

PAVADO - ALL - 4-5-16

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTO INTERNACIONAL

§ I. INTRODUCCIÓN

Habiendo afirmado su jurisdicción internacional para entender en un caso el tribunal argentino tiene que proceder para decidirlo. Ha de ordenar la *litis* para su decisión (*Ad litis ordinationem et ad litis decisionem*, cap. I, parágrafo IV).

El procedimiento se rige por la *lex fori*.

La labor de la Conferencia de La Haya de D.I.Pr. es de gran importancia particularmente en esta materia. La Argentina ha adherido a la Convención sobre Procedimiento Civil de 1954 por ley 23.502. Además la Conferencia adoptó la Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en materia civil y comercial el 18/III/1970 a la que adhirió la Argentina por ley 23.480. También adoptó la Convención sobre Notificaciones en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial y la Convención sobre Acceso Internacional a la Justicia de 1980. La Argentina no adhirió a estas dos últimas. En cambio sí adhirió a una Convención que suprime la exigencia de legalización de documentos públicos extranjeros de 1961.

En el ámbito regional rigen los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y las Convenciones de las Conferencias Interamericanas Especializadas de D.I.Pr. (un título muy largo) de Panamá, 1975; Montevideo, 1979; La Paz, 1984 y Montevideo, 1989.

En rigor, aun antes de establecer su propia jurisdicción el juez deberá calificar una acción, calificación que hará según la *lex fori*. La

calificación de la acción será condicionante respecto de la aplicación de una u otra norma de jurisdicción internacional.

También deberá examinarse si una persona puede ser considerada como parte con legitimación para demandar o ser demandada.

Los problemas de procedimiento internacional son muy variados. Trataremos seguidamente los que pueden considerarse con alguna tipicidad. Los principios generales determinarán la solución de las cuestiones más atípicas. Reiteramos que la *lex fori* ejerce un dominio indiscutible sobre las cuestiones procesales. Pero nunca estará demás advertir sobre el peligro de calificar como procesal una cuestión con el fin de secuestrarla para la *lex fori*.

Así por ejemplo una sociedad disuelta y liquidada puede no ser considerada como parte en virtud de la *lex fori*. Pero si fue bien disuelta y liquidada se examina según la *lex societatis* (v.gr. art. 118, primera parte de la Ley de Sociedades).

## § II. LAS PARTES

Se presenta una primera cuestión importante: ¿qué personas pueden estar en juicio en la Argentina? ¿Quiénes pueden ser parte? En general con relación a las personas humanas su capacidad para acceder a la jurisdicción argentina se funda en principios generales sobre derechos humanitarios. Pero con relación a los extranjeros su tratamiento en el proceso argentino ha tenido ciertas particularidades históricas, ciertamente con el fin de favorecerlos y de reforzar sus garantías de defensa. Consideraremos, en particular, el tratamiento privilegiado de los extranjeros en el proceso argentino a quienes se confiere el fuero federal.

Pero aquí corresponde examinar si algunas personas como las sociedades comerciales constituidas en el extranjero pueden estar en juicio en la República sin cumplir requisito alguno. El problema se suscitó en el célebre caso "Porosi c. Cóccaro" (*Fallos*, 256:263) en el cual la Corte reconoció a una sociedad venezolana el derecho a estar en juicio sin condiciones en virtud de la garantía constitucional de defensa.

Tal solución jurisprudencial fue recogida por el art. 118, segundo párrafo, de la Ley de Sociedades Comerciales.

La solución ha de extenderse, según el fundamento o *ratio decidendi* en "Porosi c. Cóccaro" a toda persona jurídica.

Cuestión distinta es la de resolver si una persona es la que tiene acción en la causa, si tiene legitimación activa. Esta cuestión parece vinculada a la substancia de la pretensión y debe juzgarse según la *lex causae*.

Si una persona puede entablar una acción como representante de otra es un aspecto que también debe regirse por la *lex causae* aplicable a la acción entablada. La *lex fori* sólo podría interferir en materias relativas al apoderamiento procesal. En ciertos casos ésta podría ser una cuestión de intrincada interpretación. No es posible ilustrar aquí todos los detalles de este punto, por cierto relativamente infrecuente en la práctica. Baste considerar que la representación en la titularidad de la acción es un aspecto substancial que debe sujetarse a la *lex causae*. Lo relativo al poder para actuar en juicio es otra cuestión sujeta a la *lex fori*.

También habrá que considerar el problema de la legitimación pasiva, esto es, si la persona contra quien se dirige la acción es la que debe ser demandada. Rige la *lex causae* aplicable al fondo de la pretensión.

Consideraremos un capítulo aparte el delicado asunto relativo a la inmunidad de jurisdicción de ciertas personas, v.gr. Estados extranjeros y otros sujetos del derecho internacional público que no pueden ser demandados y sometidos a la jurisdicción sin su oportuna aquiescencia.

## § III. LOS EXTRANJEROS EN EL PROCESO

### A) Causas concernientes a ciudadanos extranjeros

En las causas en que son partes un argentino y un extranjero existe competencia de los tribunales federales (art. 116, Consr. Nac.; art. 2º, inc. 2º, ley 48). Naturalmente ello supone la existencia de jurisdicción internacional de los tribunales "argentinos", como tales.

El privilegio federal para los extranjeros, si bien se ha inspirado en garantizar la mayor confianza en la imparcialidad del juicio, ante las dudas de localismo de los tribunales provinciales (*Fallos*, 190:517; 307:1822), siempre careció de fundamento suficiente en el país. Más aún actualmente pues no es susceptible de comprometerse la respon-

sabilidad internacional de la Nación por sus jueces locales ya que compete a la Corte el control definitivo de las garantías constitucionales en el país a fin de evitar cualquier denegación internacional de justicia y prevenir reclamaciones extranjeras, tanto más si se considera que el tribunal juzga la arbitrariedad de las sentencias definitivas de los tribunales ordinarios en resguardo de la garantía de defensa (*Fallos*, 304:1877; 305:70). En asuntos de escasa importancia civil o penal o por cualquier motivo que excluya el propósito del fuero federal, éste no se otorga (*Fallos*, 306:368).

No se da entre extranjeros. Las sociedades constituidas en el extranjero gozan, en principio, del fuero. Pero si una sociedad está integrada por socios extranjeros de la misma nacionalidad que la constituyente, no se da el fuero (*E.D.*, t. 25, pág. 258). Es muy razonable sostener que el privilegio sólo se extiende a sociedades colectivas. No hay distinción nacionalidad ni vecindad en sociedades de capital, según el voto del juez de la Corte Risolía en "Avallone c. Sendra" (*E.D.*, t. 25, pág. 258).

De gran importancia es la carga de la prueba de la nacionalidad extranjera. La Corte ha juzgado que el estado de incertidumbre en que ha quedado la nacionalidad del demandado debe ser soportada por él, pues a él incumbía la carga de la prueba de la extranjería, dado que la índole renunciabile del fuero por razón de la persona obliga a pronunciarse a favor del ordinario siempre que subsistan dudas en torno a los recaudos condicionantes del excepcional, cuya prueba ha de examinarse estrictamente, en congruencia con el principio de interpretación restrictiva de toda excepción legal (*Fallos*, 295:24).

*Ver jurisprudencia:* "Compagnie Nationale Air France c. DNM", 614/2001 37 C REX, del 15/7/2003.

#### B) Asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros

El art. 107 de la Constitución Nacional somete estos asuntos a la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema. El art. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/1958 (texto según ley 21.708, art. 2º) dispone que la Corte conocerá "de las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia, de modo que una Corte de Justicia puede proceder con arreglo al derecho de

gentes; y de las causas que versen sobre privilegios y exenciones de los cónsules extranjeros en su carácter público".

Tal competencia se funda en las altas funciones diplomáticas que tiene a asegurar (*Fallos*, 220:1402; 280:89; 284:28). Se requiere que la persona revista *status* diplomático (*Fallos*, 241:43). No se extiende a los familiares o personal de la embajada que no tenga tal carácter (*Fallos*, 244:124). Se extiende a los agentes diplomáticos en tránsito (*Fallos*, 304:1946), pues la garantía de cumplimiento de la función subsiste (*Fallos*, 305:2200). Cesante la función diplomática, cesa la competencia (*Fallos*, 306:104 entre muchos otros); lo que ocurre en caso de ausencia definitiva del diplomático del país (*Fallos*, 295:59). El estado diplomático se establece requiriendo informe al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (*Fallos*, 259:25).

La competencia de la Corte debe ser aceptada expresamente por los gobiernos respectivos según el art. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/1958 y reiterada jurisprudencia de la Corte (*Fallos*, 294:282 y muchos otros anteriores y posteriores).

La competencia de la Corte es renunciabile por los diplomáticos con autorización de su gobierno (*Fallos*, 146:25; 209:365; 273:401; 294:282).

Es declinable la conformidad para someterse a jurisdicción de la Corte (*Fallos*, 226:516; 244:328).

La disconformidad con el sometimiento puede ser tácita (*Fallos*, 215:418; 247:51; 257:328; 296:624; "Contreras", 22/XII/1987, sumario 2421/87).

Según la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 31, inc. c, el agente no goza del privilegio cuando ejerza actividad profesional o comercial fuera de sus funciones oficiales. Corresponde correrle traslado de la demanda sin la conformidad de su gobierno (*Fallos*, 284:28).

Puede ser renunciada expresamente a favor de los jueces de la Nación con la conformidad de la embajada respectiva (*Fallos*, 194:415; 218:765; 246:160).

No obsta a la competencia de la Corte la prórroga en los tribunales ordinarios en una demanda presentada por la Nunciatura Apostólica ante la Corte (*Fallos*, 203:160; 246:160).

Curiosamente, los Estados extranjeros no gozan de la calidad de aforados (*Fallos*, 305:72; 1872; 304:1495), ni los gobiernos extranjeros (*Fallos*, 303:634) ni las embajadas extranjeras (*Fallos*, 284:161). Pero el embajador puede intervenir en su calidad de representante del Estado extranjero (*Fallos*, 299:283).

No es competente la Corte cuando se demanda a una persona aforada y a otra que no lo es (*Fallos*, 276:310) ni siquiera cuando los no aforados son citados como terceros (*Fallos*, 284:20).

En general la competencia originaria de la Corte por razón de estas personas aforadas es de interpretación estricta. Véase Lino Enrique Palacio, "La competencia originaria de la Corte Suprema frente a la citación a juicio de terceros no aforados", *L.L.*, t. 151, pág. 214; v. también I. Eisner, *L.L.*, t. 152, pág. 383.

En cuanto a los cónsules extranjeros hay que distinguir, a los fines de la competencia originaria de la Corte, si la causa se relaciona con privilegios o exenciones en su carácter público o con sus negocios particulares (*Fallos*, 210:380; 217:693).

En todo caso, antes de ejercer la competencia originaria de la Corte o de los tribunales inferiores hay que establecer si existe "jurisdicción internacional de los tribunales argentinos" para entender en la causa. Son dos cuestiones diferentes.

*Ver jurisprudencia:* "Cruz Pacheco, Francisco s/denuncia por robo en consulado chileno", C.3314.XXXVIII, del 10/IV/2003; "Borri, Francisco Julio César c. Loblein, Karlheinz s/ejecución de alquileres", B.1771.XXXVIII, del 20/III/2003; "Blasco, Juan Roberto", 527/99/35/B, Sec. n.º 3, del 15/VIII/2002.

### C) Organismos y funcionarios internacionales

Los funcionarios de un organismo internacional, en virtud de sus privilegios diplomáticos (art. V, sección 18, inc. a, de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas) no gozan de la competencia originaria de la Corte. No son aforados en el sentido estricto del art. 107 de la Constitución ("Bombau", 12/VI/1984).

No gozan de la calidad de aforados los organismos internacionales creados por los Estados ya que éstos tampoco la tienen (*Fallos*, 306:586). Un caso interesante en que se negó tanto la com-

petencia originaria de la Corte cuanto la inmunidad de jurisdicción del Centro de Informaciones de las Naciones Unidas fue resuelto en *Fallos*, 221:703. Cabe remitir la consideración de este caso al capítulo anterior sobre inmunidad de jurisdicción.

### D) Jurisdicción internacional y competencia interna

No parece ocioso insistir en que las cuestiones de competencia interna en las que un extranjero sea parte son posteriores a la cuestión preliminar acerca de la existencia o no de jurisdicción internacional de los tribunales argentinos para entender en la causa.

### E) Jurisdicción internacional y competencia federal.

#### Asuntos de interés federal

Como se advertirá, para que surja la cuestión de competencia federal u ordinaria, es previo que se haya dilucidado la jurisdicción internacional de los jueces *argentinos*. De otro modo aquella cuestión no surge en absoluto pues los tribunales nacionales, esto es, argentinos, carecerían de poder para embarcarse en el caso.

Ahora bien, la jurisdicción internacional puede quedar absorbida como cuestión previa en una contienda acerca de la competencia federal. Aquella cuestión también debería ser considerada federal.

Según la Corte los propósitos que informan la competencia federal (*Fallos*, 306:368) no se presentan "por la escasa importancia civil o penal de los asuntos o por otros motivos". He aquí una fórmula flexible.

Ello significa que la relevante importancia civil o penal de los asuntos puede ser significativa y aun decisiva para la competencia federal en las causas en que un extranjero sea parte. Si una sociedad extranjera, constituida en el extranjero o controlada por extranjeros, aunque sea una sociedad de capital, está en juicio con un argentino o sociedad argentina en un asunto de no "escasa importancia" la competencia federal funcionaría.

Son los tribunales federales los que deben ponderar con juiciosa discreción "la importancia civil o comercial de los asuntos".

Si los intereses en juego son importantes parece abrirse el fuero federal.

El *interés federal* puede estar configurado porque se afectan los intereses internacionales argentinos en determinados aspectos.

Ello depende de diversas circunstancias históricas. Si en un contrato con una sociedad extranjera se encuentra comprometido *el interés en las privatizaciones internacionales* cabe considerar que el asunto afecta un interés federal (art. 75, inc. 13, Const. Nac.). Esta cláusula no debe interpretarse literalmente. "La jurisdicción marítima tiene un alcance más amplio que la mencionada facultad del Congreso. Si bien entra dentro de sus propósitos el proteger el comercio internacional e interprovincial que se realiza por los mares y los ríos, no es ésta la única finalidad ni la más importante. Su finalidad principal es más vasta, desde que tiene por objeto poner bajo control nacional al tráfico de cualquier clase y objeto que se realice en aguas que se hallen abiertas a todas las banderas, lo que puede dar lugar a presas y capturas, suscitar cuestiones que afecten a nuestras relaciones con países extranjeros y comprometer principios de derecho internacional" (Gondra, *Jurisdicción federal*, Buenos Aires, 1944, pág. 150).

Esta interpretación dinámica y flexible del artículo 75, inc. 13, de la Constitución Nacional debe prevalecer para comprender cuestiones de interés federal de jurisdicción internacional y la solución de asuntos civiles internacionales de relevancia (*Fallos*, 306:368).

*Ver jurisprudencia*: "Embajada de Estados Unidos", 367/2002 38 E ORI, del 3/XII/2002; "Zeballos, Fernando", 412/2002 38 Z ORI, del 6/II/2003; "Consulado de España", 2666/2002 38 C ORI, del 2/VI/2003; "Gruntzig, Oro Alfredo", del 4/VII/2003.

#### F) Inmunidad de jurisdicción de estados extranjeros.

Tradicionalmente la inmunidad era absoluta desde el fallo "Manauta" (v. *infra*) sólo se la admite en los actos *iure imperii* (La bibliografía es considerable, ver Fox, *Dart of state immunities*, 2ª ed., 2008; Schrevel, *State Immunities*, 1998, Hafner, Kohen y Bren [eds.], *State Practice Regarding State Immunities*, 2006). En su caso en que la República Argentina emitió bonos regidos por el derecho de Nueva York puede ser ejecutada en cualquier otra jurisdicción por la misma sentencia de Nueva York y que también renuncia a su inmunidad en ese otro Estado. Se demandó en Inglaterra por esos bonos. Los jueces ingleses consideraron que la Argentina no gozaba de inmunidad en ese caso porque los jueces de Nueva York hubiesen tenido jurisdic-

ción si hubiesen aplicado las normas inglesas (ss2 a 11 de la State Immunity Act, 1978) esp. la regla 2 según la cual un Estado no es inmune si se sometió a la jurisdicción (2011) UKSC 31, (2011) 2 A.C. 495 (54) en "NML Capital Ltd. v. Argentina". En cuanto a la ejecución de la sentencia de Nueva York en Inglaterra el asunto no era un procedimiento relativo a una transacción comercial "pero era una renuncia amplia equivalente a una sumisión a los tribunales ingleses".

