr, y ahora también en las leyes nacionales.

#### **4. Objetivo del DIPr: asegurar las justas expectativas de las partes**

Vrellis<sup>26</sup> sostenía que el objetivo del DIPr era asegurar las justas expectativas de las partes, lo que implica la previsibilidad de resultados. Para ello debe elegirse un punto de conexión que respete dichas expectativas. Hay muchos puntos de conexión que son, al menos a primera vista, razonables y respetan dichas expectativas.

##### *a. La autonomía de la voluntad ¿solución para garantizar las expectativas de las partes?*

Ahora bien, ¿la autonomía de la voluntad es una solución para garantizar el respeto de dichas expectativas? A veces sí y a veces no, como todos los demás puntos de conexión. Hay riesgos en la libertad de las partes para elegir la jurisdicción, y el principal de ellos es el abuso de la posición dominante de una de las partes<sup>27</sup>. Nótese que los Principios ALI / UNI-

---

<sup>25</sup> Ver sobre este tema: HERBERT, Ronald y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, "Flexibilización teleológica del Derecho Internacional Privado latinoamericano", *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Coordinadores: Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte, Max Planck Institut, Montevideo, FCU, 1ª ed., enero 2002, pp. 55-76

<sup>26</sup> VRELLIS, S., "Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice", *Recueil des cours*, Vol. 328 (2007), pp. 365-366.

<sup>27</sup> VRELLIS, S., "Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice", *Recueil des cours*, Vol. 328 (2007), pp.

DROIT establecen que la jurisdicción puede ser ejercida por consentimiento de las partes de someter la disputa al tribunal (Principio 2.1.1), es decir, consentimiento de ambas partes, no de una sola de ellas. Más aún en el Comentario P-2A se dice que un tribunal no debería ejercer jurisdicción en base al consentimiento implícito, sin darle a las partes una oportunidad justa de cuestionar esa jurisdicción. Los terceros también están interesados en la previsibilidad, lo que conduce a la certeza jurídica y seguridad. Los referidos valores no están en conflicto con la justicia, y si lo estuvieren, los valores morales como la justicia deberían prevalecer porque son superiores a los meramente jurídicos como la certeza<sup>28</sup>.

Los Principios TRANSJUS de ASADIP también, pero nótese que refieren a la “voluntad de las partes libremente expresada” y a la protección de la “parte débil” (art. 3.3). Estos principios, que están en la base del concepto de la autonomía de la voluntad de las partes y en los que creo todos coincidimos, dejan fuera las condiciones generales unilateralmente insertas en contratos de adhesión. Hace muchos años, en una reunión de la delegación uruguaya preparatoria de CIDIP-V propuse que dado que esto era un dato de la realidad, debíamos dejar fuera, a texto expreso, la autonomía de la voluntad en los contratos de adhesión en sus muchas variantes, en particular las cláusulas de elección de ley y/o foro incluidas en condiciones generales unilaterales, porque en esos casos la elección de ley y/o juez es producto de la voluntad de una sola de las partes del contrato, no de ambas, como exige el concepto mismo de autonomía de la voluntad de las partes. Se me respondió que eso era imposi-

---

356-357, 402; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, FCU, 1991, y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, *Curso de Derecho Internacional*, XXXI, 2004, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, OEA, pp. 323-390.

<sup>28</sup> Cfr. VRELLIS, S., “Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice”, *Recueil des cours*, Vol. 328 (2007), pp. 381-384.

ble porque la mayor parte del comercio internacional utiliza contratos de adhesión. Pues de ahí, precisamente, mis reparos con la admisión de las cláusulas de elección de jurisdicción (y también de ley) insertas unilateralmente en condiciones generales y demás modalidades afines.

Personalmente considero que esos contratos, que los estadounidenses tan gráficamente llaman “*take-it-or-leave-it contracts*” no encajan en el concepto de “voluntad de las partes libremente expresada” de elegir ley y/o juez. Lo sorprendente es que a nivel doctrinario parecería que estamos todos de acuerdo en que la autonomía de la voluntad conflictual consiste en la facultad de las partes (en plural) de elegir ley y/o juez, pero a la hora de legislar o de analizar la validez de la cláusula en el caso concreto, nos olvidamos de ese requisito de pluralidad, lo que me parece un grave error. Semejante interpretación contraviene uno de los criterios más básicos y elementales de interpretación de las normas, cual es que debe partirse del tenor literal gramatical de la norma, y del sentido claro de sus términos, que utilizan el plural, lo que claramente deja fuera las condiciones generales unilaterales y mecanismos análogos (contratos formulario, etc.) que recogen la voluntad de una sola de las partes contratantes, mientras la otra se limita a “tomarlo o dejarlo”, a contratar o no contratar, cuando es obvio que muchas veces esta última opción no es viable.

En general los legisladores –nacionales e internacionales– han limitado ese riesgo a consumidores, trabajadores y asegurados; es lo que habitualmente se ve en la legislación y en la doctrina. Ello implica prejuicios y resulta insuficiente. Puede haber consumidores, asegurados y trabajadores que no estén en situación de sumisión frente a una parte contractualmente más fuerte o poderosa, y sin embargo hay algunos comerciantes que sí lo están, que sí son parte débil frente al cocontratante, y sin embargo suelen no ser tenidos en cuenta en cuanto a la protección que necesitan frente a la parte contractualmente más fuerte.



Como veremos en el próximo capítulo, en nuestras leyes –tanto en el CCCN como en la LGDIPr– hay elementos para evitar el abuso de posición dominante de una de las partes sobre la otra en casos que no son con consumidores, trabajadores o asegurados, es decir, en los casos de contratos entre comerciantes. En lo que respecta a la ley uruguaya, se ha sostenido que en esta LGDIPr no existe disposición alguna que pueda decirse que genera, promueve o siquiera soslaya ningún tipo de abuso de una parte sobre la otra, en ningún tipo de relación jurídica privada<sup>29</sup>.

*b. Foro de necesidad*

Si las bases de jurisdicción ofrecidas por las normas de DIPr no logran cumplir con su cometido de garantizar el acceso a la justicia efectiva, aparece el foro de necesidad como base de jurisdicción, que tiene por objetivo y razón de ser el evitar la denegación de justicia.

Aun antes de tenerlo consagrado a texto expreso tanto en el CCCN como en la LGDIPr, el juez podía llegar a asumir competencia en caso de necesidad para evitar una denegación de justicia, fundándose en las normas de DDHH. Así lo ha entendido la doctrina más calificada: que el DIPr no incluya el foro de necesidad expresamente no es un obstáculo para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia; el juez puede utilizar el foro de necesidad para crear jurisdicción o para interpretar una ya existente a los efectos de evitar denegación de justicia<sup>30</sup>. No obstante, ha sido de muy buena

---

<sup>29</sup> Manifestaciones de LORENZO IDIARTE, Gonzalo A., el día 30 de junio de 2020 ante la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores del Uruguay, documentadas en Carpeta 661/2016 – 1436/2019, Distribuido 116/2020, de 30/6/2020

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Capítulo 3. Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional, *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, D.P. Fernández Arroyo (coordinador), Buenos Aires, Zavallá, 2003, pp. 137-167, p. 164-165 y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *Recueil des cours*, T. 323 (2006), pp. 9-260, p. 74. El

técnica legislativa en ambos cuerpos normativos bajo análisis el incluir una norma expresa sobre el foro de necesidad, porque los jueces no siempre son tan abiertos como para recurrir a él sin una norma que los habilite a ello, más aún, que se los ordene asumir competencia en base al foro de necesidad para evitar una denegación de justicia.

El DIPr uruguayo lo incorpora de manera positiva en el art. 57.H) de la LGDIPr<sup>31</sup>, mientras que en Argentina se encuentra regulado en el art. 2602 del CCCN<sup>32</sup>. Por supuesto que hay algunas variantes –más de redacción de que fondo– en ambos cuerpos normativos en cuanto a los requisitos que se exigen para que realmente proceda el foro de necesidad. Pero en ambos sistemas, para que los jueces tanto argenti-

---

autor cita el caso *Vlasov*, del 25 de marzo de 1960, Suprema Corte de la nación, Argentina (LL, 98-277). FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Acerca de la necesidad y las posibilidades de una Convención interamericana sobre competencia judicial internacional”, *DeCITA* 04-2005, A. Dreyzin de Klor & D.P. Fernández Arroyo (dir.), pp. 80-114, p. 103

<sup>31</sup> “Artículo 57. (Soluciones generales).- Sin perjuicio de las normas contenidas en las convenciones internacionales, o en defecto de ellas, los tribunales de la República tienen competencia en la esfera internacional: (...) H) Cuando, aun careciendo de competencia en la esfera internacional según otras normas de la presente ley, se cumplan acumulativamente los siguientes requisitos: 1) La intervención del tribunal sea necesaria para evitar denegación de justicia. 2) Que la causa se revele de imposible juzgamiento en otro Estado o no sea posible razonablemente exigir que la demanda sea promovida en el extranjero. 3) El caso tenga vínculos relevantes con la República. 4) Sus tribunales estén en condiciones de garantizar el debido proceso. 5) La sentencia que se dicte sea susceptible de cumplimiento o ejecución.”

<sup>32</sup> “ARTICULO 2602.- Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.”

nos<sup>33</sup> como uruguayos<sup>34</sup> puedan asumir competencia en base a estas normas es necesario que se cumplan con todos los requisitos exigidos en los respectivos artículos.

## **5. Las bases de jurisdicción en el DIPr autónomo de Argentina y de Uruguay**

Las bases de jurisdicción previstas en la LGDIPr<sup>35</sup> son más numerosas, como veremos, que las que consagra el CCCN<sup>36</sup>.

### **I. Autonomía de la Voluntad en materia de Jurisdicción Internacional en el CCCN de Argentina**

El art. 2601 CCCN establece la autonomía de la voluntad conflictual en materia de jurisdicción como un criterio de aplicación general, ya que dispone: “La jurisdicción de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación”. La LGDIPr consagra el mismo criterio de prevalencia de los tratados internacionales en el art. 57 en materia de jurisdicción y con alcance general en el art. 1, siguiendo lo establecido por el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y por el art. 1 de la CNG (CIDIP-II, Montevideo, 1979).

---

<sup>33</sup> UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2016, p. 210-211.

<sup>34</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Actualización. Curso de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, FCU, 2021, p. 127-128.

<sup>35</sup> Ver sobre este tema: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Actualización. Curso de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, FCU, 2021, en especial, pp. 113-139.

<sup>36</sup> Nos referiremos aquí exclusivamente a las bases de jurisdicción establecidas en estos dos cuerpos normativos. Excedería los límites de este trabajo, así como su objetivo, analizar otros foros que pueda haber en leyes especiales de ambos países.

El CCCN consagra la autonomía de la voluntad como criterio general en materia de jurisdicción, en el primer artículo del capítulo sobre jurisdicción internacional (art. 2601).

La facultad de las partes de elegir foro tiene ciertos límites: que se trate de materias disponibles para prórroga de jurisdicción (patrimonial e internacional), excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley (art. 2605). La elección debe surgir de un convenio escrito, mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden. Se admite también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria (art. 2607). El art. 2606 establece que el juez elegido por las partes tiene competencia exclusiva, excepto que ellas decidan expresamente lo contrario<sup>37</sup>.

## **II. Autonomía de la Voluntad en materia de Jurisdicción Internacional en la LGDIPr de Uruguay**

La LGDIPr establece en su art. 57 las soluciones generales en materia de jurisdicción y en el art. 59, las soluciones especiales. En el art. 60, que regula la jurisdicción en materia contractual, consagra la autonomía de la voluntad en los siguientes términos: “En materia de obligaciones contractuales son competentes en la esfera internacional los tribunales del Estado a cuya jurisdicción los contratantes han acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma claramente abusiva, teniendo en cuenta el caso concreto. (...)”. La fuente es el art. 4 del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en materia Contractual.

---

<sup>37</sup> En cuanto a las normas sobre jurisdicción internacional del CCCN, ver, por ejemplo: UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2016, p. 226 y ss.

La autonomía de la voluntad en materia de jurisdicción se introduce en la LGDIPr sólo para contratos, y personalmente entiendo que ello es así sólo para contratos negociados entre dos partes, plasmados por escrito y firmados por ambas partes. ¿Por qué? Porque la norma exige que los contratantes (en plural) hayan acordado someterse a determinada jurisdicción. Entonces, las condiciones generales unilaterales no reúnen esos requisitos, no constituyen un acuerdo de partes.

El art. 60 agrega en su segundo inciso: “No se admitirá el acuerdo de partes para la determinación de la jurisdicción internacional en los contratos que versen sobre las materias relacionadas en el artículo 50 de la presente ley.”

Por lo tanto, la LGDIPr NO admite la autonomía de la voluntad en los contratos previstos en el art. 50, ni para ley ni para jurisdicción. Dichos contratos son los que constituyan, modifiquen o transfieran derechos reales, los contratos de arrendamiento, las obligaciones contractuales que tengan como objeto cuestiones derivadas del estado civil de las personas, sucesorias, testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas que dimanen de relaciones de familia, las obligaciones derivadas de títulos valores, las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de bienes en los mercados de valores, los contratos otorgados en relaciones de consumo, los contratos individuales de trabajo, los contratos de seguros y los contratos de transporte por agua. En otras palabras, todos esos contratos están excluidos de la autonomía de la voluntad tanto en materia de ley (art. 50) como en materia de jurisdicción (art. 60.2).

En cuanto a los contratos de seguros y de transporte por agua, su exclusión se debió a que hay leyes especiales de reciente aprobación. Si no se hubieran excluido a texto expreso, esta ley general no hubiera derogado las leyes especiales referidas, pero de todas formas fue de buena técnica legislativa establecerlo a texto expreso para evitar interpretaciones equivocadas.

Surge de lo anterior la diferencia más importante que observo entre las soluciones del CCCN y la LGDIPr en materia de jurisdicción internacional y autonomía de la voluntad.

¿Cuándo es válida la elección de la jurisdicción en la ley uruguaya? Cuando se cumplen con las condiciones establecidas en el art. 60, ya analizados *supra*.

### **III. Otras bases de jurisdicción en el CCCN de Argentina**

#### *a. Medidas provisionales y cautelares*

El art. 2603 atribuye competencia a los jueces argentinos para disponer medidas provisionales y cautelares en los siguientes casos: “a) cuando entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República; b) a pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal; c) cuando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina. (...)”.

#### *b. Domicilio o residencia habitual del demandado*

El art. 2608 establece que, excepto disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado. Se trata de una base de jurisdicción de general aceptación para las acciones personales.

### **IV. Otras bases de jurisdicción en la LGDIPr de Uruguay**

El art. 57 consagra las soluciones generales en materia de jurisdicción, cuya aplicación es unas veces acumulativa con otras bases de jurisdicción adicionales, otras veces subsidiaria de soluciones particulares, y otras veces inaplicables por existir otras soluciones excluyentes. La aplicación acumulativa se da en el caso de las “jurisdicciones especiales” (art. 59) previstas para situaciones en que el legislador ha querido

proteger a determinados individuos. Nótese que el texto dice: “Los Tribunales de la República tienen, además, competencia...”, de donde surge claramente que las soluciones especiales del art. 59 son acumulativas respecto de las del art. 57.

Las soluciones del art. 57 son subsidiarias en materia de contratos, cuando las partes no han elegido ellas mismas, válidamente, la jurisdicción internacionalmente competente (art. 60); cuando hay elección válida de partes, las soluciones del art. 57 son excluidas. Y no aplica nunca el art. 57 en los casos de jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República (art. 61).

El principal cambio respecto del sistema anterior es la ampliación de las bases de jurisdicción directa en el DIPr autónomo de la República. Mientras que en el régimen anterior las bases de jurisdicción directa se limitaban al criterio del paralelismo o “Asser” (son competentes los tribunales del Estado cuya ley se aplica) y al domicilio del demandado sólo para las acciones personales patrimoniales (art. 2401 CC), el legislador ha considerado ahora muchas otras circunstancias atributivas de jurisdicción para los tribunales uruguayos, además de admitir algunos casos en que permiten modificar dicha jurisdicción, digamos “natural”.

Una preocupación fundamental de los redactores de este capítulo XII de la LGDIPr fue el garantizar el acceso a la justicia y el derecho de defensa, esto es, en sentido amplio, el debido proceso.

El acápite del art. 57 da cuenta de la voluntad de otorgar a los demandantes la mayor cantidad posible de opciones razonables. De allí que exprese inicialmente que las disposiciones de este artículo son “Sin perjuicio de las normas contenidas en las convenciones internacionales, o en defecto de ellas...”. Al agregar la expresión “sin perjuicio” de esas normas supranacionales, parece indicarse que tanto éstas como las del art. 57 pueden ser consideradas optativamente para iniciar acciones en la República. Es decir que las bases de jurisdicción del art. 57 se sumarían a las aceptadas en la

convención internacional que resultare aplicable. Naturalmente que el actor deberá evaluar al momento de presentar su demanda, si inicia su acción en Uruguay por tener sus tribunales competencia reconocida conforme al art. 57 de la ley, sin tenerla a su vez conforme al eventual tratado vinculante con los países con los que el caso está relacionado, pues nuestras normas de jurisdicción autónomas no obligan obviamente a los Estados extranjeros y puede ocurrir que una sentencia dictada por nuestros tribunales en base a una jurisdicción otorgada por sus normas autónomas, no sea reconocida por otros Estados que no admiten la misma base de jurisdicción.

Sería, además, apartarse del principio “*pacta sunt servanda*” consagrado en el art. 26 de la Convención sobre Derecho de los Tratados, que establece que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, y también del art. 27: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...)”.

En cuanto a la terminología utilizada, “competencia en la esfera internacional”, la misma fue propuesta por Herbert en 2007 para sustituir la que contenía en el texto 2004 del proyecto de ley, a los efectos de adaptar el texto de la LGDIPr a la terminología utilizada por las CIDIPS y por el CGP.

#### *a. Soluciones generales*

El art. 57 establece las soluciones generales en materia de jurisdicción, que se aplican en defecto de tratado. Si bien la ley uruguaya innovó en muchas cosas, no lo hizo en todo con respecto al sistema autónomo anterior y a los demás antecedentes de las normas convencionales de la región, en especial, los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. Ello muestra que las soluciones antiguas, muchas veces descalificadas por la doctrina por “viejas” –efectivamente, algunas provienen del Derecho Romano y



no sólo de los Tratados de Montevideo—, conservan toda su vigencia y utilidad y se mantienen tanto en la nueva LGDIPr uruguaya como en el CCCN argentino.

Ello demuestra que muchos de esos criterios que se vienen aplicando en nuestros países, en la región y en el mundo siguen siendo adecuados.

a) Domicilio del demandado

Un ejemplo de lo anterior es el primer criterio general de jurisdicción establecido en el art. 57, que es ni más ni menos que el criterio universal del domicilio del demandado (persona física o jurídica), el *actor sequitur fórum rei* del Derecho Romano, consagrado en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, así como en el Apéndice del CC uruguayo. Lo que sí agrega el literal A) son competentes los tribunales uruguayos cuando la parte demandada ha constituido domicilio contractual en nuestro país. Fue necesario agregar esta disposición novedosa porque en la práctica se había planteado recurrentemente si el domicilio establecido contractualmente podía considerarse como el domicilio internacional de la persona, que sería base de jurisdicción, o solamente debía considerarse como un domicilio interno pero inhábil para fijar jurisdicción en la esfera internacional.

b) Establecimiento, agencia, sucursal o cualquier otra forma de representación permanente

En el liberal B) se reproduce lo establecido en el art. 3.2 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, art. 6 del Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889, entre otras normas: la jurisdicción del establecimiento, agencia, sucursal o cualquier otra forma de representación a través de la cual ha celebrado el contrato o ha intervenido en el hecho que da origen al juicio. Esta disposición (al igual que el resto relativo a la jurisdicción) es aplicable también a las sociedades comerciales, ya que el

art. 38 de esta LGDIPr excluye a las sociedades comerciales solamente de la aplicación de las normas contenidas en el capítulo VI (personas jurídicas); no las excluye de la aplicación del resto de la LGDIPr, en tanto la LSC no tenga otras disposiciones especiales. Si bien la LSC contiene una disposición parecida en su art. 197<sup>38</sup>, la interpretación de esta norma especial no ha sido pacífica ni en doctrina ni en jurisprudencia<sup>39</sup>. El literal B) del art. 57 viene a saldar la anterior discusión doctrinaria y será de gran utilidad para impedir, definitivamente, los intentos de algunas empresas multinacionales de deslindar responsabilidades en el país donde actúan -Uruguay en nuestro caso-, intentando obligar al reclamante a iniciar acciones en el país de su casa matriz, muchas veces inaccesible por razones de costos u otros.

c) Criterio Asser o del paralelismo

El literal C) mantiene intacto el criterio Asser, que ya estaba en el art. 56 de ambos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940, así como en el art. 2401 del Apéndice del CC: los jueces uruguayos tienen competencia “cuando la materia que constituye el objeto de la pretensión deducida se rige por la ley uru-

---

<sup>38</sup> Art. 197. (Emplazamiento judicial). El emplazamiento a una sociedad constituida en el extranjero podrá cumplirse en la República en la persona que haya actuado en su representación en el acto o contrato que motive el litigio. Si se hubiera establecido sucursal o representación permanente el emplazamiento se efectuará en la persona del o de los administradores o representantes designados.

<sup>39</sup> Ver sobre el tema y las distintas posiciones al respecto: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Actualización. Curso de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, FCU, 2021, en especial, pp. 120; *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Vol. 2, pp. 76-81; VESCOVI, Eduardo, *Derecho Procesal Civil Internacional*, Montevideo, Ediciones Idea, 2000, pág. 46 y 125; y LORENZO IDIARTE, Gonzalo A; GONZÁLEZ PEDROUZO, Carmen & FERNÁNDEZ PEREIRO, Adriana, “Uruguay”, *International Encyclopaedia of Laws: Private International Law*, edited by Bea Verschraegen. Alphen aan den Rijn, NL: Kluwer Law International, 2016, pág. 79

guaya según las normas sobre conflictos de leyes de la República.” ¿Por qué se mantiene? Porque es un criterio probado, que funciona muy bien en la gran mayoría de los casos desde hace más de 130 años.

Si bien el criterio Asser no se coloca en primer lugar, como lo hacía el Apéndice del Código Civil, en realidad el art. 57 no establece prioridades entre los distintos criterios generales que establece. Por el contrario, el acápite del Art. 57 da cuenta de la voluntad de otorgar a los demandantes la mayor cantidad posible de opciones razonables, como se explicó supra.

#### d) Situaciones de conexidad

Los literales D) a F) regulan diversas situaciones de conexidad, que modifican la competencia de los tribunales naturalmente competentes conforme a las demás bases de jurisdicción. Las razones para admitir estas circunstancias atributivas de jurisdicción son las mismas que se indican en el derecho procesal interno: la economía procesal y la intención de evitar resultados eventualmente incoherentes o incompatibles si las pretensiones se resolvieren en procesos independientes ante tribunales diferentes.

Se regulan aquí el caso de la reconvención<sup>40</sup>, de la demanda en garantía o intervención de terceros en el proceso<sup>41</sup>, las demandas o pretensiones que se encuentran ligadas por vínculos estrechos<sup>42</sup>, y la prórroga de jurisdic-

---

<sup>40</sup> Art. 57 “D) Para juzgar la pretensión objeto de una reconvención, cuando tenga jurisdicción internacional respecto de la acción que dio mérito a la misma.”

<sup>41</sup> Art. 57 “E) Para conocer de una demanda en garantía o intervención de terceros en el proceso, siempre que exista conexión razonable entre las pretensiones y no se afecte el derecho de defensa de los terceros citados.”

<sup>42</sup> Art. 57 “F) Para conocer de demandas o pretensiones que se encuentren ligadas por vínculos estrechos a otra a cuyo respecto los tribunales de la República sean competentes en la esfera internacional, cuando exista interés en instruir las y juzgarlas conjuntamente, a fin de evitar soluciones

ción<sup>43</sup>. Sobre este último punto me quiero detener para señalar que en la doctrina internacional privatista uruguaya se distingue entre la prórroga de jurisdicción *post litem*, como la establecida en este art. 57.G, que tiene su fuente inmediata en el art. 56.3 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, de la autonomía de la voluntad conflictual en materia de elección de foro. Una cosa es la posibilidad de las partes de elegir la jurisdicción, incluyendo una cláusula en ese sentido en su contrato, o luego de surgido el diferendo, o en otro momento según lo establezca la legislación aplicable, y otra muy distinta es la de la prórroga *post litem*. Para que esta sea posible, el literal G) exige una serie de requisitos: (i) que se trate de acciones personales, y (ii) que el demandado, después de promovida la acción, comparezca en el proceso ejerciendo actos positivos de defensa, sin cuestionar la jurisdicción internacional del tribunal de la República en el momento procesal pertinente.

