© Copyright by
editorial hammurabi s.r.l.

Talcahuano 481 - 4° piso
C1013AAI - Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54-11) 4382-3586 —líneas rotativas—
E-mail: info@hammurabi.com.ar - www.hammurabi.com.ar

- twitter.com/hammurabi_srl
- facebook.com/libreriahammurabi
- youtube.com/libreriahammurabi

Producción integral

concept design
de Fernando Lucas Depalma
Tel.: 4382-2080 —líneas rotativas—

Esta edición se terminó de imprimir
en el mes de abril de 2015
en «Bibliográfika, de Voros S.A.»
Barzana 1263, Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723
Derechos reservados
Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina / Printed in Argentina
ISBN: 978-950-741-691-0 (rústica)

Luciana B. Scotti
• Derecho internacional privado

1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2015
360 pp., 23 x 16 cm. - Incidencias del Código Civil y Comercial; 10 / Alberto J. Bueres
ISBN: 978-950-741-691-0
1. Derecho internacional privado. 1. Título
CDD 340.9

• Fecha de catalogación: 9/4/2015

Luciana B. Scotti

Incidencias del Código Civil y Comercial

Derecho internacional privado

Ley aplicable. Cláusulas de excepción. Límites: fraude a la ley, normas internacionalmente imperativas y orden público. El reenvío. La jurisdicción internacional y la cooperación y asistencia procesal internacionales. Balance y perspectivas de las nuevas normas de Derecho internacional privado

Incidencias del Código Civil y Comercial
10
Alberto J. Bueres
dirección

hammurabi
José Luis Depalma • editor

Indice general

Introducción 19

Parte Primera
Parte general

Capítulo I
Disposiciones generales

§ 1. Generalidades 27
a) Hacia una definición del derecho internacional privado 27
b) Importancia de la disciplina en el mundo del siglo xxi. Viejos y nuevos paradigmas. Tendencias actuales 30
c) Escenarios contemporáneos del DIPr. La globalización. La integración regional. La multiculturalidad-interculturalidad 34
d) Codificación y métodos del derecho internacional privado 38
§ 2. La importancia de una Parte General en la codificación del derecho internacional privado 42
§ 3. Fuentes del derecho internacional privado 44
a) Jerarquía de las fuentes 44
b) Tipos de fuentes 48
1. Regulación nacional 48
2. Regulación internacional o convencional. Distintos tipos de instrumentos internacionales 48
3. Regulación supranacional 50
4. Regulación transnacional. *Lex mercatoria-lex electronica* 50
c) Fuentes y derechos humanos 51
d) Pluralidad, pluralismo y diálogo de fuentes 52
§ 4. Aplicación del derecho extranjero 54
a) La aplicación y la interpretación del derecho extranjero 55
b) La covigencia de varios derechos respecto a un mismo problema en el país cuyo ordenamiento jurídico resulta aplicable 58
c) La multiplicidad de derechos aplicables a una misma o varias relaciones jurídicas. Adaptación 59

§ 5. Reenvío ... 60
§ 6. Cláusula de excepción ... 63
§ 7. Límites a la aplicación del derecho extranjero: el fraude a la ley ... 64
§ 8. Límites a la aplicación del derecho extranjero: las normas internacionalmente imperativas ... 68
§ 9. Límites a la aplicación del derecho extranjero: el orden público internacional ... 70
a) El orden público internacional en la doctrina argentina ... 70
b) El orden público internacional en la fuente convencional ... 73
c) El orden público internacional en el Código Civil de Vélez Sarsfield ... 73
d) El art. 2600 del CCCN ... 74
e) El contenido del orden público internacional a la luz de la Constitución Nacional y los derechos humanos ... 76
f) Temas no codificados de la teoría general del derecho internacional privado en materia de ley aplicable ... 77
1. La cuestión previa ... 78
2. El problema de las calificaciones ... 80
3. Los derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creadas ... 83
4. Instituciones y procedimientos desconocidos ... 84

Capítulo II

La Jurisdicción internacional

§ 10. Consideraciones generales ... 87
§ 11. Fuentes de jurisdicción ... 91
§ 12. Foro de necesidad ... 92
§ 13. Medidas provisionales y cautelares ... 94
§ 14. Litispendencia internacional ... 96
§ 15. La prórroga de jurisdicción ... 98
§ 16. Exclusividad del foro elegido ... 100
§ 17. Prórroga expresa o tácita ... 101
§ 18. Jurisdicción general ... 102
§ 19. Jurisdicción exclusiva ... 103
§ 20. El principio de igualdad de trato ... 104
§ 21. La cooperación jurisdiccional ... 106
§ 22. Asistencia procesal internacional ... 107
§ 23. Temas no codificados por el CCCN en materia de jurisdicción internacional ... 108
a) El *forum non conveniens* ... 108
b) Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos extranjeros ... 115
c) Arbitraje comercial internacional ... 121

Parte Segunda

Parte especial

Capítulo I

Las personas humanas

§ 1. El domicilio y residencia habitual de la persona humana ... 127
§ 2. El domicilio de las personas menores de edad ... 130

§ 3. El domicilio de otras personas incapaces ... 131
§ 4. La capacidad de la persona humana ... 132
§ 5. Supuestos de personas incapaces. Principio del *favor negotii* ... 135
§ 6. El nombre de la persona humana ... 136
§ 7. Ausencia y presunción de fallecimiento ... 138

Capítulo II

El matrimonio internacional

§ 8. Jurisdicción ... 144
§ 9. Validez del matrimonio. Derecho aplicable ... 146
a) Evolución legislativa y jurisprudencial ... 146
b) Fuente convencional ... 151
c) El art. 2622 del CCCN ... 152
§ 10. El matrimonio a distancia ... 152
§ 11. Los efectos personales del matrimonio. Derecho aplicable ... 154
§ 12. Los efectos patrimoniales del matrimonio. Derecho aplicable ... 154
§ 13. Divorcio y otras causales de disolución del matrimonio. Derecho aplicable ... 157

Capítulo III

La unión convivencial

§ 14. Jurisdicción ... 163
§ 15. Derecho aplicable ... 164

Capítulo IV

Alimentos

§ 16. Jurisdicción ... 169
§ 17. Derecho aplicable ... 171

Capítulo V

Filiación internacional

§ 18. Jurisdicción ... 177
§ 19. Derecho aplicable ... 180
§ 20. Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero ... 186

Capítulo VI

La adopción internacional

§ 21. Jurisdicción y cooperación internacional ... 195
§ 22. Derecho aplicable ... 200

§ 23. Reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero 202
§ 24. Conversión 204

Capítulo VII

Responsabilidad parental y otras instituciones de protección

§ 25. Jurisdicción 206
§ 26. Derecho aplicable 207
§ 27. Tutela e institutos similares 208
§ 28. Medidas urgentes de protección 210

Capítulo VIII

La restitución internacional de niños

§ 29. El art. 2642 del CCCN 213
§ 30. Fuente convencional 214
a) Ámbito de aplicación espacial y temporal de las convenciones vigentes 214
b) Conflicto de convenciones: soluciones 215
c) Situaciones no cubiertas por los convenios internacionales en vigor: los aspectos penales de la sustracción internacional de menores 216
d) Soluciones ante la inexistencia de convención aplicable 218
e) La finalidad de las convenciones en vigor 219
f) El alcance del derecho de custodia a la luz de las convenciones 222
g) Otras calificaciones autárquicas 226
h) Procedencia del pedido de restitución. Requisitos y excepciones 229
i) El procedimiento de restitución 236
j) La ejecución de la sentencia restitutoria 239

Capítulo IX

Las sucesiones internacionales

§ 31. Jurisdicción 244
§ 32. Derecho aplicable 246
§ 33. Forma del testamento otorgado en el extranjero 248
§ 34. El testamento consular 248
§ 35. Capacidad para testar 250
§ 36. El caso de la herencia vacante 250

Capítulo X

La forma de los actos jurídicos

..... 253

Capítulo XI

Los contratos internacionales

§ 37. Jurisdicción 258
§ 38. Derecho aplicable. Autonomía de la voluntad. Principios y límites 262
§ 39. Derecho aplicable. Elección de la *lex mercatoria* 268
§ 40. Derecho aplicable. Criterios subsidiarios 271
§ 41. Cláusula de excepción 277

Capítulo XII

Los contratos de consumo

§ 42. Jurisdicción 282
§ 43. Derecho aplicable 285

Capítulo XIII

Responsabilidad civil extracontractual

§ 44. Jurisdicción 291
§ 45. Derecho aplicable 292

Capítulo XIV

Títulos valores

§ 46. Jurisdicción 296
§ 47. Forma 297
§ 48. Derecho aplicable 297
§ 49. Sustracción, pérdida o destrucción 299
§ 50. Régimen internacional del cheque 300

Capítulo XV

Los derechos reales

§ 51. La calificación de bien inmueble 303
§ 52. Acciones reales sobre inmuebles. Jurisdicción 304
§ 53. Acciones reales sobre bienes registrables. Jurisdicción 304
§ 54. Acciones reales sobre bienes no registrables. Jurisdicción 304
§ 55. Derechos reales sobre inmuebles. Derecho aplicable 305
§ 56. Derechos reales sobre bienes registrables. Derecho aplicable 309
§ 57. Derechos reales sobre muebles de situación permanente. Derecho aplicable. Cambio de situación 309
§ 58. Derechos reales sobre muebles que carecen de situación permanente. Derecho aplicable 311

30 págs.

Capítulo XVI
La prescripción 313

Capítulo XVII
Temas de Parte Especial no codificados por el CCCN

§ 59. Actuación internacional de las sociedades 317
a) Persona jurídica constituida en el extranjero. Remisión 317
b) Ley de Sociedades Comerciales (LSC) 318
c) Fuente convencional 322
§ 60. Quiebras internacionales o insolvencia transfronteriza 325
a) Noción y sistemas de regulación 325
b) Ley de Concursos y Quiebras 24.522 (LCQ). Ámbito de aplicación del art. 4°. Jerarquía superior de la fuente convencional 329
c) Sistema de regulación adoptado por el art. 4° de la ley 24.522 332
d) Las preferencias nacionales 334
e) La condición de reciprocidad 338
f) La paridad en los dividendos 340

Parte Tercera
Balance y reflexiones finales 343

Bibliografía general 349

Introducción

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

Transitamos un período que algunos califican de neomoderno o de posmoderno que exige un cambio de perspectiva, una lectura renovada, algunas adaptaciones ineludibles y por qué no, varias transformaciones profundas[1].

Sobresalen muchas características del siglo XXI que tienen una incidencia directa en el DIPr, y, en alguna medida, ponen en crisis el paradigma clásico de nuestra disciplina.

Autores como Moreno Rodríguez han indicado que "el escenario actual está marcado por una vuelta al universalismo, debido a varios factores. Uno, el (...) de la globalización o mundialización. Otro, la incidencia a este respecto de los procesos mundiales, regionales y locales de homogeneización normativa, como los propiciados por UNCITRAL, UNIDROIT, o los bloques regionales e incluso la armonización espontánea mediante la adopción de normativa local siguiéndose modelos prestigiosos. Además, se registra cada vez más la estandarización de prácticas internacionales a instancias de instituciones privadas, como las cámaras de comercio, las asociaciones o los institutos de derecho. También se encuentra en desarrollo un nuevo DIPr que supera el conflictualismo clásico, a través de un amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la utilización de técnicas de derecho

[1] Kessedjian, *Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales*, en "Recueil des Cours", 300-290.

uniforme (...) Por último, se registra una 'desestatización' de la resolución de conflictos a través del arbitraje, desarrollado mayormente dentro de una 'atmósfera cosmopolita' "[2].

En similar sintonía, Galgano ha manifestado que "el futuro que nos espera se resume en la metáfora de la 'aldea global' (...): una sociedad sin Estado, que tiene dimensiones planetarias y que es disciplinada por su propio derecho, un derecho sobrenacional de formación espontánea, conocido como una nueva *lex mercatoria*"[3]. Agrega: "Dentro de la aldea global el derecho civil puede encontrar de nuevo la antigua unidad, el original universalismo. Se acerca al crepúsculo el principio de la estatalidad del derecho, pero declina, además, dentro de los Estados, el principio de nacionalidad"[4].

En suma, asistimos hoy a un mundo global a la par que integrado en regiones a través de diferentes procesos que han sufrido distintas evoluciones e involuciones en los últimos años.

En estos nuevos escenarios se insertan, en gran medida, las disposiciones de DIPr que contiene nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación *(CCCN)*, aprobado por ley 26.994, y promulgado según decr. 1795/14.

El Código Civil *(CC)* de Dalmacio Vélez Sarsfield contenía unas pocas normas, dispersas y aisladas con categorías muy amplias, que procuraban dar respuesta a los casos iusprivatistas internacionales.

En efecto, tal como indica Perugini refiriéndose a esta disciplina, "la especificidad de los temas que enfoca —casos de derecho privado con elementos internacionales— y el reconocimiento de problemas generales produjo como consecuencia la autonomía académica, literaria y jurisprudencial de la disciplina. En líneas generales, en cambio, la normativa no ha tenido la misma suerte"[5].

Por primera vez, y sin perjuicio de varios proyectos de reformas anteriores[6], nuestro país legisla un número significativo de materias propias del DIPr, en forma ordenada, en un título dedicado al efecto.

[2] Moreno Rodríguez, *Derecho aplicable y arbitraje internacional*, 2013, p. 82.

[3] Galgano, "Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización", en *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, Jorge A. Silva (coord.), 2006, p. 129; disponible en *biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2201/7.pdf*.

[4] Galgano, "Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización", en *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, Jorge A. Silva (coord.), 2006, p. 132; disponible en *biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2201/7.pdf*.

[5] Perugini Zanetti, "Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Análisis del Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012*, p. 659; disponible en *bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf* (30/10/14).

[6] Cronológicamente, el primer proyecto de Código se publica por Werner Goldschmidt en 1955. A su turno, en la primera gran reforma del Código Civil —decr.-ley 17.711/68— la nota de elevación de la Comisión Redactora declara expresamente que es preciso "reunir en una ley especial las normas del derecho internacional privado, consultando con especialistas de esa materia".