#### § IV. CAUTIO JUDICATUM SOLVI. ARRAIGO

La Argentina, como se predijo, adhirió a la Convención sobre Procedimiento Civil adoptada el 1º de marzo de 1954 en la Conferencia de La Haya (ley 23.502) por la que se vincula con la República Federal de Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Suecia, Austria, Dinamarca, Finlandia, Japón, Portugal y Suiza.

El art. 17 de la Convención exime de toda *cautio judicatum solvi*, incluso para garantizar las costas judiciales a las personas allí contempladas. El art. 17 debe considerarse en el contexto de los arts. 18 y 19.

Así se excluye la necesidad de arraigar que imponen las normas procesales argentinas en los términos de la Convención.

La Corte aplicó la Convención en el caso "Ruiz Frías de Moza-rouski, María Rosario y otros c. Asociación Civil Mater Dei", en su fallo del 7/III/1989.

Llama la atención que la Corte considere vigente la Convención con sólo invocar la ley 23.502 por la que el Congreso autoriza al Poder Ejecutivo a adherir a la misma, sin citar el instrumento de adhesión, ni la fecha de depósito ni si España es un Estado Miembro ni la fecha en que entró en vigor para los dos Estados implicados en el caso ni si se hallaban reunidos los extremos del art. 31 o era aplicable el art. 32 de la Convención. Es de entender que a pesar de no hacerse expresa mención de estas cuestiones en el fallo, la Corte las consideró sin expresarlo. Cabe pensar que ha hecho todas estas investigaciones de oficio ante nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, competente para aquellas informaciones.

Otro fallo importante al respecto fue dictado pocos días antes por la Cám. Nac. Com. Capital Federal, Sala A en el caso "Miscrocchi c. Icer S.A."

La mayoría consideró que el art. 17 es aplicable tanto a las personas físicas como jurídicas. Para la mayoría el art. 17 de la Convención no hace ese distinción.

La disidencia del juez Jarrazo Veiras hace el distinción.

Si alguna duda pudiese quedar, debería ser resuelta considerando que la Convención de La Haya tendiente a facilitar el acceso internacional a la justicia adoptada el 25/X/1980 expresamente extiende a las personas morales la exención de la *cautio judicatum solvi* (art. 14). Ello significa que la tendencia actual es hacia la exención de las personas morales y sería irrazonable interpretar la Convención del 54 en modo que entre sobre este aspecto su conflicto con la Convención del 80. La posible, aunque dudosa, ambigüedad del art. 17 de la Convención del '54 debe resolverse por la vía de una armonización de interpretaciones convencionales que no imponga un extraño doble régimen cuya razón de ser, actualmente, no podría explicarse satisfactoriamente por criterio substancial ninguno. El distinción sólo se apoyaría en una posible interpretación literal excluyente de las posibilidades interpretativas más acordadas con la finalidad del art. 17. Hoy son muchísimas las partes que pueden calificarse como personas jurídicas. Reducir la aplicación a las personas físicas es frustrar el fin esencial de la Convención.

Esta interpretación amplia fue seguida en "Dr. Maag A. G. c. Ba-gley S.A. s/oposición de marca 'Dorado'", Juzg. Nac. Fed., 6/XI/1989.

Tal interpretación fue reiterada en la resolución del Juzgado Federal a cargo del juez Edmundo J. Carbone del 16/XI/1989, en "General Europea c. General Assistance".

Empero, antes de entrar al examen de la excepción de arraigo, conviene tener presente las modernas tendencias hacia la superación de tales obstáculos. Si en el país extranjero del actor hay procedimientos que garanticen una rápida ejecución de las costas, habría que interpretar restrictivamente el arraigo. Reparemos que no procede en el juicio ejecutivo en la Argentina (art. 544, C.P.N. y su antecedente en Cám. Com., Sala B, 9/VIII/1963, en "André et Compagnie S.A. c. Electrónica Industrial Eximarg S.A.", *E.D.*, t. 8, pág. 63).

A nuestro juicio debería conferirse o reconocerse más discreción a los tribunales argentinos para imponer o no la *caución* según las cir-

cunstancias del caso. En el fondo es una medida cautelar que no debe seguir sujeta a un rígido formalismo abstracto.

Así por ejemplo si el actor demuestra que tiene propiedad suficiente en la Argentina, aunque no sea inmobiliaria, no debería fundar el arraigo (art. 348, C.P.N.).

Tampoco parece adecuado imponerle el trámite de excepción al arraigo. Podría ocurrir que después de un tiempo el actor abandone el país para vivir en el extranjero. La cautela podría imponerse después de esta circunstancia.

Tampoco debería imponerse la cautión cuando el actor se vio precisado a demandar ante nuestros tribunales, sea por una prórroga de jurisdicción previamente acordada sea porque el único foro competente es el argentino. Esto último ocurriría en materia societaria si una sociedad constituida en la Argentina tiene un socio domiciliado en el extranjero; las acciones del socio por razón de la sociedad no deberían ser susceptibles de excepción de arraigo.

La jurisprudencia argentina ha admitido este principio en casos de prórroga. En este sentido la Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., Sala II, resolvió el 11/VIII/1978 en la causa "Assucom N.V. y otra c. Capitán y/o propietarios y/o Armadores del buque F.N. VII".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó una sentencia de la Cám. Fed. Cont. Adm., Sala I, en el caso "Héctor J. Cámara" según la cual tiene domicilio en la Argentina el asilado en una embajada extranjera en la Capital Federal.

El litigante domiciliado en el extranjero podría solicitar el beneficio de litigar sin gastos, probando en el extranjero la imposibilidad de obtener recursos (art. 369, C.P.N.).

No procede en el *exequatur* (Cám. Civ. 2ª Cap., sentencia del 15/V/1922, en *J.A.*, t. 8, pág. 470). Tampoco en las tercerías (Cám. Nac. Trab., 15/V/1962, *L.E.*, t. 107, pág. 208).

El reconviniente no debe arraigar pues ha sido obligado por el actor a estar en juicio y la reconvencción debe tener conexidad con la demanda (Cám. Fed. Capital, Sala Civil y Comercial, en "Química La Estrella S.A. c. CIBA", en *J.A.*, 1967-VI, pág. 110).

Si el arraigo fue opuesto al contestar la demanda, debe ser decidida en la sentencia definitiva y no se dará curso a la apelación hasta que no se otorgue fianza, "The Garret Corporation c. Garret S.R.L.", sentencia de la Cám. Fed. Civ. y Com., del 5/VIII/1960.

El extranjero domiciliado en el extranjero puede obtener el beneficio de litigar sin gastos, "Spinelli c. Marain de Spinelli", Cám. Nac. Civ., 4/X/1954, *J.A.*, 1955-1-243, *Revue critique dipr.*, t. 44, pág. 302, nota Goldschmidt.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTOS:  
"PLENKOVICH, LILIANA ESTHER C. SALVIA, MERCEDES Y OTROS",  
DEL 3 DE ABRIL DE 2001

La obligación impuesta de constituir arraigo violenta la garantía de acceso a la jurisdicción, si se trata de una demanda por mala praxis médica que la actora estuvo obligada a promover en jurisdicción extranjera a su domicilio, y no existe ningún contacto que funde una jurisdicción concurrente que pudiera obstaculizar una eventual ejecución en el país extranjero de una condena en costas.

La garantía de los derechos no puede ser efectiva si no se asegura un acceso real a la justicia.

Toda la evolución del derecho convencional se orienta a suprimir los obstáculos que, como la *cautio indicatum solvi*, dificultan el acceso internacional a la justicia.

Fuera del ámbito convencional sigue siendo exigible la caución en concepto de arraigo conforme a lo regulado en el art. 348 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El arraigo regulado en el art. 348 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no debe sujetarse a un rígido formalismo, tal como corresponde a su naturaleza de medida cautelar y a la finalidad que persigue en nuestro tiempo.

Si bien el arraigo regulado por el art. 348 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación pretende proteger al demandado de los riesgos y dificultades que puede hallar al pretender cobrar en el extranjero las eventuales costas judiciales que pudieran ser impuestas a su favor a cargo de la contraparte, su aplicación debe respetar un prudente equilibrio entre su fundamento racional y su carácter discriminatorio.

*Ver jurisprudencia:* "Banco del Sol S.A. c. Misiones, Provincia de s/ cobro de pesos", B/390/XXXVI, del 31/X/2002.

*Ver doctrina:* Gabriela Verónica Caballero, "Un fallo sobre la excepción de arraigo para no olvidar ni imitar", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, n° 189 a 192, 2000; "Excepción de arraigo. Art. 348, CPCCN", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, n° 199, 2002, pág. 585.

## § V. NOTIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

La Convención de La Haya sobre Procedimiento Civil de 1954 establece una regulación particular para la transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales (cap. I de la Convención).

En la esfera regional cabe tener presente el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 en materia de exhortos y ciertas rogatorias que tengan por objeto hacer *notificaciones* (art. 9°). Este tratado vincula a la Argentina con Bolivia, Colombia y Perú. El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 contiene una regla análoga (art. 11). Este tratado vincula a la Argentina con Paraguay y Uruguay.

La Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias firmada en Panamá el 30/I/1975 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre D.I.Pr. (CIDIP-I) regula las notificaciones, citaciones y emplazamientos por vía de exhorto (art. 2°). Rige para la Argentina con Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

La Convención de La Haya prevé que la notificación se hará por la vía consular en los términos del art. 1°. Podrá requerirse la transmisión por vía diplomática. Los Estados contratantes podrán acordar la *comunicación directa* entre sus respectivas autoridades. Cabe pensar en un acuerdo tácito por una práctica suficientemente establecida entre las autoridades. La Convención no especifica una forma expresa de acuerdo.

## § VI. LA CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE NOTIFICACIÓN EN EL EXTRANJERO DE ACTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL

Esta Convención, que tiene trámite parlamentario adelantado para su aprobación legislativa, establece un moderno método de no-

rificación mediante la intervención de una autoridad central o de autoridades judiciales o por vía consular.

Recientemente una Comisión Especial de la Conferencia de La Haya analizó el funcionamiento de esta Convención (ocubre de 1989).

Las conclusiones han sido las siguientes:

La eficacia de la notificación debe examinarse desde diversas perspectivas que puedan ser de interés. Así, por ejemplo, en algunas jurisdicciones, si las partes han acordado contractualmente la forma de notificación y el modo de practicarla, v.gr. notificación postal, en la jurisdicción del proceso la notificación será válida. En la Argentina la sentencia que se dice será insusceptible de reconocimiento si no puede probarse que el demandado fue personalmente citado (art. 517, inc. 2º, C.P.N.). En la Argentina, la sentencia extranjera podrá desconocerse, pero si al demandado *le interesa* ver la eficacia de la notificación desde la perspectiva del país del juicio o de cualquier tercer país porque allí tiene o probablemente tendrá bienes, no le basta adoptar el punto de vista del derecho argentino.

Puede discutirse si la notificación puede hacerse en forma distinta de la impuesta por el domicilio o residencia habitual del demandado. Podría sostenerse que este país tiene jurisdicción para establecer los requisitos de la notificación. Cualquiera sea la virtualidad de este argumento basado en la doctrina de la jurisdicción internacional, sería imprudente desconsiderar la *eficacia* de la notificación en las jurisdicciones extranjeras interesantes, sea la del lugar del proceso o las de otros países en los cuales se busque hacer reconocer la sentencia dictada en el lugar del proceso.

La ley 25.222 (B.O., n° 29.307 del 4/1/2000) aprobó el Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa suscripto con las Repúblicas Federativa del Brasil, del Paraguay y Oriental del Uruguay.

## § VIII. MEDIDAS CAUTELARES

Aun antes de la notificación podría decretarse una medida cautelar. La Convención de La Haya sobre Procedimiento Civil de 1954

no contempla específicamente el exhorto por medidas cautelares pero no está excluido por los términos amplios del art. 8º.

En cambio la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1979 aprobada en la CIDIP-II establece que la ley aplicable a la *procedencia* de la medida se rige por la ley del lugar del proceso. Pero la ejecución de la misma, así como la con-tracautela o garantía, serán resueltos por los jueces del lugar donde se pida su cumplimiento según la ley de este lugar. La Convención establece una regulación detallada (arts. 3º y sigs.).

El juez que dictó la medida cautelar ha de ser "competente en la esfera internacional" (art. 2º). Esta competencia se juzgará según "la ley del Estado donde deba surtir efecto" la medida cautelar (Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, art. 2º, inc. d).

Sin embargo, el cumplimiento de la cautelar por el tribunal requerido "no implicará compromiso de reconocer y ejecutar la sentencia extranjera en que se hubiere dictado" (art. 6º).

Pero la jurisdicción quedaría reconocida, según lo antes considerado.

## § VIII. PRUEBAS

En el procedimiento internacional es posible la necesidad de obtener pruebas en el extranjero. Hay que coordinar aquí distintas jurisdicciones. El juez del proceso tiene jurisdicción para pedir las pero los jueces del lugar donde debe obtenerse la prueba tienen jurisdicción para que la obtención de la prueba sea pertinente a la jurisdicción extranjera que se ejerce y no vaya más allá.

No ha de olvidarse que si bien la prueba se rige por la *lex fori*, los hechos controvertidos se determinan según la *lex causae*. Aun así la *lex fori* determina el procedimiento probatorio de los hechos controvertidos.

La *admisibilidad y apreciación* de la prueba, según los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 se rige por "la ley a que será sujeto el acto materia de proceso", salvo las que no están autorizadas por la ley del lugar donde se sigue el juicio (art. 2º). La admisibilidad y apreciación se rigen por la *lex causae*,

siempre que la *lex fori* no autorice una prueba por su naturaleza, al parecer por razones de orden público.

La *apreciación* de un documento puede quedar regida por la ley que rige el contrato en discusión (*lex causae*). La imposición de una forma de prueba (v.gr. escrita) queda sujeta a la *lex causae*.

En cuanto a la prueba testimonial, el incumplimiento de la diligencia probatoria debe regirse por la ley del juez requerido (art. 3º, Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero de 1975, CIDIP-I).

También ha de extenderse al *diligenciamiento* de las demás pruebas.

La carga de la prueba, en cuanto afecta directamente la *solución de fondo* para quien triunfa o sucumbe en la prueba debe regirse por la *lex causae* (véase Goldschmidt, "Jurisdicción y carga de la prueba en matrimonios internacionales", *E.D.*, 62-287 y sigs.).

Las reglas de la carga de la prueba afectan el *resultado del caso*; deben pues quedar sujetas a la *lex causae*. Si para la *lex causae* las reglas sobre la carga de la prueba son procesales hay que aplicar éstas pues determinarán el resultado de la decisión. La *lex causae* se aplica con sus normas procesales decisivas del fondo del asunto.

Las presunciones también afectan el derecho material controvertido. Deben ser regidas por la *lex causae*.

## § IX. OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO

La Argentina ratificó la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero de 1975.

El art. 9º de esta Convención faculta a los Estados requeridos a rehusar el cumplimiento de las rogatorias cuando tenga por objeto la recepción u obtención de pruebas previas al procedimiento judicial o cuando se trate de procedimiento conocido en los países del *common law* bajo el nombre de *pretrial discovery of documents*.

La Argentina también adhirió a la Convención sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil y Comercial adoptada en La Haya el 18/III/1970 por la Conferencia de La Haya de D.I.Pr. La ley 23.480, al aprobar la Convención dispuso que en el

momento de depositarse el instrumento de adhesión deberá formularse la siguiente declaración: "La República Argentina no cumplirá los exhortos que tengan por objeto un procedimiento conocido en los Estados del *common law* por el nombre de *Pretrial discovery of documents* (exhibición de documentos antes del juicio)".

Hay que comprender un dato importante. Mientras que en países del *common law* la preparación de un caso para el juicio es un asunto privado de las partes, en países de derecho civil la producción de la prueba suele ser una función judicial.

La Autoridad Central Argentina es el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación (art. 2º).

La reserva del art. 23 que la Argentina formuló puede ser interpretada adecuadamente y no en un sentido literal y categóricamente excluyente.

Debería interpretarse que sólo se dará curso a rogatorias sobre "apropiada exhibición de documentos antes del juicio" cuando tal exhibición tenga una atinencia y relación estricta con la materia que será objeto de la litis, que deberá precisarse para que el tribunal requerido pueda apreciar la admisibilidad de la prueba. Sugiero una revisión de nuestra reserva para contemplar su verdadero sentido (*Actes et Documents de la Quatrosième Session*, 420-1).

Además, una parte puede pedir en un país de *common law* una exhibición anticipada tan amplia como el tribunal requerido la conceda, aun para presentarla ante un tribunal argentino.

Lo que ha de evitarse siempre es la llamada "exhibición a la pesca" (*fishing expedition*) en la que no se persigue prueba precisa como tal sino información general a la pesca de poder hacer alegaciones de hecho. Debe haber una estricta particularización de documentos que *ciertamente* están en poder del demandado. Podría *limitarse* el pedido, pero no reformularse.