El art. 2607 del CCCN, en cambio, establece que la prórroga de jurisdicción opera si surge de un convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden. Esto se parece más a lo que la doctrina uruguaya entiende por autonomía de la voluntad en materia de jurisdicción. La parte final del art. 2607, en cambio, se parece más a lo que entendemos en Uruguay por prórroga de jurisdicción.

---

inconciliables si los procesos se entablaren en distintas jurisdicciones internacionales.”

<sup>43</sup> Art. 57 “G) En caso de acciones personales, cuando el demandado, después de promovida la acción, comparezca en el proceso ejerciendo actos positivos de defensa, sin cuestionar la jurisdicción internacional del tribunal de la República en el momento procesal pertinente.”

e) Foro de necesidad

En cuanto al foro de necesidad, ambos cuerpos normativos -el CCCN y la LGDIPr- lo establecen a texto expreso. Parecería que la norma uruguaya es un poco más estricta que la argentina en cuanto a los requisitos que exige para que se configure la hipótesis, ya que requiere que “aun careciendo de competencia en la esfera internacional según otras normas de la presente ley, se cumplan acumulativamente los siguientes requisitos:

“1) La intervención del tribunal sea necesaria para evitar denegación de justicia.” Hasta aquí la solución es idéntica que la del art. 2602 del CCCN.

“2) Que la causa se revele de imposible juzgamiento en otro Estado o no sea posible razonablemente exigir que la demanda sea promovida en el extranjero.”

“3) El caso tenga vínculos relevantes con la República.

“4) Sus tribunales estén en condiciones de garantizar el debido proceso.

“5) La sentencia que se dicte sea susceptible de cumplimiento o ejecución”.

Un caso típico de “imposible juzgamiento” en otro Estado es aquél en que los Estados vinculados al caso donde posiblemente podría presentarse una demanda, se han declarado incompetentes en la esfera internacional para entender en el asunto (tal causa expresada por el art. 2 de la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras (CIDIP-III, La Paz, 1984)) o presumiblemente lo hagan. Debe tratarse de una imposibilidad procesal, no sustancial; no podría argumentarse, por ejemplo, que bajo la ley procesal de otro país la acción prescribió.

La norma no dice que la imposibilidad sea absoluta, y donde la norma no distingue no cabe que lo haga el intérprete. Además, la segunda hipótesis (que no sea posible razonablemente exigir que la demanda sea promovida en el extranjero) es alternativa (la norma dice “o”, no

“y”), no acumulativa, y refiere a que no sea posible razonablemente exigir que la demanda sea promovida en el extranjero. Podría haber factores económicos que encuadren en esta hipótesis, como por ejemplo, que el monto de la reclamación sea considerablemente inferior al costo de reclamar en el extranjero. Es evidente que los costos de litigar, incluyendo costos de abogados, varían muchísimo de un país a otro, y por tanto puede ocurrir que por ese motivo no sea posible razonablemente exigir que la demanda sea promovida en el extranjero.

f) Medidas provisionales o conservatorias

Por último, el literal I) del art. 57 refiere a las medidas provisionales o conservatorias, remitiéndose expresamente al art. 535 del Código General del Proceso (CGP), cuya fuente es el art. 10 de la Convención Interamericana sobre cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP-II, Montevideo, 1979).

El CCCN también refiere a las medidas provisionales y cautelares, art. 2603; al domicilio o residencia habitual del demandado (art. 2608) y a la litispendencia (art. 2604).

b. *Soluciones especiales*

La LGDIPr tiene además un artículo, el 59, que enumera cinco casos especiales en que los tribunales uruguayos tienen, además de las soluciones generales, competencia en la esfera internacional:

a) **“A) Respecto de medidas cautelares o de urgencia en materia de protección de incapaces, cuando el incapaz se encuentre en territorio de la República.”**

Se trata de la solución más conveniente, ya adoptada por normas convencionales, como por ejemplo el art. 11.1 del Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación

en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (1996).

**b) “B) En materia de restitución y tráfico internacional de menores, para reclamar el reintegro internacional de menores con residencia habitual en la República.”**

Esta disposición se basa en las soluciones explícitas e implícitas de la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores de 1989 y el Convenio de La Haya Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980.

**c) “C) En materia de relaciones personales entre los cónyuges, separación de cuerpos y divorcio, si el actor tiene domicilio en la República.”**

Esta norma garantiza al actor la posibilidad de reclamar ante los jueces de su domicilio, siempre que este sea en la República, sin perjuicio de las bases de jurisdicción generales establecidas en el art. 57, en especial en los literales A) y C). Ello se debe al interés del Estado de permitir a la persona que se encuentra domiciliada en la República, el acceso a la jurisdicción en materias que comprometen relaciones conyugales personales, de notorio contenido íntimo y relevancia personalísima<sup>44</sup>.

Nuestra jurisprudencia ya admite su propia competencia internacional para los procesos de divorcio cuando el actor se encuentra domiciliado en la República, pero ha debido hacerlo sin fundamento concreto de derecho positivo y recurriendo a principios generales de orden públi-

---

<sup>44</sup> Esta posición fue defendida por ALFONSÍN, Quintín, en su *Sistema de Derecho Civil Internacional*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, 1961, p. 627, N° 981

co internacional (como el derecho a accionar por divorcio)<sup>45</sup>.

**d) “D) En materia de relaciones de consumo, si el consumidor es el demandante en tanto en la República se hubiere celebrado el contrato; o se hubiere efectuado en la República la prestación del servicio o la entrega de los bienes objeto de la relación de consumo.**

Esta norma atribuye jurisdicción a los tribunales uruguayos en materia de relaciones de consumo, siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

- (i) que el consumidor sea el demandante;
- (ii) que el contrato se hubiere celebrado en Uruguay; o
- (iii) se hubiere efectuado en la República la prestación del servicio o la entrega de los bienes objeto de la relación de consumo. Es decir que deben darse dos condiciones: la primera, necesariamente, y además, la segunda o la tercera. La segunda y la tercera no son acumulativas sino alternativas entre sí.

**e) “E) En materia de contratos de trabajo, cuando el reclamante es el trabajador y se domicilia en la República.”**

Esta norma tiende a proteger al trabajador, permitiéndole reclamar en la República siempre que tenga su domicilio en ella. Recuérdese que esta y las demás soluciones especiales consagradas en el art. 59 son concurrentes con las soluciones generales del art. 57, por lo que esta es una base más de jurisdicción que se agrega para garantizar al trabajador reclamar ante los

---

<sup>45</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Tomo II, Vol. 1, Montevideo, FCU, 2013, p. 264



jueces de su domicilio, que en principio le facilitará el acceso a la justicia.

*c. Jurisdicción en materia de contratos internacionales*

Este tema se analizó *ut supra* en el capítulo III (Las bases de jurisdicción en el DIPr autónomo de Argentina y de Uruguay), numeral 2 (Autonomía de la voluntad en materia de jurisdicción internacional en la LGDIPr de Uruguay), en especial los incisos 1º y 2º del art. 60.

Queda agregar aquí dos cuestiones: la primera, que el inciso 3º del art. 60 establece que “El acuerdo sobre la elección de jurisdicción puede otorgarse en el momento de celebración del negocio jurídico correspondiente, durante su vigencia, o una vez surgido el litigio.” Esta disposición sigue textualmente la fórmula del art. 5.1 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual. Se entendió que la solución era adecuada y no había motivos para cambiarla.

La segunda anotación refiere a las soluciones subsidiarias, que se aplican en ausencia de acuerdo válido, indicadas en el inciso 4º del art. 60: “En ausencia de acuerdo, serán de aplicación las demás soluciones generales establecidas en el presente Capítulo.” Esta norma es útil desde el punto de vista práctico, para evitar dudas en cuanto a la aplicación subsidiaria, a falta de elección válida por las partes de la jurisdicción, de las soluciones generales en la materia. Sigue en este sentido el art. 7 del Protocolo de Buenos Aires.

## **5. La jurisdicción exclusiva**

*a. En el CCCN*

El art. 2609 refiere a la jurisdicción exclusiva y establece:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas: a) en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República; b) en materia de validez o

nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino; c) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina.”

Se trata de una norma similar a la contenida en la LGDIPr uruguaya, como veremos más adelante.

*b. En la LGDIPr*

El art. 61 de la LGDIPr dispone: “La jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República tiene carácter excepcional, debe interpretarse restrictivamente, y carece de fuero de atracción sobre otras cuestiones que puedan plantearse respecto del mismo asunto. En especial y a modo de ejemplo, se considera materia de jurisdicción exclusiva de la República las estrictamente concernientes a: derechos reales sobre bienes situados en ella, sistemas registrales organizados por esta, régimen de protección de la propiedad intelectual e industrial en su territorio y arrendamientos de bienes inmuebles situados en su territorio si fuere de aplicación el régimen estatutario.”

Esta norma viene a llenar un vacío existente en el DIPr de fuente autónoma o nacional, que carecía de una norma especial en ese sentido. Sí se podían inferir algunas jurisdicciones exclusivas de algunas normas, como, por ejemplo, el art. 2398 y 2401 del Apéndice del CC interpretados conjuntamente, o del art. 19 del Código de Minería.

Tal como se consagra en el inciso 1º, la jurisdicción exclusiva siempre es excepcional frente a la regla general que es la existencia de jurisdicciones concurrentes. En los casos en que la jurisdicción es exclusiva, se excluye cualquier otra jurisdicción en la materia<sup>46</sup>. Debido a su naturaleza excepcional<sup>47</sup>, las nor-

---

<sup>46</sup> Ver sobre este tema: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Public Policy: Common Principles in the American States”, *Recueil des cours*, Vol. 379 (2016), Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 73-396, en especial p. 338 y ss., y “El acceso a la justicia como derecho humano a ser garantido por el

mas de jurisdicción exclusiva requieren de una interpretación restrictiva<sup>48</sup>. Dicha interpretación restrictiva está sujeta a racionalidad y debe tener en cuenta el caso particular, de acuerdo al criterio de equidad establecido en el art. 11 de la presente ley y en el art. 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr<sup>49</sup>.

---

derecho internacional privado”, El Derecho entre dos siglos. Estudios conmemorativos de los 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, T. I, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, pp. 113-156, en especial p. 131 y ss. Muchos de los comentarios al art. 60 que efectuamos aquí son tomados de esos dos trabajos.

<sup>47</sup> SOLARI BARRANDEGUY, Marcelo, *Pactos Procesales de La Paz*, Montevideo, FCU, 1986, p. 21.

<sup>48</sup> HERBERT, Ronald, “El concepto de jurisdicción exclusiva en el art. 539.1.4 del Código General del Proceso”, *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 239-267, p. 255-256, donde especifica que: “...los aspectos comprendidos en la jurisdicción exclusiva respecto de la materia ‘derechos reales’ son: la existencia del derecho real (principio de tipicidad), la dilucidación de la titularidad de tales derechos (incluyendo las acciones reivindicatorias y posesorias, tercerías de dominio y las prelaciones o preferencias); la enajenabilidad de los bienes (como afectación propia o ínsita del bien con abstracción de cualquier relación con el titular o terceros), los requisitos para la constitución de derechos reales; el régimen de limitaciones que los derechos reales menores importan al ejercicio del derecho real mayor de propiedad, su realización o puesta en efecto (o sea la ejecución hipotecaria, porque el tema de las garantías a favor del titular del derecho de propiedad se ponen en cueto en esta etapa); y la extinción de los derechos reales”. RODRÍGUEZ, Luis Ernesto, “Algunas consideraciones sobre la jurisdicción inderogable y la jurisdicción exclusiva (Tres niveles de la exclusividad)”, *DeCITA* 04-2005, A. Dreyzin de Klor & D.P. Fernández Arroyo (dir.), pp. 147-173, p. 163-164. OPERTTI, Didier, «Algunas Reflexiones sobre Jurisdicción Internacional y Jurisdicción Exclusiva”, *Derecho procesal transnacional. Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa*, M.J.A. Oyarzábal (Coordinador), Buenos Aires, Ábaco, 2012, pp. 175-194, p. 193.

<sup>49</sup> OPERTTI, Didier, “Competencia internacional y jurisdicción exclusiva”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 1/2003, pp. 71-78.

Los foros exclusivos son siempre –o al menos en principio<sup>50</sup>– especiales y responden a un fuerte interés del Estado en esa materia en particular y al estrecho vínculo existente entre el caso y el ordenamiento jurídico<sup>51</sup>.

El art. 61.2 de la LGDIPr sólo menciona a modo de ejemplo y por tanto en forma no taxativa algunos casos de jurisdicción exclusiva, solución prudente dado que de lo contrario hubiera sido muy fácil omitir alguna. Es el juez quien debe determinar en cada caso si está o no frente a un caso de jurisdicción exclusiva.

En casos de jurisdicción exclusiva hay un solo foro posible, pero ello no significa que en todos los casos en que se establece un solo foro sean de jurisdicción exclusiva. Por el contrario, la determinación de cuándo hay jurisdicción exclusiva no puede efectuarse desde un punto de vista cuantitativo. Se requiere de un elemento sustantivo, y éste se relaciona con la materia involucrada, que debe tener relación con la soberanía de los Estados<sup>52</sup>165 y con intereses económicos y políticos.

## 6. Conclusiones

1. El derecho de acceso a la justicia es reconocido en varios instrumentos de derechos humanos. Su interpretación y aplicación no puede ser dejada a la discreción de los ordenamientos jurídicos de los Estados, sino que estos últimos deben ajustarse a aquellos.

---

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *Recueil des cours*, T. 323 (2006), p. 81.

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., Capítulo 3. Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional, *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, D.P. Fernández Arroyo (coordinador), Buenos Aires, Zavallia, 2003, p. 161-163.

<sup>52</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, S., RUANOVA, M., SCAIANSCI, H.D., "La jurisdicción exclusiva", *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Maldonado, 2005, pp. 382-383.

2. Dada la particular relevancia de las normas sobre derechos humanos referidas al derecho de acceso a la justicia con relación al DIPr, las normas de este sobre jurisdicción internacional y sobre el proceso internacional deben ser controladas a la luz de la respectiva Convención sobre derechos humanos.
3. La jurisdicción es el tema más importante a ser abordado por el DIPr para garantizar el acceso a la justicia. El DIPr recurre a diversos criterios para atribuir o distribuir jurisdicción entre los diferentes Estado, algunos generales y otros especiales. Ellos siempre deberán asegurar un adecuado equilibrio entre los intereses –en general opuestos– de actor y demandado, y entre la justicia en el caso concreto y la certeza jurídica.
4. A efectos de lograr ese adecuado balance, el legislador tendrá a veces que dejar de ser neutral para poder así equilibrar situaciones desequilibradas. Aparecen entonces los foros de protección y de necesidad.
5. La regla general en los casos de DIPr es que el actor deba elegir entre varias jurisdicciones concurrentes, lo cual facilita el acceso a la justicia. No obstante, en forma excepcional los Estados pueden atribuirse jurisdicción exclusiva con relación a una cuestión especial.
6. La concurrencia de jurisdicciones habilita el *forum shopping*, legítimo derecho del actor, el cual no es bueno ni malo en sí mismo sino que, como todo instrumento jurídico, debe ser utilizado de buena fe.
7. Si bien tradicionalmente la doctrina ha considerado que algunos foros merecen la calificación de exorbitantes en sí mismos, creemos que ello no es así. Cualquier foro o criterio para determinar la jurisdicción puede ser usado de buena fe o de mala fe, abusivamente y con el propósito de causar perjuicios al demandado. Pero ello, el carácter de exorbitante o de razonable no es inherente al foro sino al uso que el actor haga de él. En todo caso, existen remedios para neutralizar el uso exorbitante de la jurisdicción, proporcionados por la teoría general del DIPr.

8. Tanto las normas del CCCN como las de la LGDIPr en materia de jurisdicción brindan los mecanismos mínimos razonables para garantizar el derecho fundamental de acceso a la justicia, exigido por los textos de DDHH.
9. PERO, no basta con la tarea del legislador, sino que es necesario que el juez interprete y aplique las normas generales, abstractas y apriorísticas al caso concreto de forma tal de cumplir con la norma superior que le obliga a garantizar el referido derecho fundamental: el acceso a la justicia (efectiva).

## EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN VENEZUELA: TENDENCIAS ACTUALES

Eugenio Hernández-Bretón\*

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DEL SISTEMA DE DIPR ACTUAL; II. LA MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO; III. FORMACIÓN DE LA LDIPR; IV. LA "PEQUEÑA HISTORIA"; V. EL DOMICILIO COMO FACTOR DE CONEXIÓN Y LA REALIDAD VENEZOLANA ACTUAL; VI. LA JURISPRUDENCIA: UN CASO DE MATRIMONIO HOMOPARENTAL EN ARGENTINA Y DE FILIACIÓN SUBROGADA EN VENEZUELA; VII. LAS TENDENCIAS ACTUALES Y EL FUTURO DEL DIPR EN VENEZUELA; VIII. CONCLUSIÓN.

### I. Antecedentes del sistema de DIPr actual

Desde los orígenes republicanos de Venezuela, a lo largo del siglo XIX y hasta el final del siglo XX el DIPr venezolano<sup>1</sup> fue de

---

\* Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila; Jefe de la Cátedra de Derecho Internacional Privado y Coordinador de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela; Jefe de las Cátedras de Derecho Internacional Privado y de Derecho Procesal Civil Internacional en la Universidad Católica Andrés Bello; Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela

<sup>1</sup> Para las referencias históricas, además de las citadas en la nota 3 de este trabajo, ver principalmente PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, "Los Antecedentes de la Codificación Civil y el Derecho Internacional Privado Venezolano (1810-1862)", Revista de la Facultad de Derecho, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Nr. 2, 1965-1966, pp. 78 y ss.; del mismo autor "Nuevos Antecedentes sobre la Codificación Civil Venezolana (1810-1862)", en: Academia Nacional de la Historia, *La Codificación de Páez*,

corte estatutario, recogido en unas pocas normas que se encontraban dispersas en diferentes textos legislativos, pero que en la práctica estuvo marcado por una fuerte tendencia hacia la territorialidad, frustrando así el sencillo sistema acogido por el legislador. Tal circunstancia dio lugar a que el profesor Lorenzo Herrera Mendoza<sup>2</sup>, el más destacado de los internacional-privatistas venezolanos de la primera mitad del siglo XX, acuñara la expresión de "hibridismo antagónico"<sup>3</sup> para referirse a la principal característica del deficiente funcionamiento del sistema venezolano de DIPr durante ese tiempo.

La primera cátedra autónoma de Derecho internacional

---

(*Código Civil de 1862*), Tomo I, Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1974, pp. XI y ss.; del mismo autor, "La regulación del Derecho Internacional Privado en el Código Civil Venezolano del veintiocho de octubre de 1862", en: F. Parra-Aranguren (Editor), *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, Nr. 12, 2003, pp. 481 y ss.; del mismo autor, "Las Normas de Derecho Internacional Privado en el Código Civil Venezolano del veinte de febrero de 1873", en: F. Parra-Aranguren (Editor), *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, Nr. 14, 2004, Volumen II, pp. 107 y ss.; del mismo autor, "La Frustrada Tentativa de Modernizar el Derecho Internacional Privado Venezolano en el Código Civil del diez de diciembre de 1880", en: F. PARRA-ARANGUREN (Editor), *Studia Iuris Civilis. Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, Nr. 16, 2004, pp. 533 y ss.; del mismo autor, "Nociones Históricas sobre la Jurisdicción Civil Internacional de los Tribunales Venezolanos (1830-1987)", en: F. Parra-Aranguren (Editor), *Nuevos Estudios de Derecho Procesal. Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, Nr. 8, 2002, Volumen II, pp. 9 y ss.

<sup>2</sup> Ver PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, "Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, Nr. 38, 1968, pp. 149 y ss.

<sup>3</sup> HERRERA MENDOZA, Lorenzo, "La Escuela Estatutaria en Venezuela y su Evolución Hacia la Territorialidad", en: *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos*, Caracas, El Cojo, 1960, pp. 121 y ss.



Privado que existió en Venezuela fue creada en 1896 y le fue encomendada al profesor Carlos F. Grisanti.<sup>4</sup> Su obra fue continuada por el profesor Pedro Itriago Chacín<sup>5</sup> y luego por el profesor Francisco Gerardo Yanes hasta el cierre de la Universidad Central de Venezuela en 1912<sup>6</sup>. A partir de 1922, al ser reabierta esa Universidad, asumió la cátedra el profesor Lorenzo Herrera Mendoza hasta 1951, a quien se unió el profesor Joaquín Sánchez-Covisa.<sup>7</sup> Posteriormente diversos profesores ocuparon las respectivas cátedras en la Universidad Central de Venezuela, en la Universidad Católica Andrés Bello, en la Universidad Monteávila o en la Universidad Metropolitana de Caracas hasta finales del siglo XX, siendo los más conspicuos el profesor Gonzalo Parra Aranguren (entre 1956 y 1996)<sup>8</sup> y la profesora Tatiana B. de Maekelt (entre 1962 y 2007)<sup>9</sup>.

En 1912 se publicó el primer libro venezolano en materia de Derecho internacional privado<sup>10</sup> y en ese mismo año se publicó el primer proyecto venezolano de ley de la materia, comprendida esta en sentido amplio y que ha sido la tradición en Venezuela desde el siglo XIX.<sup>11</sup>

Entre 1975 y 1994, Venezuela participó activamente en el proceso codificador del Derecho internacional privado en las

---

<sup>4</sup> Ver HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, *Tesoros de Derecho Internacional Privado y Comparado en América Latina*, Caracas, Universidad Monteávila, Baker McKenzie, 2020, pp. 185 y ss.; 217 y ss.

<sup>5</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, op. cit., pp. 239 y ss.

<sup>6</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, op. cit., pp. 248 y ss.

<sup>7</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, op. cit., pp. 257 y ss.

<sup>8</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, op. cit., pp. 273 y ss.

<sup>9</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, op. cit., pp. 42 y ss.; 285 y ss.

<sup>10</sup> YANES, Francisco Gerardo, *Memorandum de Derecho Internacional Privado para uso de los Estudiantes de Derecho*, Caracas, Imprenta Nacional, 1912.

<sup>11</sup> ARCAYA, Pedro Manuel, "Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado", publicado originalmente en la *Gaceta Jurídica*, Tomo I, Caracas, 1912. El texto del Proyecto y su Exposición de Motivos pueden verse en: T. B. de Maekelt et al., *Material de Clase para Derecho Internacional Privado*, Quinta Edición, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2006, Tomo I, pp. 119 y ss.

Américas<sup>12</sup>, lo cual impulsó la revisión de la legislación nacional y ratificó la necesidad de actualizar el sistema venezolano en la materia<sup>13</sup>. Además, debemos recordar que desde el siglo XIX el régimen de las personas y de la familia (y algunas veces el de las sucesiones) estuvo vinculado a la nacionalidad. Tal circunstancia fue justificada por las realidades demográficas y migratorias venezolanas, pues se trataba de un país de inmigrantes<sup>14</sup>.

Durante el siglo XX el Derecho internacional privado venezolano tuvo en el Código Bustamante su principal soporte normativo. Si bien el mencionado Código solo encontró vigencia entre unos pocos países del continente americano, y nunca ha regido como tratado internacional entre Venezuela y los Estados Unidos de América, Colombia, España, Italia o Portugal, que son los países con los que Venezuela mantuvo durante ese tiempo los más intensos intercambios socio-económicos, la doctrina y la jurisprudencia nacionales descubrió en el Código Bustamante un valioso aliado<sup>15</sup> para la concreción de los “principios generalmente aceptados de dicho Derecho”, de manera tal que basados en el entonces vigente

---

<sup>12</sup> Ver por ejemplo MAEKELT, Tatiana B. de, *Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP-I). Análisis y Significado de las Convenciones Aprobadas en Panamá, 1975*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979; de la misma autora, *Normas generales de Derecho Internacional privado en América*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984; Parra-Aranguren, Gonzalo, *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982 y *Codificación del Derecho Internacional Privado en América, Volumen II*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1998

<sup>13</sup> Ver Hernández-Bretón, Eugenio, op. cit., pp. 97 y s.; 126 y ss.

<sup>14</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, "La Fractura de la Familia Venezolana ante el Derecho Internacional Privado", en: *El Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, Nr. 1, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2019, pp. 249 y ss., <https://www.mdipc-ucv.com/n%C3%BAmero-1>

<sup>15</sup> LOMBARD, Richard S., *American-Venezuelan Private International Law. Bilateral Studies in Private International law*, No. 14 American, Dobbs Ferry, New York, Oceana Publications, 1965, pp. 23 y ss.

artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, pudieron brindar solución a los más diversos problemas en la materia<sup>16</sup>.

No obstante, en ese tiempo el Derecho internacional privado careció de “una efectiva tradición jurisprudencial (careciendo) incluso de una orientación sistemática definida en la solución de los conflictos de leyes”<sup>17</sup> y por ello se afirmó que “el Derecho Internacional Privado venezolano (pre-LDIPr) no haya sido el resultado de una labor jurisprudencial”, convirtiéndose en “el producto de la labor de la doctrina”<sup>18</sup>.