Por otro lado, en 1973, el entonces subprocurador a cargo de la Procuración del Tesoro de la Nación, Adalberto Enrique Cozzi, le encargó a Goldschmidt la elaboración de un Proyecto, el que le fue entregado en noviembre del mismo año. El 10 de enero de 1974, los proyectos fueron presentados al Ministerio de Justicia de la Nación. En 1987, el diputado Reinaldo Vanossi presentó a la Cámara de Diputados de la Nación el Anteproyecto de Ley Nacional de Derecho Internacional Privado —Proyecto de la Procuración del Tesoro - Ministerio de Educación y Justicia—, llamado "Proyecto Goldschmidt", para su adecuación. Para analizar y actualizar este Proyecto se creó el llamado Cuerpo Asesor de Alta Especialización integrada por los doctores Antonio Boggiano, Horacio Piombo, José Carlos Arcagni y Alicia Perugini. Esta Comisión elaboró el llamado Anteproyecto Actualizado del Código de Derecho Internacional Privado y de la Ley de Derecho Internacional Procesal Civil y Comercial (Proyecto Actualizado). El Proyecto fue presentado al señor presidente de la Comisión de Legislación General de la H. Cámara de Diputados de la Nación, el 2 de julio de 1989.

A su turno, el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio de 1998 elaborado a instancia y en el marco del Ministerio de Justicia de la Nación, finalmente contó con el Libro VIII dedicado a las normas de derecho internacional privado, elaboradas por las doctoras Berta Kaller de Orchansky, Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés.

Nuevamente en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, promovido sucesivamente por dos ministros de justicia, los doctores Jorge Reinaldo Vanossi y Juan José Álvarez se impulsó la elaboración de un Código. En efecto, por las resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 191/02 (Vanossi) y 144/02 (Álvarez) se creó una Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado. La Comisión finalmente fue integrada por los doctores Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo Leopoldo Fermé, Rafael Manóvil, María Blanca Noodt Taquela, Berta Kaller de Orchansky, Beatriz Pallarés, Alicia Perugini Zanetti, Horacio Piombo, Amalia Uriondo de Martinoli. El ministro de justicia, seguridad y derechos humanos mantuvo la Comisión en la que se hizo una revisión formal (Proyecto 2003). Puede ampliarse en: Perugini Zanetti, "Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Análisis del Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012*, ps. 659 a 662; disponible en *bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf* (30/10/14).

Si bien no se logra la tan anhelada autonomía legislativa en sentido estricto, dado que las normas de DIPr quedan insertas en un Código Civil y Comercial, y no en una ley o Código especial, sin lugar a dudas, el avance es importante.

El Título IV, "Disposiciones de derecho internacional privado", en el Libro Sexto sobre "Disposiciones comunes a los derechos personales y reales", consta de 77 artículos ordenados en Capítulos.

El Capítulo I regula los problemas generales del DIPr referentes al derecho aplicable (arts. 2594 a 2600). El Capítulo II se dedica a reglas sobre jurisdicción internacional (arts. 2601 a 2612). El Capítulo III contiene la Parte Especial (arts. 2613 a 2671), la que está subdividida en dieciséis secciones, dedicadas a: Personas humanas (Sección 1ª, arts. 2613 a 2620); Matrimonio (Sección 2ª, arts. 2621 a 2626); Unión convivencial (Sección 3ª, arts. 2627 a 2628); Alimentos (Sección 4ª, arts. 2629 a 2630); Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida

(Sección 5ª, arts. 2631 a 2634); Adopción (Sección 6ª, arts. 2635 a 2638); Responsabilidad parental e instituciones de protección (Sección 7ª, arts. 2639 a 2641); Restitución internacional de niños (Sección 8ª, art. 2642); Sucesiones (Sección 9ª, arts. 2643 a 2648); Forma de los actos jurídicos (Sección 10, art. 2649); Contratos (Sección 11, arts. 2650 a 2653); Contratos de consumo (Sección 12ª, arts. 2654 a 2655); Responsabilidad civil (Sección 13, arts. 2656 a 2657); Títulos valores (Sección 14, arts. 2658 a 2662); Derechos reales (Sección 15, arts. 2663 a 2670); y Prescripción (Sección 16, art. 2671).

De acuerdo a los fundamentos o Exposición de Motivos del Anteproyecto, en relación a las disposiciones de derecho internacional privado, "se proponen soluciones que resultan familiares a la República Argentina, por plasmar consensos alcanzados gracias a una fluida trama de convenciones internacionales aquí vigentes (...) En atención a la complejidad intrínseca de las controversias vinculadas a más de un derecho —por los sujetos implicados, por el despliegue de las conductas, por la ubicación de los bienes, etcétera— se han preferido soluciones que sean a la vez sencillas y de cierta flexibilidad, a fin de favorecer el equilibrio entre la certeza y la necesidad de adaptación particular al caso, muchas veces rebelde a encuadramientos rígidos".

En cuanto a las fuentes que sirvieron de inspiración a las nuevas normas, fueron aprovechadas las soluciones ya consagradas en la República Argentina y se incorporaron los aportes que brindan las modernas legislaciones sobre la materia (Código Civil de Quebec de 1994, Libro X; Código de Derecho Internacional Privado, Bélgica; Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado de Suiza, Ley italiana de Derecho Internacional Privado, 1995; Acta introductoria del Código Civil alemán, 2009; Código Civil del Perú; Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay; Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, 1998; Proyecto de Ley Modelo de Derecho Internacional Privado, México, entre otros). Además, fueron ponderados los instrumentos surgidos de otras fuentes, tanto tratados (Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y 1940, Código de Bustamante de Derecho Internacional Privado, de 1928), como convenciones, vigentes en Argentina o no, emanadas de organizaciones internacionales. Muy especialmente, se tuvieron en consideración las disposiciones del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, sin obviar el Proyecto Goldschmidt de Código de Derecho Internacional Privado, el Proyecto de Reformas al Código Civil (Comisión decr. 468/92) y el Anteproyecto de Reformas a la ley 19.550 de Sociedades Comerciales de 2005[7].

Finalmente, cabe señalar que las nuevas soluciones se inspiran e impregnan en el derecho internacional de los derechos humanos.

[7] Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV, "Derecho Internacional Privado", 2012, consultado en *www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf* (10/2/15).

En efecto, la garantía y protección de los derechos humanos orientan a toda solución que se busque para un caso de derecho privado con elementos extranjeros, ya sea a nivel legislativo, nacional o internacional, o bien a nivel jurisprudencial.

Al decir de Erik Jayme, los derechos humanos han cobrado un rol relevante a la hora de resolver los conflictos de leyes, propios del DIPr[8].

Como bien afirma Dreyzin de Klor, los tratados de derechos humanos "son marco de toda sentencia —a nivel occidental— y la interpretación pasa a ser una fuente de derecho necesaria para avanzar en soluciones justas para los casos concretos que se presentan diariamente en los estrados judiciales"[9].

A continuación, procuraremos analizar las "Disposiciones de derecho internacional privado" del Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 2594 a 2671), intentando seguir el orden propuesto por el Título IV del Libro Sexto.

Luciana B. Scotti

[8] Jayme, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, en "Recueil des Cours", 251-49.

[9] Dreyzin de Klor, *Derechos humanos, derecho internacional privado y activismo judicial*, en "Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración", abr. 2013; *elDial*-DC1A58.

Capítulo I

Disposiciones generales

§ 1. Generalidades

Antes de abocarnos de lleno a las normas previstas en el Capítulo I del Título IV, brindaremos algunas nociones generales e introductorias básicas del DIPr en tanto disciplina jurídica autónoma. Para ello, debemos empezar con una noción o definición que nos permita comprender cuál es su objeto, y en definitiva, su razón de ser en este nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

a) Hacia una definición del derecho internacional privado[1]

De los propios fundamentos del Anteproyecto, podemos extraer una noción de esta disciplina: "Las normas de derecho internacional privado constituyen un sistema destinado a favorecer la coordinación entre el ordenamiento argentino y los sistemas jurídicos de los demás Estados con los cuales se vinculan las situaciones privadas internacionales, cada vez más complejas en una realidad intensamente comunicada e interconectada"[2].

La doctrina argentina especializada se ha dedicado a brindar distintas definiciones. Entre ellas, podemos mencionar la de Boggiano, quien sostiene que: "El derecho internacional privado es parte del derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos, que tiene por fin armonizar los ordenamientos para lograr una justa solución uniforme de los casos que trascienden un ordenamiento y se co-

[1] Esta disciplina ha sido llamada de distintas maneras. Sin embargo, la denominación más comúnmente utilizada es la de derecho internacional privado. La expresión fue empleado por primera vez en 1834 por Joseph Story en su obra *Commentaries on the conflict of laws*. Si bien es cierto que el calificativo de "internacional" puede hacer pensar que se regularán relaciones entre Estados, objeto propio del derecho internacional público, se ha preferido dejar esa denominación.

[2] Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV, "Derecho Internacional Privado", 2012, consultado en *www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf* (10/2/15).

nectan con varios"[3]. Asimismo, el prestigioso autor señala que: "El DIPr es el sistema normativo destinado a realizar las soluciones justas de los casos jusprivatistas multinacionales el ámbito de una jurisdicción estatal, de una pluralidad de jurisdicciones estatales o de una jurisdicción internacional"[4].

El maestro Goldschmidt sostenía que: "El derecho internacional privado es el conjunto de los casos jusprivativas con elementos extranjeros y de sus soluciones, descriptos casos y soluciones por normas inspiradas en los métodos indirecto, analítico y sintético-judicial, y basadas las soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero"[5].

A su turno, Weinberg entiende que "el derecho internacional privado está formado por las normas que determinan la ley aplicable a relaciones jurídicas vinculadas a más de un Estado"[6].

Por su parte, para Balestra, "el derecho internacional privado es aquella rama del derecho privado cuyo objeto es el estudio y la regulación de las relaciones jurídicas, en las que participan uno o más elementos ajenos a la soberanía legislativa nacional"[7].

Con similar alcance, según Zuccherino, el derecho internacional privado es "la rama del derecho internacional que tiene por objeto el estudio y la regulación de todas aquellas relaciones jurídicas que tienen uno o más elementos extraños a la órbita de la soberanía legislativa nacional"[8].

De acuerdo con la definición de Biocca, el derecho internacional privado es "aquel que comprende y regula las relaciones jurídicas que tienen un elemento ostensible u oculto, extraño al derecho local, sin previamente analizar su naturaleza esencial, no importa que ella sea de carácter civil, comercial o penal; es suficiente que uno de los intereses comprometidos sea de una persona privada y que a su respecto se plantee el problema de la ley que la reglamenta y de la jurisdicción competente"[9].

Tal como podemos apreciar, todas las definiciones tienen algunos elementos en común de modo explícito o bien implícito: presencia de elementos extranjeros o foráneos en relación al derecho local; relaciones o coordinación entre dos o más ordenamientos jurídicos. Sin embargo, algunas restringen más que otras su objeto. Algunas se refieren exclusivamente a la determinación de la ley aplicable a los casos multinacionales (el mal llamado "conflicto de leyes"[10]), otras incorporan el problema de la jurisdicción competente, otras no hacen alusión expresa a estas cuestiones, brindando una noción más abarcativa.

Efectivamente, no es ésta una cuestión menor, dado que se amplía o restringe el objeto del DIPr, y en consecuencia, su contenido según se adopte una u otra postura.

Tal como describe magistralmente Fernández Arroyo, las teorías normativistas han acotado erróneamente el objeto del derecho internacional privado, circunscribiéndolo al "conflicto de leyes": "según el normativismo, el objeto se configura mediante una constatación empírica, según la cual al existir un tipo de normas diferenciadas del resto, que están destinadas a solucionar los 'conflictos' entre las leyes de los distintos Estados, puede hablarse de una disciplina jurídica particular compuesta por ellas —Kegel, Goldschmidt— (...) Y precisamente allí se halla el núcleo de la inadecuación del enfoque teórico, ya que, al partir de la evidencia de la norma, la ciencia se sitúa exclusivamente en un estadio ulterior al sistema (...) El conjunto de normas del DIPr es tomado así a un mismo tiempo como objeto y contenido de la disciplina (...) Para los normativistas la función exclusiva del DIPr es la de resolver el 'conflicto' mediante la elección de una de las leyes implicadas (...) De este modo, el DIPr queda reducido a los conflictos de leyes y la norma de DIPr a la norma de conflicto (...) Desde una perspectiva actual, no dejaría de ser chocante que todo el campo de acción de la disciplina se viera acotado a una norma (aunque fuera la principal y paradigmática) de lo que sólo es un sector de aquélla (el del derecho aplicable)"[11].

Ahora bien, pensemos en un caso sencillo. Un contrato se celebra y tiene lugar de cumplimiento establecido en la Argentina y los domicilios de las partes se hallan también en nuestro país. En este supuesto, no quedan dudas de que, ante una controversia, los jueces competentes son los magistrados argentinos y que aplicarán el derecho local. Sin embargo, si una de las partes tiene su domicilio en Brasil, y el contrato se celebró en Uruguay (suponemos que las partes no han elegido la jurisdicción ni el derecho aplicable), surgen algunos interrogantes: ¿quién es el juez competente?, ¿qué ley aplicará para resolver la controversia contractual?

[3] Boggiano, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ª ed., 2011, p. XV.

[4] Boggiano, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ª ed., 2011, p. 14.

[5] Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, act. por Alicia M. Perugini Zanetti, 10ª ed., 2009, p. 3.

[6] Weinberg, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., 2004, p. 19.

[7] Balestra, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., 2006, p. 6.

[8] Zuccerino, *Derecho internacional privado*, 2008, p. 4.

[9] Biocca, *Derecho internacional privado. Un nuevo enfoque*, 2004, t. I, p. 24. En igual sentido, Biocca - Cárdenas - Basz, *Lecciones de derecho internacional privado*, 2ª ed., 1997, p. 20.

[10] No existe tal conflicto o contradicción entre distintas leyes u ordenamientos jurídicos. Tal como afirma Fernández Arroyo, "... no es que los ordenamientos de dos o más Estados entren en conflicto respecto de determinadas relaciones jurídicas, sino que éstas se configuran, muchas veces, con elementos 'pertenecientes' a distintos sistemas jurídicos y esto requiere una reglamentación especial" —cfr. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, 2003, p. 44—.