También es importante advertir que el procedimiento de exhibición documental anticipada debe provenir de un tribunal cuya jurisdicción se reconozca. Pese al art. 12, segundo párrafo, el ejercicio de una jurisdicción internacional exorbitante puede afectar la soberanía del Estado requerido según la interpretación de sus tribunales (art. 12, b).

La Conferencia de La Haya de D.I.Pr. dedicó en abril de 1989 una Comisión Especial para estudiar el funcionamiento de esta Convención. Su importancia para la Argentina es esencial.

## § X. LEGALIZACIÓN

La necesidad de legalizar los documentos extranjeros es frecuente causa de inconvenientes, demoras y gastos en los procedimientos internacionales; se requiere la legalización por el cónsul argentino acreditado en el lugar de expedición del documento.

Sin embargo, la Argentina adhirió a la Convención que suprime la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros y Anejo, adoptada en La Haya el 5/X/1961 por la Conferencia de La Haya de D.I.Pr. que fue aprobada por ley 23.458 (B.O., 21/IV/1987).

Esta Convención abolió la legalización de los documentos conreemplados en el art. 1º. En cambio, sustitutivamente, un certificado que se llama *apostille* en un formulario *standard* prescripto es expedido por una autoridad del Estado de donde proviene el documento; en la Argentina, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

Tal *apostille* basta para reemplazar la legalización.

*Ver doctrina:* Gualberto Lucas Sosa, "El derecho procesal internacional y el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (Un hito hacia la integración)", *L.L.*, 1993-B-1105/1131. Alejandro P. Radyminski, "El régimen de las notificaciones provenientes del extranjero en el derecho procesal civil internacional argentino", *E.D.*, 141-549/561; María Elisa Uzal, "Obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial. Convención de La Haya del 18/III/1970. Convención de Panamá del 30/I/1975 [CIDIP-I]", *E.D.*, 155-817/840; Sara L. Feldstein de Cárdenas y Hebe Leonardi de Herbón, "Demanda contra el Estado extranjero", *E.D.*, 165-853/856.

## LA NORMA DE CONFLICTO

### CAPÍTULO IV

#### § I. ESTRUCTURA DE LA NORMA DE CONFLICTO

La norma de conflicto, como toda norma jurídica, presenta una estructura bimembre. El supuesto de hecho o tipo legal describe un aspecto de un caso jurídicista multinacional, y la consecuencia jurídica dispone la reglamentación del tipo mediante la elección del derecho aplicable. Tal elección se halla indicada en el "punto de conexión" de la consecuencia jurídica (v.gr., domicilio). El derecho conec-tado o elegido requiere, a fin de su aplicación en jurisdicción argentina, el cumplimiento de dos condiciones negativas: que la elección no haya sido fraudulentamente perseguida mediante negociación de las partes (inexistencia de fraude a la ley), por un lado, y que el derecho elegido no infrinja los principios de orden público argentinos (reserva de orden público), por otro.

Ahora bien: la vinculación que el legislador establece entre el tipo legal y la consecuencia jurídica supone fundamentos de justicia suficientes. El principio de razón suficiente debe inspirar aquella vinculación. Tales fundamentos de justicia que sustentan la consecuencia jurídica de la norma de conflicto subyacen tácitamente bajo su estructura lógica. En rigor, dichos sustentos son diversos. Uno atañe a la justificación de la elección del derecho aplicable; he aquí la justicia de la elección. Otro concierne, en cambio, a la justificación sustancial de la solución que al caso asigne el derecho elegido comparada con los principios de orden público del derecho elector; he aquí la justicia de la solución material del caso. Este distingo en la fundamentación axiológica de las normas de conflicto esclarece su función, obligatoriedad y funcionamiento.

## § VIII. NORMAS DE POLICÍA EXTRANJERAS

Hasta aquí hemos considerado las normas de policía del D.I.Pr. argentino. Pero cabe interrogarse por la extraterritorialidad de normas de policía extranjeras en jurisdicción argentina. Señalamos las siguientes posibilidades: 1) si la norma de policía pertenece al derecho del país que una norma de conflicto argentina indica como aplicable a un caso, tal norma de policía foránea será tenida en cuenta en la República Argentina pues sería aplicada por el juez extranjero; 2) si la norma de policía extranjera pertenece a un país cuyo derecho se ha querido evadir fraudulentamente en un contrato, éste no tendrá eficacia en la República (art. 1208, Cód. Civ.).

Ahora bien: para que sea aplicable una norma de policía extranjera, no debe existir norma de policía argentina que enfoque el mismo aspecto del caso, pues las normas de policía argentinas son exclusivas y excluyentes de toda otra. Además, se requiere que la norma de policía extranjera no lesione principios de orden público argentinos. Por último, se justifica el respeto de normas de policía extranjeras a fin de establecer un espíritu de cooperación internacional entre países dispuestos a recíproca solidaridad (ver Zweigert, "Droit international privé et droit public", en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1965, pág. 654; Toubiana, *ob. cit.*, n° 195 a 238, quien trata ampliamente el tema). El art. 2599 del nuevo Código que contempla esta clase de normas.

## APÉNDICE

**Art. 2599.— Normas internacionalmente imperativas.** Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen 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.

## CAPÍTULO VII

## RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

### § I. EL TEMA EN EL SISTEMA

Las normas de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras son federales. No comunes ni locales. Las provincias que hubiesen regulado esta materia en sus Códigos Procesales deben adaptar, por ahora, su interpretación a las normas federales. Idealmente deben ser declaradas inconstitucionales y, en el futuro, derogadas. Esto no menoscaba los poderes provinciales. Antes bien, garantiza el equilibrio constitucional de poderes. Pues las cuestiones tratadas en esta materia pueden comprometer la responsabilidad internacional de la Nación que nuestra Corte debe prevenir según su reiterada recientemente jurisprudencia (ver la página de jurisprudencia de la Corte).

Recordemos que el art. 7° de la Constitución Nacional. Los actos públicos de una Provincia hacen fe en las demás. El Congreso puede determinar su forma probatoria y sus efectos legales. Sugiero una reconsideración de esta facultad del Congreso respecto de aquellos actos públicos locales.

Es indudable que la Constitución ha dado atribuciones federales al Congreso para regular aquellas formas probatorias y efectos y establecer así un régimen federal y uniforme en la materia.

Nuestro art. 7° tiene su fuente en la Sección I del art. IV de la Constitución de los Estados Unidos en virtud de la cual: "En cada estado se otorgará fe y créditos locales a todas las leyes públicas, los registros públicos y los procedimientos judiciales de todos los estrados restantes. Y mediante leyes generales el Congreso puede prescribir

el modo en que esas leyes y dichos registros y procedimientos serán demostrados y los efectos consiguientes."

Las Provincias argentinas han adherido a la ley 22.172 (B.O. 29/2/1980).

Nuestra Corte ha juzgado que "el art. 7° de la Constitución, después de prescribir que los actos públicos y procedimientos judiciales de una Provincia, gozan de entera fe en los demás, faculta al Congreso para determinar por leyes generales cuál será la forma probatoria de aquellos actos y procedimientos y se hallen revestidos de esa forma" (*Fallos*, 17:286, 1876 en "Doña Florencia Pinto de Araoz, reclamando resoluciones de los Tribunales de Buenos Aires").

Además ha juzgado que los tribunales de una Provincia no pueden declarar la nulidad de los procedimientos judiciales llevados a cabo en otra "porque ello implicaría la facultad de cada Provincia de variar los actos y resoluciones judiciales de las demás"; "la nulidad solo puede ser declarada por los mismos tribunales de la Provincia en que los procedimientos hubiesen tenido lugar... y mientras esto no se verifique, deben ser tenidos por válidos y surtir los mismos efectos en toda la República (*Fallos*, 17: 286 consids. 6 y 7).

Nada obsta al reconocimiento de los procedimientos de una Provincia la exigencia de un impuesto de justicia establecido en otra Provincia para tramitar un exhorto venido de aquella a ésta (*Fallos*, 179:36)

Tratándose de sentencias extranjeras, así como el Congreso puede regular el reconocimiento de efectos de un acto provincial en otra Provincia, debe tener, con mayor razón, *a maiore adminis.*, la misma facultad para establecer el reconocimiento de eficacia y la ejecución uniforme en toda la República porque se halla en juego el reconocimiento de la jurisdicción de jueces extranjeros, que podría entrar en conflicto con la jurisdicción de los jueces argentinos. Consiguientemente, están en cuestión los mismos fundamentos que tornan federal la delimitación de la soberanía jurisdiccional de la Nación y no de las Provincias.

El carácter federal del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras no implica, necesariamente que deban intervenir en su trámite los tribunales federales. Bien pueden ser internamente competentes jueces provinciales o de la Ciudad de Buenos Aires pero

deben aplicar las normas federales sobre aquella materia que, pudiendo comprometer la responsabilidad internacional de la Nación deben ser interpretadas y aplicadas en última instancia si fuere necesario por la Corte Suprema

De modo que el nuevo Código bien pudo y, en rigor, debió establecer un régimen de reconocimiento y ejecución federal. Por ahora la normativa federal que existe es la que está en el Código Procesal de la Nación (arts. 517 a 519).

Además, tratándose de sentencias extranjeras no es razonable dejar subsistentes dos sentencias de *exequatur* o reconocimiento contradictorias. Supóngase que se dictan una sentencia extranjera de divorcio y que la misma es reconocida en una Provincia y desconocida en otra. Ambas sentencias argentinas confluyendo una, *exequatur*, y denegándola, otra no podrían ser sometidas a revisión federal si las sentencias provinciales contradictorias no resolviere una cuestión federal, cual es el reconocimiento de una sentencia extranjera. Sería contrario a las relaciones exteriores esta anomalía argentina respecto de la misma sentencia extranjera. Es necesario que exista revisión federal de una cuestión federal.

Ello significaría, ni más ni menos, que un extranjero pueda casarse en una provincia y no en otra según el reconocimiento o no de su sentencia de divorcio, lo cual tampoco pueden sufrir los ciudadanos (art. 7° de la Constitución). Pero, además, las Provincias deben establecer y garantizar su sistema de administración de justicia conforme al derecho constitucional de los derechos humanos, entre los que está el derecho a casarse. La solución material prevalecerá a favor de la libertad matrimonial o convivencial.

De modo que la federalización del derecho internacional privado es un principio que debe permear toda la materia, pues el principio de afianzar la justicia del Preámbulo Constitucional ("Pérez de Smith", *Fallos*, 300:1282; "Seguir y Dib, Llandia G.", 302:1284) se verá manifiestamente de admitirse el reconocimiento de una sentencia extranjera en una Provincia y su desconocimiento en otra.

Podrá objetarse que las Provincias se han reservado la interpretación y aplicación de las leyes nacionales comunes por sus tribunales provinciales. Si esto fuera así en el derecho privado, cosa que discutimos, no puede ser así un "derecho" internacional privado que define

los contornos de la soberanía jurisdiccional de la Nación, no de las Provincias, tanto en su jurisdicción internacional para legislar cuanto para juzgar, como para ejecutar en controversias internacionales o trans.

Destaco, con extremo y razonable énfasis que en la Nación no habrá más aduanas que las naciones en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso (art. 9° de la Constitución).

Pienso, sin historia, que el principio de unidad nacional de aduanas no debe juzgarse más importante que el principio de unidad nacional de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

Además, según lo expuesto, si una sentencia extranjera es reconocida en el país por una sentencia nacional, que le otorga el *placet* o *exequatur*, esta sentencia debe reconocerse en todo el país. El art. 7° de la Constitución debe prevalecer sobre las normas procesales provinciales de reconocimiento y ejecución de sentencia.

Sugiero, pues, sin apología unitaria, que se deroguen las normas locales en la materia y se apliquen en todo el país los arts. 517 a 519 del Código Procesal de la Nación, al menos por ahora. Es claro que una futura reforma de estos artículos debería hacerse armonizándolos con las disposiciones del nuevo Código, incorporándolas a éste, como ya debió haberse hecho, derogando los arts. 517 a 519 citados.

Tal vez lo ideal sería proyectar una nueva ley sobre las relaciones entre los ordenamientos jurídicos incluyendo la jurisdicción, el proceso internacional con todas sus problemáticas, incluidos los extranjeros y las intimidades de jurisdicción y ejecución hasta la sentencia. El derecho aplicable, el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, la cooperación internacional jurisdiccional y material son asuntos que exceden el Código Civil y Comercial.

Más que en todos los capítulos cabe advertir especialmente en el presente que un tratamiento detallado de todos los matices y pormenores del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras requiere un amplio estudio especial. Muchos se han hecho con excelencia. Serán tomados en cuenta, pero con cierta economía de citas doctrinarias y jurisprudenciales. Especialmente conviene citar a Bartin, *Études sur les effets internationaux de jugements*, 1907; Pigot, *Foreign Judgments*, 1908; Read, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments*, 1938; Condorelli, *La Funzione del Reconosci-*

mento de Sentenze Straniere, 1967; Geimer, *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischen Urteile*, 1966; Holleaux, *Competence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, 1970; Droz, *Competence judiciaire et effets de jugements dans le Marché Commun*, 1972, von Mehren, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments - General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *Recueil des Cours*, t. 167 (1980-II); Patchet, *Recognition of Commercial Judgements and Awards in the Commonwealth*, 1984; Basedow, *Die Anerkennung von Auslandsscheidungen*, 1980; Calvo Caravaca, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, 1986 pref. González Campos y la literatura citada en esta excelente obra. La literatura posterior es enorme, en cierta medida es considerada en el siguiente texto.

Es destacable el nuevo lugar que asignamos a este capítulo en la presente edición. Responde a la idea de un sistema perspectivista del D.I.Pr. que contemple las correlaciones e implicancias de la jurisdicción internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento o ejecución de sentencias extranjeras. Las interrelaciones se indican en cada contexto de esta obra. Esta visión estructural de la materia proviene de la preocupación por prever las *soluciones de los casos*. Estas ponen en contacto la aplicación de las normas con el reconocimiento y ejecución de sentencias argentinas en el extranjero y extranjeras en el país y en otros lugares extranjeros.

Mientras que las sentencias declarativas y constitutivas tan sólo son susceptibles de reconocimiento, las sentencias de condena pueden recibir *reconocimiento* y, además, *ejecución*. Solamente para preparar la vía ejecutiva de una sentencia extranjera se exige el trámite incidental del *exequatur*. En cambio, se puede reconocer la eficacia de una sentencia extranjera examinando si se han reunido los requisitos exigidos a este efecto, sin necesidad de promover el incidente de *exequatur*. Consideraremos enseguida los recaudos para el reconocimiento en general, ya que la ejecución supone este reconocimiento previo de la sentencia extranjera.

El reconocimiento y la eventual ejecución de las sentencias extranjeras son necesarios para realizar la armonía internacional de las decisiones, principio fundamental del D.I.Pr. comparado. Ahora bien: el valor de una *justa solución uniforme* exige cierto control de la decisión extranjera, porque es razonable que los Estados no reco-

nozcan cualquier solución foránea dispuesta aun por sentencia judicial. Por consiguiente, el control de las sentencias extranjeras es universalmente admitido en el derecho comparado (Batiffol-Lagarde, *Derecho internacional privado*, t. II, 6ª ed., 1976, n° 711, pág. 466).

## § II. TEORÍAS SOBRE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL DEL JUEZ EXTRANJERO

### A) Criterios de control

Se presenta la delicada cuestión acerca de los criterios que debe seguir el juez requerido de reconocimiento o ejecución de una sentencia extranjera respecto de la jurisdicción internacional del juez extranjero. Ante todo: ¿debe controlar la jurisdicción internacional del juez originario? Si la respuesta es afirmativa, ¿con qué criterios?

#### 1. Teoría de la unilateralidad simple

Una primera concepción, llamada de la *unilateralidad simple*, considera que el juez requerido debe aplicar las normas de jurisdicción internacional del Estado del juez sentenciante (ver una exposición en D. Holleaux, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris 1970, pág. 915). Como se advierte y en realidad se ha advertido (Von Mehren, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. General Theory of Jurisdictional Requirements", *Recueil des Cours*, pág. 56) esta teoría, con cierta apariencia de lógica, conduce al abandono total del control de la jurisdicción del juez extranjero. Aun los más fervientes *unilateralistas*, admiten cierto control de orden público acerca de los criterios de jurisdicción extranjera (Holleaux, *ob. cit.*, pág. 125).

#### 2. Teoría de la unilateralidad doble

Otra concepción, conocida como la de *unilateralidad doble*, sólo desconoce la jurisdicción del juez extranjero cuando éste hubiese invadido la jurisdicción internacional exclusiva del juez requerido.