## **II. La Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado**

En marzo de 1997 comenzó sus actividades la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela<sup>19</sup> lo cual le dio un fuerte empuje a los estudios de esas materias, apoyando ella la necesidad de una completa y seria revisión del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado entonces imperante.

La idea de un programa de estudios de Derecho Internacional Privado y Comparado en Venezuela comenzó a gestarse en febrero de 1992 en las oficinas de la profesora Tatiana de Maekelt, entonces ubicadas en Sabana Grande, aquí en Caracas. Para ese entonces el Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela ofrecía el Doctorado en Derecho, el Doctorado en Ciencias Políticas y varias Especializaciones. Sin embargo, el consenso inmediato fue por

---

<sup>16</sup> Ver SAMTLEBEN, Juergen, “La Aplicación del Código Bustamante en Venezuela”, en: *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 319 y ss.

<sup>17</sup> Ver la cita de la Exposición de Motivos del Proyecto de la LDIPr en: T. B. de Maekelt et al., *Material de Clase para Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 77.

<sup>18</sup> GIRAL PIMENTEL, José Alfredo, *El Contrato Internacional*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, p. 270.

<sup>19</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, *Tesoros de Derecho Internacional Privado y Comparado en América Latina*, op. cit., p. 46.

un programa de estudios de Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado. Las razones fueron esencialmente dos: Darle un propio perfil al programa, diferenciándolo de la oferta existente al momento y además no limitar el programa al puro Derecho Internacional Privado, apreciando las íntimas conexiones entre aquél y el Derecho Comparado. Nunca se pretendió, no obstante, que fuera una Maestría en Derecho Internacional Privado Comparado.

Sin pérdida de tiempo comenzamos a redactar el programa, que me fue encomendada y en una o dos semanas ya teníamos el primer borrador. Luego de las reuniones de revisión, para marzo de 1992 teníamos la versión final del borrador que fue circulada entre varios profesores venezolanos y extranjeros para sus comentarios. Luego de un tiempo prudencial y recopiladas y discutidas las observaciones recibidas, la versión definitiva del proyecto de Maestría fue presentado a finales de ese año ante las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y de la Comisión de Estudios de Postgrado de la misma Facultad. Superada la resistencia burocrática inicial, para finales de 1993 iniciamos los trámites ante la Comisión Central de Estudios de Postgrado de la Universidad Central de Venezuela. Luego de muchas reuniones en las oficinas de dicha Comisión en el Centro Comercial los Chaguaramos, hacia 1995 obtuvimos la aprobación, para entonces enfrentar al Consejo Nacional de Universidades y una nueva ronda de revisiones al programa propuesto. A finales de 1996 se autorizó la Maestría y una vez hechos los arreglos administrativos la Comisión de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas llamó a preinscripciones.

Un martes del mes de marzo de 1997 se dictó la primera clase de la Maestría en un curso de Derecho Procesal Civil Internacional para un pequeño grupo de estudiantes de la Maestría al cual se unieron estudiantes de los cursos de Doctorado en Derecho y de las Especializaciones. En los inicios de la Maestría nos repartíamos los cursos, seminarios y talleres dos profesores, aunque en la plantilla aparecían otros nombres

más. Eventualmente han dictado clases otros más, especialmente nuestros propios egresados. Nos visitaron profesores del extranjero cada semestre para los cursos intensivos, experiencia maravillosa que enriqueció a la Maestría, a sus estudiantes y a sus profesores. Un par de años transcurrieron hasta que se presentó y defendió la primera tesis de Maestría<sup>20</sup>. Desde entonces se han presentado y aprobado cerca de 30 tesis de muy alta calidad.

Hoy día, salvo una excepción, todos los profesores de la cátedra de Derecho Internacional Privado de la Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Metropolitana y de la Universidad Monteávila son egresados o han cursado la Maestría. Lo mismo vale para la cátedra de Derecho Procesal Civil Internacional de la Universidad Católica Andrés Bello dictada por primera vez en el año 2020. Otros egresados de la Maestría son distinguidos profesores o investigadores en universidades extranjeras. Desde entonces la Maestría no ha cesado en su empeño de convertirse en una referencia mundial para la enseñanza y el aprendizaje del Derecho Internacional Privado y Comparado. La Maestría tiene la impronta que le fue estampada desde sus primeros tiempos: Responsabilidad académica, puntualidad y disciplina; pero también cordialidad y compañerismo, que le inculcó su primera Coordinadora<sup>21</sup>.

### III. Formación de la LDIPr

El proceso de formación de la LDIPr venezolana de 1998 es bien conocido<sup>22</sup>. En este sentido, voy a permitirme usar el breve

---

<sup>20</sup> BERGERON, Caroline, "El Reenvío en el Derecho Internacional Privado Contemporáneo, en: *El Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, Nr. 1, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2019, pp. 17 y ss., <https://www.mdipc-ucv.com/n%C3%BAmero-1>

<sup>21</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, "Presentación", en: *El Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, Nr. 1, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2019, pp. 11 y ss., <https://www.mdipc-ucv.com/n%C3%BAmero-1>

<sup>22</sup> Ver por todos ESIS V., Ivette y RESENDE, Carla, "Antecedentes de la Ley

resumen que hice al referirme a la creación de la LDIPr con ocasión del vigésimo aniversario de su entrada en vigor<sup>23</sup>.

La LDIPr es el resultado de la labor incansable de la universidad venezolana. Se trata de una Ley motivada por universitarios, ideada y redactada por universitarios y hecha para universitarios, con el deseo de colaborar con el mejoramiento del sistema normativo venezolano.

El 15 de septiembre de 1958, pocos meses después de que reviviera la coexistencia democrática en el país, el entonces Ministro de Justicia, Andrés Aguilar Mawdsley, profesor de Bienes y Derechos Reales, designó la comisión encargada de redactar el proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado. Sus integrantes fueron tres profesores universitarios, a saber: Joaquín Sánchez-Covisa y Gonzalo Parra-Aranguren, profesores de Derecho Internacional Privado, y alumnos del profesor Lorenzo Herrera Mendoza, gran promotor de los estudios de Derecho Internacional Privado en el país, y el tercer miembro fue Roberto Goldschmidt, quien la presidió, siendo este a la vez Director del Instituto de Derecho Comparado del Ministerio de Justicia. Dos tres de los tres miembros de la Comisión –Goldschmidt y Sánchez-Covisa– fueron inmigrantes que escaparon del terror y la intolerancia que devoró sus tierras de origen. En breve plazo, habiendo

---

de Derecho Internacional Privado", en: T. B. de Maekelt *et al.*, *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo I, pp. 3 y ss.; PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, "Los Trabajos Preparatorios de la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado de 1998", en: F. Parra-Aranguren, *Libro Homenaje a Gonzalo Parra - Aranguren, Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, Nr. 1, 2001, Volumen I, pp. 157 y ss.

<sup>23</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, "La Ley de Derecho Internacional Privado y la Universidad Venezolana", en: *El Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, Nr. 1, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2019, pp. 301 y ss. <https://www.mdipc-ucv.com/n%C3%BAmero-1>

trabajado arduamente, culminaron su encargo. En 1963, circuló la primera versión del Proyecto y en 1965, la segunda versión. Aunque no fue presentado al Congreso en los años inmediatos posteriores, el Proyecto se mantuvo vivo entre nosotros, principalmente en las explicaciones de clase de los profesores Sánchez-Covisa, Parra-Aranguren y Tatiana de Maekelt, tanto en los cursos de pre como de postgrado.

El 15 de julio de 1995 se reunieron por primera vez los profesores de Derecho Internacional Privado de todas las universidades venezolanas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Producto de las deliberaciones durante la reunión fue una comunicación suscrita por todos los asistentes y dirigida al Ministro de Justicia, solicitando el rescate del Proyecto original y luego de su necesaria actualización, fuese presentado al Congreso Nacional como parte de la iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo.

Una vez seguidos los trámites de revisión, todos los profesores de la Cátedra de Derecho Internacional Privado se sumaron al esfuerzo de lograr la revisión del Proyecto en breve tiempo. El Proyecto actualizado ingresó al Senado el 2 de julio de 1996 y una vez cumplidos los trámites de rigor, la primera discusión en la Cámara del Senado se inició el 21 de mayo de 1997 y el 26 de noviembre de ese mismo año se completó la segunda discusión. El trámite en la Cámara de Diputados se desarrolló entre el 29 de noviembre de 1997 y el 9 de julio de 1998, fecha esta última en la que resultó aprobada en segunda discusión y sancionada la LDIPr.

Por disposición del entonces Presidente de la República, el profesor Rafael Caldera Rodríguez, se fijó un acto especial en el Palacio de Miraflores para proceder a la promulgación de la Ley. La fecha elegida fue el 6 de agosto de 1998, coincidentalmente, esa es la fecha aniversario del nacimiento de ese gran sabio que fue el profesor Caracciolo Parra León, padre del gran venezolano que fue el profesor Gonzalo Parra Aranguren, y también la fecha aniversario de la graduación de Abogado en la Universidad Central de Venezuela, mención

*summa cum laude*, de la inolvidable profesora Tatiana de Maekelt, quien recibió su título de manos del propio Presidente de la República en el Aula Magna. Fue ella quien asumió el Proyecto como propio y capitaneó la Cátedra de Derecho Internacional Privado para superar todos los obstáculos que aparecieron durante la discusión del Proyecto en el Congreso y lograr el ‘Ejecútese’ presidencial en un tiempo relativamente breve. Ese mismo día fue publicada la Ley en la Gaceta Oficial No. 36.511. Por expreso mandato de su artículo 64, la Ley entró en vigor seis meses después de su publicación en la Gaceta Oficial. Ello tuvo lugar el 6 de febrero de 1999.

Desde entonces iniciamos la tarea de divulgar su texto y hacer del público conocimiento sus bondades y sus novedades, anticipamos los problemas que sus disposiciones habrían de crear en su aplicación práctica y orientamos las soluciones y la discusión por parte de los interesados<sup>24</sup>. La Cátedra de Derecho internacional privado viajó por todo el país llevando con entusiasmo sus conocimientos para compartirlos con las audiencias universitarias del país. La labor divulgativa no se limitó a conferencias y jornadas, sino que desde entonces se han publicado decenas de artículos y libros sobre la LDIPr, así como la obra de la jurisprudencia en buena parte ha seguido el sano criterio que ha expresado la universidad venezolana sobre la materia.

#### IV. La “Pequeña Historia”<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> En este sentido es importante destacar una muy sencilla publicación que tiene por objetivo "Facilitar la tarea de quienes buscan una rápida orientación para la solución de los complejos problemas que presenta el Derecho Internacional Privado", ver MAEKELT, Tatiana B. de *et al.* (Coordinadores), *Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatorias, concordancias y comentarios*, 8a. Edición aumentada y corregida, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Instituto de Derecho Maekelt, 2020, p. 11.

<sup>25</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, "La "Historia Secreta" de la Ley de Derecho Internacional Privado. Palabras de Clausura.", en: *El Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, Nr. 1, Caracas,



El proceso de formación de la LDIPr puede dividirse en dos etapas: Una primera etapa, que corresponde a la elaboración del Proyecto original entre 1958 y 1963, a la cual siguieron ciertas ligeras modificaciones que fueron divulgadas en 1965 (“Primera Etapa”). Y una segunda etapa, que corresponde al “rescate” del Proyecto en 1995, con ocasión de la celebración en Caracas de la Primera Reunión Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado, y que concluyó con la promulgación de la Ley en agosto de 1998 (“Segunda Etapa”).

Cada una de esas dos etapas estuvo determinada por los desarrollos científicos de su momento. No puede explicarse el contenido de la Ley sin tomar en cuenta el pensamiento jurídico nacional y extranjero existente para las respectivas oportunidades en que se desarrollaron los acontecimientos que condujeron a la redacción y aprobación de los textos respectivos. Pero hay más. En lo que quedó escrito en la Ley hay una historia que no está escrita en ninguna parte. Pero esa historia no escrita, esa “pequeña historia”, como dirían los franceses, que me ha sido posible conocer por variadas razones, bien vale la pena contarla, para ayudar a entender mejor las normas de la Ley y a orientar futuras investigaciones en la materia.

Por supuesto que no tengo una historia para cada uno de los artículos de la Ley. Tengo alguna historia de algunos de los artículos de la Ley. Y esas historias las tengo bien porque me tocó estar allí cuando sucedieron los hechos que voy a relatar, y esto es respecto de la Segunda Etapa de la Ley, o bien porque recibí la información en conversaciones que sostuve con el doctor Gonzalo Parra Aranguren, uno de los proyectistas originales, con ocasión de las visitas que con frecuencia le hacía en su casa de habitación en Caracas. Esto último es con respecto a la Primera Etapa de la Ley.

Espero no estar violentando ningún deber de

confidencialidad y espero que mis relatos sean claros o por lo menos despierten la curiosidad de continuar investigando lo escrito en la Ley y proseguir con la tarea de hacer de la Ley un instrumento útil para hacer mejor justicia en los casos con elementos de extranjería relevante.

Vamos entonces a la “pequeña historia” de la Ley.

Al resucitar el Proyecto en 1995 era clara la necesidad de una actualización del Proyecto. Entre 1965 y 1995 habían tenido lugar acontecimientos importantes, por ejemplo, la codificación interamericana de Derecho Internacional Privado, la reforma del Código Civil en 1982, el nuevo Código de Procedimiento Civil en 1986, que impactaban en el Proyecto. Además, en 1996 el doctor Parra Aranguren fue electo magistrado de la Corte Internacional de Justicia en La Haya y esto resultó ser un factor muy importante.

El artículo 1° de la LDIPr, en principio, seguía muy de cerca el texto del artículo 8 del Código de Procedimiento Civil. Pero al regresar el doctor Parra Aranguren de su primer viaje a La Haya, a los meses de haber asumido su cargo, nos reunimos una mañana en la oficina de la doctora Maekelt y de allí surgió la nueva redacción del artículo 1° por sugerencia del doctor Parra Aranguren. El nuevo contacto con el Derecho Internacional Público hizo ver la utilidad de este Derecho para la solución de los casos de Derecho Internacional Privado. La redacción definitiva se hizo para evitar que se pensara que los tratados dejaban de ser fuente del Derecho Internacional Privado. La redacción del artículo persigue una función más pedagógica que técnica ampliando las fuentes del Derecho internacional privado.

El artículo 2° siempre ha sido un acertijo para mí, sobre todo su segunda parte, donde dice “y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”. Un día, hablando de otras cosas, le pregunté al doctor Parra que me dijera de dónde vino esa idea. Y lacónico como él era en sus oraciones, me dijo que esa redacción había sido tomada de un proyecto de un famoso profesor holandés (Asser o Meijers). Lo he buscado, pero no he encontrado todavía lo que el doctor

Parra me comentó. Hay que seguir intentando.

La cuestión de si es o no necesario el *exequatur* de las sentencias extranjeras es un tema de gran importancia práctica que no ha sido todavía bien entendido, más aún cuando nos percatamos que no le hemos prestado toda la atención a las palabras de la Ley. Así tenemos, que mientras el artículo 53 utiliza la palabra “efecto” y luego se refiere a los requisitos que debe cumplir la sentencia extranjera para surtir efecto en Venezuela, el artículo 55 usa la palabra “ejecución” y solo cuando sea necesario o se quiere “para proceder a la ejecución” de la sentencia extranjera es que se necesita seguir el procedimiento de *exequatur* en el cual se verifiquen los requisitos del artículo 53. Una vez le pregunté al doctor Parra Aranguren por qué la diferencia terminológica en los artículos 53 y 55, y que además me dijera qué fue lo que se quiso con ello. El me respondió que al redactar esos artículos, Sánchez-Covisa y él quisieron expresar sus ideas acerca de que el juicio de *exequatur* era solo requerido para el caso del efecto ejecutorio de la sentencia extranjera, allí si debía haber control previo de la regularidad de la sentencia extranjera en un juicio principal de *exequatur*, pero que ello no era necesario cuando se tratara de casos en los que no había ejecución en el sentido procesal del término, como en los casos de sentencias de divorcio. También me dijo que ellos estaban al tanto que la idea de ellos no la iban a compartir los procesalistas y que por eso redactaron los artículos de la manera en que quedaron redactados “a ver qué pasaba con ellos”, me dijo. Y los artículos pasaron.

Los artículos 47 y 58 no se encontraban en el Proyecto original, fueron incorporados entre 1996 y 1998. El 47 fue para corregir el artículo 2 del Código de Procedimiento Civil, mientras que el 58 fue para corregir el artículo 4 del mismo Código. Esta preocupación la expresamos nosotros, pues los artículos del Código Procesal solo habían causado problemas. Me tocó proponer que el artículo 4 fuera sustituido por un texto que siguiera la redacción del artículo 394 del Código Bustamante, que realmente expresa lo que se quiere al permitir la litispendencia internacional. Para el artículo 47 la propuesta fue

redactarlo en afirmativo, valga decir: “La jurisdicción venezolana podrá derogarse a favor de tribunales y árbitros en el extranjero ...”. Sin embargo, se prefirió seguir más de cerca la redacción de los artículos 2 y 4 del Código de Procedimiento Civil para no generar sospechas en el Congreso y que con ello se perjudicara el resto del articulado y el futuro de la Ley. Pero tal vez lo que se quiso decir no quedó tan claro en el texto final.

Además, el artículo 47 añadió al texto del artículo 2 del Código de Procedimiento Civil un tercer caso en el que no cabe la derogación convencional, esto es añadió el caso de inderogabilidad “cuando se trate de materias respecto de las cuales cabe transacción”, esto fue a proposición del doctor Parra Aranguren para seguir así el artículo 608 del Código de Procedimiento Civil. El artículo no se pudo corregir bien y sigue siendo defectuoso. Esta es una tarea pendiente.

Hubo muchos otros asuntos y dudas que nos surgieron respecto del texto de la Ley. Muchos de esos asuntos y dudas los quisimos conversar con los que estuvieron más cerca del texto de la Ley. Buscamos la oportunidad para conversar con ellos y tener respuestas y orientaciones, pero el tiempo va pasando, inclemente, sin vuelta atrás, mientras la vida transcurre y nos ocupamos en hacer otras cosas.

Una vez más nos corresponde retomar la conversación con los ya idos, con su recuerdo imborrable, con su puntualidad, con su elegancia, con su inmensa condición humana, con su infatigable capacidad de trabajo. Por eso hoy rendimos –una vez más– homenaje a esos grandes venezolanos que fueron los redactores y los animadores de nuestra LDIPr, la primera Ley sobre la materia en el continente americano; homenaje que hoy hacemos a los profesores Lorenzo Herrera Mendoza, Roberto Goldschmidt, Joaquín Sánchez-Covisa, Gonzalo Parra Aranguren y Tatiana de Maekelt, cuyas enseñanzas habrán de continuar guiando los trabajos y los estudios que sabrán llevar adelante las generaciones más jóvenes.

## V. El Domicilio como Factor de Conexión y la Realidad Venezolana Actual<sup>26</sup>

Como antes indicamos, la LDIPr venezolana tiene su origen en el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado de 1963. Para esa fecha se expresaba en la correspondiente Exposición de Motivos del Proyecto en cuestión que: “Una de las modificaciones más importantes del Proyecto es la sustitución del principio de la nacionalidad por el principio del domicilio, como factor de conexión decisivo en materia de estado, capacidad y relaciones familiares y sucesorias”<sup>27</sup>. Y a continuación se justificaba tal modificación por cuanto ella “se ajusta mejor a las realidades demográficas, económicas y sociales de nuestro país y ha sido expresa o implícitamente propugnada por numerosos estudiosos nacionales”<sup>28</sup>. Idénticas razones se expresaron en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de 1996<sup>29</sup>. De tal manera, la LDIPr se apartó de la tradición mantenida desde el Código Civil de 1867 según la cual el factor de conexión preferido en Venezuela para los temas personales, familiares y sucesorales fue la nacionalidad<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Basado en HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, "La Fractura de la Familia Venezolana ante el Derecho Internacional Privado", op. cit., pp. 252 y ss.

<sup>27</sup> Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado y Exposición de Motivos (1963), en: F. Parra-Aranguren, *Libro Homenaje a Gonzalo Parra -Aranguren, Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, Nr. 1, 2001, Volumen I, pp. 83 y ss., especialmente p. 86.

<sup>28</sup> Nota anterior, p. 86.

<sup>29</sup> Congreso de la República de Venezuela, Diario de Debates del Senado de la República No. 26, pp. 12-25, (Sesión del 21 de mayo de 1997), en: F. PARRA-ARANGUREN, *Libro Homenaje a Gonzalo Parra -Aranguren, Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, Nr. 1, 2001, Volumen I, pp. 265 y ss., especialmente pp. 270-271.

<sup>30</sup> Congreso de la República de Venezuela, Diario de Debates del Senado de la República No. 26, páginas 12-25 (Sesión del 21 de mayo de 1997), en:

La doctrina venezolana expresaba con anterioridad a la Ley de 1998 que “la fidelidad al principio (de la nacionalidad) sólo se debe a la tradición histórica del Código Napoleón” y que, en consecuencia, en “un país eminentemente inmigratorio, como el nuestro, el sistema de la *lex patriae* no tiene justificación posible”<sup>31</sup>. La realidad demográfica, económica y social de la Venezuela de aquella época mostraba un país rico, receptor de grandes corrientes migratorias provenientes, principalmente, de España, Italia y Portugal, y años después también de Colombia y de otros países de la región. La simple apreciación de los hechos más recientes nos muestra que las circunstancias demográficas, económicas y sociales venezolanas que motivaron la significativa sustitución del factor de conexión nacionalidad por el del domicilio en la LDIPr de 1998 han cambiado importantemente.

Además, la determinación del domicilio de las personas físicas en el sentido del artículo 11 de la LDIPr sigue siendo difícil. El artículo citado establece que el domicilio de una persona física “se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual”. La LDIPr no define qué se entiende por residencia habitual. La noción de residencia habitual sugiere permanencia en algún lugar. La LDIPr no aclara cuál es el elemento temporal que debe valorarse para determinar esa permanencia. La jurisprudencia y los comentaristas se han inclinado por la fórmula del aparte único

---

*Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren...*, ob. cit., Volumen I, p. 271. Ver también Hernández-Bretón, Eugenio, "El Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado Venezolano Actual", en: F. Parra-Aranguren (Editor), *Addendum. Libro Homenaje a Gonzalo Parra -Aranguren, Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, Nr. 1, 2002, pp. 147 y ss.

<sup>31</sup> MAEKELT, Tatiana B. de, "Nacionalidad y Domicilio en el Derecho Internacional Privado", *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1962, No. 23, pp. 439 y ss., especialmente p. 452.

del artículo 23 de la LDIPr<sup>32</sup>. Este artículo 23 que según su texto solo es aplicable a la determinación del derecho aplicable al divorcio y la separación de cuerpos establece que el cambio de domicilio del cónyuge demandante solo produce efecto después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado con el propósito de fijar en el la residencia habitual. Es decir, para que el traslado de la residencia habitual de una persona física surta efecto a los efectos del artículo 23 de la LDIPr se requiere que una persona física (i) ingrese al territorio de un Estado, (ii) que permanezca en ese Estado por más de un año y (iii) que tenga el propósito de fijar en ese Estado su residencia habitual. Independientemente de que podría ser cuestionable aplicar por analogía esta disposición a otros caos distintos de la determinación del derecho aplicable al divorcio y a la separación de cuerpos, generalmente, la jurisprudencia no mira o no considera este último requisito y se limita a verificar el transcurso del tiempo.

La imposición del requisito temporal y del elemento intencional (que no es de fácil prueba) lleva a cuestionar –como lo hizo Paul Heinrich Neuhaus– “la dificultad de calcular el término cuando alguien, durante su permanencia en un determinado país, transforma progresivamente esta permanencia en “residencia (habitual)” y “Sobre todo, se nota la falta de posibilidad de permitir a un refugiado político liberarse de inmediato de su viejo estatuto personal, y la dificultad que se presenta al emigrante temporal, resuelto al regreso posterior a su país de origen, consistente en que sus relaciones personales y familiares someterán al derecho del país en el cual se encuentra temporalmente”<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Ver, por ejemplo, mi trabajo "El Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado Venezolano Actual", op. cit., pp. 147 y ss.

<sup>33</sup> NEUHAUS, Paul Heinrich, "Proyecto Venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado. Observaciones de Derecho Comparado", en: F. Parra-Aranguren (Editor), *Libro Homenaje a Gonzalo Parra -Aranguren, Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, Nr. 1, 2001, Volumen I, pp. 135 y ss., p. 142. En

## VI. La Jurisprudencia: Un Caso de Matrimonio Homoparental en Argentina y de Filiación Subrogada en Venezuela<sup>34</sup>

Antes de la entrada en vigor de la LDIPr, la jurisprudencia venezolana en materia de Derecho internacional privado no era particularmente abundante. Las decisiones de los tribunales se encuentran referidas mayoritariamente a temas de eficacia de sentencias extranjeras y otros temas procesales, como el de la jurisdicción de tribunales venezolanos. También, pero en menor medida, existió una jurisprudencia en asuntos de Derecho aplicable, especialmente en asuntos de familia<sup>35</sup>.