[11] Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, 2003, p. 42 y siguientes.

Advertimos, entonces, que tenemos tres posibles jurisdicciones y otros tres ordenamientos jurídicos en juego. De resolver quién será en definitiva el juez con competencia para dirimir la controversia, y de determinar qué ley aplicará, se hacen cargo precisamente las disposiciones de derecho internacional privado.

En suma, el DIPr se ocupa, a través de distintos métodos y normas, de un tipo peculiar de relación jurídica de carácter privado, es decir, entablada entre particulares (personas físicas o jurídicas) o entre un particular y el Estado (siempre que éste actúe como particular), y siempre que contenga elementos extranjeros, o sea elementos que pertenecen, que se vinculan con más de un ordenamiento jurídico.

En esta inteligencia, el Código Civil y Comercial de la Nación se ocupa tanto de los problemas relacionados con el derecho aplicable, como de la jurisdicción internacional, a la que le brinda no sólo un capítulo con disposiciones de alcance general, sino que también en la llamada Parte Especial, en cada sección, se dedican reglas específicas para definir en cada categoría la jurisdicción competente como el derecho aplicable.

b) Importancia de la disciplina en el mundo del siglo xxi. Viejos y nuevos paradigmas. Tendencias actuales

La mayoría de la más autorizada doctrina sobre el DIPr y su historia sitúa los orígenes de esta rama del derecho en la tan célebre glosa de Acursio a la *Lex Cunctos Populus* de 1228. Constitución de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio que imponía la religión católica a todos los súbditos del Imperio en estos términos: "Queremos que todos los pueblos sometidos a nuestro clemente imperio profese la fe que el Divino Apóstol Pedro enseñara a los romanos ...". El glosador, entonces, realizó el siguiente comentario: "Si un habitante de Bolonia se traslada a Módena no debe ser juzgado con arreglo a los estatutos de Módena, a los cuales no está sometido, como lo demuestra la frase de la ley *Cunctos Populus*: los que estén sometidos a nuestra benévola autoridad". A esta glosa se le atribuye haber reconocido por primera vez la extraterritorialidad de las leyes y, por ende, se la erige como la génesis del derecho internacional privado.

A partir de allí, se suceden las denominadas escuelas estatutarias durante los siglos XIII a XVIII, definidas como aquellas doctrinas que representaban un conjunto de reglas elaboradas por juristas durante dicho período de tiempo, destinadas a resolver los conflictos que se suscitaban entre los estatutos, leyes, costumbres o fueros de las ciudades, municipios o provincias pertenecientes en general a una misma unidad política[12].

Más adelante en la historia de nuestra disciplina, nos encontramos con quien fuera el mentor de la fundamentación jurídica y científica del principio de la extra-

[12] Kaller de Orchansky, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, 1994, p. 44.

territorialidad del derecho: Carlos Federico de Savigny (1779-1861). En su *Sistema del derecho romano actual (System des heutigen Römischen Rechts)*, de 1849, un año antes de que nuestro Alberdi manifestara la importancia, para la Argentina y las naciones sudamericanas, del derecho internacional privado[13] y a pocos años de la sanción de nuestra Constitución Nacional de 1853, Savigny justificaba la extraterritorialidad del derecho en lo que denominó la "comunidad jurídica de los Estados", basada en dos pilares comunes: el derecho romano y el cristianismo. El jurista alemán propone la "regla de solución", según la cual a cada relación jurídica se le deberá aplicar el derecho más conforme a su naturaleza, sin importar que se trate de derecho local o extranjero. Busca para cada relación, su sede, asiento o *siège*, identificando lo que hoy llamamos en nuestra disciplina "puntos de conexión". Así, para las personas, entiende que su asiento, es su domicilio; para los bienes, su lugar de situación o ubicación física, para las sucesiones, el último domicilio del causante, para las obligaciones unilaterales, el domicilio del deudor, y para las obligaciones bilaterales como los contratos, su lugar de cumplimiento ...

El único límite a la aplicación del derecho extranjero se presenta para Savigny ante la vulneración de normas rigurosamente imperativas o ante una institución desconocida, aquello que hoy conocemos como orden público internacional.

Todos estos criterios, aquellas normas indirectas o de conflicto, típicas reglas de derecho internacional privado, nos reconducen a través de los puntos de conexión necesariamente a un derecho nacional, territorial, estatal. Sin embargo, todo este impecable sistema fue pensado para funcionar en un mundo físico, real, dividido en Estados nacionales, independientes, con un territorio y una población sobre los que despliegan su soberanía. Ahora bien: ¿serán pertinentes estos criterios para un escenario posmoderno, globalizado, inmerso en procesos de integración múltiples e incluso yuxtapuestos?, ¿es idóneo el método clásico para regular relaciones jurídicas que se desarrollan en nuevos espacios, a nivel supranacional y trasnacional?, ¿puede recurrirse a estas soluciones en el ciberespacio?, ¿nuestros profesores de derecho internacional privado pueden reproducir en las aulas de la Facultad de Derecho aquello que nuestros antecesores en la cátedra desde 1863 en adelante han enseñado?[14].

Es evidente que el DIPr de nuestra época tiene algunas características que lo identifican, y que no pueden soslayarse.

[13] Nos referimos a Alberdi, "Carta a Lucas González", en *Obras completas*, 1886, t. III (carta sobre los estudios convenientes para formar un abogado con arreglo a las necesidades de la sociedad actual en Sudamérica, escrita por el abogado Juan Bautista Alberdi a un joven compatriota suyo, estudiante de derecho de la Universidad de Turín, Italia, 1850).

[14] Según Amancio Alcorta, la enseñanza del derecho internacional privado en la Universidad de Buenos Aires, puede decirse que empezó recién en 1863, siendo catedrático de esa materia, el doctor Federico Pinedo (cfr. Cutolo, *La facultad de derecho después de Caseros*, 1951, ps. 54 y 55).

En efecto, entre estos rasgos característicos del DIPr contemporáneo, Fernández Arroyo alude al marcado protagonismo del conflicto de jurisdicciones sobre el conflicto de leyes, la preponderancia de normas materiales y el avance del *soft law*, la necesaria distinción que debe hacerse entre las normas de DIPr de fuente interna, de fuente convencional y consuetudinaria, la incorporación de valores en la reglamentación de las relaciones de tráfico externo[15].

Muir Watt se refiere a un rediseño de la economía política del DIPr y a las "sacudidas epistemológicas que acompañan la arquitectura del orden internacional como efecto del fenómeno de la globalización", poniendo énfasis en la necesidad de analizar esta tensión que amenaza las relaciones de lo privado y de lo público con una nueva política emergente de la globalización de los mercados[16].

Asimismo, Pamboukis sintetiza las tendencias de un derecho internacional privado complejo y plural. En primer lugar, su materialización. En las esclarecedoras palabras del jurista: «*Le droit international privé n'est plus une science formelle, aristocratique, réfléchie depuis le haut, mais participe à la société-institution et tire des leçons aussi à partir du bas. C'est une phase de maturité sociale, celle qui s'ouvre devant nous. Le droit international privé localisateur devient de plus en plus un droit international privé régulateur par la force des choses*»[17].

En segundo lugar, cabe mencionar el inevitable avance de la autonomía de la voluntad, íntimamente relacionada con la libertad del individuo y el liberalismo político. En tal sentido, cada vez con más frecuencia, los ordenamientos jurídicos reconocen con amplitud a los actores privados la facultad de elegir el derecho aplicable. Autonomía que está llegando incluso a ámbitos que le eran ajenos, como el derecho de familia, por ejemplo en materia de régimen internacional patrimonial del matrimonio.

En tercer lugar, puede considerarse la *jurisdiccionalización* del DIPr, que en parte se explica por la importancia del *common law* fundado en el sistema jurisdiccional, en el litigio y en el rol del juez, a diferencia del *civil law*, fundado en los derechos y no en las acciones, en la figura del legislador y en la previsibilidad de la ley. En algún punto, se advierte que el conflicto de jurisdicciones tiende a absorber el conflicto de leyes, aun cuando aquél se ve influido por las consideraciones del derecho internacional privado sustancial.

15 Fernández Arroyo, "Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días", en *Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, 2010, ps. 77 a 80.

16 Muir Watt, *Aspects économiques du droit international privé: (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)*, en "Recueil des Cours", 307-356 y 357.

17 Pamboukis, *Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé*, en "Recueil des Cours", 330-97 y siguientes.

En cuarto lugar, podemos mencionar la reconsideración de las categorías jurídicas tradicionales y la presencia de un denominador común jurídico: los derechos humanos. Aquellas categorías clásicas, vinculadas a la concepción del derecho estatal, sufren el peso de los efectos de la globalización. Así, la distinción entre derecho privado y derecho público deviene vaga y quizás, inútil, ante los nuevos objetos jurídicos que deben ser aprehendidos de una manera global y que comprenden tanto aspectos públicos como privados[18]. A su vez, otras materias se vuelven "horizontales", pues atraviesan el conjunto de sistemas jurídicos estatales, el mejor ejemplo son los derechos humanos.

En quinto lugar, la multiplicación y el pluralismo de fuentes es una característica del DIPr de nuestros días. Este pluralismo es precisamente el que ha tornado las cosas más complejas. Complejidad ampliamente estudiada por las doctrinas posmodernas[19].

Esta multiplicidad de fuentes, esta complejidad que acarrea, sin embargo, encuentra solución en la búsqueda de un diálogo entre ellas. Como afirma el profesor Jayme: «*Dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux:*

18 Desde que se dividieron los estudios del derecho internacional, en público y privado, ha habido una separación demasiado estricta entre ambas disciplinas. Es usual que dictemos las clases de una y otra, casi como si fueran compartimentos estancos.

Como recuerda Wortley, el término "derecho internacional", inventado por Bentham, es moderno y ambiguo. Sin ningún calificativo, "derecho internacional" significa el derecho internacional público en el uso del inglés corriente, mientras que el derecho internacional privado se considera como una asignatura independiente y, a menudo se le conoce en los países de habla inglesa como el *conflict of laws* (conflicto de leyes). Esta dicotomía moderna fue hecha por Bentham. El término tradicional, utilizado antes de Bentham, el derecho de gentes, *Völkerrecht, le droit des gens, the law of nations*, por lo general, constaba de lo que hoy se llama el derecho internacional público y también el, aún poco desarrollado, conflicto de leyes (cfr. Wortley, *The interaction of public and private international law today*, en "Recueil des Cours", 85-246 y 247).

Tal como expone Fernández Arroyo, "... es cada vez más obvio que ambas disciplinas deben ir de la mano, más allá de lo que cada uno piense respecto a la conveniencia o no de superar o mantener la distinción entre sus respectivos objetos y métodos. El árbol de los debates en torno a ciertas cuestiones específicas ..., no debe impedir ver el bosque de la evidencia de que muchos problemas están reclamando una visión complementaria de ambas disciplinas. No hay dudas de que con frecuencia las visiones del DIPr y del DIP respecto de una cuestión concreta serán más contradictorias que complementarias, pero eso no tiene por qué ser malo *per se* ..." (cfr. Fernández Arroyo, *Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público*, en "Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración", 2012; elDial-DC18BA).

19 Pamboukis, *Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé*, en "Recueil des Cours", 330-97 a 103.

toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles ‹parlent› l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent»[20].

En suma, como señala All, "el DIPr de hoy no es un grupo de normas de conflicto de leyes (como lamentablemente muchos lo siguen entendiendo). Es una disciplina necesariamente abierta y receptora de regulaciones materiales de fuentes diversas, aunque no por ello ha de ser ingenuo y descuidado a la hora de resguardar el mantenimiento de las estructuras principistas que forman los cimientos de las organizaciones estatales e internacionales en sus distintas formas. Dicho resguardo se ejerce, como ha quedado dicho, mediante normas internacionalmente imperativas (que frenan a la autonomía de la voluntad de los contratantes y, con ello, son un dique de contención para el derecho oficial extranjero, las estipulaciones contractuales, la *lex mercatoria* y cualquier otro tipo de regla o principio que integre el *soft law*) y el tamiz del orden público internacional" [21].

c) Escenarios contemporáneos del DIPr. La globalización. La integración regional. La multiculturalidad-interculturalidad

La globalización incide profundamente en el derecho: vacía de contenidos a las estructuras de los derechos nacionales internos, reformula al derecho internacional público y al derecho internacional privado y esfuma sus diferencias[22], da un especial y renovado impulso al derecho de la integración. Por otro lado, el incremento de los intercambios comerciales internacionales da lugar a un desarrollo privilegiado del derecho comercial internacional y del derecho internacional económico por sobre otras ramas del derecho[23].

Tal como asevera Santos Belandro, "el fenómeno de la globalización ha trastocado seriamente la imagen del derecho internacional privado tradicional basada

[20] Jayme, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, en "Recueil des Cours", 251-259.

[21] All, "Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada internacional", en *Derecho internacional privado y derecho de la integración*, libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano, Diego Fernández Arroyo - José A. Moreno Rodríguez (coords.), 2013, ps. 169, 170 y 203.

[22] Pueden ampliarse las relaciones entre ambas disciplinas en Fernández Arroyo, *Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público*, en "Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración", 2012; *elDial*-DC18BA.

[23] Véase para un desarrollo de las implicancias de la globalización en el derecho, "Las ramas del mundo jurídico en la globalización/marginación", ponencia del profesor doctor Miguel Ángel Ciuro Caldani, en las "Jornadas sobre Globalización y Derecho", celebradas el 26/6/02, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y Calvo Caravaca - Blanco Morales Limones (dirs.), *Globalización y derecho*, 2003, entre otras.

en las ideas de reparto, de localización, de territorio y de soberanía de los Estados, todos temas a los que se intentó dar un tratamiento adecuado en la región, sobre el final del siglo XIX y mediados del siglo XX. Hoy las fronteras nacionales —base para el razonamiento de un derecho internacional privado sobre premisas savignianas— resultan muchas veces intrascendentes. El ser humano se ha vuelto ubicuo, en el sentido de que su pensamiento, voluntad y acción, pueden superar la región donde nació y vive, para incidir en cualquier rincón del mundo, pactando por ejemplo, contratos por medios electrónicos. Es ineludible tomar en consideración estas circunstancias, para salvarnos del riesgo de promocionar un derecho inadecuado o ineficaz" [24].