#### 3. Teoría de la bilateralidad

Otra teoría, la de la *bilateralidad*, controla la jurisdicción internacional del juez extranjero según las normas de jurisdicción internacional que el juez requerido aplicaría para asumir jurisdicción

(Holleaux, *ob. cit.*, págs. 121 y sigs.). Esta es la llamada *Spiegelbildgrundsatz* en D. Martiny, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Bd. III-1, n° 600).

En esta concepción se encuentra alineado el derecho argentino (art. 517, inc. 1º, C.P.N.) al establecer un control sobre la base de las "normas argentinas de jurisdicción internacional".

Modernamente esta concepción, aparentemente rígida, ha sido matizada por vía de interpretaciones más flexibles. Se ha sostenido que las normas de jurisdicción internacional deben ser entendidas de modo especial a los fines del reconocimiento de sentencias extranjeras. No siempre los criterios que sirven para *asumir* jurisdicción internacional han de servir para *tolerar* la jurisdicción internacional *ya asumida* por otro juez extranjero.

Las normas propias para asumir jurisdicción pueden ser interpretadas con más amplitud o flexibilidad con miras a su fin y no estrictamente a su técnica normativa.

El problema más delicado que presenta la concepción bilateralista es que puede conducir al desconocimiento de una sentencia extranjera fundada en una conexión jurisdiccional razonable, pero no admitida o regulada por las normas de jurisdicción internacional del juez requerido.

Así, por ejemplo, supóngase que se dicta sentencia por el juez del lugar donde se negoció y celebró un contrato internacional. No estaría basada esa jurisdicción en las normas argentinas de los arts. 2605, 2650 y concs. del Cód. Civ. y Com. Habría, que desconocerla. Pero esto podría resultar gravoso. La parte que ha cuestionado aquella jurisdicción y fue sometida a la misma debería demostrar que el foro extranjero fue inapropiado para hacer justicia en el caso y que el debido proceso no fue razonablemente garantizado. Si hubiere consentido la jurisdicción nada podría argumentar (art. 1º, C.P.N.).

El problema se vio en el caso "Indyka c. Indyka" fallado por la *House of Lords* [1969] 1 A.C. 33 (H.L. 1967). Una sentencia checoslovaca de divorcio fue llevada ante los tribunales ingleses. Checoslovacos se habían casado en su país donde vivieron durante unos años. Después de comenzada la Segunda Guerra Mundial, el marido estableció su domicilio en Inglaterra. Casi diez años después, la esposa, que había vuelto a casarse en Checoslovaquia, obtuvo allí

una sentencia de divorcio. Al tiempo en que se requirió el reconocimiento en Inglaterra, una ley había conferido jurisdicción a los tribunales ingleses en virtud del abandono a la esposa con tres años de residencia. El principio de equivalencia o bilateralidad se satisfacía en virtud de esta disposición. Pero la Cámara de los Lores fundó el reconocimiento del divorcio declarado en la residencia de las esposas cuando "exista una conexión real y substancial" entre el actor y el Estado que decretó el divorcio.

Después de este caso (1967) los tribunales fueron dejados a su juicio para andar el camino de las incertezas acerca de qué constituía una conexión real y substancial. Pronto se hizo obvio que tal criterio no era suficientemente específico para basar un reconocimiento sin la necesidad de un recurso constante a los jueces (Dicey-Morris, *The Conflict of Laws*, 11 ed., 1987, Gen. Ed. L. Collins; editors T. Hartley, J.D. McClean, C.G.J. Morse, vol. II, pág. 693).

Es muy importante advertir a lectores desprevénidos con relación a "Indyka c. Indyka". Me remito a las págs. 693 a 695 del volumen II de Dicey-Morris antes citado. Allí puede verse la historia posterior. La regla "Indyka c. Indyka" fue derogada: *The effect of this important provision is retrospectively to abolish the rules in Travers c. Molloy and Indyka c. Indyka and also to preclude the courts from developing further judge-made rules of recognition* (p. 695, el énfasis es nuestro).

La etapa de la flexibilidad fue superada en virtud del establecimiento de reglas bastante precisas en materia de reconocimiento de divorcios y separaciones en el derecho inglés.

En la Argentina la jurisdicción internacional del tribunal extranjero es decidida, en definitiva, por las reglas del Estado ante el cual se pide el reconocimiento. Este principio general es admitido universalmente (Batiffol-Lagarde, *ob. cit.*, t. II, n° 718, nota 19-1); ha sido incorporado en el art. 2° d, de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, aprobada por la Argentina mediante ley 22.921 (B.O., 27/IX/1983), según el cual la jurisdicción internacional del tribunal extranjero es juzgada por *la ley del Estado donde deban surtir efectos* las decisiones de aquel tribunal (*Apéndice*). Y es comprensible, entonces, que se lo haya incorporado al art. 517, inc. 1°, del Código Procesal Nacional, en virtud de la reforma introducida por la ley 22.434, al requerir que la sentencia extranjera emane de un tribunal competente

según las *normas argentinas de jurisdicción internacional*. Se ha sostenido que este criterio es defendido exclusivamente por el autor de la presente obra (así, Belluscio, *Derecho de familia*, t. III, pág. 740). Considero haber demostrado no ser el autor de tan general y reconocido principio.

La regla del art. 517, inc. 1° del Código Procesal no puede eludirse. No cabe prescindir de ella sin caer en arbitrariedad. Sin dudas, el legislador ha querido referirse a las normas de jurisdicción internacional que permiten a los tribunales argentinos *asumir* tal jurisdicción. No se trata de "normas argentinas de jurisdicción internacional" al solo efecto de apreciar la jurisdicción de los jueces extranjeros. Si así se entendiese el art. 517, inc. 1° se referiría a un enorme vacío normativo pues no hay tales normas indirectas de jurisdicción internacional en el derecho argentino. No existen normas específicas sobre control de la jurisdicción de jueces extranjeros.

La Corte en "Jobke c. Neidig" buscó fundamento a la jurisdicción del juez mejicano en normas *argentinas* de jurisdicción internacional. Así es el derecho actual.

No excludo la posibilidad de establecer normas relativamente precisas sobre jurisdicción internacional del juez extranjero. Pero parece imprudente dejar al arbitrio del juez del reconocimiento valorar en cada caso si el foro extranjero guardaba con el caso una "vinculación substancial, real o suficientemente próxima". Admitir este temperamento sería, al menos, seguir una línea irreconciliable con el art. 517, inc. 1°, Código Procesal.

Empero, no cabe adoptar una interpretación absolutamente mecanicista del art. 517, despreocupada de sus consecuencias. Hay que partir de las normas argentinas para asumir jurisdicción. Estas controlan la jurisdicción del juez extranjero. La posible interpretación finalista de estas normas ha de respetar las siguientes condiciones.

Primero, que el juez extranjero no invada la jurisdicción exclusiva argentina.

Segundo, que el juez extranjero no haya asumido una jurisdicción exorbitante, arbitraria, abusiva, artificial o fraudulenta (ver el caso "Zapata c. Stehlm", E.D., 133-589 y sigs.).

Tercero, que en foro extranjero se relacione con el caso por el con-  
facto que más se aproxime a la norma argentina.

Cuarto, que la sentencia extranjera sea reconocida en el país cuyo  
derecho sería aplicable a la controversia según las normas argentinas.

Estas condiciones son acumulativas.

Naturalmente ésta es una posición doctrinaria. Habrá que  
aguardar la reacción de la jurisprudencia. Al parecer no hay dudas  
con respecto a la jurisdicción argentina exclusiva (v.gr. si las partes en  
un contrato internacional han elegido la jurisdicción exclusiva de los  
tribunales argentinos).

Además, hay que poner énfasis en el desconocimiento de jurisdic-  
ciones exorbitantes. En la Argentina, al parecer, no existen normas  
que confieran jurisdicciones exorbitantes sólo basadas, por ejemplo,  
en la presencia física del demandado, en la nacionalidad del actor, en  
el *foro de patria*, en el *foro de secuestro*. Como valor comparativo  
puede verse la lista de foros exorbitantes excluidos por el art. 3º de la  
Convención de Lugano paralela a la Convención de Bruselas sobre  
competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y co-  
mercial firmada el 16 de septiembre de 1988 en Lugano (ver texto en  
la *Revue critique dipr.*, 1989, pág. 149 y estudio de George A. L. Droz,  
"La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles  
concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en  
matière civile et commerciale [relations entre Communauté écono-  
mique européenne et Association européenne de libre échange]" en  
*Revue critique dipr.*, 1989, págs. 1 y sigs.). Toda jurisdicción exorbi-  
tante debe ser desconocida, aun cuando la decisión del foro exorbi-  
tante sea reconocida en el lugar indicado por las normas de conflicto  
argentinas. No se trata de defender este derecho. Se trata de desco-  
nocer el ejercicio de una jurisdicción exorbitante en defensa de los  
intereses del tráfico internacional. El foro exorbitante debe ser *sar-  
cinado con el desconocimiento*.

Además, si hay un conflicto entre dos jurisdicciones extranjeras  
o una asume jurisdicción debe preferirse la que más se aproxime a la  
regla Argentina de jurisdicción internacional.

También hay que controlar la eficacia de la decisión del foro  
extranjero *desconocido* por nuestras normas de jurisdicción en el  
lugar donde interese desplegar efectos de decisión. Ello generalmente

ocurre en el lugar indicado por nuestra norma de conflicto. Pero este  
análisis puede ser insuficiente. La cuestión debe ser en cada caso:  
¿dónde interesará el reconocimiento de la decisión? Podría haber va-  
rios lugares de *interés en el reconocimiento*. Este interés se vinculará  
ordinariamente con el o los lugares en donde a las partes les interese  
obtener el reconocimiento. El principio de *efectividad* juega aquí un  
rol importante.

#### 4. Hacia un multilateralismo crítico

Así podríamos preconizar un *bilateralismo* relativamente abierto,  
esto es, un *multilateralismo crítico*. En todo caso el foro extranjero  
debe posibilitar la efectiva defensa de los derechos controvertidos. La  
jurisdicción internacional extranjera debe haber sido asumida de tal  
modo que no signifique colocar a una parte en una grave dificultad  
para la defensa. Si en el foro extranjero no es posible un justo juicio  
por razones jurisdiccionales, el juez extranjero carece de jurisdicción.  
No cabe el apego a un fetichismo jurisdiccional.

El foro ha de ser apropiado para realizar los fines de la justicia.

Esto lleva a una cuestión importante. El *bilateralismo* abierto en  
materia de jurisdicción extranjera lleva a una correlación con la fle-  
xibilidad o apertura que pueda afirmarse respecto de la jurisdicción  
internacional directa o propia. Porque si nuestras normas de jurisdic-  
ción internacional para decidir deben estar abiertas a posibles corre-  
cciones, el *bilateralismo* se mantiene coherente.

Así, por ejemplo, podría ocurrir que a pesar de existir un con-  
tacto normativo suficiente para asumir jurisdicción resultara indu-  
dable que un foro extranjero sería el más apropiado para decidir el  
caso y el nuestro sería un foro legítimo pero inapropiado (*forum non  
conveniens*).

Una situación tal podría conducir a dar preferencia al foro más  
apropiado.

Inversamente, podría ocurrir que nuestro foro no estuviese jus-  
tificado por *contacto normativo* alguno con el caso, pero si se cerrase  
el caso podría producirse una probable denegación de justicia. El  
nuestro sería entonces un *foro de necesidad* que debería abrirse. Me-  
dítense las analogías de esta hipótesis con el caso "Vlasov c. Vlasov"

(*Fallos*, 246:87). Allí la Corte amplió el concepto de domicilio conyugal para poder considerar con jurisdicción al foro argentino. Bien es verdad que lo hizo mediante la técnica de una interpretación extensiva y finalista de nuestra norma de jurisdicción internacional. Pero lo cierto es que abrió un *foro de necesidad*.

Ahora bien, visto el asunto desde la perspectiva de la jurisdicción internacional indirecta, si el foro extranjero es apropiado debería reconocerse jurisdicción aunque ésta no surja estrictamente de una norma argentina de jurisdicción internacional. Aquél ha de ser bien apropiado.

En suma, todas "las normas argentinas de jurisdicción internacional" (art. 517, inc. 1º, C.P.N.) deben interpretarse con una prudente consideración de los resultados o consecuencias a que pueda conducir su aplicación a las particulares circunstancias del caso. El consecuencialismo es doctrina bien conocida en la interpretación y aplicación de las normas. Nuestra Corte lo ha reconocido reiteradamente. Tal doctrina se despliega, en este contexto, en la jurisprudencia que admite la intervención de la Corte para prevenir una "efectiva denegación de justicia" (*Fallos*, 178:304; 188:71; 201:483; 204:653 y otros). Y más ampliamente aún en la jurisprudencia de la Corte, que cabe aplicar tanto tratándose de tribunales argentinos como de tribunales extranjeros, según la cual debe preservarse la garantía de los jueces naturales (*Fallos*, 234:482; 238:141 y muchos otros).

La garantía del juez natural ha de concederse tanto respecto de los tribunales argentinos cuanto de los extranjeros. Con miras a esta jurisprudencia de la Corte es razonable interpretar y aplicar una norma argentina de jurisdicción internacional observando que la atribución del caso a un tribunal argentino no conculque aquella garantía de los jueces naturales. Ciertamente tampoco puede interpretarse una norma argentina de jurisdicción internacional para atribuir el caso a un tribunal extranjero cuando de ese modo se produciría una "efectiva privación de justicia" ("*Vlasov*", *Fallos*, 246:87).

Correlativamente, si una norma argentina de jurisdicción internacional conduciría a desconocer la jurisdicción de un juez natural extranjero debería interpretarse de forma tal que su aplicación no conduzca a un resultado reñido con la garantía federal *argentina* del juez natural.

La garantía del juez natural, como el juez más apropiado para hacer justicia en el caso, ha de hacerse valer tanto respecto de la jurisdicción internacional de un juez argentino como de un juez extranjero.

De aquí se sigue que lo que da contenido federal a un pronunciamiento no sólo es que la garantía de los jueces naturales se atribuya a un juez o tribunal extranjero (*Fallos*, 234:146; 238:141; 239:436). A mi juicio, no puede considerarse correcto el criterio jurisprudencial según el cual para que la garantía de los jueces naturales resulte ajena a las decisiones sobre competencia es requisito que ésta se atribuya a *tribunales del país* (fallos de la Corte precitados). Esta jurisprudencia *unilateralista*, digamos, no es convincente, pues la garantía de los jueces naturales se halla en juego tanto cuando se atribuye jurisdicción a un "tribunal del país" como a un extranjero. Así pienso que debería interpretarse el contenido federal del conflicto jurisdiccional. Según expuse anteriormente las normas no sólo han de estudiarse como hoy son aplicadas sino también como se razona que deberían ser interpretadas y aplicadas. Porque no sería prudente desconsiderar una posible interpretación doctrinaria que podría tener algún eco en la jurisprudencia. Los abogados y los jueces hemos de considerarnos copartícipes en la común tarea de desarrollar el derecho.

También considero *unilateral* la reciente jurisprudencia de la Corte que considera sentencia definitiva al pronunciamiento que priva de la jurisdicción de los tribunales argentinos ("Narbaiz c. Citibank N.A." fallo de la Corte del 17/IX/1987, *E.D.*, 16/III/1988). Asimismo, es irrazonable el *unilateralismo* de considerar cuestión federal al pronunciamiento que importa discutir la privación de jurisdicción de un *Tribunal argentino* ("*Zapata c. Stehlin*"). Si se discute la jurisdicción de un tribunal extranjero también puede estar en tela de juicio la garantía de los jueces naturales y configurarse una cuestión federal.

Es conveniente distinguir entre la jurisdicción internacional *exclusiva* de los tribunales argentinos y otras hipótesis de jurisdicción argentina sólo *concurrente*.

## B) Jurisdicción argentina exclusiva

Si una norma de jurisdicción internacional argentina les confiere a los jueces nacionales la jurisdicción exclusiva para extender en un caso, no cabe reconocer ninguna sentencia extranjera que invada la

jurisdicción argentina, ni aun en el supuesto del llamado "reconocimiento involuntario", como sería, para Goldschmidt, el de la sentencia de divorcio de un matrimonio celebrado en Alemania con domicilio en la Argentina, y con posterior matrimonio celebrado en Alemania. La invasión a la jurisdicción argentina exclusiva, establecida en el art. 104 de la ley matrimonial, no puede ser soslayada por haber sido celebrado un segundo matrimonio en el extranjero. Si esta tesis fuese admitida, quedaría implícitamente derogada la regla sentada en el caso "Vlasov". Ver el art. 164 del Código Civil.

### C) Jurisdicción extranjera exclusiva

Si las partes han pactado la jurisdicción exclusiva de los jueces de determinado tribunal extranjero sobre la base de nuestro art. 1º del Código Procesal, será insuscriptible de reconocimiento la sentencia dictada en otro tribunal extranjero sin el consentimiento del demandado.