A continuación vamos a comentar un caso de la jurisprudencia venezolana que de alguna manera ilustra las dificultades a la hora de aplicar la LDIPr, particularmente en cuanto a sus instituciones generales<sup>36</sup>.

El tema del reconocimiento de los matrimonios homoparentales celebrados en el extranjero y de la filiación derivada de tales matrimonios, incluyendo la consideración de la maternidad subrogada y sus efectos jurídicos fue objeto de

---

ese mismo texto Neuhaus visionariamente expresó: "Es posible que estos dos problemas no son muy actuales para Venezuela. Pero, si en aras del interés por la armonía internacional de soluciones, se quisiera superar definitivamente el antagonismo entre nacionalidad y domicilio, y conquistar a la larga también los países emigratorios, como Italia y Grecia, para un concepto depurado de domicilio, el proyecto venezolano no representa el óptimum" (p. 142).

<sup>34</sup> Tomado de HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, "La Fractura de la Familia Venezolana ante el Derecho Internacional Privado", op. cit., pp. 266 y ss.

<sup>35</sup> Al respecto pueden verse Monleon, Nicole, *Das neue international Privatrecht von Venezuela. Unter besonderer Berücksichtigung des Wohnsitzes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008; Samtleben, Juergen, "La aplicación del Código Bustamante en Venezuela", op. cit., pp. 319 y ss.; Lombard, Richard S., *American-Venezuelan Private International Law*, op. cit., passim; Mármol, Francisco Manuel, "La ley personal del extranjero y la jurisprudencia de Casación en Venezuela", *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1954, Nr. 1, pp. 35 y ss.

<sup>36</sup> Para una muestra de la jurisprudencia venezolana en materia de Derecho Internacional privado ver <https://www.mdipc-ucv.com/jurisprudencia> y <https://cartasblogatorias.com/>



una interesante decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela<sup>37</sup>. Una pareja de venezolanas, aparentemente domiciliadas en Venezuela, contrae “nupcias” en Argentina según el Derecho argentino<sup>38</sup>. Regresan a Venezuela en donde se practica la ovodonación de una de ellas a la otra, habiendo sido el óvulo fecundado *in-vitro* con material masculino captado en un banco de semen en Venezuela, y luego implantado el cigoto en el útero de la otra mujer.

La pareja regresa a la Argentina en donde nace un niño que es inscrito en el registro civil argentino con la mención de dos madres y siendo los apellidos del niño los apellidos de ellas. La pareja regresa nuevamente a Venezuela para tratar de efectuar la inscripción registral del niño y el reconocimiento de la nacionalidad venezolana del mismo. Mientras los esfuerzos fueron infructuosos, la donante del óvulo muere asesinada en Caracas. Ahora se trata además de lograr el reconocimiento de la filiación entre la difunta y el niño para fines sucesorales.

El acta de nacimiento argentina sí estableció la “doble maternidad”, pero no identificó cuál de las dos mujeres “es la persona que dio a luz al niño”. Las autoridades venezolanas se niegan a reconocer efectos en Venezuela al “acto jurídico” celebrado en Argentina entre “las madres”, el cual para las autoridades venezolanas “es válido únicamente” en aquel país y establecen que la única filiación reconocible en Venezuela es entre el niño y la mujer que “llevó el embarazo y el

---

<sup>37</sup> Tribunal Supremo de Justicia / Sala Constitucional, Sentencia No. 1187, 15 de diciembre de 2016, (Migdely Miranda Rondón), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194078-1187-151216-2016-16-0357.HTML>

<sup>38</sup> En cuanto a la Ley de Matrimonio Igualitario, Ley No. 26.618 de 15 de julio de 2010, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina de 22 de julio de 2010, ver Rodríguez, Mónica Sofía y Bianchi, Daniela, “El matrimonio igualitario y sus implicancias desde el Derecho Internacional Privado”, en: *El Dial Express*, 27 de mayo de 2011, <https://www.alatinoamericana-naf.com/2011/05/30/el-matrimonio-igualitario-y-sus-implicancias-desde-el-derecho-internacional-privado/>

nacimiento”, pues en el acta de defunción venezolana se indicó que su domicilio se encontraba en Caracas y, por lo tanto, su sucesión se rige por el Derecho venezolano que no reconoce la doble maternidad. De tal manera, los vínculos familiares y conyugales invocados para solicitar la inscripción en Venezuela “no son compatibles con la legislación venezolana vigente”.

Sin embargo, los interesados logran demostrar mediante experticia heredo-biológica en Venezuela la relación entre la difunta y el niño, y también que una oficina de registro civil municipal de Caracas inscribiera el nacimiento del niño, pero con los dos apellidos de la madre que lo dio a luz. Posteriormente, la madre reconocida en Venezuela y su hijo acuden ante tribunales de instancia, concluyendo ante la Sala Constitucional, a fin de que se declare la rectificación de la partida de nacimiento del niño y se proceda a la inserción de una nueva partida de nacimiento, en la que se reconozca el nombre del niño con sus dos apellidos de origen, su nacionalidad como venezolano por *ius sanguinis*, junto al reconocimiento de sus relaciones familiares, la filiación “con sus respectivas madres” y todos los derechos que de ello deriven. Además, que con base al artículo 75 de la Constitución venezolana, declare la filiación del niño con su familia de origen, sin discriminación en la orientación sexual, identidad o expresión de género de sus padres o madres, sean extranjeros o venezolanos. Finalmente, solicitaron que se reconozca la constitucionalidad de las familias homoparentales, sin discriminación de las personas que las conformen.

La Sala Constitucional, en atención al interés superior del niño y basado en los principios de igualdad y no discriminación, al derecho a la identidad de toda persona y a la protección de la familia, declaró con lugar la solicitud, reconoció la doble maternidad y el derecho del niño a ser inscrito con los apellidos de sus progenitoras, rectificando la partida de nacimiento inscrita en Caracas. La Sala Constitucional, sin embargo, no se pronunció acerca de la validez del matrimonio homoparental, ni se refirió al orden de los apellidos del niño.

La sentencia tiene un voto salvado que plantea interesantes consideraciones para un comentario adicional. El voto disidente considera “que se ha configurado un fraude a la ley, en los términos que la doctrina en Derecho internacional privado lo define, puesto que se observa que de forma maliciosa pero por medios lícitos”, las madres “se colocaron bajo el imperio de la ley argentina para obtener una situación que les era favorable cuando en Venezuela dichos supuestos no podían, como todavía no pueden, sur(t)ir efectos jurídicos”. Esta afirmación pone a prueba el sistema venezolano de Derecho internacional privado que de manera general no reconoce la figura del fraude a la ley, pero cuya figura si aplica al caso en examen de conformidad con el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, vigente entre Argentina y Venezuela. Sin embargo, tal norma no fue siquiera mencionada<sup>39</sup>.

El voto disidente trató de fundar su posición en el artículo 5 de la LDIPr que consagra la figura del respeto a las situaciones jurídicas válidamente perfeccionadas según un Derecho extranjero (no competente según las normas de conflicto del foro), también llamada equívocamente derechos adquiridos, “concatenado” con el artículo 9 del Código Civil en tanto este dispone que “las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los venezolanos, aunque residan o tengan su domicilio en el extranjero”. El artículo 5 de la Ley no era aplicable al caso, pues para su aplicación se requería que el Derecho argentino hubiera sido aplicable en virtud de algún criterio no establecido en las normas venezolanas de conflicto, y la inscripción en Argentina procedía según el Derecho del funcionario interviniente ex artículo 56 de la LDIPr. Tampoco el artículo 9 del Código Civil estaba vigente por haber sido

---

<sup>39</sup> Al respecto PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, “La Excepción de Fraude a la Ley en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo: CIDIP-II, 1979), *Revista de Derecho*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Nr. 5, pp. 151 y ss.

derogado por el artículo 16 de la LDIPr, entre otros<sup>40</sup>.

A lo anterior añadió el voto salvado que rechazar la inscripción del acta de nacimiento argentina o el reconocimiento de la “doble maternidad” debía justificarse según la doctrina del “orden público”, para lo cual citó una obra venezolana publicada en 1990, mucho antes de que la LDIPr entrara en vigor y, en todo caso, también sin tomar en cuenta el artículo 5 de la antes citada Convención Interamericana, que consagra –aunque imperfectamente– la figura de la cláusula de reserva<sup>41</sup>.

## VII. Las tendencias actuales y el futuro del DIPr en Venezuela

Quiero ahora referirme a un área de mucho interés para América Latina, en particular por el ‘renacer’ de la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-V, México 1994)<sup>42</sup> como modelo de las legislaciones más recientes de nuestros países<sup>43</sup> y de algunos

---

<sup>40</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, “Capacidad y Forma en Materia de Letra de Cambio en la Nueva Ley de Derecho Internacional Privado”, en: F. Parra-Aranguren (Editor), *Libro Homenaje a Gonzalo Parra -Aranguren, Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, Nr. 1, 2001, Volumen II, pp. 257 y ss.

<sup>41</sup> Tambasco, Anna María / Suárez Schanely, Francisco, “Introducción Práctica a las Instituciones de la Teoría General del Derecho Internacional Privado en Materia Familiar, en: *Derecho Familiar Internacional. Metodología para su estudio. Homenaje a Haydée Barrios*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2014, pp. 151 y ss., especialmente pp. 178-188; ver también en esa misma publicación ver Hernández-Bretón, Eugenio, “Casos de Derecho de Familia Internacional. Aproximación Metodológica”, pp. 77 y ss., especialmente pp. 94 y s.

<sup>42</sup> En general remito a mi reciente libro ya citado en este trabajo *Tesoros de Derecho Internacional Privado y Comparado en América Latina*, pp. 55 y ss.

<sup>43</sup> Es el caso de las legislaciones de Venezuela (LDIPr de 1998), República Dominicana (Ley 544-14 de DIPR de 2014), Paraguay (Ley 5393 sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 2015), Panamá (Código de Derecho Internacional Privado de 2015), Argentina (Libro VI, Título IV del Código Civil y Comercial de la Nación de 2014), Uruguay (Ley General de Derecho Internacional Privado de 2020).

proyectos<sup>44</sup> que circulan actualmente.

La LDIPr fue la primera legislación nacional en acoger las soluciones de la Convención de México y la forma en que las incorporó fue mediante una suerte de gran resumen de los principales principios establecidos en la Convención, a saber (i) la autonomía conflictual (artículo 29 de la LDIPr y artículos 7 y 8 de la Convención), (ii) los vínculos más directos (y no más estrechos como dice la Convención) (artículo 30 de la LDIPr y artículo 9 de la Convención), (iii) la recepción de la nueva *lex mercatoria* (artículo 31 de la LDIPr y artículo 10 de la Convención) y (iv) las normas imperativas de aplicación forzosa, necesaria o inmediata (artículo 10 de la LDIPr y artículo 11 de la Convención). En la concepción venezolana bastó la incorporación expresa de esos pocos artículos, los cuales se completan con la aplicación de las demás soluciones de la Convención entendidas como “principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados” en el sentido que se le da a esta expresión en el artículo 1 de la LDIPr<sup>45</sup>.

Ahora bien, hay dos de esos principios o soluciones normativas expresas que en la práctica han generado dificultad para ser aplicados correctamente. Se trata de la concreción de la noción de los vínculos más directos o más estrechos a los fines de la determinación del derecho aplicable al contrato cuando no hay elección del derecho aplicable o cuando la elección de ese derecho es ineficaz, y de la identificación del contenido de la nueva *lex mercatoria*.

En cuanto a los vínculos más directos o más estrechos la falta de orientación por parte de la normativa existente constituye una invitación a que el juez declare aplicable la *lex fori*. Sin embargo, la no recepción de la doctrina de la prestación

---

<sup>44</sup> Así se evidencia de los proyectos preparados en Chile (Ley de Derecho Internacional Privado), Colombia (Ley de Derecho Internacional Privado) y Perú (modificación del Libro X del Código Civil) difundidos en el año 2020.

<sup>45</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, *Tesoros de Derecho Internacional Privado y Comparado en América Latina*, op. cit, pp. 126 y ss., así como los estudios complementarios que allí se incluyen.

característica es una oportunidad para que el juez haga una valoración más libre del derecho más adecuado para regular el contrato, tomando “en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato” (artículo 30 de la LDIPr y artículo 9 de la Convención), sin darle un valor prejuiciado a alguno de dichos elementos. Ciertamente, esta visión de las cosas podría restar certeza en cuanto a la determinación anticipada del derecho aplicable pero posibilitaría un mayor acercamiento al resultado material más adecuado a las circunstancias del caso concreto. Para aceptar esta visión de las cosas se hace indispensable que los cargos judiciales correspondan a jueces y funcionarios bien honestos y bien formados, como es la esperanza que tenemos los que creemos en el Derecho y su función ordenadora de las libertades en la vida en sociedad. Pero además, la solución del artículo 30 de la LDIPr y del artículo 9 de la Convención contiene un elemento intrigante al establecer que en ese proceso de determinar el derecho aplicable a falta de elección o de elección ineficaz el juez “También tomará en cuenta los principios generales del derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales”. Una interpretación teleológica de los citados artículos propone que tal texto positivo permite al juez concluir que el derecho aplicable al contrato sean los referidos “principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales” en vez de ser aplicables los de algún Estado cuando los elementos objetivos y subjetivos disponibles del caso concreto no permitan claramente establecer los vínculos más estrechos o más directos con ningún Estado en particular”<sup>46</sup>. De esta forma encontramos el primer

---

<sup>46</sup> Ver nuestra explicación siguiendo el valioso planteamiento del profesor Juergen Samtleben, HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, “The Application of the CISG in Venezuela as a Non-Contracting State”, en: I. de Aguilar y G. Cerqueira (Editors), *La Convention de Vienne en Amerique. The Vienna Convention in America, 40e Anniversaire de la Convention des nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises, The 40th Anniversary of*

reconocimiento expreso de los principios generales del Derecho del Comercio Internacional como fuente del Derecho Internacional Privado venezolano

Por su parte, el artículo 31 de la LDIPr prácticamente calcado del texto del artículo 10 de la Convención ordena la aplicación “cuando corresponda” de las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como de los usos y prácticas comerciales de general aceptación “con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

Ahora surge la pregunta, ¿cómo determinamos el contenido de los llamados principios generales del Derecho del Comercio internacional? Una primera respuesta la sugieren el artículo 30 de la LDIPr y el artículo 9 de la Convención: Se trata de los principios aceptados por organismos internacionales. Esto fue hecho para evitar dudas en cuanto a su determinación, sea que se trate de instituciones gubernamentales como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (*UNIDROIT*) o la Comisión de las naciones Unidas para la Unificación del Derecho Comercial Internacional (*UNCITRAL*) o no gubernamentales como la Cámara Internacional de Comercio (CCI o ICC), la *London Corn Trade Association*, la *International Air Transportation Association (IATA)*, o el Instituto de Derecho Internacional o la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), por ejemplo.

Una de las más serias críticas que se le hacen a la admisión de la nueva *lex mercatoria* como el cuerpo de normas que regulan el comercio internacional ha sido su falta de determinación, la dificultad que se presenta precisamente al fijar su contenido. El peso de esta tarea ha sido aligerado en relación con los contratos comerciales internacionales. Principios de Derecho Comercial Internacional Uniformes como los Principios *UNIDROIT* sobre los Contratos Comerciales

---

*the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, París, Société de Legislation Comparée, Collection Colloques, Nr. 41, 2020, pp. 289 y ss.

Internacionales son considerados como parte de la nueva *lex mercatoria*. Esta posición ha sido aceptada por la jurisprudencia venezolana, particularmente por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Banque Artesia Nederland, N.V. vs. Corp Banca, Banco Universal, C.A. En esta decisión la Sala de Casación Civil consideró a los Principios *UNIDROIT* sobre los Contratos Comerciales internacionales como aquellos a los que se refiere el artículo 30 de la LDIPr.<sup>47</sup> En otro caso anterior la misma Sala de Casación Civil se refirió a los Principios *UNIDROIT* sobre los Contratos Comerciales Internacionales como expresión de las modernas tendencias que informan los principios de la contratación comercial y como principios aceptados en el Derecho Comparado<sup>48</sup>.

A menudo se afirma que los principios generales del Derecho del Comercio Internacional tan solo constituyen la opinión científica de los expertos que los han preparado y que no tienen relación con algún sistema positivo estatal. No obstante, la LDIPr y la Convención les han dotado de una propia fuerza normativa y autoridad. En todo caso, en atención al estado actual de las cosas la aplicación de los principios y de la nueva *lex mercatoria* aconseja precaución. Su aplicación debe estar dirigida por las necesidades del comercio internacional y de la justicia del caso concreto<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia Nr. 0738, 2 de diciembre de 2014 (Banque Artesia Nederland, N.V. vs. Corp Banca, Banco Universal, C.A.), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-rc.000738-21214-2014-14-257.html>

<sup>48</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala de casación Civil, Sentencia Nr. 0176, 20 de mayo de 2010 (Rafael Alfonso Sotillo vs. Instituto de Clínicas y Urología Tamanaco, C.A. et al.), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/rc.000176-20510-2010-06-451.html>

<sup>49</sup> Aquí seguimos lo expuesto en Hernández-Bretón, Eugenio y Madrid Martínez, Claudia, "Use of the UPICC in Order to Interpret or Supplement National Contract Law: Venezuela", en: A. M. Garro y J. A. Moreno Rodríguez (Editors), *Use of the Unidroit Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Ius Comparatum-Global Studies on Comparative



## VIII. Conclusión

La LDIPr, promulgada en 1998, y en vigor desde el 6 de febrero de 1999, fue diseñada para superar una situación en la cual el DIPr se basaba en una serie de normas que “han tenido una vida latente y han carecido de verdadera significación real”<sup>50</sup> y que en definitiva el sistema que ellas crearon fue “adulterado por la práctica” convirtiéndose en “un cúmulo de soluciones inciertas e inconexas”<sup>51</sup>. Luego de más de veinte años de vigencia la LDIPR comienza a definir su propia realidad.

En 1999, un destacado profesor venezolano lamentaba la falta de desarrollo jurisprudencial del DIPr con estas palabras: “Desafortunadamente, el Derecho Internacional Privado venezolano moderno, signado por la Convención (de México en asuntos contractuales) y la Ley de DIP, no ha sido producto de una respuesta legislativa a una elaboración jurisprudencial previa, influenciada por las nuevas teorías del Derecho Internacional Privado universal. Sin perjuicio de que existan sentencias valiosas que hagan honor a nuestra jurisprudencia, el Derecho internacional privado venezolano ha sido producto de la labor de la doctrina, la cual ha sido recogida en los textos de Derecho Positivo. De ahí que sea difícil de explicar, a quienes no están ligados al mundo académico, los cambios profundos que se han operado en el Derecho internacional privado venezolano ...”<sup>52</sup>.

En consecuencia, la LDIPr debe verse como una ley puente o ley de transición que sirve para explorar la bondad de las normas propuestas, para descubrir las dificultades, para reflexionar y conducirnos sobre la base de la experiencia práctica tribunalicia hacia la definición de nuevas y mejores

---

Law, Volumen 51, Switzerland, Springer, pp. 395 y ss.

<sup>50</sup> Exposición de Motivos (1996), en: F. Parra-Aranguren, *Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren, Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, op. cit., Volumen I, p. 266.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> GIRAL PIMENTEL, José Alfredo, *El Contrato Internacional*, op. cit., p. 270.

soluciones que permitan “alcanzar en la esfera de los conflictos de leyes los dos supremos objetivos de justicia y seguridad jurídica, razón de ser de toda norma de Derecho, y acoplar las disposiciones (de nuestra Ley) a las características y necesidades de la realidad social, económica y humana de nuestro país”<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Exposición de Motivos (1996), en: F. Parra-Aranguren, *Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren, Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, op. cit., Volumen I, p. 266.

**PASADO Y DESAFÍOS ACTUALES DE LA  
CODIFICACIÓN DEL DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO EN MÉXICO  
UNA OPORTUNIDAD DE MODERNIZACIÓN  
DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

**Elí Rodríguez Martínez\***

SUMARIO: I INTRODUCCIÓN; II. UNA MIRADA AL PASADO: ANTECEDENTES DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MÉXICO; III. RETOS ACTUALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MÉXICO.

**I. Introducción**

Con motivo del ciclo de conferencias organizado por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de Córdoba por el aniversario de la promulgación del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>1</sup>, –el cual tuvo por fin primordial actualizar la legislación civil y mercantil toda vez que, los anteriores códigos databan de 1862 y 1869 respectivamente– en el que se debatieron los desarrollos del Derecho internacional privado (DIPr) en Argentina, me da la oportunidad de rememorar el proceso de codificación del Derecho internacional privado en México así como hacer algunas reflexiones respecto a los desafíos y retos actuales que se encuentran en la agenda nacional.

---

\* Abogado por la Escuela Libre de Derecho (México). Miembro de Número y Presidente de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C. (AMEDIP). Correo electrónico: presidencia@amedip.org

<sup>1</sup> Ley 26.994 “Código Civil y Comercial de la Nación”. Sancionada el 1 de octubre de 2014 y promulgada el 7 de octubre de 2014.

## **II. Una mirada al pasado: antecedentes de la codificación del Derecho internacional privado en México**

Sin pretender hacer un estudio histórico exhaustivo sobre la codificación del Derecho internacional privado (DIPr) en México, me limitaré a señalar algunos datos que, en mi personal opinión, considero de importancia conocer respecto a la histórica reforma legislativa de 1988 y 1989, tanto en materia civil, mercantil como procesal, la cual constituyó un verdadero parteaguas en el país.

### **1. En materia civil**

México, heredero de la codificación francesa y de su tradición estatutaria en materia de Derecho Internacional Privado, en el que la nacionalidad fue el principal punto de conexión de la norma de conflicto, permitió la aplicación del derecho extranjero desde la promulgación del Código Civil de 1870<sup>2</sup>.

La aplicación del derecho extranjero en el país continuó bajo el Código Civil de 1884<sup>3</sup>; sin embargo, tras la culmina-

---

<sup>2</sup> “Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, adoptado en el estado libre y soberano de Zacatecas, por decreto no 46”. Las normas sobre aplicación del derecho extranjero se encuentran previstas en los artículos 13 a 19 del citado ordenamiento. Es importante señalar que, el influyente Código Civil argentino de Vélez-Sarsfield no figuró entre las fuentes del proyecto de Código en México, toda vez que, cuando el código argentino fue aprobado, en 1870, el código mexicano ya estaba terminado. GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La influencia del Código Civil de Vélez-Sarsfield en las codificaciones de Iberoamérica hasta principios del siglo XX”, citado por CRUZ BARNEY, Oscar. “La codificación civil en México: Aspectos generales”, en: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3082/3.pdf> Fecha de publicación: 31 de marzo de 2021.

<sup>3</sup> “Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, reformado en virtud de la autorización concedida al Ejecutivo por decreto de 14 de diciembre de 1883”, aprobado el 24 de mayo de 1884, el cual estu-

ción de la revolución mexicana de 1910 y con ella, el triunfo de un sentimiento de nacionalismo a ultranza, se abrogó la regulación estatutaria con la aprobación del nuevo Código Civil de 1928<sup>4</sup>, adoptándose un territorialismo exacerbado que prohibió la aplicación de ley extranjera alguna.

Al eliminarse en la ley la posibilidad de recurrir a normas conflictuales y a un orden jurídico extranjero, el Derecho internacional privado dejó de ser parte del derecho positivo mexicano<sup>5</sup>; cayéndose así, en una etapa de oscurantismo para esta materia, período que duraría 60 años.

---

vo vigente hasta 1932. Dicho código fue una reproducción casi literal del anterior de 1870, salvo algunas modificaciones como la libertad de testar, la desaparición de la interdicción por prodigalidad, el divorcio por mutuo consentimiento sin disolución del vínculo matrimonial. *Ibidem.* p. 14. Siendo este código una reproducción del anterior, las normas de aplicación del derecho extranjero permanecieron sin modificación alguna, preservando incluso, el mismo numeral.