En este mundo global, coexisten los tradicionales actores de las relaciones internacionales, los Estados, cuyas decisiones y actuación tanto en el campo doméstico, como en el internacional, ya no son de su exclusiva soberanía sino que se ven, en muchas ocasiones, condicionadas, limitadas, influenciadas por instituciones supranacionales, organismos intergubernamentales, no gubernamentales, regionales, por empresas transnacionales, por la propia sociedad civil, entre otros actores que hoy comparten el protagonismo con los Estados.

En efecto, como afirma Pamboukis, el estallido de pluralismo jurídico importa la pérdida del monopolio legal del Estado nación a favor del derecho supranacional, interestatal (internacional), subestatal, y extraestatal (a-nacional). La producción del derecho obedece en nuestros tiempos a las tres "P": policéntrico, polinómico y poliárquico (de poliarquía: el gobierno de muchos). El derecho contemporáneo también obedece a la arquitectura de red en lugar de la pirámide clásica. Por lo tanto, la globalización introdujo la hipótesis de un derecho necesariamente plural en razón de la pluralidad de procesos, del gran número de actores, un derecho de redes no jerárquicas, un derecho complejo[25].

Ahora bien, a la par de la globalización a nivel mundial, nos encontramos con un incremento significativo de procesos de integración regional, que agrupan a algunos Estados con objetivos en común de muy diversa índole.

La regionalización es un paso, una etapa hacia la globalización y viceversa, la globalización promueve la regionalización. Los Estados se dan cuenta de la pérdida de su capacidad en el mundo global, y se unen, se vinculan "dolorosamente". Y esta unificación puede tomar muchas formas: económica, social, aduanera, financiera, política. La percepción de la globalización como una amenaza provoca la re-

[24] Santos Belandro, *Viejas y nuevas fuerzas que en el siglo XXI inciden sobre el derecho internacional privado: el territorio, la frontera, la soberanía y los espacios*, en "Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración", sep. 2013.

[25] Pamboukis, *Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé*, en "Recueil des Cours", 330-73 a 75.

cesidad de los "pequeños Estados" de unirse. Es en este sentido que la regionalización y la integración están relacionadas con la globalización, constituyendo un paso hacia la formación de una globalización ordenada, a través de una regulación jurídica compleja, internacional y transnacional[26].

Dentro de estos nuevos espacios integrados se crean, desenvuelven y extinguen un sinnúmero de relaciones jurídicas entre particulares, de cuya regulación se ocupa nuestra disciplina.

En suma, "la integración requiere para concretarse de una estructura jurídica que incluya entre otras ramas, al derecho internacional privado"[27].

El DIPr es una herramienta, un instrumento de insustituible valor para la integración jurídica, que permite en última instancia el logro de los objetivos de diversa índole que se proponga un proceso de integración regional.

En este sentido, compartimos las palabras de Feldstein de Cárdenas cuando expresa: "Nuestra disciplina está llamada, dentro de los procesos de integración, entre otros, a contribuir como marco regulador e interpretativo y como instrumento imprescindible, para el logro de la armonización de las legislaciones de los países que conforman un esquema determinado de integración (...) En este sentido existe una recíproca influencia entre el derecho internacional privado y los denominados procesos de integración regional"[28].

Ahora bien, no podemos ser ingenuos y considerar que el rol del DIPr es imprescindible en cualquier forma de cooperación, ni siquiera en cualquier proceso de integración. Sino que, por el contrario, la necesidad de aprobar normas de derecho internacional privado para un espacio integrado depende del grado de compromiso que los Estados que lo conforman desean asumir. Evidentemente, no es lo mismo el objetivo de liberar paulatinamente los intercambios comerciales o establecer un régimen tarifario de preferencias que el de instaurar un sistema que implique la cesión, la transferencia o el abandono de prerrogativas fundamentales de la soberanía de los Estados comprometidos[29].

En efecto, si bien podemos afirmar que "cualquier fenómeno de integración regional repercute de manera sustancial en la reglamentación del tráfico privado externo (...) la repercusión está en relación directa de la nivelación de los logros con-

[26] Pamboukis, *Droit International privé holistique: droit uniforme et droit international privé*, en "Recueil des Cours", 330-81.

[27] Dreyzin de Klor - Uriondo de Martinolli, *Implicancia de la integración en el derecho internacional privado*, LL, 1994-E-1116.

[28] Feldstein de Cárdenas, *Armonización legislativa en áreas integradas*, en "Temas de derecho privado", nº XII, 2000, p. 201.

[29] Feldstein de Cárdenas, *El derecho internacional privado y los procesos de integración regional*, en "Síntesis Forense", nº 85, ago. 1999, p. 21.

seguidos (...) [E]l papel del DIPr es muy distinto en cada uno de estos niveles pudiendo afirmarse que sólo comienza a ser relevante a partir de la etapa del mercado común, al margen de que el proceso genere una suerte de procedimiento de armonización de legislaciones, llegando a constituir un elemento imprescindible en la última fase del proceso. Así, en unos modelos primarios de integración la afectación repercutirá directamente en las normas del derecho administrativo económico de los Estados miembros, pero a medida que el fenómeno integrador se incrementa éste repercutirá decisivamente en el derecho privado, más concretamente en el derecho patrimonial; por último, el tránsito de la integración económica a la política desencadena la proyección en todos los sectores del ordenamiento jurídico. El ejemplo seguido en el largo proceso de evolución hasta constituir la actual Unión Europea resulta particularmente significativo"[30].

En el caso del proceso de integración europeo, las normas supranacionales de derecho internacional privado tienen un rol preponderante por su aplicabilidad inmediata y efecto directo, pero sobre todo, por su primacía respecto de los derechos internos. A tal punto que prestigiosa doctrina se ha preguntado si ante la aparición de las normas comunitarias, en la actual etapa de la evolución, es necesario desarrollar o no normas estatales, de fuente interna, en el área del derecho internacional privado. La respuesta es afirmativa, porque todavía hay un importante espacio para el derecho internacional privado autónomo. De hecho, es fácil ver, por un lado, que las reglas iusprivatistas comunitarias no cubren todas las áreas que son objeto de nuestra materia. Por otra parte, incluso en ámbitos donde están presentes normas de la Unión Europea, no conllevan a una sustitución total del legislador estatal, nacional, por el legislador comunitario.

Pero además, el DIPr se ve conmocionado por otro fenómeno, el de la multiculturalidad. El contacto entre culturas diversas genera el contacto entre ordenamientos jurídicos que responden a valores, principios, y religiones diferentes.

En tanto la finalidad principal del DIPr es la protección de la persona humana y la solución de los conflictos de leyes presuponen un diálogo intercultural, en respeto de la diversidad y de la identidad cultural de los individuos, el rol de nuestra disciplina es central en el mundo globalizado, multicultural, posmoderno, en el que vivimos[31].

Nuestra disciplina "tiende a hacerse multicultural, procurando aceptar, en mayor o en menor grado, los fenómenos e instituciones procedentes de civilizaciones

[30] Fernández Rozas, "Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el derecho internacional privado", en *Iberoamérica ante los procesos de integración*, "XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales", 2000, ps. 2 y 3.

[31] En igual sentido, Jayme, *O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização*, en "Cadernos do programa de pós-graduação em direito - PPGDir./UFRGS", vol. 1, nº 1, mar. 2010, ps. 86 y 87.

distintas e intentando evitar el rechazo sistemático de la aplicación del derecho extranjero que responde a valores distintos a los occidentales (...) Es más, este derecho internacional privado multicultural tiende a convertirse en intercultural, puesto que se trata de regular una 'nueva cultura social' resultado de la interconexión de culturas de países de recepción de emigrantes y de países de emigración"[32].

En efecto, "los fenómenos migratorios y la sociedad de la comunicación se combinan para poner en relación las diversas culturas, que, una vez terminada la era colonizadora, aspiran a dialogar en un plano de igualdad (...) Pero, sobre todo, convierte al derecho internacional privado en una pieza clave del diálogo jurídico intercultural, convirtiéndose en una suerte de *ius communicationis* o, si se quiere, en un canal de comunicación jurídica"[33].

La multiculturalidad convoca al derecho internacional privado, por medio de sus variadas fuentes y guiado por el derecho internacional de los derechos humanos, a procurar soluciones para resolver nuevos "conflictos de leyes", "conflictos de jurisdicciones", "conflictos de calificaciones", en definitiva, "conflictos de civilizaciones".

d) Codificación y métodos del derecho internacional privado

Para iniciar estas líneas, empecemos por definir "código", que de acuerdo al *Diccionario de la lengua española* es, en su primera acepción, el "conjunto de normas legales sistemáticas que regulan unitariamente una materia determinada", y en la segunda: la "recopilación sistemática de diversas leyes"[34]. Mientras que "codificar" es "hacer o formar un cuerpo de leyes metódico y sistemático"[35].

A partir del siglo XIX, prácticamente todos los países de Europa e Iberoamérica, y algunos de África, Asia y Oceanía iniciaron un movimiento codificador de la legislación civil. Si bien la primera ley que utilizó esta denominación fue el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756 de Baviera; y la segunda, el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (de Federico II de Prusia) de 1792, que era un cuerpo legal que incluía derecho civil, penal y político, el movimiento codificador

[32] Duran Ayago, "El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural", en Calvo Caravaca - Carrascosa González, *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, 2004, ps. 296 y 297.

[33] Sánchez Lorenzo, *Estado democrático, postmodernismo y el derecho internacional privado*, en "Revista de Estudios Jurídicos", nº 10/2010, Segunda Epoca, p. 7; disponible en *www.rej.ujaen.es* (10/2/15).

[34] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*; disponible en *lema.rae.es/drae/?val=codigo* (12/2/15).

[35] Ibídem.

moderno del derecho encontró su mejor modelo en el *Code Civil* que promulgó Napoleón en 1804[36].

Paula Ali recuerda que la codificación "supone un fenómeno histórico de amplio alcance y si bien la palabra 'código' no ha sido un concepto unívoco a través de la historia, la codificación moderna encuentra su origen en el advenimiento de la Edad Moderna y en la concepción misma de los Estados soberanos; de esta forma, la codificación internacional adoptará desde fines del siglo XIX la forma de un trabajo interestatal"[37].

Nolde indica que la codificación puede ser definida como la creación de "sistemas" de reglas de derecho lógicamente unificadas. Esos sistemas nacen a partir de la transformación de normas de derecho no escrito en derecho escrito, así como de normas de derecho escrito en normas de un derecho escrito mejorado. En el derecho internacional privado, se alude a la codificación tanto cuando se transforma un derecho interno en otro derecho interno, como cuando se sustituyen reglas de derecho interno, por reglas de derecho convencional. Es suficiente con que estemos en presencia de una reforma jurídica que da nacimiento a un nuevo conjunto lógico de normas, a nuevos "sistemas" de reglas jurídicas[38].

En nuestra disciplina, tal como destaca Kessedjian, el término "código" posiblemente no sea el más adecuado, dado que muchos países se han resistido a darle forma de código a sus respectivas legislaciones nacionales en materia de derecho internacional privado[39].

Si bien algunos países han adoptado leyes sistemáticas o códigos de derecho internacional privado, como Suiza en 1987, Italia en 1995, Venezuela en 1998, Bélgica en 2004, China en 2010, y Panamá en 2014, la mayoría de los Estados tienen normas más o menos dispersas, tal era el caso de la República Argentina.

Ahora bien, más allá de la disyuntiva entre la codificación del DIPr en un cuerpo autónomo de disposiciones, o a través de la incorporación de reglas ordenadas en

[36] Existen antecedentes remotos como las Leyes de Manú (siglo XIII a. C.) o las reglas del Deuteronomio (contenido en la Torá judía), el Código de Hammurabi, dictado por el rey amorreo de ese nombre alrededor del 1760 a.C.

La primera compilación jurídica de importancia fue realizada por los romanos que culminaron con la obra de Justiniano. Por decisión de éste, fue sancionado el *Corpus Juris Civilis*, conformado por el *Digesto*, las *Institutas*, el *Código* y las *Novelas*.

[37] Ali, "Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada internacional", en *Derecho internacional privado y derecho de la integración*, libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano-Diego Fernández Arroyo - José A. Moreno Rodríguez (coords.), 2013, p. 171.

[38] Nolde, *La codification du droit international privé*, en "Recueil des Cours", 55-304 y 305.

[39] Kessedjian, *Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales*, en "Recueil des Cours", 300-102.

un único título en los tradicionales códigos de fondo, el gran dilema con que nos enfrentamos es respecto al método de codificación.

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

Como lúcidamente recuerda la profesora Fresnedo de Aguirre, "en 1973, Henri Batiffol impartió un curso que devino famoso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya referido, precisamente, al pluralismo de métodos en el DIPr, como respuesta a las 'discusiones que se han desarrollado particularmente desde hace una quincena de años'. La intención del autor fue llamar la atención acerca de que la determinación del derecho aplicable a una situación privada internacional no estaba exclusivamente basada, como se venía predicando tradicionalmente, en las normas indirectas. Por el contrario, advertía la existencia de tres tendencias básicas que de algún modo venían conspirando contra la exclusividad de aquel modelo: la creciente preeminencia de la designación del juez competente sobre la correlativa determinación del derecho aplicable (cuya forma más radical pasaba por afirmar que cada juez debía aplicar su propia ley, eliminando así el problema del 'conflicto de leyes'), la aparición de normas materiales de DIPr y la atención cada vez mayor que los jueces daban a las llamadas normas de policía. Casi treinta años después, esas tendencias se han confirmado y desarrollado sus propios perfiles, pintando un panorama del DIPr ciertamente multifacético. Todavía en 1995, en su magnífico curso general en la misma Academia, Erik Jayme identificaba como tendencias fundamentales del 'DIPr postmoderno' el rol esencial de los aspectos procesales del mismo y la materialización de las soluciones" [40].