### D) Jurisdicción extranjera concurrente

Puede haber jurisdicción extranjera concurrente con la jurisdicción argentina. Ello ocurre si un contrato internacional tiene lugar de cumplimiento en el extranjero y el demandado se domicilia en la Argentina. Según el art. 2650, incs. a y b del nuevo Código, concurre la jurisdicción de los diferentes lugares de ejecución y la del domicilio del demandado. De ahí que les reconocamos jurisdicción a los jueces extranjeros de algún lugar de cumplimiento o del domicilio del demandado si éste radica en el extranjero.

La concurrencia se podría producir entre diversos tribunales extranjeros —por ejemplo, de distintos lugares de cumplimiento del contrato—. En cambio, si el juez extranjero entiende en el litigio contractual sobre la base de una conexión jurisdiccional diferente —y gr., de los bienes que el demandado posee en el país de aquel juez—, su sentencia no será pronunciada según las reglas argentinas de jurisdicción internacional. Empero, si en los lugares en que existe jurisdicción según las reglas argentinas se admite la jurisdicción del juez del lugar de los bienes, deberemos también admitir el *renvoi* a esa jurisdicción. En cambio, si los jueces que consideramos con jurisdicción no admiten reconocer el foro de patrimonio, tampoco habremos de

reconocer la jurisdicción de un tribunal por la sola circunstancia de la radicación de bienes del demandado.

En el caso "Jobke c. Neidig", la Corte determinó las diversas jurisdicciones concurrentes para entender en el divorcio de un matrimonio celebrado en el extranjero con último domicilio conyugal también en el extranjero. Puesto que no se probó que el último domicilio conyugal había radicado en la Argentina, y como parecía verosímil que hubiese estado en Alemania, la Corte admitió concurrentemente la jurisdicción de los tribunales alemanes y los de la residencia del demandado, considerando que no era cierto el domicilio de este último al momento de ser entablada la demanda.

### E) Conflictos de jurisdicciones extranjeras

Puede ocurrir que dos o más jurisdicciones extranjeras entren en conflicto para entender en un caso. Si las reglas argentinas las consideran concurrentes, se reconocerá la sentencia pronunciada antes. Es decir, la concurrencia de jurisdicciones derivada de reglas argentinas prevalece sobre la exclusividad de jurisdicción derivada de reglas extranjeras. Es lo que acontecía en el caso "Jobke c. Neidig", en el cual la jurisdicción alemana era considerada exclusiva y excluyente de la mejicana, mientras que según la Corte, ambas eran concurrentes. Es claro que cuando dos o más jurisdicciones extranjeras entran en conflicto se debe aplicar, para dirimirlo, las reglas argentinas de jurisdicción internacional.

Ante un eventual conflicto negativo de jurisdicciones extranjeras —esto es, un caso en el cual ninguna asuma jurisdicción—, es probable que los jueces argentinos deban asumirla sobre la base de contactos locales suficientes, a fin de evitar una denegación internacional de justicia (ver la situación del caso "Vlasov").

### F) Autoridad de cosa juzgada de la sentencia extranjera

La sentencia extranjera ha de ser *definitiva*, e insuscriptible de impugnación por vía de recursos ordinarios según la ley del lugar de su pronunciamiento. Si la sentencia es definitiva, aunque se la pueda impugnar por vía del recurso extraordinario, como ocurre en nuestro país, puede reconocérsela. Sin embargo, si en virtud del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia extranjera, el tribunal que entiende en la instancia adopta alguna medida de suspensión

de la ejecución, se puede seguir en la Argentina el procedimiento incidental del *exequatur*, pero suspendiendo el pronunciamiento de la sentencia argentina que lo ordene hasta tanto no medie decisión del recurso extraordinario sustanciado en jurisdicción extranjera. En cambio, la mera concesión de un recurso extraordinario en el extranjero no priva a la sentencia de su carácter definitivo.

### G) Garantía de defensa

La citación personal requerida es una exigencia particular del principio general de defensa (art. 517, inc. 2º, C.P.N.). De este principio general se desprende, también, la exigencia de una *representación regular* del demandado, y que éste haya podido ejercer razonablemente sus medios de defensa. El demandado gozará de un tiempo razonable para contestar la demanda; se ha de respetar el *audi alteram partem*; los procedimientos han de ser conducidos de modo que no se frustre su finalidad esencial; ha de haber tanta libertad en los medios y remedios como sea necesario para que las partes puedan hacer valer sus defensas. Así, se juzgó insusceptible de reconocimiento una sentencia extranjera que mandaba anular una inscripción matrimonial en jurisdicción del tribunal extranjero, porque la esposa, domiciliada en la Argentina, fue citada por edictos, aunque sólo como tercero interviniente (Cám. Civ., Sala B, L.L., 84-494).

En rigor, este principio debe apreciarse y aplicarse según la garantía del derecho constitucional internacional argentino de derechos humanos (art. 18, C.N. y art. 1º del nuevo Código). Cabe aquí una remisión a los estudiosos del derecho constitucional y de los derechos humanos.

### H) Legalización, autenticación y traducción

La sentencia extranjera tiene que estar legalizada por el cónsul argentino acreditado en la jurisdicción del tribunal extranjero (*A.D.L.A.*, 1889-1919, pág. 1193). Ahora bien: es indispensable tener presente que al cónsul argentino se le prohíbe legalizar documentos si éstos se refieren a un acto contrario a la legalización de su país (art. 225 del dec. 8714, 3/X/1963, o Reglamento consular). El cónsul argentino en el extranjero debe examinar en su esfera administrativa, si está o no prohibida la legalización de la sentencia extranjera, como de cualquier otro documento, en virtud de aquella norma

del Reglamento Consular que tiene la obligación de aplicar. Por ello, se puede advertir un primer control administrativo de legalidad en sede consular.

Contra el rechazo de legalización por el cónsul cabe un recurso jerárquico y judicial. Sin embargo, nos preguntamos si es admisible iniciar el *exequatur* o solicitar el reconocimiento con la constancia de haber sido negada la legalización por decisión consular. A mi juicio, sería admisible. El juez del reconocimiento o del *exequatur* es el competente para revisar inmediatamente la decisión consular negativa, esto es, que deniegue la legalización.

Los documentos en que conste la legalización de la sentencia extranjera por los cónsules argentinos acreditados en la jurisdicción del tribunal que dictó el fallo han de ser autenticados por nuestra Cancillería, con certificación de las firmas de nuestros cónsules que hayan legalizado la sentencia.

Si el fallo fue pronunciado en lengua extranjera, debe presentárselo traducido por traductor público autorizado según las normas argentinas. No se requiere la nacionalidad argentina del traductor (Cám. Civ. en pleno, 2/VIII/1977, E.D., 74-247).

### I) Orden público

La sentencia extranjera no debe afectar los principios de orden público del derecho argentino, según el art. 517, inc. 4º, Código Procesal. Se trata de los principios de orden público que controlan la aplicación del derecho extranjero en la norma de conflicto. No cabe, pues, una *revisión sobre el fondo* del pronunciamiento extranjero. Ni siquiera cuando el juez extranjero ha aplicado el derecho material argentino su decisión es revisable por vía de reconocimiento o *exequatur*; tampoco procede revisar las normas de conflicto aplicadas por el tribunal extranjero. Así, no es condición de reconocimiento que se haya aplicado las normas de conflicto argentinas; ni siquiera se requiere la aplicación de normas de conflicto *equivalentes*. El respeto a la decisión extranjera comprende también el de las normas de conflicto aplicadas por el juez que la dictó. Tampoco son revisables los métodos de *calificar* la controversia, el tratamiento de las *cuestiones previas*, ni, en general, la interpretación, integración y aplicación de las normas de conflicto aplicadas por el tribunal extranjero. No se exige, asimismo, *reciprocidad* para el reconocimiento.

El control concierne a la solución material de la controversia en cuanto a su eficacia o ejecución en el país estrictamente. De ahí que se requiera una comparación sustancial entre aquella solución y el espíritu del derecho argentino. Desde este punto de vista material, no cabría reconocer una solución extranjera contraria a la que impondría una norma de policía de aplicación exclusiva argentina. No se cuestiona que la sentencia extranjera haya aplicado las normas de conflicto, materiales o de policía que se consideró competentes; se revisa la solución de fondo. Y si ésta es contraria a la que impone una norma de policía de D.I. Pr. argentino, entonces hay que hacer respetar esta norma en jurisdicción argentina. Si se intentase, por ejemplo, el reconocimiento de una sentencia extranjera que impusiese una solución contraria a la ley argentina exclusivamente aplicable en las hipótesis del art. 604 de la ley 20.094, de la navegación, habría que sustituir la solución foránea por la solución argentina de aplicación exclusiva.

En este mismo orden de ideas, si un matrimonio celebrado en la Argentina fuese divorciado por sentencia de un tribunal extranjero, esta decisión, en tanto violaba la norma de policía del art. 7º de la Ley de Matrimonio, no podía ser reconocida en el país. En realidad, estas normas expresan principios fundamentales. En tal sentido, se había juzgado que el principio de indisolubilidad del vínculo matrimonial contraído en nuestro país —sobre el cual estaba vertebreado entre nosotros el matrimonio— era de orden público y afectaba al fundamento mismo de la organización de la familia (Cám. Civ. en pleno, *J.A.*, 1961-II-584).

También hubiese obstado al reconocimiento o ejecución de una sentencia extranjera el hecho de que ésta dispusiese una solución contraria al principio sentado en el art. 1208, Código Civil argentino. La nota al art. 1208, siguiendo a Story, considera la solución del artículo "como un principio de moral que debían reconocer todas las naciones" y, además, "sería una resolución extraña de un tribunal de justicia la que hiciese cumplir tales contratos". Es claro, pues, que el principio en que se funda el art. 1208 del Código Civil, concierne al espíritu de nuestro derecho y, por ende, a los principios de orden público del derecho argentino (art. 517, inc. 4º, C.P.N.). El art. 2600 del nuevo Código dirime el punto. El orden público del art. 2600 debe ser apreciado según los principios fundamentales de la Constitución y los tratados de derechos humanos (art. 1º del nuevo Código). Además por los principios fundamentales del nuevo derecho privado. En ciertos aspectos se discutirá si una norma o un conjunto

de normas nuevas expresarán un principio de orden público nuevo. Sólo cabe esperar la jurisprudencia. A veces puede ser difícil distinguir normas imperativas sobre deuda externa y principios de orden público (ver Corte Suprema, caso "Claridien").

Plantearé ahora una cuestión que no ha sido considerada, a mi saber, por la jurisprudencia ni por la doctrina. La sentencia extranjera no debe afectar nuestros principios de orden público. El principio del debido proceso integra nuestro orden público (art. 14, incs. 1º y 2º, Cód. Civ.), pero la garantía de defensa es un requisito que el art. 517, inc. 2º, Código Procesal, le impone al procedimiento extranjero en el cual se haya dictado la sentencia que viene a reconocimiento.

Puede ocurrir que la violación del debido proceso y de la garantía de defensa en sentido federal sustantivo provenga, no ya del procedimiento seguido, sino de la *arbitrariedad* en que podría incurrir la misma sentencia definitiva. Me pregunto si es posible desconocer una sentencia extranjera por arbitraria y, por ello, violatoria del principio de orden público del debido proceso. Si la sentencia extranjera fuese susceptible de ser calificada de arbitraria en el sentido que ha elaborado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, le causaría indelensión a la parte afectada por la arbitrariedad. En este sentido, me inclino a pensar que no puede ser reconocida una sentencia extranjera arbitraria.

Ciertamente, la arbitrariedad de la sentencia extranjera debería surgir del mismo pronunciamiento, pero sería admisible requerir la remisión de la causa para examinar si se ha incurrido en ese vicio. Se ha de atender el planteo, como tradicionalmente lo tiene sentado la Corte, con criterio restrictivo; y en cuanto a la remisión de la causa extranjera, habrá que apreciar con igual criterio estricto la verosimilitud de la arbitrariedad alegada para requerirla, previniendo toda conducta procesal maliciosa, o sancionándola *a posteriori* si se hace evidente la finalidad de obstruir o dilatar el reconocimiento o la ejecución de la sentencia.

La revisión por arbitrariedad no debe ser confundida con la revisión sobre el fondo. Así, no cabe revisar la interpretación de la norma aplicada en la sentencia, pero sí la arbitrariedad prescindencia de la norma aplicable al caso sin dar razón alguna de la omisión de aplicarla. Si existió la posibilidad de plantear un recurso por arbitrariedad —aun siendo tal recurso de carácter extraordinario— y no se hizo ejercicio de él, no se debería admitir el planteo en el *exequatur* o el reconoci-

miento argentinos. En cambio, si se ha interpuesto el recurso en el país del fallo, aunque éste siga siendo definitivo, se puede suspender precautoriamente el reconocimiento o *exequatur*, siendo verosímil la impugnación por la vía extraordinaria. Y aun habiendo sido desestimado el recurso en el extranjero, es dable revisar la arbitrariedad de la sentencia foránea según los criterios de la jurisprudencia de nuestra Corte, a fin de salvar el principio del debido proceso.

### J) Arbitrariedad de la sentencia extranjera

Si una sentencia extranjera afirma que una persona está domiciliada en su jurisdicción y tal conclusión es arbitraria: ¿puede revocarse este aspecto de la sentencia? O si afirma la prueba de un documento que no existe, ¿debe admitirse tal conclusión?

Si una sentencia extranjera prescinde de una norma aplicable que hubiera conducido a una solución diametralmente opuesta del caso: ¿cabe silenciar tal prescendencia?

Si la sentencia extranjera incurre en una doble arbitrariedad fáctica y normativa: ¿es insusceptible de desconocimiento?

#### I. Arbitrariedad fáctica

Una conclusión del fallo extranjero sobre el domicilio de una parte puede entrañar una cuestión de jurisdicción. Si se demuestra que tal conclusión es arbitraria, el asunto podría convertirse en una cuestión acerca de la jurisdicción del tribunal sentenciante.

No cabe una revisión ordinaria de las conclusiones fácticas del fallo. Pero si la sentencia incurre en una afirmación o negación arbitraria sobre el punto de hecho decisivo para la causa, la sentencia quebrañta el debido proceso en sentido substancial. De qué serviría a las partes poder ofrecer y producir pruebas si éstas luego serán manipuladas arbitrariamente en el fallo. No puede haber una completa revisión del fondo del fallo. Pero sí una revisión de su *razonabilidad*.

#### 2. Arbitrariedad normativa

Como arbitrariedad normativa puede enfocarse el caso en que la sentencia extranjera incurriese en una arbitraria elección del derecho aplicable.

Recordemos por ejemplo el caso "Gray c. Formosa" (1963), págs. 259 (C.A. 1962) en el cual la Corte de Apelaciones de Inglaterra desestimó una sentencia maltesa que declaró nulo un matrimonio entre un católico maltés casado en Inglaterra con una inglesa domiciliada en Inglaterra. El tribunal de Malta a instancias del marido declaró nulo el matrimonio porque según el derecho de Malta el marido sólo pudo casarse ante un presbítero católico.

La Corte de Apelaciones inglesa desconoció la sentencia maltesa. Lord Denning, Master of the Rolls, se contentó con "decidir este caso sobre la simple base de que los tribunales de este país no están obligados a reconocer el decreto de una sentencia de otro país cuando ésta ofende nuestras ideas de justicia" (cit. págs. 269; *accord id.*, págs. 270, Donovan L.J.; *id.* págs. 271, Pearson L.J.).

Estamos de acuerdo con Von Mehren cuando sostiene que la arbitrariedad no estaba aquí en el derecho material de Malta sino en *la arbitraria elección del derecho de Malta para juzgar su validez de un matrimonio celebrado en Inglaterra con una inglesa domiciliada allí que razonablemente sólo pudo pensar que el matrimonio sería juzgado por la ley inglesa como lex loci celebrationis*, aplicable a la forma del matrimonio (Von Mehren, *Recognition*, cit., págs. 42).

La elección arbitraria de un derecho aplicado en la sentencia puede causar indefensión a quien jamás, en su sano juicio, pudo pensar que sería juzgado por el derecho aplicado. Esta arbitrariedad produce indefensión. Debe ser desconocida. Es verdad que afecta la idea de justicia. Véanse nuestros desarrollos sobre nulidad incierta de un matrimonio celebrado en el extranjero.

#### 3. Arbitrariedad general

En ocasiones, todo un sistema de administración de justicia puede fallar. Así, en "Banco Minero c. Ross", los tribunales de Texas concluyeron en 1915 que el sistema de justicia administrado en el Estado Mexicano de Chihuahua no proveía a *full and fair trial*. La Corte dijo: *the entire proceeding appears to have been arbitrary in its nature and summary in its execution...* (106 Tex. 537, 172 S.W. 715).