<sup>4</sup> El “Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal” fue promulgado el 30 de agosto de 1928 pero entró en vigor el 1° de octubre de 1932. Mediante reforma publicada el 23 de diciembre de 1974 en el Diario Oficial de la Federación (DOF), dicho ordenamiento cambió su denominación a “Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal” cuando los territorios de Baja California Sur y Quintana Roo pasan a constituirse como estados el 8 de octubre de 1974. Cfr. <https://qroo.gob.mx/index2.php/segob/coespo/aniversario-de-la-reincorporacion-de-quintana-roo-como-entidad-federati->

[va#:~:text=El%208%20de%20octubre%20de,y%20Soberano%20de%20Quintana%20Roo y en http://www.inafed.gob.mx/work/enciclopedia/EMM03bajacaliforniasur/historia.html#:~:text=Historia%20%2D%20Baja%20California%20Sur&text=El%20estado%20de%20Baja%20California,en%20Estado%20Libre%20y%20Soberano.](http://www.inafed.gob.mx/work/enciclopedia/EMM03bajacaliforniasur/historia.html#:~:text=El%208%20de%20octubre%20de,y%20Soberano%20de%20Quintana%20Roo,y en http://www.inafed.gob.mx/work/enciclopedia/EMM03bajacaliforniasur/historia.html#:~:text=Historia%20%2D%20Baja%20California%20Sur&text=El%20estado%20de%20Baja%20California,en%20Estado%20Libre%20y%20Soberano.)

<sup>5</sup> SILVA SILVA, Jorge Alberto. “Delimitación disciplinar del Derecho Internacional Privado. Una perspectiva mexicana”. *Rapsodia Jurídica. Selección de estudios de Jorge Alberto Silva*. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez (UACJ), 2020. p. 42.

Dicho territorialismo extremo dio lugar a fuertes críticas doctrinales, fu así como en el año de 1968, un grupo entusiasta de profesores de Derecho internacional privado tomó la iniciativa de fundar el Instituto Mexicano de Derecho Internacional Privado, A.C. –hoy Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A.C. (AMEDIP)– con el objetivo de crear un foro de discusión y promover el estudio de la materia en México, así como buscar un acercamiento con las autoridades a fin de que México participara en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-I), realizada en la ciudad de Panamá del 14 al 30 de enero de 1975<sup>6</sup> y, con ello, una participación continua en los diversos foros codificados internacionales de Derecho internacional privado.

Como resultado de su participación en los foros internacionales, el Gobierno de México suscribió varios tratados de Derecho internacional privado. Dicha suscripción conllevó el reto de adaptar nuestra legislación civil, y por ende la procesal, a las convenciones internacionales suscritas.

Con tal motivo, una vez más, los miembros de la ahora Academia Mexicana se reunirían con funcionarios de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) a fin de presentar un proyecto de reformas al Código Civil, resultado de sus discusiones en los Seminarios Nacionales de Derecho Internacional Privado, para dar cumplimiento a los compromisos internacionales contraídos por México y permitir la aplicación del derecho extranjero.

Fue así como finalmente el 7 de enero de 1988, se publicó en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*), el “Decreto por el que se reforma y adiciona el –entonces– Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la Repú-

---

<sup>6</sup> VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro. “En torno a las recientes reformas en materia de derecho internacional privado”, en: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p, 1404. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/645/27.pdf>

blica en Materia Federal”<sup>7</sup>, en el que se reformaron los artículos 12, 13, 14 y 15, entre otros, a fin de reconocer en México, después de décadas de un excesivo territorialismo, la aplicación del derecho extranjero.

La citada reforma fue tal vez sencilla y poco pretenciosa pero imprescindible para los fines que se buscaban.

En dicha reforma se dispuso:

- a) La aplicación del derecho nacional como regla general, salvo que la misma ley o los tratados internacionales en los que México fuera parte se previera la aplicación del derecho extranjero (art. 12).

---

<sup>7</sup> En el texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917, se señalaba que el Congreso Federal tenía facultades para legislar también en materia local para el Distrito Federal, por tratarse de un territorio federal. Sin embargo, en reformas constitucionales posteriores se dio facultad al Distrito Federal para legislar para sí mismo en materia civil a través de su Asamblea Legislativa. El 25 de mayo de 2000, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el *“Decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”*, modificándose la denominación del primero de los ordenamientos señalados para denominarse en lo sucesivo *“Código Civil para el Distrito Federal”*.

Días después, el 29 de mayo de 2000, mediante la publicación en el Diario Oficial de la Federación (DOF) del *“Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor”*, se escindió el Código Civil Federal (CCF) del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF) al estipular que:

ARTICULO PRIMERO. Se modifica la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, y con ello se reforman sus artículos 1º, 1803, 1805 y 1811, y se le adiciona el artículo 1834 bis, para quedar como sigue:

**“CÓDIGO CIVIL FEDERAL**

Artículo 1º. Las disposiciones de este Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal.

- b) Las reglas sobre la determinación del derecho aplicable, bien sea nacional o extranjero (art. 13).
- c) La forma de aplicación del derecho extranjero cuando éste resultare aplicable conforme a las reglas del artículo 13, reconociendo (art. 14):
  - i) El deber del juez del foro de aplicar el derecho extranjero como lo haría el juez extranjero.
  - ii) La remisión y el reenvío.
  - iii) La figura de la institución desconocida.
  - iv) La cuestión previa.
  - v) La aplicación armónica de los ordenamientos en conflicto y la consideración por parte del juez de las exigencias de la equidad en el caso concreto.
- d) Los supuestos de exclusión del derecho extranjero (art. 15):
  - i) El fraude a la ley.
  - ii) El orden público
- e) El domicilio de las personas físicas conforme a lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, de 1979<sup>8</sup> (arts. 29-32).
- f) La incorporación de las normas de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, de 1984<sup>9</sup> (arts. 2736-2738).

---

<sup>8</sup> Adoptada durante la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II), celebrada en Montevideo, el 8 de mayo de 1979. Ratificada por el Gobierno de México el 12 de junio de 1987. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*) el 19 de agosto de 1987. Disponible en: <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/08/2013/DIGESTUM08077.pdf>

<sup>9</sup> Adoptada durante la Tercera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-III), celebrada en La Paz, el 24 de mayo de 1984. Ratificada por el Gobierno de México el 12 de junio de 1987. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*) el 19 de agosto de 1987. Disponible en:



Es importante señalar que, dichas disposiciones no son las únicas normas de Derecho Internacional Privado incorporadas en la legislación nacional, sino que desde entonces, diversas normas de DIPr se han venido incorporando en distintos ordenamientos legales, incluyendo al propio Código Civil.

Cabe precisar que, de las convenciones interamericanas de las que México era parte, en aquél entonces, se excluyeron de la reforma, en materia civil, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores.<sup>10</sup>

La doctrina mexicana ha calificado a la reforma de 1988 como positiva –y yo la calificaría como “histórica”– por haber abolido el “rígido territorialismo” que imperaba en ese entonces.

Asimismo, la reforma de 1988 motivó una participación cada vez más activa del Gobierno de México en los foros internacionales, la suscripción de otros tratados en la materia, y la continua adecuación de nuestra legislación nacional a los compromisos internacionales suscritos por México así como por las tendencias internacionales en materia de Derecho internacional privado.

---

<https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/08/2013/DIGESTUM08071.pdf>

<sup>10</sup> Adoptada durante la Tercera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-III), celebrada en La Paz, el 24 de mayo de 1984. Ratificada por el Gobierno de México el 12 de junio de 1987. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 21 de agosto de 1987, con fe de erratas de 13 de julio de 1992. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/ADOPCION%20DE%20MENORES.pdf>. Véase GARCÍA MORENO, Víctor Carlos. “Reformas de 1988 a la legislación civil en materia de Derecho Internacional Privado”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. No. 163-164. 1989. p. 86. Disponible:

<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/163/pr/pr4.pdf>.

## 2. En materia procesal

Con motivo de la reforma de 1988, antes señalada, fue necesario reformar también el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal<sup>11</sup> y el Código Federal de Procedimientos Civiles<sup>12</sup> a fin de incorporar en ambos ordenamientos un capítulo sobre cooperación judicial internacional.

En ambos códigos se incorporaron disposiciones de

- a) La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias,<sup>13</sup>
- b) La Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero,<sup>14</sup>
- c) La Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero,<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> El Decreto por el que se reforma y adiciona el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 7 de enero de 1988.

<sup>12</sup> El Decreto por el que se reforma y adiciona el Código Federal de Procedimientos Civiles fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 12 de enero de 1988.

<sup>13</sup> Adoptada durante la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-I), celebrada en Panamá, el 30 de enero de 1975. Ratificada por el Gobierno de México el 27 de marzo de 1978. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 25 de abril de 1978. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/DI2005/pdf/TD7.pdf..>

<sup>14</sup> Adoptada durante la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II), celebrada en Montevideo, el 8 de mayo de 1979. Ratificada por el Gobierno de México el 9 de marzo de 1983. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 29 de abril de 1983, con fe de erratas del 27 de septiembre de 1983. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/PRUEBA%20E%20INFORMACION-DERECHO%20EXTRANJERO.pdf>.

<sup>15</sup> Adoptada durante la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-I), celebrada en Panamá, el 30 de enero de 1975. Ratificada por el Gobierno de México el 27 de marzo de 1978. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 2 de mayo de 1978. Disponible en:

- d) La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros,<sup>16</sup>
  - e) La Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras,<sup>17</sup> y
  - f) La Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero.<sup>18</sup>
- En resumen, en dichas reformas<sup>19</sup>

---

<https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/RECEPCION%20DE%20PRUEBAS.pdf>

<sup>16</sup> Adoptada durante la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II), celebrada en Montevideo, el 8 de mayo de 1979. Ratificada por el Gobierno de México el 12 de junio de 1987. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 20 de agosto de 1987, con fe de erratas del 30 de noviembre de 1987. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/SENTENCIAS%20Y%20LAUDOS%20ARBITRALES%20EXTRANJEROS.pdf>.

<sup>17</sup> Adoptada durante la Tercera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-III), celebrada en La Paz, el 24 de mayo de 1984. Ratificada por el Gobierno de México el 12 de junio de 1987. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 28 de agosto de 1987. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/conv.pdf>.

<sup>18</sup> Adoptada durante la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-I), celebrada en Panamá, el 30 de enero de 1975. Ratificada por el Gobierno de México el 12 de junio de 1978. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 19 de agosto de 1987. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/REGIMEN%20LEGAL%20DE%20PODERES.pdf>.

<sup>19</sup> Cfr. CONTRERAS VACA, Francisco José. "Reformas y adiciones legislativas correspondientes al año de 1988 relativas al reconocimiento de validez y ejecución de sentencias extranjeras, en los Código Federal de Procedimientos Civiles y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal". *Revista de la Facultad de Derecho de México*. No. 163-164. 1989. pp. 229-237. Disponible en:

<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/163/pr/pr15.pdf>.

1. Se reconoció la eficacia y validez de las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeras (art. 569 del CFPC y 605 del CPCDF),
2. Se incorporó una regla para estar en posibilidad de determinar el tribunal con competencia indirecta, al indicar que el órgano competente para ejecutar una sentencia o laudo extranjero es el juez del domicilio del ejecutado o en su defecto el de la ubicación de sus bienes en la república (art. 573 del CFPC y 608, Fr. I del CPCDF),
3. Se establecieron normas relativas a la tramitación de los exhortos o cartas rogatorias provenientes del extranjero o que hayan de remitirse a juez extranjero (arts. 549-556 del CFPC y 604 CPCDF),
4. Se incorporó un capítulo relativo a las reglas de la recepción de pruebas provenientes del extranjero (arts. 559-563 del CFPC y 337 Bis y 362 Bis del CPCDF),
5. Se incorporó, a efecto de reconocer la validez de las sentencias o laudos extranjeros, los requisitos que éstos deben cumplir (art. 571 CFPC y 606 del CPCDF) y, su respectivo procedimiento de homologación (art. 574 del CFPC y 608, Fr. II, del CPCDF, y
6. Como una innovación importante, fue la incorporación de la figura de la eficacia parcial de las sentencias o laudos extranjeros cuando los mismos no pueden tener eficacia en su totalidad y siempre que exista una petición al respecto de la parte interesada (art. 577 del CFPC y 608, Fr. V, del CPCDF).

### **3. En materia mercantil**

En virtud de la exitosa reforma al Código Civil, de 1988, una vez más, los miembros de la Academia Mexicana, bajo el auspicio de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) y con el apoyo del Senador Salvador Rocha Díaz, elaboró un proyecto de reformas al Código de Comercio de 1890<sup>20</sup>, con

---

<sup>20</sup> El actual Código de Comercio fue aprobado por Decreto de 15 de septiembre de 1889 y entró en vigor el 1° de enero de 1890, encontrándose

la finalidad de actualizar sus disposiciones a lo dispuesto por los tratados internacionales hasta ese entonces suscritos por México.<sup>21</sup>

El 4 de enero de 1989 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el “Decreto por el que se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código de Comercio”. Es preciso señalar que las reformas de 1989 no son exclusivamente en materia de derecho conflictual y cooperación procesal internacional, sino que se refiere a varias materias, constituyendo la más amplia y trascendente modificación de dicho código desde su promulgación<sup>22</sup>.

Con la reforma de 1989 al Código de Comercio se incorporaron disposiciones de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional<sup>23</sup> y la Convención so-

---

vigente hasta el día de hoy. Dicho ordenamiento tuvo dos características fundamentales: la primera, constituir un ordenamiento que abarcara todos los temas del Derecho Mercantil, respondiendo al concepto francés de la codificación napoleónica; y la segunda, determinar objetivamente la naturaleza de lo mercantil, por medio de enumerar los actos de comercio para delimitar esta materia. ROCHA DÍAZ, Salvador. “Análisis a las Reformas del Código del Comercio (1989)”, en: VLex-México. Disponible en: <https://doctrina.vlex.com.mx/vid/analisis-reformas-codigo-comercio-801813593>.

<sup>21</sup> FIGUEROA DÍAZ, Luis. “Algunas reformas a la legislación mercantil mexicana en los inicios del siglo XXI: una revisión de su sentido y alcance en relación con las PYMES”. Alegatos. Año 32. No. 97. Septiembre-Diciembre, 2017. pp. 579-598. Disponible en: <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/406/394>.

<sup>22</sup> MANSILLA Y MEJÍA, María Elena. “Cinco dudas sobre el procedimiento arbitral mercantil”. Memoria del XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Universidad Autónoma Metropolitana. 1992. pp. 57-68. Disponible en: <http://zaloamati.azc.uam.mx/handle/11191/4979>.

<sup>23</sup> Adoptada durante la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-I), celebrada en Panamá, el 30 de enero de 1975. Ratificada por el Gobierno de México el 27 de marzo de 1978. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 27 de abril de 1978. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/ARBITRAJE%20COMERCIAL.pdf>.

bre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras<sup>24</sup>, quedando pendientes la incorporación de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas<sup>25</sup> y la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles<sup>26</sup>.

Entre las adiciones al Código de Comercio en materia de cooperación procesal internacional se pueden señalar:

- a) La cooperación de las autoridades consulares para la práctica de diligencias en país extranjero (art. 1073);<sup>27</sup>
- b) La incorporación de normas sobre la diligenciación de exhortos y cartas rogatorias (art. 1074),
- c) La exención del requisito de la legalización de los documentos transmitidos internacionalmente por conducto oficial (arts. 1248 y 1249),
- d) La incorporación de un capítulo sobre el procedimiento arbitral (arts. 1415 a 1437).

---

<sup>24</sup> Adoptada en Nueva York, el 10 de junio de 1958. El Gobierno de México depositó su instrumento de adhesión el 14 de abril de 1971. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 22 de junio de 1971. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/SENTENCIAS%20ARBITRALES%20EXTRANJERAS.pdf> Fecha de consulta: 11 de abril de 2021.

<sup>25</sup> Adoptada durante la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-I), celebrada en Panamá, el 30 de enero de 1975. Ratificada por el Gobierno de México el 27 de marzo de 1978. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 25 de abril de 1978. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/CONFLICTOS%20DE%20LEYES-PAGARES.pdf>.

<sup>26</sup> Adoptada durante la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II), celebrada en Montevideo, el 8 de mayo de 1979. Ratificada por el Gobierno de México el 9 de marzo de 1983. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 28 de abril de 1983. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/CONFLICTOS%20DE%20LEYES-SOCIEDADES%20MERCANTILES.pdf>.

<sup>27</sup> Dicha disposición es una transcripción exacta de la reforma (de 1988) al artículo 548 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Con esta reforma se logró compatibilizar el procedimiento civil y el mercantil haciéndolos acordes a las convenciones internacionales suscritas por México.

### **III. Retos actuales del Derecho Internacional Privado en México**

A continuación, sin la menor pretensión de elaborar un estudio completo, me limitaré a comentar algunos de los temas que se encuentran en la agenda actual para la actualización de la legislación interna en materia de Derecho internacional privado.

#### **1. El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares**

Siendo México un país de organización federal, cada una de las entidades federativas (los estados y la Ciudad de México) que integran la federación tienen la facultad legislativa para expedir su propia legislación civil y, por ende, su legislación procesal en dicha materia.

Sin embargo, de conformidad con la reforma constitucional del pasado 15 de septiembre de 2017, en la que se modifica la Fr. XXX, del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se otorga facultades al Congreso Federal para “expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar”<sup>28</sup>; de manera que, el Congreso la Unión (o Congreso Federal) deberá aprobar un código nacional de procedimientos civiles y familiares, aplicable tanto para la federación como para todas las entidades federativas.

---

<sup>28</sup> Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana (Solución de Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares). Publicado en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*) el 15 de septiembre de 2017. Disponible en: [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5497456&fecha=15/09/2017](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5497456&fecha=15/09/2017).

Al día de hoy, se han presentado dos iniciativas que, en esencia, son una transcripción literal de lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

La aprobación de este código tendrá la gran ventaja de

- a) Uniformar la legislación procesal civil y familiar en toda la república, sobre todo en aquellos temas donde existe una notoria diferencia de regulación en las entidades federativas, tal es el caso, del procedimiento de sustracción internacional de menores.
- b) Actualizar nuestra normatividad nacional a fin de hacerla compatible con las tendencias modernas del derecho internacional privado y a las exigencias de la justicia transnacional.

Lo anterior ofrece, una vez más, la oportunidad a la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP) de acercarse al legislador mexicano a fin de realizar la actualización y adecuación de la legislación nacional, a través del citado proyecto de ley que habrá de presentarse al Congreso Federal, tomando como guía la ley modelo mexicana de Derecho Internacional Privado<sup>29</sup>, en su parte adjetiva.

Dos temas, sobre los cuales me quiero enfocar, que considero que podrían generar discusión son: las nuevas tendencias respecto a la ejecución de sentencias extranjeras y la incorporación de la figura del *forum non conveniens*.

#### *a. Tendencias en la ejecución de sentencias extranjeras*

Recientemente la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado aprobó la Convención sobre el Re-

---

<sup>29</sup> Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México. Elaborada por la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP) y aprobada durante el XXIX Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, celebrado en la ciudad de Puebla, en 2005. Su última actualización data del 11 de mayo de 2019. Disponible en: [https://7381afec-8126-4960-8fd6-cea65ad1e95a.filesusr.com/ugd/0a74e2\\_c730c252a5064e44886664caee3207e8.pdf](https://7381afec-8126-4960-8fd6-cea65ad1e95a.filesusr.com/ugd/0a74e2_c730c252a5064e44886664caee3207e8.pdf).



conocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en materia Civil o Comercial<sup>30</sup>. Dicho instrumento tiene por objeto complementar el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro.<sup>31</sup>

Sin la intención de hacer un análisis de los citados instrumentos únicamente señalaré que, una de las innovaciones de esta convención es que no exige, para el reconocimiento de la validez de las sentencias extranjeras, el requisito de que el juez del Estado de origen sea competente para dictar la sentencia que habrá de ser ejecutada (competencia directa), en otras palabras, el juez que habrá de ejecutar la sentencia no se ve compelido a calificar la competencia del juez de origen (competencia indirecta)<sup>32</sup>.

Así, por ejemplo, en el artículo 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se señala que

Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, podrán tener

---

<sup>30</sup> Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en materia Civil o Comercial. Adoptada en La Haya, el 2 de julio de 2019. México no es Estado parte. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/3754b8c5-626a-4e59-87b2-c7de687ee42f.pdf>.

<sup>31</sup> Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro. Adoptado en La Haya, el 30 de junio de 2005. El Gobierno de México depositó su instrumento de adhesión el 26 de septiembre de 2007. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 1 de octubre de 2015. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/acuerdosforos.pdf>.

<sup>32</sup> En la jurisdicción indirecta el juez analiza la competencia del juez extranjero que ya dictó un fallo, a efectos de ver si se cumplió el requisito de la competencia para reconocer y ejecutar ese fallo en el Estado Receptor. VÉSCOVI, Eduardo. "El tema de la competencia judicial internacional en el ámbito de la OEA: balance y perspectivas; lo que queda por hacer". XL Curso de Derecho Internacional. Organización de Estados Americanos (OEA). 2013. p. 75. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XL\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2013\\_Eduardo\\_Vescovi.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XL_curso_derecho_internacional_2013_Eduardo_Vescovi.pdf).

fuerza de ejecución si cumplen con las siguientes condiciones:

Fr. III. Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en el derecho internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código...

En tanto que, “es tribunal competente para ejecutar una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional proveniente del extranjero, el del domicilio del ejecutado, o en su defecto, el de la ubicación de sus bienes en la República” (art. 573).

Por su parte, la Convención de La Haya en comento, en su artículo 5 (“Presupuestos para el reconocimiento y la ejecución”) no señala entre sus supuestos la exigencia de calificar la competencia del juez de origen, salvo los siguientes supuestos:

- a) Que la sentencia que verse sobre el arrendamiento de un inmueble haya sido dictada por un tribunal del Estado en el que se encuentra el inmueble (art. 5.1, inciso h), o
- b) Que la sentencia dictada en contra del demandado verse sobre una obligación contractual que tenía como garantía un derecho real sobre un inmueble ubicado en el Estado de origen, siempre que la pretensión contractual se hubiere interpuesto junto con una acción dirigida contra el mismo demandado en relación con ese derecho real (art. (art. 5.1, inciso i).

La Convención -tal como se señala en el Informe Explicativo elaborado por el Prof. Francisco Garcimartín<sup>33</sup>- no se ocupa de cuestiones de “jurisdicción directa” que habrán de ser determinadas por la legislación nacional, sino que:

---

<sup>33</sup> GARCIMARTÍN, Francisco & SAUMIER, Geneviève. *Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters. Explanatory Report*. Hague Conference on Private International Law. 2020. Pár. 135. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/a1b0b0fc-95b1-4544-935b-b842534a120f.pdf>.

...Los filtros jurisdiccionales enumerados en el artículo 5 son los que aplicará un tribunal de un Estado requerido para determinar si una sentencia tiene derecho a reconocimiento o ejecución. Al considerar si una sentencia extranjera cumple los requisitos mínimos del artículo 5 o 6, el tribunal al que se dirige no evalúa la aplicación por el tribunal de origen de las normas de competencia del propio Estado. Si bien la Convención no pretende afectar las leyes nacionales existentes sobre jurisdicción en casos internacionales, es más probable que las sentencias de Estados con reglas de competencia directa similares a los filtros de los artículos 5 y 6 circulen en virtud de la Convención [*énfasis añadido*].

No obstante el anterior comentario, no queda lo suficientemente claro si el juez del Estado requerido deberá o no hacer el análisis de la competencia indirecta. Asimismo, un problema adicional es, en caso de hacer dicho análisis, no es claro si la competencia del juez de origen se calificará conforme a las normas de jurisdicción del juez ejecutor (calificación *lex fori*) o conforme a las propias normas de jurisdicción del juez de origen (calificación *lex causae*).

Todo pareciera suponer que la convención hace presuponer que la sentencia presentada para su reconocimiento y ejecución fue dictada por tribunal competente de origen, eximiendo así al juez del Estado receptor el análisis de dicho requisito.

Lo anterior, si bien es contrario a nuestra tradición jurídica<sup>34</sup>, constituye un gran avance en materia de coopera-

---

<sup>34</sup> La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros en su artículo 2, inciso d) señala como requisito para el reconocimiento de la validez de las sentencias extranjeras “que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la

ción procesal pues facilita y simplifica la labor del juez de ejecución.

Es importante señalar que, existe una tendencia internacional en flexibilizar los requisitos para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras. Tal es el caso del Reglamento No. 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) No 1347/2000<sup>35</sup> (“Reglamento de Bruselas II”).

El Reglamento de Bruselas II establece en su artículo 21.1 que “las resoluciones [jurisdiccionales] dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento [de homologación] alguno” [*énfasis añadido*]. Sin embargo, esto ésta limitado a las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial, nulidad matrimonial y responsabilidad parental y sólo entre Estados miembros de la Unión Europea.

Asimismo, tampoco se exige el análisis de la competencia de origen, a lo que el Reglamento de Bruselas II deno-

---

esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto”. Para tales efectos, se aprobó la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras a fin de uniformar en los Estados parte las normas de competencia indirecta.