El método conflictual, de atribución o indirecto, cuyo desarrollo lo debemos a Savigny, no provee una regulación directa de la situación privada internacional, sino que procura localizar territorial, geográfica e idealmente la relación jurídica en uno de los diversos ordenamientos jurídicos razonablemente conectados con aquélla. El orden jurídico indicado por la norma indirecta, a través del llamado punto de conexión, será el encargado de brindar la regulación jurídica del caso. Aquél podrá recaer en el derecho local, o bien en el derecho extranjero, cuya aplicación

[40] Fresnedo de Aguirre, "Aspectos generales del sector del derecho aplicable", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, ps. 257 y 258.

podrá encontrar límites, como cuando se configure un fraude a la ley, o bien cuando se encuentre vulnerado el orden público internacional del foro.

Tal como señala Boggiano, "la norma de conflicto se caracteriza por dar solución al caso mediante la elección indeterminada del derecho material nacional o de un derecho material extranjero (...) Lo decisivo radica en hallar la conexión más esencial o próxima del caso con un sistema jurídico, o, excepcionalmente, con más de uno (...) Cada Estado nacional elige las conexiones que estima relevantes en los casos multinacionales. De aquí que las elecciones de los contactos sean, en primer lugar, nacionales, internas, unilaterales. Sin embargo, como se ha dicho, el principio de razonabilidad puede unificar conexiones nacionales razonables, aunque diversas, de modo que la elección de una u otra conexión sea fungible desde el punto de vista de la justicia de su elección" [41].

En cambio, el método directo provee una solución jurídica inmediata, directa y sustantiva al caso iusprivatista internacional. La estructura de la norma directa simplemente contiene dos elementos: el supuesto de hecho, tipo legal o hipótesis y la consecuencia jurídica, que brinda una solución concreta y específica [42].

Al decir de Boggiano, "el caso iusprivatista multinacional, conectado a varios sistemas jurídicos nacionales, puede ser resuelto según un derecho nacional elegido. Empero, puede también ser solucionado mediante la creación de un derecho nacional especialmente aplicable a casos multinacionales. No se trata ya de solucionar el caso mediante la aplicación de un derecho nacional comúnmente aplicable a casos internos y multinacionales sin discriminación. Se trata de crear un nuevo derecho privado nacional, adaptado especialmente a la naturaleza multinacional de los casos iusprivatistas, exclusivamente aplicable a éstos" [43].

Los ordenamientos jurídicos nacionales, en general, contienen normas indirectas, es decir, utilizan el método conflictual, y escasamente, prevén algunas normas materiales. Mientras que estas últimas tienen un rol preponderante en las fuentes internacionales, supranacionales y transnacionales, sobre todo en el ámbito del derecho comercial internacional, en procura de un derecho uniforme. Buenos ejemplos son la célebre Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980, o los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.

[41] Boggiano, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ª ed., 2011, ps. 33 a 39.

[42] No debe pensarse que el método material sea un desarrollo actual en el derecho internacional privado. Por el contrario, el *jus gentium* de los romanos era un derecho material especial para los casos entre extranjeros o entre extranjeros y ciudadanos romanos.

[43] Boggiano, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ª ed., 2011, p. 49.

Finalmente, encontramos el llamado método de autolimitación, a través de la utilización de las normas internacionalmente imperativas, normas de policía o normas de extensión, que amplían, extienden la aplicación de normas internas previstas para situaciones locales, a situaciones privadas internacionales, en pos de resguardar ciertos valores jurídicos fundamentales para el foro, tales como la protección de los niños, del medio ambiente, de los usuarios y consumidores, de los trabajadores, de la libre competencia, entre otros. De tal manera, funcionan como un límite a la aplicación del derecho extranjero.

La norma de policía "autolimita exclusivamente la aplicabilidad del derecho nacional a un caso multinacional. Tal autolimitación se produce mediante la exclusiva referencia a circunstancias que vinculan el caso al derecho nacional propio (...) Estas normas son exclusivas porque excluyen toda otra regulación de la materia. Sólo se ocupan de autolimitar la esfera de aplicación espacial exclusiva del derecho material propio, sin determinar las circunstancias que puedan hacer competente a un derecho extranjero" [44].

Las "Disposiciones de derecho internacional privado" previstas, tal como veremos, recurren a los distintos métodos de codificación, siguiendo la tendencia mundial preponderante que admite sin tapujos la pluralidad metodológica en esta disciplina.

En efecto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el Título que comentamos cuenta con un número significativo de normas indirectas que procuran localizar territorial, geográfica e idealmente la relación jurídica en uno de los diversos ordenamientos jurídicos razonablemente conectados con aquélla. El orden jurídico indicado por la norma indirecta, a través del llamado punto de conexión, será el encargado de brindar la regulación jurídica del caso. Aquél podrá recaer en el derecho local, o bien en el derecho extranjero (art. 2595, *CCCN*), cuya aplicación podrá encontrar límites, como cuando se configure un fraude a la ley (art. 2598, *CCCN*), o bien cuando se encuentre vulnerado el orden público internacional del foro (art. 2600, *CCCN*). Asimismo, el *CCCN* contiene normas directas (a modo de ejemplos, los arts. 2604, 2610, 2613, 2614, 2615, 2623, 2642, entre otros). Finalmente, las nuevas disposiciones aluden también a las normas de aplicación inmediata o internacionalmente imperativas en el art. 2599 del *CCCN*.

§ 2. La importancia de una Parte General en la codificación del derecho internacional privado

Somos partidarios de la inclusión de reglas generales que resuelvan problemas que se puedan suscitar en todo caso iusprivatista internacional o multinacional, sin distinción de la materia específica. Esos principios, criterios, reglas, métodos,

[44] Boggiano, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ª ed., 2011, p. 54.

cuestiones, son los que le imprimen autonomía científica al derecho internacional privado.

Tal como expresa Maekelt, "sin la parte general, el derecho internacional privado se convertiría en una disciplina sin vida propia, sin sus características esenciales y sin la base de la cientificidad" [45].

Los mentores de las "Disposiciones de derecho internacional" privado indicaron en los Fundamentos del Anteproyecto que "se han abordado en forma breve pero necesaria ciertos aspectos de los llamados 'problemas generales de la disciplina', que fijan el espíritu y las bases del sistema: modernas tendencias y practicidad en la aplicación del derecho extranjero, voluntad de coordinar sistemas en la aceptación limitada del reenvío, moralización de las conductas por la sanción del fraude a la ley y búsqueda de equilibrio entre la autonomía de la voluntad y las normas y principios que expresan valores irrenunciables del orden jurídico" [46].

Ahora bien, teniendo en cuenta el objeto del DIPr contemporáneo, estas disposiciones generales, que hacen a una suerte de Teoría o Parte General de la disciplina, no se pueden limitar a problemas derivados del funcionamiento de la norma de conflicto.

Efectivamente, "la concepción que se tenga del objeto de esta disciplina será determinante en la forma de entender su teoría general. Así, abandonada la tesis normativista, y entendiendo que el derecho internacional privado se ocupa de dar solución a las relaciones jurídico privadas de carácter internacional, además de las cuestiones de derecho aplicable —consideradas a través de la llamada pluralidad metodológica del derecho internacional privado—, en la teoría general debe incluirse el derecho procesal internacional" [47].

En efecto, dentro de esta teoría general del DIPr argentino, encontramos los problemas atinentes a la jurisdicción internacional, incluyendo reglas sobre cooperación jurídica internacional, en el Capítulo II del Título IV. Tal como afirman los redactores: "El derecho internacional privado actual no puede prescindir de una localización jurisdiccional de los conflictos, motivo que ha llevado a prever ciertas normas de jurisdicción internacional" [48].

[45] Maekelt, *Teoría general de derecho internacional privado*, 2ª ed., 2010, ps. XXX y XXXI, "Presentación a la segunda edición".

[46] Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV, "Derecho Internacional Privado", 2012, consultado en *www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf* (10/2/15).

[47] Madrid Martínez, "Instituciones generales de derecho internacional privado: más allá del problema conflictual", en *Estudios de derecho internacional privado*, homenaje a Tatiana Maekelt, Hugo Guerra - Claudia Madrid Martínez - Yaritza Pérez (coords.), 2012, ps. 155 a 226.

[48] Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV, "Derecho Internacional Privado", 2012, consultado en *www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf* (10/2/15).

A continuación, siguiendo el orden de los temas tratados en los arts. 2594 a 2600, analizaremos en primer lugar las llamadas "Disposiciones generales" (Capítulo I, Título IV, Libro Sexto).

§ 3. Fuentes del derecho internacional privado

El art. 2594, bajo el título *"NORMAS APLICABLES"* establece que: *"Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna"*.

Dicha disposición tiene por finalidad indicar las fuentes principales del DIPr, dando cuenta además de su jerarquía. Los casos iusprivatistas internacionales se deben resolver, en primer lugar, por los tratados internacionales, y en su defecto, por las normas (directas e indirectas) de fuente interna previstas principalmente en el propio Código Civil y Comercial.

La norma transcripta es muy similar al art. 1° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, celebrada en Montevideo en 1979, en vigor en la República Argentina desde 1983[49]): "La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscriptas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte. En defecto de norma internacional, los Estados parte aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno".

a) Jerarquía de las fuentes

Si bien las normas de fondo derogadas no contemplaban ninguna norma acerca de las fuentes del DIPr, la primacía de los tratados respecto a las leyes ha sido afirmada desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso "Ekmekdjian c. Sofovich", de 1992[50] y principalmente, desde la reforma de 1994 de la Constitución Nacional *(CN)*.

[49] La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado vincula a la Argentina con Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

[50] En este trascendente fallo la Corte cambió su doctrina efectuando un giro de ciento ochenta grados. En este pronunciamiento la Corte reconoció que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes. Para esto utilizó dos fundamentos: uno, de derecho interno constitucional y otro, de derecho internacional. En lo que concierne al primero de los fundamentos, sostuvo: "La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso, violenta la distribución de competencias impuesta por la misma (CN) porque mediante una ley se podría derogar el acto federal complejo de la celebración de un tratado ... Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo ... sobre atribuciones del Poder Ejecutivo ... que es quien conduce exclusiva y excluyentemente las relaciones exteriores ...". Por otra parte, el fundamento de derecho internacional fue esgrimido para sustentar su cambio de doctrina con respecto a la jerarquía de los tratados en relación con el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados según el cual ningún Estado podrá invocar su derecho interno para incumplir una norma internacional.

La Constitución Nacional, antes de la reforma de 1994, no contenía ningún artículo que le otorgara en forma clara una superioridad jerárquica al tratado internacional respecto de la ley, o viceversa.

Sin embargo, dicha reforma introdujo varias innovaciones trascendentes en lo que concierne a la relación entre derecho interno y derecho internacional, aun cuando los arts. 27 y 31 de la Carta Magna[51] no han sido modificados, atento a la limitación impuesta en la ley declarativa de necesidad de reforma que impedía la modificación de la primera parte de la Constitución.

En primer lugar, la reforma en el art. 75, inc. 22, parte 1ª de la *CN*[52], consagró la superioridad de los tratados internacionales y de los concordatos celebrados con la

[51] Art. 27, *CN*: *"El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución"*. Recuérdese que la Corte Suprema en autos "Nardelli, Pietro s/Extradición", de 1996, interpretó que los principios a los que hace referencia dicha norma "comprenden actualmente los principios consagrados en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional".

Art. 31, *CN*: *"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859"*. Del análisis de este artículo puede afirmarse que los tratados internacionales son fuente autónoma, es decir, que los mismos no requerirían un acto de transformación para ser incorporados al ordenamiento interno, con lo cual podemos afirmar que nuestra Constitución Nacional se enrola dentro de la teoría monista. En nuestro ordenamiento jurídico interno el Poder Ejecutivo firma los tratados, el Poder Legislativo posteriormente deberá aprobarlos mediante una ley y luego el Poder Ejecutivo los ratificará. Este procedimiento en el cual intervienen ambos poderes del Estado ha sido denominado por la doctrina "acto federal complejo". Este acto de aprobar el tratado por una ley no tiene el efecto de transformarlo en norma interna porque no se votan los artículos del tratado sino que simplemente se habilita, se autoriza al Poder Ejecutivo para que lo ratifique.

[52] Art. 75, *CN*: *"Corresponde al Congreso: ... Inc. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio;

Santa Sede frente a las leyes. Es decir que los tratados en general tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional, puesto que deben respetar los principios de derecho público constitucional (art. 27, *CN*). Seguidamente, jerarquizó, dándoles el mismo rango de la Constitución, a once instrumentos internacionales de derechos humanos[53], que son "constitucionalizados"[54], pero no incorporados a la Constitución Nacional. En efecto, prestigiosa doctrina ha señalado que tales instrumentos no son incorporados al texto de la Carta Magna, sino que "valen" como ella[55], se encuentran en pie de igualdad, conforman junto con la Constitución Nacional el denominado "bloque de constitucionalidad"[56].

Además, faculta al Congreso para que jerarquice a otros tratados sobre derechos humanos, siempre que luego de aprobados, le otorgue tal jerarquía constitucional con las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros. Nuestro Poder Legislativo nacional ha ejercido dicha facultad en tres oportunidades hasta la fecha: por ley 24.820 concedió jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; por ley 25.778, a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; y por ley 27.044, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

---

la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

53 Debemos referirnos a instrumentos y no a tratados pues en la enumeración del art. 75, inc. 22 se incluyen dos declaraciones: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En cambio la posibilidad otorgada al Congreso de "constitucionalizar" otros instrumentos queda reservada, si nos atenemos a la letra de la norma, a los tratados internacionales.

54 Tomamos esta expresión de Moncayo, "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema", en *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú - Christian Courtis (comps.), 2ª ed., 1998.

55 Cfr. Barboza, *Derecho internacional público*, 1999, p. 78.

56 Esta expresión ha sido acuñada en nuestro país por el profesor doctor Germán Bidart Campos. Tal denominación fue utilizada por primera vez en una sentencia del Consejo Constitucional de Francia en 1970 para referirse al bloque integrado por la Constitución, la Declaración de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales de las leyes de la República.

Asimismo, la Constitución reformada otorga jerarquía supralegal a los tratados de integración y al derecho derivado siempre que se cumplan las condiciones prescriptas en el art. 75, inc. 24 de la *CN*[57].

Cabe destacar que esta disposición consagró a nivel constitucional la doctrina sentada por la Corte Suprema en el fallo "Cafés La Virginia S.A. s/Apelación (por denegación de repetición)" del 12/10/94[58], en el cual nuestro más Alto Tribunal reconoció jerarquía supralegal a un acuerdo celebrado entre la Argentina y Brasil, en el marco de la ALADI sobre normas nacionales que imponían gravámenes a la importación.