En este contexto cabe mencionar el caso "Zapata c. Strehlin" fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y sobre el cual la Corte Suprema desestimó una queja por denegación de un recurso extraordinario el 3/XI/1988 con valioso estudio de Radzym-

insky, efectuado con las "valiosas apreciaciones críticas y sugerencias" del Dr. Dieter Martiny del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht de Hamburgo*.

#### 4. Ausencia manifiesta de estado de derecho (*rule of law*)

Puede ocurrir y cada estado debe vigilar para que no ocurra una falta de estado de derecho (ver "Un país sin justicia", *La Nación*, editorial del 18/08/2009 entre muchos otros y Presentación a la presente edición).

#### K) Incidente de *exequatur*

La ejecución de una sentencia extranjera debe ser solicitada ante el juez de primera instancia que corresponda, según las normas de competencia por razón del lugar y la materia (arts. 518 y 5º, C.P.N., y dec. ley 1285/1958; Palacio, *Derecho procesal civil*, t. VII, pág. 327). La demanda de *exequatur* puede ser requerida por la parte interesada o por exhorto. Es importante destacar que no habiendo un tratado que autorice al juez del *exequatur* a designar de oficio un procurador, la incomparencia del interesado a impulsar el trámite paraliza la rogatoria (ver Palacio, *loc. cit.*). Reviste interés el decisivo impulso de parte. Cabe advertir que la regla general no determina el trámite de oficio de los exhortos; de ahí que suele haber, por esta razón, paralizaciones en la práctica judicial. Bien vale, pues, la advertencia.

Es menester agregar las piezas que acrediten los requisitos del art. 517, si éstos no surgen de la sentencia misma. El juez deberá examinar si se han acompañado dichas actuaciones antes de correr el traslado del art. 180, Código Procesal. Sin embargo, si fuere manifiesto el incumplimiento de alguno de los recaudos del art. 517, el juez deberá rechazar el pedido *in limine* (art. 179).

Para la posible producción de pruebas, el magistrado puede disponer plazos acordados con la naturaleza del asunto, sobre la base de sus facultades ordenatorias e instructorias, aun excediendo el límite de diez días que impone el art. 181. Ha de disponer lo judicialmente prudente, atendiendo a las circunstancias del *exequatur*, y no del incidente. Se trata de un proceso de conocimiento que el juez del *exequatur* debe conducir garantizando la defensa.

La resolución que concede o deniega el *exequatur* es apelable en relación y en ambos efectos (art. 243, C.P.N.). La resolución definitiva es impugnada por la vía del recurso extraordinario si se dan los recaudos para su procedencia formal, ya que puede considerarse la sentencia definitiva a los efectos del recurso federal. Si se debaten cuestiones federales de jurisdicción intencional, se abre el recurso extraordinario sobre la base de esas cuestiones.

*Ver jurisprudencia:* "Holiday Inns Inc. c. Exportadora Buenos Aires S.A.", 94/00/36/H, Sec. n° 1, del 30/4/2002.

#### L) Reconocimiento de eficacia

Cuando se invoca en un proceso la autoridad de una sentencia extranjera, su eficacia depende del examen que se haga de los requisitos del art. 517. Dicho examen puede ser efectuado sin necesidad de ocurrir al trámite del *exequatur*. Al pronunciarse sobre alguna cuestión ventilada en el proceso, el juez debe considerar si se ha reunido aquellos recaudos, de modo que puede dicriminar sobre la eficacia de la sentencia extranjera, sin más trámite si el estudio de las exigencias del art. 517 lo consiente. Empero, puede ocurrir que para pronunciarse sobre la eficacia de la sentencia en el proceso principal se torne necesario tramitar un incidente de la cuestión relacionada con el objeto principal del pleito. En tales condiciones, se promovería un incidente de reconocimiento de eficacia de la sentencia extranjera, que tramitaría en pieza separada, según los arts. 175 y sigs. del Código Procesal.

Puede ser necesario el reconocimiento de eficacia incidental a fin de garantizar el debido proceso con relación, específicamente, a la eficacia de la sentencia extranjera sobre las pretensiones del proceso principal. En general, será menester oír a la parte que puede resultar afectada por aquella sentencia. Ello implica la eventualidad de promover un incidente sobre las cuestiones que se controviere respecto de los requisitos exigidos por el art. 517 para el reconocimiento de eficacia. Esta vía garantiza la defensa, y el magistrado debe ordenar el incidente con tanta amplitud de debate y prueba como las particulares cuestiones discutidas lo requieran. Es aplicable aquí lo antes considerado sobre el incidente de *exequatur*.

El reconocimiento de eficacia incidental es planteado, generalmente, con miras a sentencias extranjeras declarativas o constitutivas,

pero nada obsta a que una sentencia de condena sea sometida a un mero reconocimiento de eficacia. Entiendo que si al reconocimiento se lo pronuncia previo trámite incidental, ese reconocimiento equivale a la sentencia de *exequatur*. Consiguientemente, se podrá iniciar la ejecución de la sentencia extranjera reconocida en la forma prevista para las sentencias pronunciadas por jueces argentinos (art. 518, tercera parte, C.P.N.).

### M) Tratados internacionales

Los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 (arts. 5° a 8°) y de 1940 (arts. 5° a 10) regulan el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras de modo análogo al establecido en las normas antes consideradas.

El convenio entre Italia y la Argentina sobre auxilio judicial internacional y ejecución de sentencias, del 1° de agosto de 1887, aprobado por ley 3983, del 5 de noviembre de 1901, establece un *exequatur* por la vía del proceso sumario.

La convención de Viena sobre responsabilidad por daño nuclear, aprobada por ley 17.048, regula el reconocimiento y la ejecución de sentencias en el ámbito de la convención, en su art. XII.

#### 1. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo, del 6 de mayo de 1979

Esta convención establece como principios destacables, en materia de requisitos para el reconocimiento, que la jurisdicción del juez sentenciante será apreciada según la ley del Estado en donde la sentencia deba surtir efecto (art. 2°, inc. d), y que la sentencia no tiene que afectar los *principios* y las *leyes* de orden público del Estado de reconocimiento (art. 2°, inc. h). Se trata de leyes de orden público en casos internacionales.

Son las normas de policía de aplicación exclusiva del Estado de reconocimiento las que no pueden ser contrariadas por las sentencias extranjeras. Es importante restringir a este alcance el sentido de la convención. Las "leyes" aludidas no son las normas coactivas de derecho privado interno del país de reconocimiento. Se exige una no-tificación o emplazamiento susancialmente equivalente al aceptado

por la ley del Estado en que habrá de surtir efectos (art. 2°, inc. d). Se admite la eficacia parcial de la sentencia o laudo extranjero (art. 4°; ver el texto de la convención —aprobada por ley 22.921; *B.O.*, 27/IX/1983— en el t. III de esta obra).

#### 2. Convención de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial, del 1° de febrero de 1971

El ámbito de aplicación de esta convención está circunscrito adecuadamente en sus tres primeros artículos. En cuanto a los decisivos aspectos concernientes a los requisitos exigidos para el reconocimiento, la convención exige, en primer lugar, que la sentencia haya sido pronunciada por un tribunal competente según las propias normas de la convención (art. 4.1 y arts. 10 y 11). Los criterios adoptados a tal efecto son admisibles en el respectivo marco convencional específico, sin perjuicio de las normas argentinas de jurisdicción internacional aplicables al reconocimiento y la eventual ejecución de sentencias dictadas por tribunales de países no partes de la convención (art. 517, inc. 1°, C.P.N.). En lo que atañe a las acciones relativas a un inmueble, se reconoce la jurisdicción de los tribunales de su situación, de modo que puede considerársela congruente con el art. 10 del Código Civil argentino.

También se requiere que la sentencia extranjera haya pasado en autoridad de cosa juzgada material (art. 4.2), en armonía con el inc. 1° del art. 517, antes citado. Además, para declarar ejecutoria a la sentencia extranjera se exige que ésta sea ejecutable en el país de origen (art. 4°, último párrafo, de la convención).

Nada obsta a admitir el posible rechazo del reconocimiento por fraude cometido en el procedimiento (art. 5.2), pues entonces no se respeta el debido proceso como garantía constitucional argentina (art. 517, inc. 2°). Los demás recaudos de los arts. 5° y 6° de la convención son compatibles y armonizan con los requeridos por el art. 517 ya citado.

En cuanto al art. 7°, la revisión sobre el fondo, que él no autoriza, para rechazar el reconocimiento, tampoco es exigida por nuestro art. 517. Empero, puede rechazárselo por la aplicación del derecho aplicable a la cuestión previa de la capacidad o a otras materias excluidas por la convención. Así, v.gr., la Argentina podría rechazar

el reconocimiento de una sentencia extranjera que aplica el derecho de la nacionalidad para regir una cuestión de capacidad, si según las normas de D.I.Pr. argentino se debe regir dicha cuestión por el derecho domiciliario (arts. 6º, 7º y 948, Cód. Civ.); también podría ocurrir a la inversa. Esto queda al arbitrio del país de reconocimiento. Aquí se podría aplicar el principio de reciprocidad. La revisión sobre la solución material tampoco resulta factible, en congruencia con nuestro sistema (art. 8º).

La jurisdicción internacional exclusiva del país de reconocimiento está a salvo en el art. 12. También se respeta la jurisdicción exclusiva de un tercer país, y se reconoce la jurisdicción exclusiva reconocida a los árbitros. En estos casos se puede denegar el reconocimiento. El sistema es compatible con el art. 517, inc. 1º, que también defiende la jurisdicción de los tribunales de un tercer país, y el art. 1º del mismo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que faculta la pró-rroga de jurisdicción exclusiva en jueces o árbitros extranjeros.

### 3. *Grupo de Trabajo Informal sobre el Proyecto relativo a sentencias*

En virtud de una decisión tomada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el 24 de abril de 2002 se conformó el Grupo de Trabajo Informal sobre una Convención sobre Jurisdicción y Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial según el siguiente documento:

#### HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

PERMANENT BUREAU - 6, SCHEVENINGSEWEG - 2517  
KT THE HAGUE - NETHERLANDS - +31 (70) 363 3303 -  
TELEFAX +31 (70) 360 4867  
e-mail: [secretariat@hcch.net](mailto:secretariat@hcch.net) - web: <http://www.hcch.net>

#### A. NOTE TO THE PARTICIPANTS OF THE INFORMAL WORKING GROUP ON A CONVENTION ON JURISDICTION AND RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS

Following the decisions taken on 24 April 2002 by Commission I on General Affairs and Policy of the Hague Conference, the Permanent

Bureau has the pleasure to inform you of the names of those members of the informal working group who have already confirmed their participation, and to transmit to you herewith Preliminary Document No 19:

#### REFLECTION PAPER TO ASSIST IN THE PREPARATION OF A CONVENTION ON JURISDICTION AND RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS

For the attention of the informal group which Professor Allan Philip from Denmark has kindly accepted to chair.

A number of further nominations to the group are still pending. You will be informed about further participants in due course.

The first meeting of the group, which will be held in both English and French, without interpretation, will take place at the Permanent Bureau, 6 Scheveningseweg, The Hague on:

Tuesday, 22 October 2002, 1.30 p.m. — Friday,  
25 October 2002, 4.00 p.m.

Tentatively, a second meeting could be envisaged to take place either from 6-8 or 15-17 January 2003. Participants are invited to inform the Permanent Bureau of their preferences as soon as possible.

The Permanent Bureau avails itself of this opportunity to renew to the members of the informal working group assurances of its highest consideration and esteem.

Paul Beaumont

Antonio Boggiano

Alegría Borrás

Andreas Bucher

Masato Dogauchi

Antonio Gidi

David Goddard

Jeff Kovar

Tatyana Nesharayeva

Allan Philip

Fausto Pocar

Kathryn Sabo

Jin Sun

Peter Trooboff

THE HAGUE, 23 September 2002.

./ Enclosure mentioned.

Asuntos Generales

Documento preliminar nro. 8 (corregido)

Marzo de 2003

#### RESULTADO PRELIMINAR DE LOS TRABAJOS DEL GRUPO DE TRABAJO INFORMAL SOBRE EL PROYECTO RELATIVO A LAS SENTENCIAS

*Documento preliminar nro. 8 de marzo de 2003 (corregido) a la intención de la Comisión especial de abril de 2003 sobre asuntos generales y política de la Conferencia*

#### B. RESULTADO PRELIMINAR DE LOS TRABAJOS DEL GRUPO DE TRABAJO INFORMAL SOBRE EL PROYECTO RELATIVO A LAS SENTENCIAS

##### NOTA DE LA OFICINA PERMANENTE

De conformidad con la Decisión adoptada por la Comisión I de la Decimovena Sesión de la Conferencia el 24 de abril de 2002, la Oficina Permanente constituyó un Grupo informal de trabajo con el objeto de preparar un texto relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial, que se sometería a una Comisión Especial. Dentro de las áreas identificadas como las más significativas por la Comisión I (1), el Grupo informal tomó la opción de empezar a trabajar sobre los acuerdos de elección de foro para las transacciones comerciales. El Grupo ha celebrado tres reuniones, de tres días de duración cada una. El grupo redactó un texto centrado en la elección de foro y el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y comercial que considera, como tal, suficientemente avanzado para someterse ya a una Comisión Especial o, al menos, después de una nueva reunión del Grupo.

(1) La Comisión I identificó como áreas esenciales los acuerdos de elección de foro en casos B2B, sumisión, foro del demandado, demanda reconvenional, trusts, y responsabilidad por daños físicos (ver documento preliminar nro. 19, pág. 6).

El Grupo discutió otras de las áreas identificadas por la Comisión I, como el foro del demandado, la demanda reconvenional y la sumisión a la competencia del tribunal. El Grupo no pudo tratar en suficiente profundidad estas materias en el tiempo disponible para permitir algunas conclusiones finales respecto a la posibilidad de redactar textos convencionales sobre estas materias.

Finalmente, debe señalarse que la Cámara de Comercio Internacional ha realizado recientemente investigaciones en materia de "prácticas mercantiles en cuestiones jurisdiccionales", cuyos resultados preliminares estarán disponibles en la reunión de la Comisión Especial de 1 de abril de 2003.

#### GRUPO DE TRABAJO BORRADOR DE TEXTO SOBRE LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO

Los Estados signatarios de la presente Convención,

Desosos de promover el comercio y las inversiones internacionales mediante una cooperación procesal más efectiva,

Convencidos que dicha cooperación procesal requiere de un régimen jurídico internacional que asegure la eficacia de los acuerdos de elección de foro convenidos entre las partes en sus operaciones comerciales y que a su vez regule el reconocimiento y ejecución de las sentencias que se dicten siguiendo los procedimientos convenidos en dichos acuerdos,

Han resuelto concluir la siguiente *Convención relativa a los acuerdos de elección de foro* y han acordado las disposiciones siguientes:

### Capítulo I

#### Disposiciones preliminares

#### Artículo 1

#### Ámbito de aplicación

1. La presente Convención se aplicará a los acuerdos de elección de foro que se celebren en materia civil y mercantil.
2. La Convención no se aplicará a:

a) los acuerdos celebrados entre una persona física actuando primordialmente por razones personales, familiares o domésticas (el consu-

midor) y otra parte actuando de acuerdo con los objetivos de su actividad profesional o comercial, o entre consumidores;

b) los contratos de trabajo, individuales o colectivos.

3. La Convención no se aplicará a los procedimientos relativos a:

a) estado y capacidad de las personas;

b) obligaciones alimenticias;

c) regímenes matrimoniales y otros derechos y obligaciones resultantes del matrimonio o de relaciones similares;

d) testamentos y las sucesiones;

e) insolvencia, concordatos y materias análogas;

f) [materias marítimas] [contratos para el transporte de mercancías por mar];

g) [reclamaciones en materia de competencia o de anti trust];

h) responsabilidad nuclear;

i) derechos reales inmobiliarios;

j) validez, nulidad o disolución de personas jurídicas y resoluciones relativas a las mismas;

k) validez de patentes, marcas y [otros derechos de propiedad intelectual - por definir].

[4. Si a una de las materias incluidas en el párrafo 3 surgiera en un procedimiento como cuestión incidental, dicho procedimiento no quedará excluido del ámbito de aplicación de esta Convención. Sin embargo, de acuerdo con la Convención, la sentencia resultante de dicho procedimiento sólo tendrá efectos entre las partes].

5. Esta Convención no se aplicará al arbitraje ni a los procedimientos relacionados con el mismo, ni obligará a un Estado Contratante a reconocer y ejecutar una sentencia judicial, si el tribunal de origen al ejercer su jurisdicción actuó en contradicción a lo pactado en el acuerdo de arbitraje.

6. Un procedimiento no quedará excluido del ámbito de la Convención por el solo hecho de que un Gobierno, una agencia gubernamental, u otra persona actuando en representación de un Gobierno, hayan sido parte en el mismo.