<sup>35</sup> Reglamento (CE) No. 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000, del 27 de noviembre de 2003. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02003R2201-20050301&from=HU> Fecha de consulta: 4 de abril de 2021. Dicho Reglamento será sustituido a partir de agosto de 2022 por el Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, del 25 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2019/178/L00001-00115.pdf> Fecha de consulta: 4 de abril de 2021.

mina “control de competencia del órgano jurisdiccional de origen”. Así, el artículo 24 establece que:

No podrá procederse al control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. El criterio de orden público a que se refieren la letra a) del artículo 22 y la letra a) del artículo 23 no podrá aplicarse a las normas de competencia establecidas en los artículos 3 a 14.

Los representantes mexicanos que participaron en las negociaciones de la Convención de La Haya antes citada así como los expertos en el país han visto con agrado la posibilidad de que el Gobierno de México firme y ratifique dicho convenio; por tanto, de ser suscrita esta convención, habrá de determinarse en el proyecto de código nacional si la exención de este requisito deberá ser contemplado entre sus disposiciones o, se habrá de incluir una cláusula de salvaguarda que disponga que el análisis de la competencia indirecta deberá realizarse salvo que, algún tratado del cual México sea parte exima de tal requisito.

*b. La incorporación del forum non conveniens*

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define al *forum non conveniens* como la “inhibición del juez normalmente competente para conocer del litigio cuando estime que no tiene vinculación suficiente con el foro y que su eventual decisión no será reconocida por los tribunales extranjeros”.<sup>36</sup>

Esta figura propia del *common law* en la cual un tribunal aun teniendo jurisdicción para conocer del caso puede discrecionalmente declinar su jurisdicción, es considerada violatoria de nuestro sistema de derecho escrito (*civil law*) en virtud de que “... el juez en ningún momento [puede] negar su jurisdicción a favor del juez extranjero, pues las

---

<sup>36</sup> Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Voz: “Forum non conveniens”. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/forum-non-conveniens>

normas que la regulan son de estricto orden público y de obligatorio cumplimiento”<sup>37</sup>.

La figura del *forum non conveniens* es contraria a nuestro sistema jurídico, por cuanto que, en el sistema de derecho escrito (*civil law*) la competencia judicial está determinada por la ley y sólo corresponde al juzgador aceptar o rechazar la competencia en base a dichas normas, no pudiendo por tanto, rechazar la competencia cuando la ley se la otorga; en tanto que, en el *common law*, el juzgador tiene una amplia libertad y discrecionalidad para determinar si asume la competencia jurisdiccional en base a los posibles puntos de conexión. En el *forum non conveniens* se parte de la base de que un tribunal tiene competencia internacional, pero declina su jurisdicción porque considera inconveniente e inapropiado conocer del asunto, entonces se declara incompetente y a la par declara que otro tribunal extranjero es el foro más apropiado o conveniente<sup>38</sup>.

No obstante de tratarse de una figura ajena a nuestro sistema jurídico, poco a poco son más los países de nuestro sistema que han venido incorporando el *forum non conveniens* en su legislación interna. Algunos países de América

---

<sup>37</sup> TSJ/SPA, Sent. N° 01543, 18/07/2001, citado por MADRID MARTÍNEZ, Claudia. “Venezuela como foro conveniente. Efectos en Venezuela de una decisión extranjera sobre *forum non conveniens*” en Expert Witness of Law. La pericial jurídica del derecho extranjero ante los tribunales de Estados Unidos (Silva, Jorge Alberto, *compilador*). México: Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP), 2020. p. 148. Disponible en: [https://7381afec-8126-4960-8fd6-cea65ad1e95a.filesusr.com/ugd/0a74e2\\_a480d86e88db4be9a4b2a4e69b1e0cd5.pdf](https://7381afec-8126-4960-8fd6-cea65ad1e95a.filesusr.com/ugd/0a74e2_a480d86e88db4be9a4b2a4e69b1e0cd5.pdf).

<sup>38</sup> HOOFT, Eduardo Raimundo, “Jurisdicción internacional: el *forum non conveniens*”, citado por SCOTTI, Luciana B. “Efectos de una decisión de Estados Unidos declarándose *forum non conveniens* en el derecho argentino”. México: Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP), 2020. p. 176. Disponible en: [https://7381afec-8126-4960-8fd6-cea65ad1e95a.filesusr.com/ugd/0a74e2\\_a480d86e88db4be9a4b2a4e69b1e0cd5.pdf](https://7381afec-8126-4960-8fd6-cea65ad1e95a.filesusr.com/ugd/0a74e2_a480d86e88db4be9a4b2a4e69b1e0cd5.pdf).

Latina que han incorporado la doctrina del *foro non conveniens* en su legislación interna son, a manera de ejemplo, Panamá<sup>39</sup>, República Dominicana<sup>40</sup> y Venezuela<sup>41</sup>.

Asimismo, algunos doctrinarios han visto favorablemente la incorporación de dicha figura en nuestras legislaciones, tal es el caso de Tatiana de Maekelt quien afirma que “...nada se opone a que el juez renuncie a su propia

---

<sup>39</sup> Artículo 13 (Declinación de Competencia Judicial Internacional) de la Ley 61, de 07 de octubre de 2015, que subroga la Ley 7 de 2014, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá: “Los tribunales panameños podrán declinar su competencia judicial internacional cuando los hechos de la demanda no guarden relación con el ordenamiento jurídico panameño”. Disponible en: [https://www.asamblea.gob.pa/APP5/LEGISPAN/PDF\\_NORMAS/2010/2015/2015\\_620\\_0734.pdf](https://www.asamblea.gob.pa/APP5/LEGISPAN/PDF_NORMAS/2010/2015/2015_620_0734.pdf).

<sup>40</sup> Artículo 23. Foro de competencia no conveniente (*Forum non conveniens*) de la Ley de Derecho Internacional Privado: “Los tribunales dominicanos podrán abstenerse, a instancia de parte, de conocer o de continuar conociendo de un proceso por causas que surjan fuera del territorio dominicano:

“1) Cuando deban practicarse pruebas testimoniales y los testigos residan en el extranjero, y sea altamente oneroso para cada una de las partes la práctica de tales pruebas en el extranjero, o la comparecencia de los mismos ante los tribunales dominicanos.

“2) Cuando sea necesario una inspección judicial para una mejor apreciación de los hechos y dichas diligencias deban ser efectuadas en el extranjero”. Disponible en: Ley de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana. Disponible en: <https://ojd.org.do/Normativas/CIVIL%20Y%20COMERCIAL/Leyes/Ley%20544-14%20de%20Derecho%20Internacional%20Privado%20de%20R.D.pdf>.

<sup>41</sup> Artículo 333 de la Ley de Comercio Marítimo: “Solamente en los casos establecidos en los numerales 2 y 3 del artículo anterior y en el caso que la jurisdicción venezolana corresponda cuando el demandado haya sido citado personalmente en el territorio de la República, los tribunales venezolanos podrán discrecionalmente declinar su jurisdicción, a solicitud del demandado, en favor de los tribunales de otro país en el cual se hubiere intentado una acción por los mismos hechos y causas, siempre que le otorgasen al demandante iguales garantías para responder de las resultas de dicha acción intentada por ante ese otro Estado”. Disponible en: <http://www.bolipuestos.gob.ve/descargas/Ley%20de%20Comercio%20Maritimo.pdf>.

jurisdicción, especialmente en dos situaciones: en los casos de responsabilidad contractual y extracontractual cuando ésta presenta poca vinculación con la causa o cuando el sometimiento a los tribunales venezolanos, conduce a un resultado evidentemente injusto. En este último supuesto deberá aplicarse con todo su rigor”<sup>42</sup>.

En Europa la incorporación del *forum non conveniens* se ha dado a través de la normativa de la Unión Europea, así por ejemplo, en el ya citado Reglamento de Bruselas II se dispone que:

#### Artículo 15

Remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto

1. Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor:

a) suspender el conocimiento del asunto o de parte del mismo e invitar a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro con arreglo al apartado 4, o

b) solicitar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al apartado 5.

Otro ejemplo es el caso del Reglamento Europeo sobre Sucesiones<sup>43</sup>, el cual estipula que:

---

<sup>42</sup> MADRID MARTÍNEZ, *Op. cit.*, p. 150.

<sup>43</sup> Reglamento (UE) No. 650/2012 “relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la



## Artículo 6

### Abstención en caso de elección de la ley

Cuando la ley elegida por el causante para regir su sucesión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 sea la ley de un Estado miembro, el tribunal que debería conocer del asunto conforme a los artículos 4 o 10:

a) podrá abstenerse de conocer, a instancia de una de las partes en el procedimiento, si considera que los tribunales del Estado miembro cuya ley fue elegida están en mejor situación para pronunciarse sobre la sucesión, habida cuenta de las circunstancias prácticas de esta, tales como la residencia habitual de las partes y la ubicación de los bienes...

Es importante señalar que el debate en México respecto a la posible incorporación de la doctrina del *forum non conveniens* se debe a que en el seno de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), el grupo de asesores en Derecho Internacional Privado –el cual se integra por varios miembros de la AMEDIP– ha venido estudiando la posibilidad de que el gobierno de México se adhiera a la Convención de La Haya relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños<sup>44</sup>, en cuyo artículo 8 se reconoce dicha figura.

Esta convención establece disposiciones que facilitan y simplifican la cooperación judicial en materia de responsa-

---

ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo”, del 4 de julio de 2012. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0650&from=SK>

<sup>44</sup> Adoptada en La Haya, el 19 de octubre de 1996. México no es Estado parte. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/6e1076a3-dc61-4c28-a045-0f10f223118a.pdf>.

bilidad parental, por lo que se ha considerado pertinente su adhesión, y de llegar a hacerlo, por parte del gobierno mexicano, se tendría que incorporar el *forum non conveniens* en nuestra legislación procesal a fin de dar cumplimiento a dicho instrumento internacional.

Es muy importante resaltar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional<sup>45</sup> consideran que el artículo 33.2 del Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional (“Convenio de Montreal”)<sup>46</sup> del cual México es parte, prevé también dicha figura. Siendo México parte de dicho convenio, resulta casi imperativo que México incorpore el *forum non conveniens*.

Lo anterior nos lleva a cuestionarnos:

1. ¿Se debería reconocer el *forum non conveniens* de manera general o limitarlo a determinados temas, tales como la responsabilidad parental, la sustracción internacional de menores, las sucesiones internacionales, la responsabilidad civil extracontractual, etc.?
2. ¿Se debería establecer algún límite a la discrecionalidad del juez en su decisión de transferir la competencia judicial?

### *c. La justicia digital*

Ante la crisis de acceso a la justicia que vivió el país tras la saturación del sistema provocada por el cierre de juzgados durante la pandemia de Covid-19, la justicia digital presenta alternativas para la resolución de conflictos.

---

<sup>45</sup> Cfr. DÍAZ RAFAEL, Gema. “*Forum non conveniens*. Los casos *Spanair* y *Air France*”. *Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico*. Número 8, agosto 2012. Disponible en: [http://www.rlada.com/articulos.php?idarticulo=62343#indice\\_4](http://www.rlada.com/articulos.php?idarticulo=62343#indice_4).

<sup>46</sup> Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional. Adoptado en Montreal, el 28 de mayo de 1999. Ratificado por el Gobierno de México el 20 de noviembre de 2000. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 8 de enero de 2001. Disponible en: [https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/UNIF\\_TRANSP\\_AEREO.pdf](https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/UNIF_TRANSP_AEREO.pdf).

Luego de que la contingencia por Covid-19 obligara a los poderes judiciales de las entidades federativas a suspender parte de sus servicios y a buscar alternativas para reanudar la atención al público, las brechas de desarrollo de soluciones tecnológicas entre diferentes poderes locales, incluido el Federal, se hicieron evidentes<sup>47</sup>. Esta alternativa va más allá del contexto de la pandemia, pues tiene el objetivo de fomentar el desarrollo de la justicia digital manteniendo el respeto por el debido proceso e impulsando garantías de transparencia.

Cabe señalar que, algunos estados (entidades federativas) del país han incorporado como una garantía de acceso a la tutela judicial efectiva, que el procedimiento judicial pueda tramitarse a través del sistema de justicia digital confiable, tal es el caso de Coahuila<sup>48</sup> y Nuevo León<sup>49</sup>. Sin embargo, la gran mayoría de los estados carecen de la infraestructura necesaria para realizar juicios en línea, no obstante que, con la pandemia de Covid-19 tuvieron que implementar medidas, en la medida de lo posible, para dar trámite a los juicios bajo esta nueva modalidad, a fin de preservar el derecho al acceso a la justicia.

---

<sup>47</sup> Página oficial de MÉXICO EVALÚA. “La justicia digital tiene un alto potencial transformador: México Evalúa”. Disponible: <https://www.mexicoevalua.org/la-justicia-digital-tiene-un-potencial-transformador-mas-alla-de-contingencias-mexico-evalua/>.

<sup>48</sup> Artículo 154 de la Constitución del Estado Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza. “Toda persona tiene derecho al acceso a la justicia de manera pública, gratuita, pronta, expedita y completa para tutelar de manera efectiva sus derechos fundamentales. Esta garantía de la tutela judicial efectiva se regirá por los principios siguientes... 11. El procedimiento judicial se podrá tramitar a través de un sistema de justicia digital confiable”.

<sup>49</sup> El Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León prevé en su Segundo Título Especial la figura del Tribunal Virtual. El artículo 44 dispone que: “Se entenderá por Tribunal Virtual el sistema de procesamiento de información, electrónico o virtual, que permite la substanciación de asuntos jurisdiccionales ante el Poder Judicial del Estado; conforme a los lineamientos de operación establecidos en el Segundo Título Especial del Libro Séptimo de este Código”.

Con tal motivo, el pasado 8 de julio de 2020, se presentó en el Senado de la República la *“Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se adiciona un nuevo párrafo cuarto y se recorren los subsecuentes del Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Impartición de Justicia Digital”*<sup>50</sup>, con la intención de mejorar la gestión y desempeño del sistema judicial, mediante uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC’s) en la impartición de justicia y trámites administrativos garantizando el acceso a la justicia de manera pronta y expedita.

Dicha iniciativa introduce un nuevo párrafo cuarto en el artículo 17 constitucional para establecer que:

Para contribuir a garantizar el acceso a la justicia de forma ágil y oportuna, el Poder Judicial de la Federación, y el de las entidades federativas, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, los Tribunales Agrarios, los Tribunales Electorales y los Tribunales Administrativos de la Federación y de las entidades federativas implementarán de forma progresiva el sistema de justicia en línea, mediante el uso de tecnologías de información y la comunicación a efecto de tramitar los juicios y todas sus instancias en línea, en los términos de lo dispuesto por la ley.

De esta manera se establece el deber constitucional para los estados de implementar la justicia digital, por lo que deberán establecer la infraestructura necesaria para ello.

Esta reforma, que bien podría incorporarse en el proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, implementaría y daría cabal cumplimiento al *Convenio Iberoamericano sobre el uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia*, y su

---

<sup>50</sup> Disponible en: [https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-07-08-1/assets/documentos/Inic\\_Morena\\_Sen\\_Ricardo\\_Monreal\\_Art\\_17\\_CPE\\_UM.pdf](https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-07-08-1/assets/documentos/Inic_Morena_Sen_Ricardo_Monreal_Art_17_CPE_UM.pdf).

*Protocolo Adicional*<sup>51</sup>, los cuales tienen por objeto, favorecer “el uso de la videoconferencia entre las autoridades competentes de las Partes como un medio concreto para fortalecer y agilizar la cooperación mutua en materia civil, comercial y penal, y en otras materias que las Partes acuerden de manera expresa” (artículo 1° del Convenio).

De entre esta lista de Estados parte<sup>52</sup>, México mantiene una fuerte cooperación judicial con varios de ellos, tal es el caso de España.

De conformidad con el artículo 3° del citado convenio, el uso de la videoconferencia procederá siempre que no contradiga el derecho nacional de las Partes; medie una solicitud por autoridad competente del Estado requirente<sup>53</sup>; sea aceptado por autoridad competente de la Parte requerida; y sea técnicamente realizable.

Este tratado facilita la cooperación judicial haciéndola mucho más sencilla, ágil y flexible, por tanto, sería altamente recomendable su incorporación en nuestra legislación interna, no sólo en materia civil o comercial.

---

<sup>51</sup> Ambos adoptados en Mar del Plata, Argentina, el 3 de diciembre de 2010. México ratificó los citados instrumentos internacionales el 23 de noviembre de 2012 y sus Decretos de Promulgación fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 17 de julio de 2014. Disponible en: [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5352767&fecha=17/07/2014](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5352767&fecha=17/07/2014).

<sup>52</sup> Este Convenio ha sido suscrito por 21 países, tales como: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>53</sup> El artículo 3.1 del Protocolo dispone que “la remisión de solicitud de videoconferencia podrá transmitirse por cualquier medio electrónico que permita dejar constancia escrita de la transmisión, en condiciones que posibiliten a la Parte requerida establecer su autenticidad”.

## 2. La Ley General sobre Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias

De conformidad con la pasada reforma constitucional de 2017 a la Fr. XXIX-A, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se otorga la facultad al Congreso Federal para “expedir la ley general que establezca los principios y bases en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, con excepción de la materia penal”<sup>54</sup>.

Al día de hoy se han presentado 3 anteproyectos de Ley General sobre Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias<sup>55</sup>, sin que ninguno de ellos haya sido aprobado.

---

<sup>54</sup> Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, Mejora Regulatoria, Justicia Cívica e Itinerante y Registros Civiles. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (*DOF*) el 5 de febrero de 2017. Disponible en:

[https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5470987&fecha=05/02/2017](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5470987&fecha=05/02/2017).

<sup>55</sup> Dichos anteproyectos son:

a) Iniciativa de Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, aprobada por la Cámara de Diputados el 12 de diciembre de 2017, con una emisión del dictamen favorable de 26 de abril de 2018, que quedó pendiente de la aprobación por el Senado, con fecha de recepción del Proyecto de 30 de abril de 2018. Disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/279886/INICIATIVA\\_DE\\_DECRETO\\_POR\\_EL\\_QUE\\_SE\\_EXPIDE\\_LA\\_LEY\\_GENERAL\\_DE\\_MECHANISMOS\\_...pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/279886/INICIATIVA_DE_DECRETO_POR_EL_QUE_SE_EXPIDE_LA_LEY_GENERAL_DE_MECHANISMOS_...pdf).

b) Iniciativa con Proyecto de Decreto que contiene la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, presentada el 20 de julio de 2020 ante el Senado de la República. Disponible en: [https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-07-20-1/assets/documentos/Ini\\_Morena\\_PES\\_Senadores\\_Expide\\_Ley\\_Mecanismos\\_Controversia.pdf](https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-07-20-1/assets/documentos/Ini_Morena_PES_Senadores_Expide_Ley_Mecanismos_Controversia.pdf).

c) Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, presentada el

El punto sobre el cual nos centraremos, y que ha sido una de las causas por las cuales no se han aprobado ninguno de dichos anteproyectos, es la regulación de la mediación comercial internacional.

Salvo la primera de las tres iniciativas, dichos anteproyectos carecen de reglas especiales sobre la mediación comercial internacional. Es necesario recordar que, la materia mercantil, en especial aquella de carácter internacional, responde a necesidades y exigencias particulares y se basa en principios distintos a las relaciones estrictamente de carácter civil y familiar.

Así por ejemplo, el comercio internacional exige la supresión de formalidades, especialmente de carácter jurídico, pues obstaculiza su desarrollo y operaciones cotidianas generando desconfianza entre los contratantes; por lo tanto, el requisito de la certificación de los mediadores, que se exige en dichos proyectos legislativos, para que los convenios de mediación sean ejecutables parte de la desconfianza de las capacidades del mediador y constituye un obstáculo para la celeridad del comercio internacional.

Recientemente, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o *UNCITRAL* por sus siglas en inglés) ha aprobado la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación*<sup>56</sup>, mejor conocida como “Convención de Singapur” y la *Ley Modelo sobre Mediación Comercial*

---

12 de octubre de 2020 ante el Senado de la República. Disponible en: [https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/3/2020-10-14-1/assets/documentos/Inic\\_Morena\\_Sen\\_Batres\\_Solucion\\_de\\_Controversias.pdf](https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/3/2020-10-14-1/assets/documentos/Inic_Morena_Sen_Batres_Solucion_de_Controversias.pdf).

<sup>56</sup> Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante Resolución 73/198, el 20 de diciembre de 2018 y abierta a la firma en Singapur el 7 de agosto de 2019. México no es Estado Parte. Disponible en: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediation\\_documents/uncitral/es/mediation\\_convention\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediation_documents/uncitral/es/mediation_convention_s.pdf).

*Internacional*<sup>57</sup>, los cuales establecen normas uniformes, claras y sencillas que facilitan la ejecución de los acuerdos de mediación (“acuerdos de transacción”) respondiendo a las necesidades de celeridad, consensualidad y seguridad propias del comercio internacional.

La Convención de Singapur se aplica básicamente a la ejecución y eficacia de acuerdos privados, escritos, internacionales, resultantes de una mediación en materia comercial, pero uno de los grandes logros es que también se aplica al efecto de cosa juzgada, para demostrar que la diferencia ya ha sido resuelta sin necesidad de un procedimiento judicial<sup>58</sup> y, por tanto, sólo requeriría ejecución.

Para ejecutar estos acuerdos, basta con cumplir los siguientes elementos que la Convención establece como únicos requisitos necesarios (art. 4°):

- i) La presentación del acuerdo de transacción firmado por las partes, y
- ii) alguna prueba de que se llegó al acuerdo como resultado de un proceso de mediación. Esta prueba podría ser, entre otras, la firma del mediador en el acuerdo de transacción, un documento firmado por el mediador en el que se indique que se realizó la mediación, o un certificado expedido por la institución que administró la mediación<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> La CNUDMI aprobó en 2002 la “Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional” la cual se modificó en 2018, al agregarse una nueva sección sobre los acuerdos de transacción internacionales y su ejecución y pasó a llamarse “Ley Modelo sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación”. Disponible en: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex\\_ii\\_-\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_ii_-_s.pdf).

<sup>58</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. 2020. *El año de la mediación en México. Iniciativa de Ley General y Convenio de Singapur. Revisemos y armonicemos en beneficio de los justiciables*, en: Serie: Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional. No. 36. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2020. p. 36.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 32.



La aprobación de la LGMASC no solo facilitaría la suscripción de la Convención de Singapur por parte del Gobierno de México sino que también auxiliaría en su implementación.

Por otro lado, brinda también la oportunidad de incorporar en nuestro Código de Comercio la Ley Modelo de la *UNCITRAL*.

La Ley Modelo aborda los aspectos procesales de la mediación, como la designación de los mediadores, el inicio y la terminación del procedimiento de mediación, la sustanciación de la mediación, la comunicación entre el mediador y otras partes, la confidencialidad y la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos, así como cuestiones posteriores a la mediación, como la del mediador como árbitro y la ejecutabilidad de los acuerdos de transacción.

Al igual que la Convención de Singapur, la Ley Modelo establece normas uniformes sobre la ejecución de los acuerdos de transacción, y también contiene disposiciones sobre el derecho de una parte a invocar un acuerdo de transacción en un procedimiento. Contiene una lista exhaustiva de los motivos para denegar el otorgamiento de medidas que puede aducir una parte en un procedimiento entablado conforme a la Ley Modelo (art. 19).

Asimismo, es conveniente reformar el Código de Comercio para incorporar la Ley Modelo, a fin de contar con una regulación específica acorde a los parámetros internacionales y se lograría una uniformidad legislativa con otros 33 Estados, entre los cuales se encuentra Estados Unidos, nuestro principal social comercial.

Entre las ventajas de incorporar de la Ley Modelo en nuestra legislación se pueden mencionar:

- El régimen de la confidencialidad en la mediación, toda vez que, en la mediación mercantil internacional es deseable la obligación de no revelar, no requerir y no admitir documentación producida durante la mediación, ni el testimonio del mediador en un procedimiento judicial o arbitral.

- El deber de suspensión de la prescripción de la acción durante el proceso de mediación.
- La oportunidad para las partes de optar por la aplicación de reglamentos institucionales y la sujeción a la administración institucional de aquellas instituciones especializadas, como la Cámara Internacional de Comercio (ICC), sin tener que sujetarse a los procedimientos señalados en la Ley.
- Eximir a los mediadores del requisito de la certificación para que los convenios de mediación sean ejecutables.
- El reconocimiento de la calidad de cosa juzgada a los convenios de mediación (“acuerdos de transacción”) evitando a los mediados la obligación de entablar un proceso judicial que, en inicio, pretendieron obviar.

Por tanto, sería deseable que la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (LGMASC) que haya de ser aprobada por el Congreso Federal sea acorde a dichos instrumentos internacionales.

Finalmente, si bien, faltarían otros tantos temas por comentar, tal es el caso de la gestación por sustitución, puedo señalar que los temas arriba mencionados se encuentran en la agenda actual en México, por lo que se espera que en breve, el legislador mexicano modernice nuestra legislación haciéndola acorde a los avances en materia de Derecho internacional privado.