La Constitución subordina la facultad del Congreso para aprobar estos tratados con Estados latinoamericanos a las siguientes condiciones: *1)* que se observen condiciones de igualdad y reciprocidad; *2)* que se respete el orden democrático; *3)* que se respeten los derechos humanos, y *4)* que se aprueben por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. Por su parte, la aprobación de los tratados de integración con Estados que no son latinoamericanos está sujeta, además de a las condiciones enumeradas en *1)*, *2)* y *3)*; a *4)* que la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara declaren la conveniencia de su aprobación, y *5)* que la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara lo apruebe dentro de los ciento veinte días posteriores al acto declarativo.

Finalmente, cabe precisar que la ley 24.080 del 10/6/92 exige que los hechos y actos referidos a tratados internacionales en que sea parte la República Argentina sean publicados dentro de los quince días hábiles posteriores a cada hecho o acto. El art. 2º dispone que los tratados o convenciones que *"establezcan obligaciones para las personas físicas o jurídicas que no sea el Estado nacional son obligatorias sólo después de su publicación en el Boletín Oficial, observándose al respecto lo prescripto en el art. 2º del Código Civil"*[59].

57 Art. 75, *CN*: *"Corresponde al Congreso ... inc. 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.*

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

58 CSJN, 10/10/94, "Cafés La Virginia", *CSJN-Fallos*, 317:1282.

59 Esta remisión ahora corresponde hacerla al art. 5º del *CCCN*: *"Vigencia. Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen".*

En definitiva, el art. 2594 no hace más que reafirmar la jerarquía superior de los tratados internacionales que abordan problemas de DIPr, en plena coincidencia con el art. 75, incs. 22 y 24 de la *CN* y con la CIDIP II.

b) Tipos de fuentes

Se puede advertir que la disposición que analizamos contempla las dos fuentes principales de nuestra disciplina: los tratados en general y las leyes.

Sinembargo, el DIPr cuenta con variadas fuentes: nacionales, regionales, internacionales, transnacionales, con orígenes diversos y características peculiares. Veamos:

1 — Regulación nacional

Los Estados mantienen un rol significativo a la hora de regular las relaciones jurídicas privadas internacionales, en particular porque detentan el monopolio de la fuerza y, a través de ello, revisten de eficacia a las normas estatales al momento de su interpretación, de su aplicación y a la ejecución de una decisión basada en ellas.

Aun cuando las legislaciones nacionales continúan siendo fundamentales, no podemos dejar de reconocer que en el mundo globalizado las normas jurídicas nacionales se ven influidas por tendencias armonizadoras a nivel global o regional, así como por la evolución de los otros ordenamientos nacionales. Al respecto, se ha dicho que "la evolución del derecho de la actividad económica en la actualidad responde a un fenómeno de 'globalización', caracterizado por la descentralización (la complejidad y el marco institucional existente son obstáculos insalvables para la generalización de un derecho global) en su producción, de ámbito predominantemente nacional, pero, al mismo tiempo, orientado a satisfacer las exigencias de la globalización, mediante su carácter flexible y abierto, que facilita la eficacia de normas reguladoras del comercio internacional de origen extraestatal y de las elaboradas en el marco de cooperación internacional, así como una creciente influencia de las tendencias de la práctica jurídica transnacional" [60].

En este tipo de fuentes, podemos ubicar a las "Disposiciones de derecho internacional privado" del *CCCN*.

2 — Regulación internacional o convencional. Distintos tipos de instrumentos internacionales

A la par de las normas internas, nacionales de DIPr, cada vez se celebran más tratados internacionales que establecen normas comunes, ya sea de conflicto, o de derecho uniforme, que los Estados pueden o no ratificar o adherir y, en todo caso, se

[60] De Miguel Asensio, "El derecho internacional privado ante la globalización", en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, t. 1, párr. 25.

reservan la decisión acerca del modo en que se introducen en el derecho nacional (según las tradicionales teorías monista y dualista[61]), y la jerarquía que le reconocen a tales normas internacionales.

La cantidad de convenciones internacionales, multilaterales, regionales y bilaterales, que regulan áreas del derecho internacional privado es innumerable, desde los primeros que datan de fines del siglo XIX, como en nuestra región los Tratados de Montevideo (TM) de 1889, hasta nuestros días.

Se pueden distinguir dos tipos de tratados que son de nuestro interés. Aquellos cuyo objeto es una cuestión, un problema de derecho internacional privado (atribución de jurisdicción, determinación de la ley aplicable, cooperación jurídica internacional), y aquellos cuyo objeto es crear reglas sustanciales que tienen cierta incidencia en nuestra disciplina.

Dentro de las convenciones multilaterales específicamente dedicadas a regular relaciones privadas internacionales, ya sea a través de normas de conflicto o de reglas uniformes, es de destacar la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado, celebradas en el marco de la Organización de Estados Americanos, de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI en español, UNCITRAL en inglés y CNUDCI en francés), en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, y del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

En el segundo grupo de convenciones, según la división trazada, encontramos tratados provenientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y todos aquellos instrumentos concernientes a la protección internacional de los derechos humanos, como la Declaración Universal, la Declaración Americana, los pactos de 1966 o la Convención de San José de Costa Rica, sin perjuicio de aquellas sobre derechos específicos o destinatarios particulares, que suelen tener una incidencia directa en la solución de problemas propios del derecho internacional privado, sobre todo, en el ámbito del derecho internacional privado de la familia.

[61] Existen dos clásicas teorías opuestas que tratan de explicar la integración del derecho internacional en los distintos ordenamientos internos y las múltiples relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. La primera teoría denominada "dualista", postula la separación del derecho internacional y de los distintos ordenamientos internos. Sostiene que son dos ordenamientos jurídicos totalmente diferentes e independientes uno del otro, incomunicados entre sí, que tienen ámbitos de validez y de acción, diversos. Por ello, para que una norma internacional ingrese al ordenamiento interno necesita de un acto de transformación. La segunda teoría llamada "monista" sostiene que existe un solo orden jurídico universal con dos subsistemas, uno interno y otro internacional, relacionados jerárquicamente. En tanto la integración es directa e inmediata, según esta teoría el derecho internacional no requiere ningún acto de transformación para que se incorpore al ordenamiento interno.

3 — Regulación supranacional

Por otro lado, nos encontramos con el interesante fenómeno del llamado derecho supranacional, que se ha desarrollado en la Unión Europea, y cuenta con peculiares características tales como su primacía respecto de los derechos estatales, su aplicabilidad inmediata y su efecto directo. Múltiples aspectos de las relaciones jurídicas de los ciudadanos de la Unión están regulados por normas de derecho comunitario, de índole supranacional o supraestatal, que han desplazado o han requerido la adaptación de los derechos internos.

4 — Regulación transnacional. «*Lex mercatoria-lex electronica*»

Como consecuencia de la erosión del monopolio del Estado en la reglamentación de las relaciones jurídicas entre personas de derecho privado, han emergido reglas de carácter extraestatal, sobre todo en materia de comercio internacional.

La máxima expresión de derecho no estatal la encontramos en lo que se conoce como *lex mercatoria*. En este supuesto son exclusivamente los operadores del comercio internacional quienes la elaboran, generando un orden de tipo transnacional. A su turno, en el ámbito de las relaciones que se desarrollan en el espacio virtual, hace ya unos años, se ha comenzado a hablar de una suerte de *lex electronica, cyberlaw* o *lex informatica*.

Este conjunto de principios generales, de usos y costumbres, de cláusulas estándar, de modelos contractuales, procuran imponerse a las leyes nacionales que se considerarían inadecuadas, "desnacionalizando", "deslocalizando", a su paso, las relaciones comerciales internacionales. En este mismo sentido, quienes operan en el comercio internacional suelen elegir el arbitraje comercial internacional como mecanismo de resolución de sus controversias, sustituyendo las jurisdicciones nacionales.

Estos usos, costumbres y principios han sido también objeto de codificación. En especial, destaca la tarea desarrollada por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), a través principalmente de los *Incoterms* o términos internacionales del comercio que ha elaborado desde 1936 (con revisiones en 1945, 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 y 2010), o bien los Usos y Reglas Uniformes Relativas a los Créditos Documentarios cuya última revisión se recoge en la publicación 600 *(Brochure 600)*.

Para algunos autores, estaríamos en presencia de un nuevo ordenamiento jurídico, original, distinto e independiente de los ordenamientos nacionales e internacionales. Para otros, en cambio, principalmente por su falta de autosuficiencia, no podría erigirse en un tercer orden normativo[62]. Volveremos sobre este debate

[62] Véase en este último sentido Feldstein de Cárdenas, *Contratos Internacionales*, 1995, Tercera Parte, "Lex mercatoria"; ídem, "La lex informatica: la insoportable levedad del no ser", en *Libro homenaje a la doctora Berta Kaller de Orchansky*, 2005.

más adelante, cuando abordemos el derecho aplicable a los contratos internacionales (Capítulo III, Sección 11ª, Título IV, Libro Sexto, *CCCN*).

Por otra parte, en términos más generales, se puede incluir entre las normas de origen extraestatal al denominado *soft law* (el *droit mou*, del francés), que se caracteriza por su no obligatoriedad. Se incluyen en esta categoría: las leyes modelos, las guías, las comunicaciones y recomendaciones de organizaciones internacionales, los códigos de conducta[63]. Asimismo, tienen especial importancia los trabajos de expertos internacionales, los *savants*, muchas veces reunidos en el ámbito del Instituto de Derecho Internacional, fundado el 8 de septiembre de 1873 en la Sala del Arsenal del Ayuntamiento de Gante; de la Asociación de Derecho Internacional, fundada en Londres en el mismo año; de la Comisión Landó, cuyos trabajos dieron por resultado los principios de derecho contractual europeo; del *American Law Institute*, entre otros.

Organizaciones internacionales de renombre también han sido foros de elaboración de *soft law*. Pensemos en las leyes tipo o leyes modelo sobre arbitraje internacional, insolvencia transfronteriza, comercio electrónico, firma digital de la CNUDMI, entre otras. O en las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para las empresas multinacionales, o para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas Fraudulentas y Engañosas, o en las Líneas Directrices o Recomendaciones de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre la protección del patrimonio cultural inmaterial.

c) Fuentes y derechos humanos

No podemos dejar de mencionar que si bien los tratados de derechos humanos, con jerarquía constitucional, no constituyen fuentes en sentido estricto del DIPr, tal como afirma Dreyzin de Klor, estos instrumentos "son marco de toda sentencia —a nivel occidental— y la interpretación pasa a ser una fuente de derecho necesaria para avanzar en soluciones justas para los casos concretos que se presentan diariamente en los estrados judiciales"[64].

Por otra parte, debemos recordar que el art. 1° del *CCCN*, referido a las fuentes y a su aplicación, indica que todos *"los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional*

[63] Draetta, *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, en "Recueil des Cours", 314-25 y siguientes.

[64] Dreyzin de Klor, *Derechos humanos, derecho internacional privado y activismo judicial*, en "Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración", abr. 2013; *elDial*-DC1A58; disponible en *www.eldial.com* (23/10/14).

y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma ...".

El art. 2º refuerza dicho mandato cuando establece que: *"La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento"*[65].

d) Pluralidad, pluralismo y diálogo de fuentes

Ali sostiene que si se analiza la presencia de los actores intervinientes en el proceso de creación de las normas, "es posible apreciar el paso de un sistema legicéntrico a uno policéntrico con participación directa de una multiplicidad de actores involucrados. La fuerza de un sistema descentralizado de producción normativa es susceptible de analizarse desde varios puntos de vista: no sólo desde la actuación de los actores privados (defiendan intereses sectoriales o representen un interés general o colectivo), sino de la superación en ciertas materias y contextos de la idea dicotómica público-privado, pudiendo en ciertos casos generarse importantes sinergias. La debilidad en este punto siempre aparece en torno a la idea de la supuesta falta de transparencia, opacidad o déficit democrático por razones de representatividad social. Es decir, frente a la idea de un 'derecho oficial' producido por el Estado que resulta transparente y previsible en su producción y consecuencias, la *lex mercatoria* y el *soft law* nos enfrentan a un supuesto derecho opaco en sus procesos de gestación pero que, sin embargo, a pesar de no poseer en todos los casos legitimidad de origen, sí posee legitimidad de resultado"[66].

A su turno, Gaudemet-Tallon manifiesta que la multiplicidad de fuentes del derecho de las relaciones privadas internacionales es un fenómeno inevitable y reviste aspectos muy positivos, sobre todo cuando existe una coordinación bien organizada entre las diversas fuentes y se puede hablar, entonces, de un verdadero "pluralismo" de fuentes. Sin embargo, advierte que el número de fuentes no debe multiplicarse en forma indefinida. No deben adoptarse más normas de las necesarias, ya sea a nivel nacional, regional, internacional o transnacional[67].

[65] Pueden verse los comentarios a estos artículos en Bueres (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, 2014, t. 1.

[66] Ali, "Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada internacional", en *Derecho internacional privado y derecho de la integración*, libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano - Diego Fernández Arroyo - José A. Moreno Rodríguez (coords.), 2013, ps. 201 y 202.

[67] Gaudemet-Tallon, *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel): cours general*, en "Recueil des Cours", 312-169.

En efecto, *«la question est de savoir si cette multiplicité est suffisamment organisée, si les rapports entre les sources sont maîtrisés par le droit pour que l'on puisse parler de pluralisme et non de simple pluralité, ou si, au contraire, on se trouve parfois en présence d'une mauvaise articulation, voire de conflits entre les sources»*[68].

En similar sentido, Pamboukis considera que el gran desafío del pluralismo jurídico, asociado a la globalización y la complejidad, es el orden, en el sentido de mantener, en un sistema plural y dinámico, la coherencia, la calidad de todo sistema jurídico de tener sentido en su conjunto, como un todo.

La globalización creó nuevos espacios, multiplicó las fuentes de creación normativa y las instituciones. Provocó la consagración de la hipótesis plural; el pluralismo contemporáneo está caracterizado por la multiplicidad de lugares de producción de derecho, por una multiplicación y una superposición de órdenes jurídicos, por un policentrismo respecto de las fuentes del derecho, por un multiculturalismo social y por una remodelación de la soberanía.