7. La Convención no afectará los privilegios e inmunidades de los Estados soberanos, de los órganos de Estados soberanos o de organizaciones internacionales.

## Artículo 2

### Definiciones

1. A los efectos de esta Convención:

a) "acuerdo de elección de foro" significa un acuerdo por el que dos o más partes designan, con el objeto de resolver controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellos, respecto a una relación jurídica concreta, a los tribunales de uno o más Estados o a una o más autoridades judiciales en forma específica;

b) "acuerdo exclusivo de elección de foro" significa un acuerdo en que las partes designan a los tribunales de un Estado, o a una autoridad judicial determinada con exclusión de la competencia de cualquier otro órgano judicial. Un acuerdo de elección de foro que designe los tribunales de un Estado o a una autoridad judicial específica, se considerará que es exclusivo, salvo que las partes hayan dispuesto lo contrario;

c) "sentencia" significa una resolución en cuanto al fondo emitida por el tribunal, independientemente de su denominación, incluyendo autos u órdenes, así como la determinación de costas o gastos por el tribunal o por funcionarios del mismo, siempre que tal resolución se refiera a una sentencia que sea susceptible de ser reconocida o ejecutada de conformidad con esta Convención.

2. Para los fines de esta Convención, una entidad o persona que no sea persona física, se considerará que es "residente habitual" en aquel Estado:

a) donde tenga su sede estatutaria;

b) bajo cuya ley se haya constituido;

c) donde tenga su administración central; o

d) donde tenga su establecimiento principal.

## Artículo 3

### Validez formal

Un acuerdo de elección de foro será válido en cuanto a su forma [solamente] (2) si ha sido concluido:

(2) La palabra "solamente" aparece entre corchetes porque todavía no hay consenso sobre si la forma establecida según la Convención impide formas nacionales menos rígidas para crear una competencia gris según el derecho nacional al margen de la Convención.

- a) por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que proporcione información accesible para su uso ulterior;
- b) oralmente y confirmado por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que proporcione información accesible para su uso ulterior;
- c) conforme a un uso que es regularmente observado por las partes que celebraron el acuerdo de elección de foro; o
- d) de conformidad con un uso que las partes en el acuerdo de elección de foro conocían o debieran haber conocido y que es regularmente observado por las partes en contratos de la misma naturaleza y en la rama comercial involucrada.

## Capítulo II

### Competencia judicial

#### Artículo 4

#### Competencia del tribunal designado

1. Si las partes hubieren celebrado un acuerdo de elección de foro exclusivo señalando que el tribunal o los tribunales de uno de los Estados Contratantes serán competentes para resolver cualquier controversia surgida o que pueda surgir en relación con una relación jurídica concreta, dicho tribunal o los tribunales de ese Estado Contratante serán competentes, salvo que el tribunal designado estime que el acuerdo es nulo, inoperante o que no es susceptible de ser cumplido.
2. El párrafo 1 no aplicará en los tribunales de un Estado Contratante si todas las partes son residentes habituales en tal Estado y hubiesen convenido que el tribunal o tribunales de ese mismo Estado Contratante serían competentes para decidir la controversia.
3. Ninguna disposición de esta Convención afectará la competencia material [o la distribución interna de competencias establecida entre los tribunales de un Estado Contratante].

#### Artículo 5

#### Prioridad del tribunal designado

Si las partes hubieren concluido un acuerdo exclusivo de elección de foro, un tribunal de un Estado Contratante, diferentes al Estado donde

se encuentra el tribunal elegido, declinará su competencia o suspenderá el procedimiento, a menos que:

- a) dicho tribunal estime que el acuerdo es nulo, inoperante o no susceptible de ser cumplido;
- b) las partes sean residentes habituales de ese Estado Contratante y todos los otros elementos relevantes para el litigio y la relación entre las partes, aparte del acuerdo de elección de foro, estén vinculados con ese Estado Contratante; o
- c) el tribunal designado haya declinado su competencia.

#### Artículo 6

#### Medidas provisionales o cautelares

La presente Convención no impedirá a cualquiera de las partes solicitar de cualquier tribunal medidas provisionales y de protección o para impedir que un tribunal adopte dichas medidas.

## Capítulo III

### Reconocimiento y ejecución

#### Artículo 7

#### Reconocimiento y ejecución

1. Una sentencia dictada por un tribunal de un Estado Contratante que haya sido designado en un acuerdo de elección de foro, será reconocida o ejecutada, según sea el caso, en los demás Estados Contratantes conforme a lo dispuesto en este Capítulo. El reconocimiento o la ejecución sólo podrá denegarse si:
  - a) el tribunal requerido estime que el acuerdo de elección de foro era nulo;
  - b) el documento con el que se inició el procedimiento u otro documento equivalente, incluyendo los elementos esenciales de la reclamación, no fue notificado al demandado con tiempo suficiente y de forma tal que le permita preparar su defensa;
  - c) la sentencia se obtuvo con fraude en cuestiones procesales;
  - [d) la sentencia es el resultado de procedimientos incompatibles con los principios fundamentales de procedimiento existentes en el Estado requerido;] o

- d) el reconocimiento o la ejecución sería manifiestamente incompatible con el orden público del Estado requerido.
2. Además, el reconocimiento o la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal de un Estado Contratante que hubiere sido designado en un acuerdo de elección de foro, que no fuese un acuerdo de carácter exclusivo, podrá denegarse, si:
- estuvieren pendientes de resolución procedimientos entre las mismas partes y sobre la misma materia en un tribunal que habia conocido de la acción con anterioridad al tribunal sentenciador, ya sea en el Estado requerido o en algún otro Estado, siempre que la sentencia a dictarse en este último fuera susceptible de ser reconocida o ejecutada en el Estado requerido;
  - la sentencia es incompatible con otra sentencia dictada, sea en el Estado requerido o en otro Estado, siempre que la sentencia dictada en este último sea susceptible de ser reconocida o ejecutada en el Estado requerido.
3. Sin perjuicio de la revisión procedimental necesaria, para aplicación de las disposiciones de este Capítulo, no procederá ninguna revisión sobre el fondo de la sentencia dictada por el tribunal de origen.
4. El tribunal requerido no podrá otorgar a la sentencia mayores efectos que aquellos que produce en el Estado de origen.
5. El procedimiento para el reconocimiento o la ejecución podrá ser suspendido o rechazado si la sentencia está aún sujeta a revisión en el Estado de origen o cuando los plazos para interponer los recursos ordinarios en su contra no han expirado todavía.

#### Artículo 8

##### Documentos a presentar

1. La parte que solicite el reconocimiento o la ejecución deberá presentar:
- una copia completa y certificada de la sentencia;
  - si la sentencia fue pronunciada en rebeldía, el original o una copia certificada del documento que acredite que el documento por el que se inició el procedimiento o un documento equivalente fue debidamente notificado a la parte rebelde;
  - toda la documentación que se requiera para establecer que la sentencia es ejecutoria en el Estado de origen;

- d) si el tribunal requerido así lo pidiera, una traducción de los documentos a que se acaba de hacer referencia realizada por persona calificada para hacerlo.
2. La solicitud de reconocimiento o de ejecución podrá acompañarse del formulario modelo anexo a esta Convención y, si el tribunal requerido así lo solicitara, una traducción de dicho formulario hecha por una persona calificada para hacerlo.
3. No se requerirá legalización u otras formalidades.
4. Si el contenido de la sentencia no permitiera al tribunal requerido constatar si se han cumplido las condiciones previstas en este Capítulo, dicho tribunal podrá solicitar de pruebas adicionales para comprobar la existencia del acuerdo de elección de foro y cualquier otra documentación necesaria.

#### Artículo 9

##### Procedimiento

El procedimiento para el reconocimiento, la declaración del exequátur o el registro para ejecución, así como la ejecución misma de la sentencia, se regirán por el Derecho del Estado requerido, a menos que esta Convención disponga otra cosa. El tribunal requerido actuará rápidamente.

#### Artículo 10

##### Costas del procedimiento

Cuando una parte solicite el reconocimiento o la ejecución de una sentencia en un Estado Contratante en los términos de esta Convención y la solicitud fuese rechazada, la condena al pago de costas y gastos que ordene el tribunal requerido será ejecutable según esta Convención en todos los otros Estados Contratantes a petición del beneficiario de dicha orden.

#### Artículo 11

##### Daños

1. Una sentencia que condene al pago de daños que no sean compensatorios, incluyendo daños de carácter ejemplar o punitivo, será reconocida y ejecutada en la medida en que un tribunal del Estado requerido

pudiera haber condenado al pago de daños semejantes o comparables. Nada en este apartado impide al tribunal requerido reconocer y ejecutar la sentencia conforme a su Derecho y exigir el monto total de los daños acordados por el tribunal de origen.

2. El tribunal requerido tomará en consideración si y hasta qué punto los daños acordados por el tribunal de origen fueron para cubrir las costas y gastos originados por el procedimiento.

#### Artículo 12

##### Separabilidad

El reconocimiento o la ejecución de una parte separable de la sentencia podrá concederse si se solicita el reconocimiento o la ejecución de dicha parte o si solamente parte de la sentencia es susceptible de ser reconocida o ejecutada según la Convención.

#### Artículo 13

##### Transacciones

Las transacciones homologadas por un tribunal designado en un acuerdo de elección de foro serán reconocidas o ejecutadas, según sea el caso, conforme a esta Convención y de igual manera que las sentencias.

#### Capítulo IV

##### Cláusulas generales

#### Artículo 14

##### Prohibición de discriminación en materia procesal

En la aplicación de esta Convención las reglas procesales de un Estado Contratante no deben aplicarse de forma discriminatoria en contra de partes que son nacionales o residentes habituales de otros Estados Contratantes.

#### Artículo 15

##### Limitación de la competencia

Al ratificar la presente Convención, un Estado podrá declarar que sus tribunales podrán rechazar decidir sobre un litigio cubierto por

el acuerdo de elección de foro, si, con excepción de dicho acuerdo, no existe vínculo alguno entre ese Estado y las partes litigantes.

#### Artículo 16

##### Limitación al reconocimiento y ejecución

En el momento de ratificar la presente Convención un Estado podrá declarar que sus tribunales podrán rechazar reconocer o ejecutar, según sea el caso, la sentencia dictada por un tribunal de otro Estado Contratante, si todas las partes son residentes habituales en el Estado requerido y todos los demás elementos relevantes en el litigio, así como la relación entre las partes, exceptuando el acuerdo de elección de foro, están vinculados con el Estado requerido.

#### Artículo 17

##### Interpretación uniforme

Al interpretar esta Convención deberá tomarse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.

#### Artículo 18

##### Sistemas jurídicos no unificados

Con relación a un Estado en el que dos o más sistemas jurídicos rigen las cuestiones reguladas por esta Convención y que son aplicables a distintas unidades territoriales, cualquier referencia al derecho o a los procedimientos de un Estado deberá interpretarse como referida al derecho o procedimiento vigente en la unidad territorial correspondiente.

#### Artículo 19

##### Relación con otros instrumentos internacionales

Esta materia no ha sido aún discutida.

## Capítulo V

## Cláusulas finales

## Artículo 20

Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión

## Artículo 21

## Sistemas jurídicos no unificados

1. Si un Estado tiene dos o más unidades territoriales en los que rigen diferentes sistemas jurídicos regulando materias comprendidas en esta Convención, tal Estado podrá, en el momento de firmar, ratificar, aceptar, aprobar o acceder a la misma, declarar que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o más de ellas, pudiendo modificar esa declaración mediante una nueva declaración en cualquier momento.

2. Dichas declaraciones deberán ser notificadas al Depositario e indicar en forma expresa cuales son las unidades territoriales en donde aplicará la Convención.

3. Si un Estado no hiciera declaración alguna conforme a este artículo, la Convención se aplicará a todas las unidades territoriales de ese Estado.

## Artículo 22

## Organizaciones regionales de integración económica

## Artículo 23

Entrada en vigor

## Artículo 24

Reservas

## Artículo 25

Declaraciones

## Artículo 26

Denuncia

## Artículo 27

Notificaciones por el Depositario

Anexo a la Convención

## FORMULARIO A

## CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA

(Formulario modelo confirmando la existencia de una sentencia pronunciada por el tribunal de origen con el objeto de su reconocimiento y ejecución de acuerdo a la Convención sobre acuerdos de elección de foro ("1a Convención").

(EL TRIBUNAL DE ORIGEN)

(DIRECCIÓN DEL TRIBUNAL DE ORIGEN)

(PERSONA DE CONTACTO EN EL TRIBUNAL DE ORIGEN)

(TEL./FAX/CORREO ELECTRÓNICO DEL TRIBUNAL DE ORIGEN)

.....(Demandante)

Caso/Número de expediente:

c.

.....(Demandado)

(EL TRIBUNAL DE ORIGEN) confirma por la presente que ha dictado una sentencia en el asunto arriba citado en (FECHA) en (CIUDAD, ESTADO) que es uno de los Estados Contratantes a esta Convención. Anexa a este formulario se encuentra una copia íntegra y certificada de la sentencia dictada por (EL TRIBUNAL DE ORIGEN).

1. Este Tribunal fundó su competencia sobre las partes en el acuerdo de elección de foro que se encuentran en o se confirme por la siguiente documentación o indicios de acuerdo:

2. El Tribunal acordó el siguiente pago dinerario (*por favor, indicar aquí los distintos tipos de daños incluidos*):

3. Este Tribunal acordó además el pago de intereses en la siguiente forma (*por favor, especificar el tipo de interés, la(s) porción(es) de la sentencia a que aplica interés y la fecha a partir de la cual deben computarse*):

4. Este Tribunal incluyó en su sentencia las siguientes costas judiciales y gastos (incluyendo honorarios de abogado) relacionados con el procedimiento (*por favor, especificar los montos que corresponden a dichas costas y gastos*).

5. Este Tribunal concedió, en forma total o parcial, la siguiente reparación no pecuniaria (*por favor, describir la naturaleza de la reparación*).

6. Esta sentencia se dictó en rebeldía:

SÍ..... NO.....

(En caso de que la sentencia se hubiera dictado en rebeldía, adjuntar el original o una copia certificada del documento por el que se compruebe que se notificó al demandado el procedimiento).

7. Esta sentencia (o una parte de la misma) es actualmente objeto de un recurso en (ESTADO DEL TRIBUNAL DE ORIGEN):

SÍ..... NO.....

8. Esta sentencia (o una parte de la misma) es ejecutoria en (ESTADO DEL TRIBUNAL DE ORIGEN):

SÍ..... NO.....

Lista de documentos anexos:

Fecha ..... de ..... de 20.....

Firma y/o sello del funcionario del Tribunal

Véase el importante curso en la Academia de La Haya de A. Von Mehren, "Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common and Civil Law Systems", *General Course of Private International Law* (1966), t. 295 (2002) 9-432; Véase allí su análisis del caso "Harrods (Buenos Aires) Ltd.", *Recueil des Cours*.

## APÉNDICE

### TÍTULO IV

Disposiciones de derecho internacional privado

#### CAPÍTULO I

Disposiciones generales

**Art. 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 argentino;

aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.

**Art. 2595.**— Aplicación del derecho extranjero. 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 cointervenientes 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.

Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

**Art. 2598.**— Fraude a ley. 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.

**Art. 2596.**— Reenvío. 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 remite al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino.

**Art. 2599.**— Normas internacionales 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, 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.

**Art. 2597.**— Cláusula de excepción. Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias, 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.

**Art. 2598.**— Cláusula de excepción. Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias, 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.

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.

**Art. 2600.— Orden público.** incompatibles con los principios Las disposiciones de derecho extranjero fundamentales de orden público que jero aplicables deben ser excluidas inspiran el ordenamiento jurídico cuando conducen a soluciones argentino.

## APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

### CAPÍTULO VIII

#### § I. APLICACIÓN DE OFICIO DE LAS NORMAS DE CONFLICTO

En el capítulo IV, al tratar sobre la norma de conflicto, se distinguió ya entre normas de conflicto imperativas y dispositivas. Respecto de éstas, las partes pueden elegir un derecho aplicable distinto del que resultaría competente en virtud de la norma de conflicto, incluso la *lex fori*. No así respecto de las imperativas. Sería absurdo que el juez argentino prescindiere, por ejemplo, de la norma de conflicto del art. 2622 del Código Civil, que somete la validez del matrimonio al derecho del lugar de celebración, para declarar inexistente un matrimonio según la *lex fori* argentina, sencillamente, porque las partes no han invocado ni probado la *lex loci celebrationis*, según la cual el matrimonio es válido. La inexistencia del matrimonio por no haber sido celebrado ante el oficial público, en virtud de la ley argentina, constituiría un resultado aberrante y una arbitraria prescendencia de la norma de conflicto aplicable al caso. Ahora bien: según reiterada jurisprudencia de la Corte, no cabe prescindir de la norma aplicable al caso sin previo debate y declaración de inconstitucionalidad. Tal prescendencia tornaría arbitraria la sentencia que incurriese en la omisión.