# **EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN PARAGUAY. TENDENCIAS ACTUALES**

**Roberto Ruiz Díaz Labrano\***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS NORMAS; 3. CONCLUSIÓN.

## **1. Introducción**

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCN) en el año 2014, constituye un elemento motivante para analizar nuestro código y de que manera podría influir en una futura reforma y sistematización del Derecho internacional privado en el Código Civil en el Paraguay, para lo cual debemos recapitular la actual estructura de la disciplina en nuestro ordenamiento.

El Código Argentino unificó en su Título IV del Libro VI las normas del DIPr dividiéndolo en tres capítulos<sup>1</sup>, además incluyó en las instituciones criterios novedosos para ubicar la ley

---

\* Roberto Ruiz Díaz Labrano es Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción y Profesor Titular de “Derecho Internacional Privado” y Profesor Titular de “Derecho de la Integración”. Profesor en la Maestría “Derecho de la integración y Derecho Internacional Privado de la Integración”, organizado por el Departamento de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro Fundador de la Academia Paraguaya de Derecho. Presidente del Instituto Paraguayo de Derecho Internacional Privado. Ex miembro del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Ref. rlabrano@adsl.net.py

<sup>1</sup> El Código Civil de la Nación Argentina del año 2014 reúne en el Título IV del Libro Sexto y en tres capítulos las disposiciones referidas al Derecho Internacional Privado, el Capítulo 1. Se ocupa de las Disposiciones Generales, el Capítulo 2. de la Jurisdicción internacional y el Capítulo 3. a la Parte Especial.

aplicable, algunas de las cuales han sido incorporadas al ordenamiento civil del Paraguay a través de la Ley N° 5.393/15 “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”. Ambos códigos, con matices, contemplan ampliamente la admisión de la aplicación del derecho extranjero, facilitando así la aplicación del Derecho.

Para este análisis, es oportuno exponer un panorama sobre el estado del Derecho internacional privado en el Paraguay verificando como ha sido estructurado en el Código Civil de la República<sup>2</sup> y que sustituyó al Código Civil de Vélez Sarsfield que había sido adoptado por Paraguay.

El Código Civil introdujo cambios importantes si bien muchas de las instituciones fueron mantenidas en el anteproyecto elaborado por el profesor Luis De Gásperi, cuyo trabajo fue el modelo del proyecto presentado por la Comisión Nacional de Codificación y aprobado por el Poder Legislativo.

## **2. Análisis comparativo de las normas**

El ordenamiento civil de Paraguay a diferencia del CCCN, no destinó un cuerpo orgánico estructurado en un título especial las disposiciones del Derecho internacional privado, agrupa en el Título Preliminar pero no exclusivamente normas de conflicto para resolver cuestiones vinculadas a la ley aplicable, sin comprender todas las que se encuentran en el código o en leyes especiales y no prevé ninguna norma de naturaleza jurisdiccional relacionada a esta materia.

Sobre el sistema adoptado por la Argentina Rapallini comenta “Las llamadas normas de conflicto, o de colisión, o indirectas o de remisión, vale decir las que evocan los casos de contacto con derecho extranjero, se encontraban insertas dentro del cuerpo del Código Civil o en leyes especiales, complementarias o no del mismo. Satisfactoria es la “mudanza” de esas normas a un cuerpo separado. Esto será en aporte de claridad

---

<sup>2</sup> Sancionado por Ley N° 1183/86.

facilitando la resolución de esta especie de casos que ofrecen cierta peculiaridad. Ahora bien, debemos hacerlo a una ley o código de carácter especial por su contenido, o a un libro dentro del código sea este civil o basado en la unificación civil – comercial. Ante la demostrada demora y postergación en la entrada en vigencia de dicha ley o código factiblemente por interesar al legislador otros temas, apoyo el contar con un título dentro del mismo cuerpo normativo que si bien no otorga total autonomía a la disciplina, si le concede cierta autonomía de trato, lo cual es un significativo avance. Quizás, la mayor riqueza de haberse elaborado una ley especial o un código, hubiera sido la posibilidad de extenderse en el tratamiento de tópicos y materias que la legislación de fondo no permite. Pese a ello, con el CCCN se encuentra por vez primera al derecho internacional privado sistematizado”<sup>3</sup>.

El art. 2594 del CCCN<sup>4</sup>, ubicado en el capítulo 1 de las disposiciones generales, establece la jerarquía normativa en la aplicación del Derecho internacional privado, cuando se presentar situaciones vinculadas a varios ordenamientos jurídicos nacionales, vinculados a tratados internacionales vigentes y que resultaren aplicables al caso.

Esta norma desarrolla lo dispuesto en lo dispuesto en el Art. 75 incisos 22 y 24 el Constitución Nacional sobre la prevalencia o jerarquía de las normas, al indicar que sólo en ausencia de norma internacional emanada de un tratado se aplicarán las normas derecho argentino de fuente interna, estableciendo así

---

<sup>3</sup> RAPALLINI, Liliana Etel. El Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Proyecto e investigación aprobado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Comentario General del Título IV Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Año 2016.

<sup>4</sup> Art. 2594 del Cód. Civ. y Com. Argentino. “Normas aplicables. Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna”.

de forma clara la jerarquía en la aplicación de las normas de fuente interna y las normas de fuente internacional referidas al Derecho internacional privado.

En nuestro caso, una normativa similar sería innecesaria en atención a lo dispuesto en el Art. 137 de la Constitución Nacional de la República del Paraguay,<sup>5</sup> que se ocupa en general del principio de jerarquía de la Constitución Nacional estableciendo que los convenios y acuerdos internacionales tienen prevalencia sobre las demás leyes y están solo por debajo de la Constitución Nacional, si bien no se refiere a la distinción entre fuente interna y fuente internacional como clasificamos las fuentes del DIP.

Independientemente de la disposición constitucional, nos parece importante tener presente una norma similar en una futura reforma una disposición como la contenida en el CCCN. La solución por otra parte está en consonancia con lo dispuesto en la última parte del Art. 1° de la Convención Interamericana sobre Normas generales del Derecho Internacional Privado<sup>6</sup> “En

---

<sup>5</sup> Art. 137 de la Constitución Nacional de la República del Paraguay “DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN. La Ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la Ley”.

<sup>6</sup> Art. 1° de la Convención Interamericana sobre Normas generales del Derecho Internacional Privado (CIDIP II), OEA, Montevideo Montevideo, 1979. “La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno.

defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno”<sup>7</sup>.

Otra fuente, como la del Art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados al decir que, establece indirectamente el principio de jerarquía de los Tratados y Convenciones “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Entre las innovaciones más resaltantes incorporadas en su momento por el Cód. Civil Paraguayo, se destaca la unificación de los Códigos Civil y el Código de Comercio en las ramas de Obligaciones y Contratos, propuesto a la Comisión Nacional de Codificación por Luís de Gásperi, siguiendo en este punto a la sistematización del Código Civil Italiano de 1942, también ahora contemplado en el código argentino.

El Código Civil se divide en cinco libros, el Libro Primero, se ocupa “De las personas y de los derechos personales en las relaciones de familia”, el Libro Segundo “De los hechos y actos jurídicos”, el Libro Tercero: “De los contratos y otras fuentes de obligaciones”, el Libro Cuarto: “De los derechos reales sobre las cosas” y el Libro Quinto: “De las sucesiones por causa de muerte”. En el Título Preliminar disposiciones de carácter general y común a todos los libros en que se encuentra dividido y normas de conflicto y disposiciones vinculadas directamente al DIPr.

Tanto el ante proyectista De Gásperi como los miembros de la Comisión Nacional de Codificación han considerado necesario contar con disposiciones de carácter general, normas que dispongan sobre los aspectos que se refieren a la ley y que resultan común a la interpretación y aplicación de todas las demás disposiciones, con la finalidad de evitar repeticiones o

---

<sup>7</sup> La misma determinación se encuentra en la Convención de Viena sobre Tratados en su Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

remisiones que pudieran generar confusión o dificultar su interpretación en las diversas instituciones contempladas. Este ha sido el propósito que se tuvo en cuenta para ubicar las disposiciones referidas en un título preliminar.

La mayoría de los códigos civiles, contienen disposiciones específicas sobre la ley, su alcance, reglas de interpretación, aplicación, así como los efectos en el tiempo, generalmente dispuestas como normas de carácter general o integrando una “parte general” al código o en un “libro preliminar” o “título preliminar”, nuestro código ubica también en el Título Preliminar normas de conflicto para las cuestiones relacionadas al Derecho Internacional Privado,

Es importante destacar que las disposiciones generales, especialmente las referidas a la ley y sus efectos, no son propias y exclusivas del ámbito civil, sino aplicables a todas las ramas jurídicas, salvo disposiciones especiales.

Constituyen reglas de interpretación de la aplicación de la ley en general y no exclusivamente de las cuestiones civiles, tal como fue contemplado por el Código Civil de Napoleón de 1804 que contiene un título preliminar bajo el título “De la publicación, de los efectos y de la aplicación de las leyes en general”, al cual siguieron todos los códigos que han sido inspirado en el mismo.

La doctrina distingue entre parte general y título preliminar, consideran que su contenido es distinto pero también complementario, tal como surge del comentario efectuado por Moisset de Espanés,<sup>8</sup> “En primer lugar, no creemos que las materias contenidas en los llamados Títulos (o libros) preliminares sean contrapuestas y excluyentes de la existencia de una Parte General. Muy por el contrario, son aspectos que se complementan y que deberían encontrarse presentes de manera conjunta en todo código civil.

---

<sup>8</sup> DE ESPANÉS, Luís Moisset. “Notas sobre el problema de la Parte General y los Libros Preliminares en la legislación Civil”.



Un ejemplo notable a esta afirmación lo brinda Ionescu<sup>9</sup> al referirse al Código Civil Brasileño, que sólo menciona<sup>10</sup>, sin detenerse a analizarlo, posiblemente porque no encuadra dentro de la tesis que se ha forjado “a priori”. En el mencionado código es bien clara la coexistencia de las normas propias de un Título Preliminar, junto con una parte General.<sup>11</sup> Lo mismo ocurre en el modernísimo código civil portugués, en vigencia desde el 1º de junio de 1967, cuyo primer libro, denominado Parte General<sup>12</sup>, tiene dos títulos, el primero dedicado a las disposiciones que corresponden al Título Preliminar”<sup>13</sup>.

El citado autor indica “Entre los códigos que tienen un primer libro dedicado a la Parte General, de acuerdo al sistema alemán<sup>14</sup>, y aquellos otros que sólo tienen Títulos o Libros Preliminares, siguiendo el modelo francés<sup>15</sup>, pueden encontrarse una cantidad de cuerpos legales que ocupan una posición intermedia, ya sea porque contienen todos los elementos de la Parte General, pero dispersos a lo largo del Código<sup>16</sup>, o porque reúnen en el Libro Primero, junto a la Parte General, las materias que suelen tratarse en los Títulos Preliminares”<sup>17</sup>.

---

<sup>9</sup> IONESCU, Octavian “Le probleme de la Partie Introductive du Code Civil”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Año XIX, julio – septiembre 1967, N° 3, p. 579 – 618.

<sup>10</sup> IONESCU, *trab. Cit.*, p. 592, N° 27.

<sup>11</sup> La Parte General comprende tres libros, a saber: Libro Primero, “Las personas” (artículo 1 a 42); Libro Segundo, “Los bienes” (artículos 43 a 73); y Libro Tercero, “Los hechos Jurídicos” (artículo 74 a 179).

<sup>12</sup> Comprende los artículos 1 a 396.

<sup>13</sup> Título I: “De las leyes, su interpretación y aplicación”, dividido en tres capítulos, a saber: Capítulo I: “Fuentes del Derecho” (artículos 1 a 4); Capítulo II: “Vigencia, interpretación y aplicación de las leyes” (artículo 5 a 13). Capítulo III “Derechos de los extranjeros y conflictos de leyes (artículo 14 a 65).

<sup>14</sup> Códigos civiles de Brasil, Grecia, Polonia, Checoslovaquia, etc.

<sup>15</sup> Casi todos los códigos civiles europeos y americanos del siglo pasado.

<sup>16</sup> Como el Cód. Civil Argentino anterior.

<sup>17</sup> Ver IONESCU, *O trab. Cit.*, p. 593, citado por Luís Moisset de Espanés, *opus cit.*

La materia característica de una Parte General debería reunir las disposiciones sobre los hechos y actos jurídicos, porque constituyen elementos comunes a todas las instituciones y categorías de relaciones, debería incluir a los sujetos del derecho, las personas y a los bienes<sup>18</sup>, en tanto que la parte preliminar, la caracterización de los elementos propios de la ley.

Gusmán Brito sobre la inclusión en los códigos de un título preliminar apunta “Todos los códigos en examen ofrecen una parte introductoria, con normas generales sobre las fuentes (predominantemente sobre la ley), menos los de Guatemala y Bolivia, que la carecen. Tal parte es denominada “título preliminar” sin rúbrica anexa en los códigos de Chile, Costa Rica, Nicaragua y Perú. También la denominan “título preliminar” pero con el añadido de una rúbrica, los de Uruguay (Título preliminar: De las leyes), España (Título preliminar: De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia), República Dominicana (Título preliminar: De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general), Venezuela (Título preliminar: De las leyes y sus efectos, y de las reglas generales para su aplicación) y Paraguay (Título preliminar: De las disposiciones generales).

El caso de Argentina es especial, pues la parte correspondiente se llama Títulos preliminares, y ofrece dos con rúbricas: tít. 1º De las leyes y tít. 2º Del modo de contar los intervalos del derecho. En fin, denominan de otra manera a la parte en consi-

---

<sup>18</sup> El Código de Vélez, el código antecedente del Código Civil Paraguayo legisla sobre los sujetos (personas), en la Sección Primera del Libro Primero; sobre el objeto (cosas y bienes), en el Título Primero del Libro Tercero; y la causa generadora (hechos y actos jurídicos), en la Sección Segunda del Libro Segundo, por lo que no están reunidas en un solo libro todos los aspectos típicamente contemplados como “Parte General”. Espanés, refiere que Vélez Sarsfiel, que se inspiró en Freitas y su Esboço, es de haber legislado sobre los “hechos y actos jurídicos”, anticipándose en casi 30 años al Código Civil Alemán, aunque por razones de orden práctico no los haya agrupado con los otros elementos de la Parte General en un solo Libro. (Luis Moisset de Espanés, Notas sobre la Parte General y los Libros Preliminares en la legislación civil”.

deración, sin el añadido de una rúbrica, los de México (Disposiciones preliminares) y Cuba (Disposiciones preliminares).

Así que, de los 14 códigos que observamos<sup>19</sup>, en 12 aparece el recurso a una parte introductoria. En 2 de ellos, tal parte se llama “disposiciones preliminares”; y en los 10 restantes, “título preliminar”; así, sin más, en 4, y con rúbrica añadida en 6, de los cuales, en uno la dicción está en plural, como “títulos preliminares”, y contiene 2 títulos así llamados.

Esta técnica de presentar una agrupación de reglas sobre las fuentes al principio del código, tiene como modelo histórico mediato a las Instituciones de Justiniano. Los dos títulos iniciales de su libro I se rubrican: *De iustitia et iure* y *De iure naturali, gentium et civili*, respectivamente, en los cuales se encuentra la exposición de los conceptos estructurales del derecho, su división y la definición y caracterización de sus fuentes. Más inme-

---

<sup>19</sup> “El que llamamos mundo de habla castellana está integrado por 21 países que forman Estados. Hay en ese mundo, por ende, 21 códigos civiles. Este número se reduce a 14 códigos, atendido el fenómeno de la recepción de códigos extranjeros comunes. En efecto, el código de Chile de 1855, fue recibido por cuatro países (Ecuador, El Salvador, Colombia y Honduras), que lo mantienen en vigencia, y su sistema por otro (Panamá). El de España de 1889, a su vez, pasó a ser el de Puerto Rico y Filipinas, en donde también conserva su vigor. En consecuencia, el estudio de los sistemas puede prescindir de mencionar a los códigos de los países receptores, porque sus sistemas son iguales al del código del país aportante. Todos los demás Estados tienen códigos propios o elaborados autónomamente, con dos excepciones. Entre 1845 y 1884, la República Dominicana puso en vigencia el Code Civil francés, en su lengua original, bajo la versión que había recibido durante la Restauración, y cada vez que fue modificado en Francia, el país americano adoptó las mudanzas introducidas en el europeo. Por consiguiente, durante esa época, la República Dominicana en rigor careció de un código; solo en 1884 lo tradujo al castellano y lo promulgó como tal, y únicamente entonces empezó a tener un cuerpo legal propio, aunque fuera exactamente igual al francés. La segunda excepción es Venezuela, que en 1873 emitió un cuerpo legal fundado en el Codice Civile de Italia de 1865; tal código ha sufrido numerosas modificaciones y nuevas versiones (y cada vez que ello ocurre se lo repromulga, como si fuera un nuevo código); pero aún conserva el trazado sistemático del modelo.” Véase: Alejandro Gusmán Brito, *opus cit.*

diatamente, el modelo está representado por el Titre préliminaire del Code Civil, denominación que, como acabamos de ver, predomina en los códigos aquí estudiados”<sup>20</sup>. La cita del comentario precedente contiene referencias al código argentino antes de su modificación.

En cuanto a las normas de conflictos, parece acertado incluirlos en un libro o título especial, o en una subdivisión bien específica del título preliminar, hecha la salvedad que la orientación actual es la de establecer una ley especial o en todo caso en un título especial en el código que reúna en un solo cuerpo este tipo de normas a fin de distinguirlas claramente de las normas materiales<sup>21</sup>, es la orientación seguida por el Código Civil y Comercial Argentino destinando un título al DIPr. y el Código Civil Uruguayo por medio de su ley especial<sup>22</sup>.

El actual código civil argentino, también prevé un Título Preliminar en el cual se ocupa en el Capítulo 1 del Derecho, expresión más amplia y comprensiva de la ley. En el Art. 1° se refiere a las “Fuentes y aplicación”<sup>23</sup>. En el Art. 2° sobre la “Interpretación”<sup>24</sup>, el Art. 3° al “Deber de resolver”<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> GUSMÁN BRITO, Alejandro. Catedrático en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile) en su comentario “Elementos de Unidad y Diversidad en los Sistemas de las Codificaciones Civiles Vigentes en el Mundo de Castellana”.

<sup>21</sup> Loi fédérale de la Confédération suisse, sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987.

<sup>22</sup> Ley N° 19920/2020.

<sup>23</sup> Art. 1° del Cód. Civil y Com. Argentino. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

<sup>24</sup> Art. 2° del Cód. Civil y Com. Argentino. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

El Capítulo 2 se ocupa de la “Ley” del “Ambito subjetivo”,<sup>26</sup> de la “Vigencia”<sup>27</sup>, del “Modo de contar los intervalos del derecho”<sup>28</sup>, de la “Eficacia temporal”<sup>29</sup> y del “Principio de inexcusabilidad”<sup>30</sup> El Capítulo 2 se ocupa del “Principio de Buena fe”<sup>31</sup>,

---

<sup>25</sup> Art. 3° del Cód. Civil y Com. Argentino. Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

<sup>26</sup> Art. 4° del Cód. Civil y Com. Argentino. Ámbito subjetivo. Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.

<sup>27</sup> Art. 5° del Cód. Civil y Com. Argentino. Vigencia. Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen.

<sup>28</sup> Art. 6° del Cód. Civil y Com. Argentino. Modo de contar los intervalos del derecho. El modo de contar los intervalos del derecho es el siguiente: día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo.

<sup>29</sup> Art. 7° del Cód. Civil y Com. Argentino. Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

<sup>30</sup> Art. 8° del Cód. Civil y Com. Argentino. Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico.

<sup>31</sup> Art. 9° del Cód. Civil y Com. Argentino. Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

del “Abuso del derecho”<sup>32</sup> y el “Abuso de posición dominante”,<sup>33</sup> del “Orden público. Fraude a la ley”<sup>34</sup>, de la “Renuncia”<sup>35</sup> y de los “Derechos individuales y de incidencia colectiva”<sup>36</sup>.

El Capítulo 4. Sobre los “Derechos y bienes”, se ocupa de la “Titularidad de derechos”<sup>37</sup>, de los “Bienes y cosas”<sup>38</sup>, de los

---

<sup>32</sup> Art. 10 del Cód. Civil y Com. Argentino. Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

<sup>33</sup> Art. 11 del Cód. Civil y Com. Argentino. Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.

<sup>34</sup> Art. 12 del Cód. Civil y Com. Argentino. Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

<sup>35</sup> Art. 13 del Cód. Civil y Com. Argentino. Renuncia. Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba.

<sup>36</sup> Art. 14. del Cód. Civil y Com. Argentino - Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

<sup>37</sup> Art. 15 del Cód. Civil y Com. Argentino. Titularidad de derechos. Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código.

<sup>38</sup> Art. 16 del Cód. Civil y Com. Argentino. Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

“Derechos sobre el cuerpo humano”<sup>39</sup> y de los Derechos de las comunidades indígenas”<sup>40</sup>. El Código Civil Argentino contempla la Parte General en el Libro Primero, dentro del cual el Título I se ocupa de la “Persona humana”<sup>41</sup>, el Título II de la “Persona Jurídica”<sup>42</sup>, el Título III de los “Bienes”<sup>43</sup>, el Título IV de los “Hechos y actos jurídicos”<sup>44</sup> y el Título V de la “Transmisión de los derechos”<sup>45</sup>.

En el Código Civil Paraguayo las disposiciones del título preliminar, observando su contenido, no pueden ser íntegramente consideradas como propias de la “parte general”, las normas incluidas poseen naturaleza y características diferentes, agrupa disposiciones referidas a los efectos y características generales de las normas jurídicas, la obligatoriedad de la ley, su vigencia, irretroactividad, derogación e interpretación, están situados varias de las principales normas de conflicto que son propias del Derecho Internacional Privado y una disposición específica, la del Art. 22 del Código Civil sobre el alcance y efecto de la ley extranjera.

Bajo el “título preliminar” se pretendió agrupar las disposiciones generales en veinte y siete artículos, que según refiere el reconocido profesor y miembro de la Comisión de Codificación

---

<sup>39</sup> Art. 17 del Cód. Civil y Com. Argentino. Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

<sup>40</sup> Art. 18 del Cód. Civil y Com. Argentino. Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

<sup>41</sup> Arts. 19 a 140 del Cód. Civil y Com. Argentino.

<sup>42</sup> Arts. 141 a 224 del Cód. Civil y Com. Argentino.

<sup>43</sup> Arts. 225 a 256 del Cód. Civil y Com. Argentino.

<sup>44</sup> Arts. 257 a 397 del Cód. Civil y Com. Argentino.

<sup>45</sup> Arts. 398 a 400 del Cód. Civil y Com. Argentino

Ramón Silva Alonso<sup>46</sup>, pueden ser reunidos en dos apartados, en primer lugar, las que se refieren a la teoría general de la ley y en un segundo grupo de disposiciones, las referidas al Derecho Internacional Privado.

Con relación a éstas últimas apunta “Es de lamentar que muchas importantes normas de estas últimas no hayan sido traídas a este lugar. No era indispensable que lo fueran todas. Pero hubiera podido reunirse al conjunto capital de ellas en un solo lugar. La inserción de estas últimas normas junto a las de interpretación y aplicación de las leyes se explica por el origen de las disposiciones que se hallan en el Código de Napoleón y que consideraban, al igual que más tarde Savigny, a esas normas como reglas de aplicación extraterritorial del Derecho”<sup>47</sup>.

Aún dentro del primer grupo del Código Civil Paraguayo, encontramos el Art. 22 del Cód. Civil que se ocupa de la aplicación de la ley extranjera “Los jueces y tribunales aplicarán de oficio las leyes extranjeras, siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres, sin perjuicios de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de ellas. No se aplicarán las leyes extranjeras cuando las normas de este Código sean más favorables a la validez de los actos”.

Esta disposición innovadora se apartó de lo dispuesto en los Arts. 13 y 14 del Código de Vélez, al establecer la aplicación de oficio de las leyes extranjeras y las limitaciones a su aplicación o la prevalencia de las leyes nacionales cuando sean más favorables a la validez de los actos. En el Cód. Civil y Com. de la Argentina, la disposición que se ocupa del derecho extranjero se

---

<sup>46</sup> Jurista paraguayo, ilustre y destacado integrante de la Comisión Nacional de Codificación y profesor y maestro de Derecho Internacional Privado y de Derecho de las Obligaciones en la Universidad Nacional de Asunción y de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción.

<sup>47</sup> Véase: SAVIGNY, Federico C. de, *Sistema del Derecho Romano Actual*. Libro III, parágr. CCCXLIV, T. 6º, versión castel. Madrid, s/f.



encuentra en el Art. 2595 en los términos siguientes: Cuando un derecho extranjero resulta aplicable:

- a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino;
- b) si existen varios sistemas jurídicos cogitantes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate;
- c) 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”.