El autor, ante este escenario, enuncia tres estrategias posibles: ordenar la multiplicidad (la hipótesis de la unidad plural), abolir la multiplicidad (la hipótesis de la integración) y desordenar o multiplicar la multiplicidad (la hipótesis de la diversidad)[69].

Nos debemos quedar con la primera estrategia. Es decir, la búsqueda de un pluralismo de fuentes, y no de una mera pluralidad, multiplicidad de fuentes superpuestas e incluso contradictorias. El verdadero pluralismo normativo persigue la coherencia, la complementación, la coordinación y el diálogo entre las distintas fuentes.

Tal como enseña Jayme en el Curso General que se brindó en 1995 en la Academia de La Haya: la pluralidad de las fuentes, propia del derecho posmoderno, requiere la coordinación de las leyes en el interior del sistema jurídico. Ésta es una condición para la eficiencia y la justicia en una época marcada por la tendencia de legislarse sobre las más variadas materias, muchas veces convergentes, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional[70].

Recordemos sus palabras: *«Dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constitutions, les conventions internationa-*

[68] Gaudemet-Tallon, *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel): cours general*, en "Recueil des Cours", ps. 93 y 94.

[69] Pamboukis, *Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé*, en "Recueil des Cours", 330-170, 171 y 403 a 410, principalmente.

[70] Jayme, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, en "Recueil des Cours", 251-9 a 268.

les, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles ‹parlent› l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent»[71].

Efectivamente, Jayme denomina "diálogo de las fuentes" a la aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes legislativas convergentes. En ese sentido, debe encaminarse, a nuestro modo de ver, la interpretación y aplicación del art. 2594 del *CCCN*.

§ 4. Aplicación del derecho extranjero

El art. 2595 se refiere a una cuestión que ha generado múltiples posiciones y arduos debates en la doctrina del DIPr. Nos referimos al problema de la aplicación del derecho extranjero. Si bien es ésa la cuestión central que pretender resolver la mencionada disposición, veremos que se ocupa de otros temas vinculados.

La disposición referida indica que: *"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 covigentes 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".

Vélez Sarsfield previó una sola norma equivalente al art. 2595, inc. a), pero con una orientación distinta. Nos referimos al art. 13 del CC derogado, según el cual: *"La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial"*. En la nota del artículo, nuestro primer codificador señalaba que el derecho extranjero es un hecho, y por tal razón, a diferencia del derecho nacional, debe aplicarse a pedido de parte interesada. Dado que es un mero hecho, debe ser además probado. Seguía, por ende, la teoría de la cortesía internacional de Joseph Story.

Esta norma fue criticada arduamente por la doctrina nacional y fue objeto de modificaciones sustanciales en proyectos de reforma anteriores.

Ahora bien, analicemos parte por parte el art. 2595 del *CCCN*. Tal como anticipábamos, esta norma resuelve varios problemas diferentes: *a)* la aplicación y la interpretación del derecho extranjero; *b)* la covigencia de varios derechos respecto a un mismo problema en el país cuyo ordenamiento jurídico resulta aplicable, y *c)* la multiplicidad de derechos aplicables a una misma o varias relaciones jurídicas.

a) La aplicación y la interpretación del derecho extranjero

Respecto al primer problema, el *CCCN* modifica sustancialmente la previsión del art. 13 derogado. En efecto, el juez quedaría ahora obligado a aplicar de oficio el derecho extranjero cuando así lo indicaren las normas indirectas del foro, adoptando la célebre teoría del uso jurídico de Goldschmidt[72].

En similar inteligencia se pronuncia la CIDIP II sobre normas generales: "Art. 2°: Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada".

En relación a la interpretación de la CIDIP II en el tema que nos ocupa, se ha expresado que con respecto al "mandato de aplicar la norma ajena 'tal como lo harían —con el sentido y el alcance— los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable', debe tenerse presente en relación a países en los que su ordenamiento no consagra la obligatoriedad del precedente judicial, que los tribunales del Estado aplicador no deben conferir a las decisiones judiciales del ordenamiento de origen de la norma mayor autoridad que las que ellas tienen en dicho país, por lo que corresponde concluir que el magistrado posee respecto al derecho ajeno una libertad interpretativa no inferior a la de los tribunales del Estado al que dicha norma pertenezca"[73]. "El magistrado al interpretar la norma ajena, si bien debe atenerse a las

[71] Jayme, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, en "Recueil des Cours", p. 251.

[72] Según la teoría del uso jurídico de Goldschmidt, si se declara aplicable a una controversia, al derecho extranjero hay que darle el mismo tratamiento de fondo, con el máximo grado asequible de probabilidad que le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable. Como punto de referencia es preciso tomar al juez, ante quien la controversia podía haberse radicado si realmente se hubiera planteado en aquél país.

[73] Tellechea Bergman, *Una cuestión de creciente actualidad, la aplicación del derecho extranjero*, en "Judicatura", n° 56, 2014, ps. 115 a 130; también disponible en www.asadip.org/v2/

pautas proporcionadas por el derecho referido sin poder alterar la jurisprudencia existente, no es un copista, sino que realiza una actividad necesariamente valorativa (...) Esta necesidad de valorar la solución más adecuada se acentúa en el caso de que el sistema jurídico remitido esté fundado en un régimen de libertad jurisprudencial, donde de existir distintas soluciones respecto a una misma cuestión, la posibilidad de opción del foro será ciertamente aún mayor ..." [74].

Por su parte, los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940[75] también conducen a la aplicación de oficio del derecho extranjero: en su respectivo art. 2º establecen que las autoridades deben aplicarlo de oficio sin perjuicio de que las partes lo aleguen y prueben.

No obstante, es necesario reconocer que el principio de la oficialidad no surge tan nítidamente de la redacción de la nueva norma[76]. En efecto, la disposición que analizamos indica que "el juez establece su contenido". En realidad, el juez no establece el contenido del derecho extranjero, que ha sido dispuesto por el legislador extranjero, sino que aplica el ordenamiento jurídico extranjero siempre que su propia norma indirecta así se lo señale. Además, el art. 2595 habilita al juez a aplicar derecho argentino siempre que "el derecho extranjero no pueda ser establecido". Esta situación debería ser muy poco frecuente si tenemos en cuenta que el juez dispone de varios recursos, incluyendo los medios electrónicos para conocer el contenido, vigencia y alcance del derecho foráneo.

De acuerdo a Fresnedo de Aguirre existen casos excepcionales en los cuales el juez se enfrenta al problema de la imposibilidad fáctica de aplicar el derecho material extranjero remitido por la norma de conflicto. Son ejemplos aquellos supuestos en los que no existen elementos de prueba e información acerca del mismo, o cuando el derecho material extranjero presenta una laguna con relación a la categoría de que se trata. Dado que el juez está obligado a fallar, la autora recuerda que la doctrina ha planteado distintas soluciones: la más frecuente y práctica de ellas —aunque no por eso adecuada— es la aplicación de la *lex fori*, que es la solu-

wp-content/uploads/2013/12/TELLECHEA-Una-cuestion-de-creciente-actualidad-la-aplicacion-del-derecho-extranjero.pdf, en esp. ps. 8 y 9 (15/1/15).

[74] Tellechea Bergman, *Tratamiento e información del derecho extranjero*, 1980, p. 43.

[75] Los Tratados de Montevideo de 1889 vinculan a la Argentina con Bolivia, Perú y en materias específicas con Colombia, Ecuador, Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Hungría e Italia. Los Tratados de 1940 relacionan a la Argentina con Uruguay y Paraguay —salvo el Tratado de Derecho Penal Internacional que nuestro país no ha ratificado y seguimos regidos por el de 1889—.

[76] Perugini Zanetti, "Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Análisis del Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012*, p. 665; disponible en *bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf* (30/10/14).

ción que ha adoptado nuestro legislador. También se ha planteado en el derecho comparado la posibilidad del rechazo de la demanda por falta de prueba del derecho extranjero aplicable, lo cual es criticable porque constituye una denegación de justicia. Otra opción ha sido la aplicación de otro derecho extranjero, considerado como semejante al que resulta aplicable. Sin embargo, se corre el riesgo de ser una respuesta arbitraria, toda vez que la determinación de la semejanza es difícilmente objetivable; además, aunque parecidos, es difícil que se trate de derechos idénticos. Otra variante, de acuerdo a Fresnedo, ha sido recurrir a "los principios jurídicos comunes a los pueblos civilizados"; pero éstos posiblemente no serán de gran ayuda frente a cuestiones muy específicas[77].

Por otro lado, cabe señalar que las partes en cualquier caso podrán alegar y probar el derecho extranjero. Es más recomendable referirse a la "información" del derecho extranjero y no así a la "prueba", que corresponde a las tesis realistas que consideran que el derecho extranjero es un mero hecho.

Tal como afirma Tellechea Bergman, "este deber de las autoridades respecto a la aplicación del derecho extranjero no inhibe la facultad de las partes de 'alegar' la 'existencia y contenido' del mismo. Actividad informativa que no corresponde interpretar como sinónimo de una potestad probatoria capaz de restringir los parámetros dentro de los cuales puede moverse el magistrado, que siempre será titular del poder-deber de identificar y aplicar el derecho llamado a regular la situación jurídicamente relevante llevada a su conocimiento" [78].

A los fines de informar sobre la existencia del derecho extranjero, la Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero (CIDIP II, en vigor en la República Argentina desde 1987) prevé los siguientes medios: *a)* La prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales; *b)* La prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia; *c)* Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos.

El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del Mercosur, Decisión CMC 05/92, Capítulo VII, "Información del derecho extranjero", dispone que: "Las Autoridades Centrales de los Estados Partes se suministrarán, en concepto de coopera-

[77] Fresnedo de Aguirre, "Aspectos generales del sector del derecho aplicable", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 299 y siguientes.

[78] Tellechea Bergman, *Una cuestión de creciente actualidad, la aplicación del derecho extranjero*, en "Judicatura", nº 56, 2014, ps. 115 a 130; también disponible en *www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/TELLECHEA-Una-cuestion-de-creciente-actualidad-la-aplicacion-del-derecho-extranjero.pdf*, en esp. p. 8 (15/1/15).

ción judicial, y siempre que no se opongan a las disposiciones de su orden público, informes en materia civil, comercial, laboral, administrativa y de derecho internacional privado, sin gasto alguno" (art. 28).

b) La covigencia de varios derechos respecto a un mismo problema en el país cuyo ordenamiento jurídico resulta aplicable

El inc. *b)* del art. 2595 se ocupa del problema de la posibilidad de que haya multiplicidad de derechos vigentes acerca de un mismo problema en el país cuyo derecho es aplicable, como puede suceder en el caso de los diversos Estados de los Estados Unidos de América, o los cantones de Polonia y de Suiza, entre otros. Generalmente, esto suele ocurrir en los casos de Estados federales, pero excepcionalmente también en países unitaros, ya sea por razones históricas o sociales.

En estos supuestos, cabe preguntarse: ¿cuál es el derecho material aplicable cuando el ordenamiento jurídico del Estado remitido es plurilegislativo, ya sea con base territorial o personal?

La doctrina ha llamado a este problema "conflicto de leyes interno, interlocal, o interterritorial, o reenvío interno, o reenvío interlocal. El conflicto de leyes interno o interlocal es el que se plantea dentro del territorio, y por consiguiente, del ordenamiento jurídico del Estado remitido por la norma de conflicto del foro"[79].

Resulta razonable, tal como lo hace la nueva norma argentina, que la solución provenga del propio derecho interregional, interestadual o interpersonal (por razones personales de etnia, religión, etcétera) del país cuyo derecho resulta aplicable. Si el ordenamiento jurídico del Estado extranjero no dispusiera nada al respecto, el problema se resuelve por aquel de los sistemas jurídicos con el cual se tienen vinculaciones más próximas. Las mismas reglas deben seguirse para el caso de derechos extranjeros sucesivamente vigentes. El propio derecho extranjero transitorio indicará qué ley debe aplicarse[80].

[79] Fresnedo de Aguirre, "Aspectos generales del sector del derecho aplicable", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 290.

[80] Son ilustrativos los ejemplos que da Alicia Perugini: "*Verbigracia*, se discute la validez en torno a la capacidad, la forma y la validez intrínseca de un contrato. A raíz del método analítico cada cuestión se rige por su propio derecho. Así la capacidad se regiría por el derecho del domicilio, la forma por el derecho del lugar de celebración, la validez intrínseca por el derecho elegido por los contratantes o en su defecto, por el derecho del lugar de cumplimiento. O bien diversos derechos aplicables a otras tantas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso. Podría tratarse de validez del matrimonio que se rige por el derecho del lugar de la celebración, el régimen de bienes por lo que digan las capitulaciones o el derecho del primer domicilio conyugal, los efectos personales por el derecho del domicilio, la separación y disolución por el derecho del domicilio, por ejemplo"—cfr. Perugini Zanetti, "Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Análisis del Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012*, p. 670; disponible en *bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf* (30/10/14)—.

Nuestra norma sigue la doctrina tradicional en la materia que entiende que la función de la norma de conflicto del juez culmina con la identificación del derecho del Estado remitido, y consecuentemente, que la solución de los conflictos interlocales que éste pueda generar deben ser resueltos por las respectivas normas de solución de conflictos internos de ese Estado remitido.

c) La multiplicidad de derechos aplicables a una misma o varias relaciones jurídicas. Adaptación

El inc. *c)* contempla el problema de diversos derechos aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso. En estos supuestos, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos. La CIDIP II sobre normas generales dispone una regla similar: "Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones (...) Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto" (art. 9°).

En efecto, el funcionamiento de la norma de conflicto puede conducir al fraccionamiento del derecho aplicable a una relación jurídica, sea porque se trate de una relación jurídica que constituya un fenómeno complejo, como ocurre en el caso de los contratos, regidos por derechos diferentes en función de sus diversos elementos (capacidad, fondo, forma, etcétera), o debido a que nos encontremos frente a diversas situaciones que se desencadenan a partir de un mismo hecho jurídico, por lo cual están estrechamente vinculadas, como ocurre en el caso de los derechos sucesorales del cónyuge sobreviviente. En estos casos es necesario adaptar los diferentes derechos aplicables a fin de obtener una solución armónica y justa[81].