La tendencia de leyes y proyectos más modernos demuestra la aplicación de oficio de las normas de conflicto (ver A. E. von Overbeck, "Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé", en *Recueil des Cours*, t. 176 [1982-III], págs. 53 y sigs.).

La aplicación de oficio de la norma de conflicto conduce necesariamente a la aplicación de oficio del derecho extranjero, cuando éste sea competente por imperio de aquella norma. Y, a la vez, la inaplicabilidad del derecho extranjero indicado por la norma de conflicto significa, prácticamente, la inaplicabilidad de la norma de conflicto. Resulta decisivo, pues, determinar si el derecho extranjero —por cierto, en tanto esté conectado por la norma de conflicto del juez— es aplicable de oficio.

## § II. APLICACIÓN DE OFICIO DEL DERECHO EXTRANJERO

Si bien un antiguo precedente de la Corte Suprema consideró que la parte interesada no había probado, según lo imponía el art. 13 del Código Civil, la ley italiana que admitía pruebas supletorias del nacimiento de las personas (*Fallos*, 56:419, sentencia del 24/VII/1894), la evolución más reciente de la jurisprudencia argentina evidencia la aplicación de oficio del derecho extranjero en determinadas circunstancias.

Así en "Testai c. Papa", el juez en lo comercial de la Capital hizo valer en su fallo del 11/VII/1933 sus conocimientos personales de derecho italiano acerca de la ausencia de la cláusula "a la orden" en una letra librada en Italia, concluyendo que no se afectaba la *calificación* italiana de título a la orden. Es un interesante caso, tal vez el primero en la jurisprudencia argentina, en el que la *calificación* de un título a la orden se desprende de la *lex causae*, aplicable a la *cambiale* italiana (*J.A.*, 42-1172).

Cabe destacar aquí el descolante voto del juez argentino G. Barraquero en "R. de A. B. V. A. F." (Cám. C. de la Cap., 27/VI/1941, *L.L.*, 26-39) propiciando la aplicación oficiosa del derecho francés. Célebre sentencia, cada día más ejemplar.

En "P. L. de G. R. R. F." la Cámara Civil, Sala B en su fallo del 8/V/1953 (*L.L.*, 70-597) aplicó la teoría del derecho extranjero como hecho notorio con relación al Código Civil del Paraguay que, por ser el mismo que rige en nuestro país, aplicó de oficio. Esta sentencia es aceptada en su fundamento pero débil al suponer que un derecho extranjero equivale a un Código Civil extranjero, sin cerciorarse de la aplicación jurisprudencial extranjera del código.

Es loable la preocupación de algunos magistrados por establecer el derecho extranjero. Así el juez Argibay Molina en "Atro" (Cám. C. y Corr., 4/X/1960, *L.L.*, 101-371) ordenó una medida para mejor proveer para probar el derecho extranjero.

En la misma dirección de valiosos precedentes cabe citar el caso "Patrioli c. Mezzardi" en el que la Cám. Nac. Com., Sala B, en sentencia del 22/XII/1965 (*J.A.*, 1966-IV-525) ante la alegación del demandado que se oponía a la ejecución de una letra librada en Italia porque la omisión de la cláusula "a la orden" la *desalficaba* como letra de cambio, se requirió informe del Consulado General italiano, de oficio por el juez de primera instancia. Según el informe no era necesaria la cláusula para que el título se considerara una letra en el derecho italiano. Un nuevo caso de calificaciones según la *lex causae*.

La Cám. Nac. Civ., Sala F, aplicó de oficio derecho canónico vigente en España en el caso "Paleo de Rochi, Mariana, snc.", el 4/VIII/1988. La Sala realizó la investigación de oficio.

Compare el lector esta sentencia con la llamada "desnaturalización" del derecho extranjero en el caso "Zapata c. Stehlin" (ver *E.D.*, t. 133, pág. 589, sobre el fallo de la Corte con nota valiosa de Radzyminski, "El reconocimiento de sentencia extranjera en la Argentina. Reconstrucción sistemática de la doctrina de la jurisdicción internacional indirecta a partir del *in re* 'Z. c. S.'").

En el caso "Estudios Espíndola c. Bollati", el juez aplicó de oficio derecho chileno, aplicación que "no debe verse frustrada por la actividad de los interesados" (*E.D.*, 33-26 nota Goldschmidt; *J.A.*, 8-1970-101, nota de Boggiano).

En "Ocerin c. TAIM", inédito, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 13 consideró el 12/IV/1976 que: "No se trata ya de que las partes discrecionalmente descartarían, consciente o inconscientemente, la aplicación del derecho extranjero. Se trata de que ellas derogarían con su inadvertencia o negligencia las mismas normas de conflicto". El autor de esta obra señaló esta consideración pues en casos de normas de conflicto disponibles las partes pueden, a sabiendas, referirse a la *lex fori* (véase el fallo, inédito en las colecciones).

En el caso "Kogan c. Quintana", la Cám. Nac. Civ., Sala A, 14/III/1977, aplicó de oficio derecho extranjero considerándose

"con las más amplias facultades", aunque las partes no hubiesen arri-  
mado el texto... (E.D., 76-455).

La Cám. Nac. Com., Sala E, en "Deutsches Reisburo c. Sperer",  
el 17/II/1984, (L.L., 1984-D-563, nota Perugini de Paz y Geuse)  
distinguió la aplicación de derecho extranjero cuando debe aplicarse  
una norma de conflicto imperativa o facultativa. En el primer caso los  
jueces deben aplicar de oficio el derecho extranjero.

En el caso "Gómez" se consideró aplicable de oficio el derecho del  
Estado de Florida (Juzg. Nac. Civ., I/IV/1986, L.L., 1987-A-339,  
nota Gustavo Pardo).

También la Cám. Com., Sala E, en el caso "Rhodia Argentina  
S.A.", el 11/X/1988 juzgó que corresponde la aplicación de oficio del  
derecho extranjero del domicilio del banco girado, al cual remite la  
norma de conflicto argentina, *aun no mediando alegación y prueba del  
derecho extranjero*. El énfasis es nuestro. Se trataba de una norma de  
conflicto inderogable (ver E.D., 7/III/1989, nota de Radzyminsky).

El 3/XII/1958, la Cám. Nac. Fed. Cap., Sala en lo Civil y Co-  
mercial, en el caso "Etablissement de Constructions Mécaniques de  
Vendeuvre c. Artimsa S.A." (L.L., 97-25), aplicó de oficio derecho  
francés. Se había opuesto la excepción de falta de personería, me-  
diante la cual se impugnaba un poder firmado en Francia sin respetar  
las formas impuestas por el derecho argentino, y el tribunal consideró  
innecesaria la prueba de un derecho extranjero de fácil conocimiento,  
como el francés, en lo que atañe al mandataro y sus formas. Sin requerir  
escritura pública, juzgó suficientes las certificaciones acreditadas en  
la causa.

La Cám. Nac. Paz, Sala III, sentenció el 22/XII/1959 el caso "R.  
G. de C., M. M., y otros c. B. y otros". Según las constancias, en 1919  
se había celebrado canónicamente en España un matrimonio entre J.  
C. R. y M. R. G., el cual fue inscripto en el Registro Civil en 1952. J.  
C. R. se casó en Buenos Aires con D. B. U. Del primer matrimonio  
nacionaron hijos; de la segunda unión, una hija. J. C. R. murió en 1953.  
En 1954, M. R. G. pidió la nulidad del segundo matrimonio de J. C.  
R. Se juzgó que el matrimonio canónico celebrado en España pro-  
ducía efectos retroactivos al día en que se lo celebró, desde su ins-  
cripción en el Registro, según la interpretación de la jurisprudencia  
española de los arts. 76 y 77 del Código Civil español, que siguió la  
Cámara (ver L.L., 99-70, con nota de Goldschmidt).

El 7/VII/1979, en el caso "Menéndez, Enrique J. c. Drago, Ale-  
jandro R. A.", la Cám. Nac. Civ. juzgó un contrato de mutuo cele-  
brado en el distrito federal de Columbia (EE. UU.), en que se opuso  
la prescripción a la pretensión de cobro. Se aplicó una jurisprudencia  
del distrito de Columbia —cuyo derecho era aplicable— según la  
cual el plazo para reclamar es un tiempo razonable. Se consideró que  
nueve años excedían el "tiempo razonable" (E.D., 84-460).

En los casos "Oreiro Miñones" y "Oceán c. T. A. I. M." se aplicó  
de oficio derecho español. En el caso "Espínola c. Bollari", el juez  
aplicó de oficio derecho chileno. Cabe una remisión al estudio crí-  
tico de aquel caso, especialmente en lo que atañe a la aplicación ofi-  
ciosa del derecho extranjero, cuyas consideraciones generales corres-  
ponden a este contexto.

Según el art. 377 del Código Procesal de la Nación, reformado  
por la ley 22.434, "si la ley extranjera invocada por alguna de las  
partes no hubiera sido probada, el juez podrá investigar su existencia,  
y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio". Bien es verdad que  
la norma enfoca el caso en que la ley extranjera hubiera sido invocada,  
pero en modo alguno cabe entender que se excluya inflexiblemente  
la posibilidad de aplicar esa ley extranjera de oficio en la hipótesis de  
falta de alegación. No se impone una carga subjetiva de alegación.  
Esta interpretación amplia del art. 377 parece más adecuada a una  
armonización de este texto con las normas de conflicto de carácter  
imperativo. Insistimos en que sería irrazonable tolerar que las partes  
oculten o impidan al juez la posibilidad de aplicar el derecho extran-  
jero con su falta de invocación de éste en materias no disponibles para  
aquellas. Ello podría afectar principios fundamentales argentinos. Si  
una filiación es legítima según el derecho extranjero que consideramos  
aplicable, pero ilegítima según la *lex fori* argentina, sería gravemente  
injusto omitir la aplicación de aquél porque no fue invocado por la  
parte interesada, hipótesis que no cabe descartar absolutamente.

La facultad de investigar y aplicar de oficio el derecho extranjero  
no es discrecional para el juez; constituye un poder que debe ejercer  
razonablemente. Aquél puede requerir la colaboración probatoria  
de las partes; la norma parece haber dejado un grado de flexibilidad  
en la investigación oficial. El juez deberá agotar los esfuerzos para  
investigar el derecho extranjero, pero tendrá en cuenta los gastos que  
puedan requerir y las demoras que puedan producirse en relación  
con la trascendencia del asunto. Será importantísimo advertir si la

prescindencia de la aplicación del derecho extranjero conduce a una injusticia manifiesta.

La norma no exige imprescindiblemente la invocación del derecho extranjero, pero tampoco impone inexorablemente la investigación judicial del derecho foráneo, a cualquier costa. No sería plausible que el juez demore irrazonablemente el proceso con la averiguación del derecho extranjero, denegando justicia. El poder de investigar la ley foránea no puede desviarse de su fin razonable. El deber correspondiente a ese poder también está subordinado a aquel fin. La norma ha querido dejar espacio para una ponderada y razonable atención de las circunstancias del caso. La aplicación de oficio es la regla, y la dosis de flexibilidad ha de ser mínimamente excepcional.

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de D.I.Pr., aprobada por ley 22.921 (B.O., 27/IX/1983), dispone que "los jueces y autoridades de los Estados partes 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".

### § III. MEDIOS DE PRUEBA

No es suficiente la agregación de textos, citas jurisprudenciales y libros de doctrina. Mucho menos la referencia bibliográfica de "dos medios renglones" que sirvieron para decidir el caso "Zapata c. Stehlin".

El experto no necesariamente ha de ser un abogado en ejercicio profesional en el país cuyo derecho se investiga. Puede ser un académico con relevantes títulos.

Si un abogado no experto o un testigo cita un pasaje de un libro, ello no significa conferir a ese pasaje el valor de una prueba. Aun cuando un experto cite una fuente extranjera el tribunal no está obligado a seguirlo cuando sea obviamente incompleta, falsa o absurda.

Si distintos expertos están en conflicto el tribunal debe decidir el "conflicto de expertos".

Cuando los precedentes judiciales extranjeros están en conflicto, el tribunal decidirá siguiendo la decisión extranjera más probablemente aplicada.

Si bien es cierto que en algún caso se ha tomado declaraciones a juristas argentinos sobre un derecho extranjero (Cám. Civ. 2ª, 13/III/1925, *in re* "O'Brien Williams y otros", en *G.F.*, 55-138), se ha reaccionado contra este precedente, exigiendo que los expertos tengan título académico del país sobre cuyo derecho dictaminan (Cám. Civ. 2ª, 15/III/1926, *in re* "Obermeyer", en *J.A.*, 23-866). He aquí lo que Goldschmidt califica, invocando la doctrina de los sociólogos, como "observación por medio de un informante" (*Derecho internacional privado*, 4ª ed., 1982, pág. 508).

Hay que adoptar un criterio amplio en la admisibilidad de los medios de prueba, aunque las pruebas de peritos e informes tienen una importancia especial. Lo importante radica en determinar precisamente el objeto de la prueba. No se ha de entender que hasta obtener el texto de una norma o algunas normas vigentes para considerar probado el derecho extranjero. Aquí, el problema de los medios se vincula con el del objeto y, en particular, con el de la apreciación de la prueba. Es insuficiente tomar conocimiento de los textos legales; resulta decisivo averiguar el funcionamiento efectivo de esas normas generales. Si a un juez extranjero se le presentase el Código Civil argentino, probablemente consideraría que no son reajustables las deudas de dar sumas de dinero; pero la jurisprudencia argentina lo ilustraría sobre todo el proceso de creación judicial de la indexación de esas deudas. Así, pues, lo decisivo radica en conocer con el mayor grado de certeza asequible cuál sería la probable sentencia que pronunciaría el juez extranjero si hubiese de fallar el caso (Goldschmidt). El estudio del derecho extranjero y, por ende, la comparación de derechos, es insuficiente si se lo limita al estudio exegético de textos legales. Así se conocerá "leyes" comparadas, no "derechos" comparados.

En este orden de ideas, el Convenio de Brasilia sobre información en materia jurídica respecto del derecho vigente y su aplicación, aprobado por ley 21.447 (B.O., 4/XI/1976), y que rige entre España y la Argentina por haber sido ratificado en Madrid el 25/1/1977 obliga a informar sobre la legislación, jurisprudencia y doctrina pertinentes. La información no tiene carácter vinculante y puede negársela por razones de seguridad o soberanía del país requerido (ver Alicia Perugini

de Paz y Gause, "Algunas novedades sobre la aplicación del derecho extranjero", *L.L.*, 1976-C-556).

Raúl Alberto Ramayo, "Aplicación del derecho extranjero en el ámbito de los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional Privado", *E.D.*, 167-152/171.

Entre la Argentina y Uruguay se celebró un convenio sobre información y aplicación del derecho extranjero, aprobado por ley 22.411 (*B.O.*, 6/III/1981) y ratificado el 12/V/1981.

#### § IV. GRAVES DIFICULTADES EN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

Cuando las dificultades en la producción de la prueba del derecho extranjero son graves, no es razonable exigir del juez o las partes la prosecución de una investigación sin fin que puede arruinar la garantía de defensa. Hay que hallar soluciones de substitución.

No es posible en esta substitución establecer un criterio absolutamente rígido. Según las circunstancias de ciertos casos el recurso a la *lex fori* como remedio más seguro, rápido y económico será razonable. Por su aplicación podría evitarse una denegación de justicia.

En otros casos, en cambio, será posible atender al derecho más próximo, esto es, al derecho que guarde la relación más estrecha con el caso, aunque no sea la *lex fori*, en aras de conseguir, en cierta medida, la armonía internacional de las soluciones.

Quienes hemos tenido cierta experiencia judicial y profesional podemos testimoniar que aún hoy, y sobre todo en países de escasa información y recursos, un gran obstáculo al magno principio de la armonía internacional de soluciones es la dificultad, muchas veces grave, de producir razonablemente prueba del derecho extranjero ("Zapara c. Stehlin"). *Pensons aux lenteurs et aux aléas de la justice* (Barthol).

Sobre las graves dificultades ver O. Lando, "The eternal crisis", en *Festschrift Drobning*, Tübinga, 1998, pág. 363; ver también, Maarit Jänterä-Järeborg, *Svenk domstol och utländsk rätt*, Uppsala, 1997 con análisis de la jurisprudencia escandinava, alemana, francesa e inglesa; Bentiman, *Foreign Law in English Courts*, Oxford, 1998. El art. 2595 del nuevo Código rige el asunto y su curso en la Academia de La Haya

Foreign Law in National Courts: A Comparative Perspective, 304 (2003) 181-386.

#### APÉNDICE

Art. 2595.— Aplicación del derecho extranjero. 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 convergentes 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.