De la norma argentina citada a diferencia del Art. 22 del Código Civil Paraguayo, no surge de modo claro que el juez esté obligado a aplicar de oficio el derecho extranjero, tal como también lo contempla la Ley General de Derecho Internacional Privado Uruguay<sup>48</sup> “Artículo 2°. (Aplicación del derecho extranjero).- 1) El derecho extranjero debe ser aplicado de oficio e interpretarse tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenece la norma respectiva. 2) Cuando el derecho extranjero corresponda a un Estado cuyo orden jurídico se compone de varias legislaciones, el derecho de ese Estado determina cuál de ellas es aplicable. En su defecto, debe aplicar-

---

<sup>48</sup> Ley N° 19920 Ley General de Derecho Internacional Privado. Derogación de la Ley 10.084 relativa al Apéndice del Código Civil. Promulgación: 27/11/2020. Publicación: 16/12/2020.

se la legislación de la unidad territorial en cuya jurisdicción se realiza el punto de conexión”.

En un segundo grupo en el Título Preliminar del Código Civil Paraguayo encontramos las disposiciones referidas a las normas de conflicto destinadas a resolver sobre la ley aplicable a cuestiones de Derecho Internacional Privado. Constituye un intento de sistematización de las disposiciones del DIPr en el código por lo que no siguió la tendencia de contemplarlas en una ley especial, tal como fue adoptado por la ley federal suiza de Derecho Internacional Privado y de la ley de DIPr. venezolana<sup>49</sup>.

El comentario a ésta última señala “El problema inicial que implica la redacción de un conjunto orgánico de normas de Derecho Internacional Privado es el de determinar si esas normas deben incorporarse a una ley especial o encuadrarse en la parte introductoria del Código Civil. Aunque esta última solución tiene a su favor la tradición legislativa de los sistemas latino-europeos y americanos, y arranca de la vieja autoridad del código Napoleón, ha parecido más conveniente adoptar la solución de la ley especial.

La metodología señalada, en primer lugar, responde a una orientación definida de la legislación comparada en los últimos decenios, que tiene pilares especialmente resaltantes en la ley polaca de 1926 y en la checoslovaca de 1948, cuya promulgación significó el comienzo de la autonomía legislativa del Derecho Internacional Privado y un importante punto de partida de las

---

<sup>49</sup> Ley de Derecho Internacional Privado. Exposición de Motivos. 1. Introducción. “La presente Ley, que es la versión actualizada del Proyecto elaborado en 1963 por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia e integrada por Roberto Goldschmidt, quien la presidió, Joaquín Sánchez-Covisa y Gonzalo Parra-Aranguren, es el resultado de un largo proceso de estudio, discusión y depuración de conceptos. En ella se ha pretendido conciliar las enseñanzas de la doctrina contemporánea y del Derecho comparado con los datos históricos, sociales y humanos de la realidad venezolana.”.

novísimas legislaciones, tales como, austriaca (1978), suiza (1989), italiana (1995) y de Liechtenstein (1996).

En segundo término, porque aquellas legislaciones contemporáneas que incluyen las normas de conflicto dentro del Código Civil, tienden a otorgarles una esencial sustantividad y a integrarlas, incluso, en una Ley introductoria o preliminar o en libro separado desvinculado del articulado del código. así ocurrió con el Derecho alemán (reformada en 1986), y así sucede en América con el Derecho del Brasil (1942), que las incluye, como aquél, en la Ley de introducción; en Perú (1984), en Quebec (1991) y Louisiana (1991), que las incluyen en un libro separado del Código Civil.

En tercer y fundamental lugar, porque teniendo en cuenta la estructura de nuestro Código Civil, y el número y posición de las normas de conflicto actualmente incluidas en él, la solución de una Ley especial es mucho más viable, desde el punto de vista de la técnica y política legislativa, que una reforma parcial del Código Civil, y facilita, además, por idénticas razones, las modificaciones futuras tendientes a ajustar las normas de la presente Ley a las necesidades y exigencias de la realidad”.

Ionescu comenta que: “La solución de las discusiones respecto al lugar que corresponde a las disposiciones del Derecho Internacional Privado, aún dentro del cuerpo del propio código civil, permanece sin solución y provoca múltiples dudas. Los progresos a realizar en este dominio pueden hacer inclinar la balanza a favor de una ley separada, hasta que se logre llegar a un código de Derecho Internacional Privado, en lo posible universal”<sup>50</sup>.

La técnica adoptada por el ante proyectista De Gásperi recogida en el proyecto y finalmente en el código, no obstante no ajustarse a las nueva orientación, puede ser considera como de avanzada al momento de su redacción, al agrupar disposiciones de Derecho Internacional Privado en el título preliminar, de modo tal a facilitar su aplicación, si bien, como veremos, no

---

<sup>50</sup> O. IONESCU, opus cit. N° 26, pags. 591 y 593.

todas las normas de conflicto están ubicadas en el mismo y el orden y hasta redacción de las disposiciones no resulta del todo aceptable, conforme lo podemos apreciar al verificar las normas incluidas por los proyectistas, a saber:

Un primer grupo de normas de conflicto, se refieren a la capacidad e incapacidad de hecho y de derecho de las personas físicas y jurídicas, nacionales y extranjeras. (Arts. 11º, 12º, 13º, 14º, 15º y 26 del Código Civil).<sup>51</sup> El Cod. Civ. y Com. Argentino se ocupa de la capacidad en los arts. 2616 y 2617.

Un segundo grupo a las normas de conflicto referidos a los bienes en general (Arts. 16º, 18º y 19º).<sup>52</sup> De esta disposición

---

<sup>51</sup> Art. 11 del Cód. Civil “La existencia, el estado civil, la capacidad e incapacidad de hecho de las personas físicas domiciliadas en la República, sean nacionales o extranjeras, serán juzgados por las disposiciones de este Código, aunque no se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República.”. Art.12 del Cód. Civil “La capacidad e incapacidad de hecho de las personas domiciliadas fuera de la República, serán juzgadas por las leyes de su domicilio, aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República.”. Art.13 del Cód. Civil “El que es menor de edad según las leyes de su domicilio, si cambia de éste al territorio de la República, serán considerado mayor de edad, o menor emancipado, cuando lo fuere conforme con este Código. Si de acuerdo con aquéllas fuese mayor o menor emancipado, y no por las disposiciones de este Código, prevalecerán las leyes de su domicilio, reputándose la mayor edad o la emancipación como un hecho irrevocable.”. Art.14 del Cód. Civil “La capacidad e incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que éste pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las normas de este Código, cualquiera fuere el domicilio de sus otorgantes.”. Art. 15 del Cód. Civil “La capacidad de derecho y de hecho es igual para el hombre y la mujer, cualquiera sea el estado civil de ésta, salvo las limitaciones expresamente establecidas por la ley”.

<sup>52</sup> Art. 16 del Cód. Civil Paraguay “Los bienes, cualquiera sea su naturaleza, se regirán por la ley del lugar donde están situados, en cuanto a su calidad, posesión, enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real que son susceptibles”. Art. 18 del Cód. Civil “El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación

normativa se puede apreciar qué, en el medio de las disposiciones relacionadas a los bienes, ubican los derechos de crédito, razón por la cual no existe una numeración secuencial lógica, se debe a una errónea transcripción de la norma equivalente del Tratado de Montevideo. Sobre la validez de los actos jurídicos celebrados en el extranjero sobre inmuebles en la República se ocupa el artículo 24<sup>53</sup>.

La norma de conflicto sobre obligaciones o derechos de crédito. (Art. 17<sup>54</sup>). Esta disposición fue cercenada en su antecedente, el anteproyecto De Gásperi y de su propia fuente el Art. 33 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo, lo que dificulta su comprensión.

En efecto, el Art. XXII<sup>o</sup> del anteproyecto refiere: “Los derechos sobre créditos se reputan situados en el lugar en donde la obligación de su referencia debe cumplirse. Si este lugar no pudiera determinarse al tiempo del nacimiento de tales derechos, se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor. Los títulos representativos

---

para la adquisición y conservación de tales derechos. El cambio de situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables.”. Art. 19 del Cód. Civil “Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, prevalecen sobre los del primer adquirente.”.

<sup>53</sup> Art. 24 del Cód. Civil Paraguay “Los actos jurídicos celebrados en el extranjero, relativos a inmuebles situados en la República, serán válidos siempre que consten de instrumentos públicos debidamente legalizados, y sólo producirán efectos una vez que se los haya protocolizado por orden de juez competente e inscripto en el registro público”.

<sup>54</sup> Art. 17 del Cód. Civil Paraguay. “Los derechos de crédito se reputan situados en el lugar donde la obligación debe cumplirse. Si éste no pudiera determinarse se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor. Los títulos representativos de dichos derechos y transmisibles por simple tradición, se reputarán situados en el lugar donde se encuentren.”

de dichos derechos y transmisibles por simple tradición, se reputarán situados en el lugar en donde se encuentran.

Se puede percibir que el Art. 17 del Código Civil, omitió la expresión “al tiempo del nacimiento de tales derechos”, expresión que De Gásperi utilizó para ubicar el momento en el cual debería estar mencionado el lugar de cumplimiento para que éste sea el elemento de conexión.

La redacción por tanto quedo expresada en los términos siguientes: “Los derechos de crédito se reputan situados en el lugar donde la obligación debe cumplirse. Si éste no pudiere determinarse se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor. Los títulos representativos de dichos derechos y transmisibles por simple tradición, se reputarán situados en el lugar donde se encuentren.” (Art. 17 del C.C.). Por otra parte, el Código Civil no contempla una norma de conflicto específica sobre las obligaciones extracontractuales, por lo que debe ser ubicada por inferencia.

En cuanto a las normas de conflictos sobre los derechos de propiedad intelectual e industrial al cual se refiere el Código Civil en el Art. 20<sup>55</sup>, observamos que se refiere a los derechos de propiedad industrial, no al derecho de invención o de patentes y efectúa una referencia genérica a los derechos intelectuales, que son comprendidos por los derechos de propiedad intelectual, junto con los derechos de marcas y de autor.

Una revisión del código que siguiera la misma metodología de ubicar en el título preliminar las normas de conflicto, debería distinguir las categorías y nuevas modalidades que surge por el avance considerable de estas materias, así como de las nuevas modalidades y relaciones que surgen a partir de la propiedad

---

<sup>55</sup> Art. 20 del Cód. Civil “Los derechos de propiedad industrial están sometidos a la ley del lugar de su creación, a no ser que la materia esté legislada en la República. Los derechos intelectuales son regidos por la ley del lugar de registro de la obra.”

intelectual<sup>56</sup>, lo mismo cabe decir respecto de las relaciones de consumo<sup>57</sup>, sobre lo cual no existe una norma de conflicto.

Siguen luego, las normas de conflicto sobre la adquisición y enajenación de buques y aeronaves. (Art. 21)<sup>58</sup>. La disposición hace referencia a la tripulación, que no resulta pertinente, por lo menos de la manera en que fuera redactado el texto, porque no se precisa que aspectos relacionados a la tripulación serán regidos por la ley del pabellón.

Luego vienen las normas de conflicto sobre las formas de los actos jurídicos. (Art. 23<sup>o</sup>)<sup>59</sup>, y la norma de conflicto sobre la sucesión y derechos hereditarios (Art. 25<sup>o</sup>)<sup>60</sup>, disposición similar a

---

<sup>56</sup> Propiedad Intelectual. En materia de Derechos de Autor. Fue sancionada el 15 de octubre de 1998 la Ley N° 1328 de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Fue reglamentada el 13 de septiembre de 1999 por Decreto N° 5159. Los Derechos de Marcas, están reglados por la ley sancionada el 6 de agosto de 1998 con el N° 1294 que fue reglamentada el 14 de agosto de 1998 por medio del Decreto No. 22365. La ley de Patentes e Invenciones fue sancionada en fecha 29 de noviembre del año 2000 como Ley N° 1630, la cual derogó la Ley N° 773, de fecha 3 de septiembre de 1925 y toda disposición legal que se oponga a la presente ley. La Ley 868 del 2 de noviembre de 1981 regula los "Dibujos y Modelos Industriales", su reglamentación consta en el Decreto de fecha 5 de enero de 1982 que lleva el N° 30007.

<sup>57</sup> La ley de Defensa del Consumidor y del Usuario fue sancionada en fecha 27 de octubre de 1998 como Ley N° 1344.

<sup>58</sup> Art. 21 del Cód. Civil Paraguayo. "Los buques y aeronaves están sometidos a la ley del pabellón en lo que respecta a su adquisición, enajenación y tripulación. A los efectos de los derechos y obligaciones emergentes de sus operaciones en aguas o espacios aéreos no nacionales, se rigen por la ley del Estado en cuya jurisdicción se encontraren."

<sup>59</sup> Art. 23 del Cód. Civil Paraguayo. "La forma de los actos jurídicos, públicos o privados, se rige por la ley del lugar de su celebración, salvo la de los otorgados en el extranjero ante los funcionarios diplomáticos o consulares competentes, la que se sujetará a las prescripciones de este Código".

<sup>60</sup> Art. 25 del Cód. Civil Paraguayo. "La sucesión legítima o testamentaria, el orden de la vocación hereditaria, los derechos de los herederos y la validez intrínseca de las disposiciones del testamento, cualquiera sea la naturaleza de los bienes, se rigen por la ley del último domicilio del causante, pero la transmisión de bienes situados o existentes en el territorio nacional estará sujeto a las leyes de la República."

la prevista en el Art. 2447 del Código Civil. En el Art. 26<sup>61</sup> se ubica la norma de conflicto sobre la existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado constituidas en el extranjero

Más allá de que el intento de sistematización de las normas de conflicto en el título preliminar es claramente insuficiente y que no reúne todas las normas de conflicto ubicadas en el código, en algún sentido facilita ubicar las que son más características o de uso frecuente. No están contempladas en el Título Preliminar, las normas de conflictos relacionadas con la ley aplicable a la capacidad, forma y validez del matrimonio<sup>62</sup>, que se encuentra en el Libro Primero, Título III. Capítulo I que se ocupa de las disposiciones generales relacionadas al matrimonio, al igual que la ley aplicable a los derechos y deberes de los cónyuges<sup>63</sup>.

En el mismo Capítulo, se encuentran también la norma de conflicto sobre el régimen de bienes situados en la República de matrimonios celebrados en nuestro país<sup>64</sup> y bajo el mismo título, pero en el Capítulo VI, está prevista la norma de conflicto relacionada a la separación, la disolución<sup>65</sup> y los efectos de la nulidad del matrimonio<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> Art. 26 del Cód. Civil Paraguayo. "La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado constituidas en el extranjero, se regirán por las leyes de su domicilio, aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República."

<sup>62</sup> Art. 132 del Cód. Civil Paraguayo. "La capacidad de contraer matrimonio, la forma y validez del acto se regirán por la ley del lugar de su celebración".

<sup>63</sup> Art. 133 del Cód. Civil. "Los derechos y deberes de los cónyuges se rigen por la ley del domicilio matrimonial".

<sup>64</sup> Art. 134 del Cód. Civil Paraguayo. "El régimen de los bienes situados en la República, de matrimonios contraídos en ella, será juzgado de conformidad con las disposiciones de este Código, aunque se trate de contrayentes que al tiempo de la disolución del matrimonio tuvieron su domicilio en el extranjero".

<sup>65</sup> Divorcio Vincular. La Ley Nº 45/91 del 1 de octubre de 1991 estableció el divorcio vincular y modificó el Art. 163 del Código Civil, derogando ade-



Estas disposiciones contenidas en el propio Código Civil, pero en el libro quinto y no en el título preliminar, demuestra que no fueron agrupadas todas las disposiciones relacionadas al Derecho Internacional Privado de naturaleza civil en el título preliminar, como aparentemente fue la intención del legislador, todo lo cual revela una dispersión normativa en el mismo cuerpo del código.

En el mismo sentido, las normas de conflicto relacionadas a las formas de los contratos no están contempladas en el título preliminar, sino en el Art. 699 del Código Civil<sup>67</sup> es decir en el Libro Tercero, Título I. Capítulo IV, sobre la forma y prueba de los contratos. La materia de los contratos ha sufrido una importante modificación en el ordenamiento jurídico paraguayo por medio de la Ley N° 5.393/15 “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, que introduce soluciones no contempladas y diferentes del sistema conflictualista.

De conformidad al Art. 1° de la citada ley, respecto a su ámbito de aplicación “regula la elección de derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en el ejercicio de su negocio o de su profesión. Sus disposiciones no se aplican a contratos de consumo, a contratos de trabajo, ni a contratos de franquicia, representación, agencia y distribución”. Son excluidas de su aplicación las materias sobre las cuales existen legislaciones especiales de interés social y leyes de protección económica especial.

---

más las disposiciones que en este ámbito sean contrarias o se opongan a esta Ley.

<sup>66</sup> Art. 166 del Cód. Civil Paraguayo. “La ley del domicilio conyugal rige la separación de los esposos, la disolución del matrimonio y los efectos de la nulidad del mismo”.

<sup>67</sup> Art. 699 del Cód. Civil Paraguayo. “La forma de los contratos será juzgada: a) entre presentes, por las leyes o costumbres del lugar en que hubieren sido concluidos; b) entre ausentes, cuando constare en instrumento privado suscripto por alguna de las partes, por las leyes del lugar en que haya sido firmado; y c) si el acuerdo resultó de correspondencia, de la intervención de agentes, o de instrumentos firmados en distintos lugares, se aplicarán las leyes más favorables a la validez del acto”.

Se aplica a los contratos internacionales interpretados de forma amplia, por lo cual incluye todos los contratos que tengan alguna vinculación relevante con más de un Estado. Solo se excluyen aquellos en que todos los elementos “relevantes” están vinculados a un solo Estado. Conforme al Art. 3º la ley no se aplicable a lo siguiente a a) la capacidad de las personas físicas; b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; c) las sociedades u otras asociaciones y los fideicomisos; e) los procedimientos de insolvencia; y, f) la cuestión de saber si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona en nombre de la cual pretende actuar”.

Establece con amplitud el principio de la autonomía de la voluntad para la elección del derecho aplicable, permite someter una parte o la totalidad del contrato a un derecho determinado o varios para diversas partes del contrato, por ejemplo, las formas por el lugar de celebración, los efectos por el lugar de cumplimiento, el fondo por un derecho diferente al de celebración o el electo por las partes<sup>68</sup>.

La libertad de elección en la Ley N° 5.393/15 es absolutamente amplia, es posible hacer regir el contrato o su interpretación por reglas de derecho como por ejemplo las que surgen de UNIDROIT, Las Convenciones de La Haya y las Leyes Modelos, según se aprecia de su Art. 5º “Normas de derecho En esta ley, la referencia a derecho incluye normas de derecho de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”.

En la ley comentada, es la primera vez que de forma explícita una ley de fuente interna se refiere al reenvío. En principio el

---

<sup>68</sup> Art. 4º de la Ley N° 5.393/15.- Libertad de elección. 1. Un contrato se rige por el derecho elegido por las partes. 2. Las partes pueden elegir: a) El derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato; y, b) Distintos derechos para diferentes partes del contrato, en la medida que estas sean claramente distinguibles. 3. La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros. 4. No se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción.

reenvío no se aplica, esto es, si la norma de conflicto indica una ley extranjera, se aplicará la misma sin recurrir a la norma de conflicto extranjera, salvo que haya habido acuerdo expreso de que se podrá aplicar el reenvío<sup>69</sup>.

Un contrato internacional tiene normalmente varios elementos vinculados a los sujetos de la relación, a las formas, al objeto, al lugar o lugares de cumplimiento o conectados con instrumentos de crédito que se vinculan con algún derecho, por lo que existe pluralidad de leyes estatales con vocación para regir el derecho aplicable o lo que es lo mismo la ley aplicable.

Innovando las fórmulas de solución antecedentes, la ley indica que se deberá adoptar la ley o las leyes que tengan el “vínculos más estrechos” con el contrato, según su naturaleza y finalidad, determinado por medios de elementos objetivos y subjetivos derivados del propio contrato<sup>70</sup>.

Volviendo a las normas de conflictos se pueden observar algunas repeticiones, como la del Art. 2447 “El derecho hereditario se rige por la ley del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento, sean nacionales o extranjeros sus sucesores. Los inmuebles situados en el país se regirán exclusivamente por las leyes de la República”, disposición ubicada en el Libro Quinto sobre la sucesión por causa de muerte, específicamente en el Título I, Capítulo I “De las disposiciones generales”.

Esta misma disposición, como hemos visto, ya fue contemplada en el Art. 25 del Título Preliminar, en los términos siguientes: “La sucesión legítima o testamentaria, el orden de la vocación hereditaria, los derechos de los herederos y la validez

---

<sup>69</sup> Art. 10 de la Ley N° 5.393/15.- “Exclusión del reenvío. La elección del derecho no incluye las normas de conflicto de leyes de derecho elegido por las partes, a no ser que las partes establezcan expresamente lo contrario”.

<sup>70</sup> Art. 11 de la Ley N° 5.393/15.- “Ausencia o ineficacia de la elección. 1. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos. 2. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos”.

intrínseca de las disposiciones del testamento, cualquiera sea la naturaleza de los bienes, se rigen por la ley del último domicilio del causante, pero la transmisión de bienes situados o existentes en el territorio nacional estará sujeto a las leyes de la República”.

Esta duplicidad, sólo puede traer confusión porque se utilizan expresiones diferentes para la misma situación jurídica reglada. El artículo 25 habla de “la sucesión” y el artículo 2447 de “el derecho hereditario”, la primera disposición hace explícita mención a la sucesión legítima y a la sucesión testamentaria, en tanto que la segunda, lo abarca por la utilización de una terminología más genérica y ambos, por supuesto, utilizan el mismo elemento de contacto relacionado a la ley personal del domicilio, es decir el último domicilio del causante.

En el artículo 25 se hace hincapié en la sucesión de todos los bienes, cualquiera sea su naturaleza, en el artículo 2447, hace sólo mención explícita de los inmuebles situados en el país, que serán regidos exclusivamente por las leyes de la República, mención específica que no se encuentra en el artículo ubicado en el título preliminar, que no distingue entre bienes muebles o inmuebles, sino que todos ellos, ubicados en el territorio nacional, cuando se trata de la transmisión de los mismos, se regularán por las leyes de la República.

### **3. Conclusión**

A diferencia del ordenamiento jurídico civil y comercial argentino, el ordenamiento del Paraguay no tiene un título dedicado íntegramente al Derecho internacional privado, estructura una suerte de limitada sistematización que cumple sólo parcialmente su finalidad, estableciendo reglas generales en el título preliminar, incluyendo entre ellas las normas de conflicto y el artículo 22 sobre la aplicación de oficio de la legislación extranjera.

En una futura reforma del Código Civil Paraguayo, la sistematización del DIPr. podría ser estructurada a semejanza de CCCN y reunir todas las disposiciones en un título, evitando la

dispersión normativa y repeticiones que generen confusión en la interpretación.

Destacamos que ambos cuerpos jurídicos, con diferencia de matices, contemplan la admisión amplia de la aplicación del derecho extranjero, facilitando así la aplicación del Derecho internacional privado.

En el ordenamiento jurídico de Paraguay y en consonancia con nuevas tendencias, la Ley N° 5.393/15 “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales” en su Art. 11<sup>71</sup> dispuso que ante la ausencia o ineficacia de la elección de la ley aplicable “el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los *vínculos más estrechos*” y también que “El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene *vínculos más estrechos*”.

En términos más o menos similares el Art. 2597 del CCCN<sup>72</sup>, ante ausencia de elección como cláusula de excepción, contiene referencias similares, una norma de conflicto no será aplicada cuando resulte manifiesto que la situación tiene *lazos poco relevantes* con ese derecho y, en cambio, presenta *vínculos muy estrechos* con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente.

---

<sup>71</sup> Art. 11 de la Ley N° 5.393/15.- Ausencia o ineficacia de la elección. 1. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos. 2. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos.

<sup>72</sup> Art. 2597 del Cód. Civ. y Com. argentina. “Cláusula de excepción. Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

Examinando la sistematización de ambos cuerpos jurídicos, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina puede ser un buen ejemplo a seguir en una futura reforma del sistema en Paraguay y reunir las normas propias del Derecho Internacional Privado en un solo título, tanto la ley aplicable como también las disposiciones relacionadas a la jurisdicción competente<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Las normas sobre la jurisdicción competente se encuentran contempladas en el Código Procesal Civil "CPC" sancionado el 4 de noviembre de 1985 y entró a regir el 1° de enero de 1987, el mismo derogó el antiguo Código de Procedimientos en materia Civil y Comercial (Ley del 21 de noviembre de 1883) y varias leyes complementarias.



INSTITUTO DE  
INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Y SOCIALES "AMBROSIO L. GIOJA"  
Facultad de Derecho UBA



Universidad  
Nacional  
de Córdoba

I D E J U S

UNIVERSIDAD  
**SIGLO 21**

ISBN 978-631-90674-8-4



9 786319 067484