La llamada adaptación en el DIPr procede cuando concurren dos requisitos: *a)* el fraccionamiento *(dépeçage)* del derecho aplicable a una relación jurídica, y *b)* una incompatibilidad entre los diversos sistemas aplicables, creados para regular relaciones jurídicas domésticas, de carácter interno, local. Si no existe tal contradicción entre ellos, no existe necesidad de adaptar. Se lo ha definido como un re-

[81] Madrid Martínez, "Instituciones generales de derecho internacional privado: más allá del problema conflictual", en *Estudios de derecho internacional privado*, homenaje a Tatiana Maekelt, Hugo Guerra - Claudia Madrid Martínez - Yaritza Pérez (coords.), 2012, ps. 155 a 226.

curso de última instancia, una vía de excepción en búsqueda de la justicia material para impedir un excesivo formalismo.

El art. 2595 del *CCCN* regula la adaptación a través de pautas amplias, orientadoras, que le permiten al juez alcanzar los fines perseguidos por los ordenamientos jurídicos involucrados.

§ 5. Reenvío

El art. 2596 se ocupa de una peculiar problemática que ha motivado un arduo y engorroso debate en la doctrina jusprivatista. Se trata de la célebre institución del reenvío.

Según la mencionada disposición: *"Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado*[82] *de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino*[83].

Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho interno de ese Estado[84]*, excepto referencia expresa en contrario".*

Las normas derogadas no preveían ninguna regulación en materia de reenvío. Ante la falta de disposiciones de fuente interna y la ausencia de normas convencionales, la jurisprudencia y la doctrina argentinas no adoptaron posiciones uniformes, encontrando tanto defensores como detractores del instituto. No existiendo normas expresas, el problema del reenvío residía en una cuestión de interpretación.

En materia de reenvío, la pregunta que cabe responder es si cuando la norma de conflicto nos remite a un determinado derecho a través de su punto de conexión, ¿se refiere a todo el orden jurídico de ese Estado, como una unidad, un todo integral, compuesto tanto por normas directas como indirectas (referencia máxima o integral), o sólo a las normas de derecho material interno del Estado remitido, excluyendo sus normas de conflicto (referencia mínima)?

Sólo si respondemos en sintonía con la teoría de la referencia máxima, aceptaremos el reenvío.

En efecto, para que esta situación se configure "resulta necesaria la concurrencia de tres presupuestos. En primer término, es necesario que exista una diversidad en los puntos de conexión utilizados por las normas de conflicto de los ordenamientos que concurren en un supuesto de tráfico jurídico externo. Tal diversidad puede derivarse de la literalidad del propio factor de conexión (nacionalidad/domicilio) o de su interpretación (domicilio de hecho/domicilio de derecho). En segundo lugar, el sistema del foro debe admitir la aplicación de la norma de conflicto extranjera o, en otras palabras, debe considerar al derecho extranjero en su integridad, tanto sus normas materiales como las de conflicto. Finalmente, es necesario que la norma de conflicto extranjera remita a la aplicación de otro derecho"[85].

Veamos un ejemplo. En materia de reenvío, el *leading case* que cita la doctrina es "Forgo", fallado por la Corte de Casación francesa en 1878. Franz Forgo nació como hijo extramatrimonial en 1801, en Baviera. A los cinco años, su madre, Ana María Ditchl, lo llevó a Francia, donde ella se casó con un francés, convirtiéndose en francesa. Forgo permaneció toda su vida en Francia, se casó con una francesa, la sobrevivió, y murió sin descendencia en 1869 en Pau. Sin embargo, continuaba teniendo domicilio legal bávaro, y era bávaro pues no se había nacionalizado francés. A su muerte, dejó una importante herencia de bienes muebles. Por entonces, en el derecho internacional privado francés la sucesión mobiliaria se regía por la ley del último domicilio del causante, por lo tanto había que decidir en primer lugar cuál era el domicilio de Forgo al tiempo de su muerte. Forgo tenía su domicilio de hecho en Francia, pero su domicilio legal en Baviera.

El litigio se entabló entre parientes colaterales de la madre de Forgo y el Fisco francés en torno del patrimonio relicto mobiliario situado en Francia. Los colaterales invocaban derecho bávaro, según el cual heredaban parientes colaterales, mientras que el Fisco se basó en el derecho francés, con arreglo al cual colaterales de los padres de hijos extramatrimoniales no heredan.

La Administración de los Dominios, en representación del Estado francés, alegó que si bien surgía la competencia del derecho bávaro por imperio de la norma de conflicto francesa, era necesario consultar el derecho bávaro en su totalidad, es decir, incluidas las normas de conflicto, según las cuales los bienes muebles se rigen por la ley de su situación combinada con la del domicilio de hecho o la de la residencia habitual del difunto. De ese modo, el derecho bávaro al cual envía el derecho francés, reenvió el caso a este último, por ser la ley de la residencia habitual.

La Corte de Casación aceptó el reenvío. El juicio fue ganado, por lo tanto, por la Administración francesa de Dominios.

Si bien es cierto que desde un punto de vista lógico, recurrir a este rebuscado mecanismo parece absurdo, "desde un punto de vista práctico, que es el enfoque de los jueces, la situación es distinta, por varias razones (Herbert). En primer lugar, porque aceptar el reenvío supone para el juez aplicar el derecho propio, con todas las ventajas que ello conlleva. En muchos casos, su aplicación significará vaciar de

[82] Técnicamente, la norma se refiere a las normas indirectas que contiene el derecho internacional privado extranjero.

[83] La norma, en este caso, alude en realidad al derecho sustancial, material argentino.

[84] Nuevamente, la norma cuando se refiere a derecho interno, con mayor precisión, alude al derecho material argentino.

[85] Fernández Rozas - Sánchez Lorenzo, *Curso de derecho internacional privado*, 3ª ed., 1997, p. 394.

sentido el método de atribución, por constituir un mero expediente para terminar aplicando el propio derecho. Pero en otros casos puede permitir que se eviten desarmonías y resultados injustos en el funcionamiento del sistema de conflicto, flexibilizando la aplicación rígida del sistema"[86].

En relación con la nueva disposición del derecho argentino, podemos afirmar que el art. 2596 permite el ingreso por la puerta grande del derecho internacional privado argentino al llamado reenvío de primer grado. Es decir, cuando resulta aplicable según una norma indirecta del foro, un derecho extranjero, debe comprenderse que su contenido se compone de normas materiales y de normas de conflicto, y que éstas pueden remitir al derecho argentino. En este caso, la doctrina se refiere al "conflicto negativo de leyes". En dicho supuesto, según el artículo que comentamos corresponde aplicar el derecho material argentino.

Si bien la disposición que analizamos contempla el reenvío de primer grado y parece obligar al juez a considerarlo y, en consecuencia, a aplicar derecho argentino, no acepta ni prohíbe expresamente otras categorías como el reenvío de segundo grado o el doble reenvío[87]. Un sector importante de la doctrina entiende que si se acepta la teoría del reenvío, debe aceptarse en todos sus grados, tal como lo hacía el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003[88]: "Deben tomarse en cuenta las normas de conflicto del derecho extranjero declarado aplicable. Cuando las partes eligen el derecho se entiende, salvo pacto en contrario, que se refieren al derecho interno" (art. 10).

El párr. 2° de art. 2596 dispone una excepción a través de la cual se rechaza el reenvío en aquellos casos en que en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes eligen el derecho de un determinado Estado. Coincidentemente, el art. 2651, literal *b*) excluye el reenvío en los contratos internacionales, cuando los contratantes han elegido derecho aplicable.

En suma, en el derecho argentino, la admisión expresa del reenvío es una novedad significativa puesto que nuestro ordenamiento jurídico no contenía una norma general de este tipo. Ni siquiera la Convención Interamericana sobre Normas Generales reguló el reenvío, puesto que en las negociaciones no hubo acuerdo acerca de admitirlo o negarlo en términos generales.

En relación a convenciones en materias especiales vigentes en la Argentina, encontramos el art. 2° del Convenio bilateral argentino-uruguayo sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito y de su gemelo mercosureño de San Luis de 1996 que rechaza el reenvío, mientras que, en cambio, el art. 6°.3 de la Convención de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero de 1956 lo admite.

§ 6. Cláusula de excepción

El art. 2597 establece que: *"Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente.*

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

No encontramos ninguna norma equivalente en los códigos derogados. Tampoco hallamos doctrina o jurisprudencia uniforme al respecto. Los proyectos de reforma de las normas de DIPr en general no habían previsto la llamada "cláusula de excepción".

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

La norma nos recuerda a la teoría de los vínculos más estrechos, o teoría de la proximidad que tuviera su punto de partida con el caso "Babcock v. Jackson" (New York Court of Appeals, 1963), donde resultaba ostensible la insuficiencia de la conexión *lex loci delicti* frente al domicilio común de actores y víctimas en un accidente de tránsito en el que la víctima había sido transportada gratuitamente.

Sin embargo, la disposición es rigurosa, pues es una atribución excepcional que tiene a su alcance el juzgador, en tanto:

1. Del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho.

[86] Frasnedo de Aguirre, "Aspectos generales del sector del derecho aplicable", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, ps. 282 y 283. La autora ilustra esta situación con el caso "Carastanis": un matrimonio griego ortodoxo se casa en Francia conforme el rito ortodoxo griego, y no de acuerdo al derecho material interno francés. Ese matrimonio surte efectos en Francia y en Grecia, porque las normas de DIPr del orden jurídico griego admiten esa solución; y el derecho francés también porque regula la validez de los matrimonios por la ley de la nacionalidad de los contrayentes, que en este caso era la griega.

[87] El reenvío o remisión del derecho extranjero puede hacerse al derecho del foro, caso en el cual nos encontramos frente a un reenvío de primer grado, que admite expresamente el art. 2596, pero también puede hacerlo a favor del ordenamiento jurídico de un tercer Estado que acepta la competencia legislativa, lo cual se denomina reenvío de segundo grado. Puede ocurrir, asimismo, que el derecho de ese tercer Estado remita al foro en un reenvío circular, o a otro Estado en un reenvío ulterior —cfr. Madrid Martínez, "Instituciones generales de derecho internacional privado: más allá del problema conflictual", en *Estudios de derecho internacional privado*, homenaje a Tatiana Maekelt, Hugo Guerra - Claudia Madrid Martínez - Yaritza Pérez (coords.), 2012, ps. 155 a 226—.

[88] El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado fue elaborado por la Comisión designada por las resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 191/02 y 134/02 y presentado al ministro de justicia, seguridad y derechos humanos el 14 de mayo de 2003.

2. Presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado.
3. La aplicación de este derecho resulta previsible.
4. Bajo las reglas de dicho derecho, la relación se ha establecido válidamente.

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

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

Como advierte Menicocci, "esta norma es una verdadera revolución en el DIPr argentino: la posibilidad de que los jueces puedan marginar el derecho que declara aplicable la norma de colisión cuando el caso carece de relación con el derecho del Estado cuya aplicación la norma indirecta reclama. Se intenta, de esta manera, abrir nuestro DIPr de conexiones rígidas hacia un sistema de DIPr flexible, con un considerable aumento de la discrecionalidad judicial (...) La disposición es, quizá, la más esperada por los académicos y la menos aplaudida por los profesionales. Y ello porque mientras una fina intuición puede advertir que la localización espacial designada en la norma indirecta es poco significativa frente a otros elementos que se presentan en el caso, no es de esperar igual reflexión y conclusión por parte de quienes no están familiarizados con el DIPr y no dudan en echar mano a la poca relevancia de la extranjería para aplicar derecho local" [89].

§ 7. Límites a la aplicación del derecho extranjero: el fraude a la ley

El art. 2598 del *CCCN* prevé uno de los límites clásicos a la aplicación del derecho extranjero: el llamado fraude a ley. Según dicha disposición: *"Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran 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"*.

[89] Menicocci, *Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en "XXVI Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional", San Miguel de Tucumán, 2014, ps. 29 a 31.

El Código Civil, aprobado por ley 340, no preveía una regla general sobre fraude a la ley. Sin embargo, receptaba el problema en categorías y relaciones jurídicas en especial, como en los arts. 1207 y 1208 del CC en materia de contratos. La doctrina y jurisprudencia en forma unánime admitían el fraude la ley como límite a la aplicación del derecho extranjero.

En virtud del fraude a la ley, el magistrado se encuentra inhibido de aplicar el derecho foráneo porque las partes han modificado los puntos de conexión o la naturaleza de los derechos con la intención de sustraerse a las disposiciones imperativas aplicables para regir una relación jurídica. De forma tal que los actos aislados son legítimos, lícitos (elemento objetivo del fraude), pero en su conjunto y por su intención producen un resultado prohibido por la ley (elemento subjetivo del fraude)[90]. En efecto, "en la esencia del fraude se conjugan intención y acción engañosas, las cuales se materializan en la obtención de un resultado distinto al querido por la norma imperativa evadida. He allí su principal diferencia con la violación de ley, pues mientras la conducta que encarna la violación se opone o enfrenta de manera directa al texto de la ley, el acto que constituye el fraude lesiona su espíritu y sentido" [91].

Goldschmidt caracteriza dos indicios típicos de la intención fraudulenta: por un lado, la expansión espacial de las conductas: las partes aparecen en un país extranjero —a veces tan sólo representadas— donde no pueden justificar su actuación; por el otro lado, la contracción temporal: las partes obran muy aceleradamente.

Algunos casos emblemáticos pueden ilustrar estas características del fraude a la ley en el derecho internacional privado.

El más célebre es el caso de la Duquesa de Beauffremont. La condesa de Charaman-Chimay estaba casada con un oficial francés, el duque de Beauffremont, del cual consiguió separarse el 1° de agosto de 1874, obteniendo una sentencia de separación personal. La duquesa mudó su domicilio y luego se nacionalizó alemana en Sajonia - Altenburgo (Alemania), y se divorció allí inmediatamente después. El 24 de diciembre de 1875 la duquesa volvió a casarse en Berlín con el príncipe Bibesco, rumano de nacionalidad, volviendo a Francia. El duque de Beauffremont pidió ante los tribunales franceses la anulación del segundo matrimonio, atacando la sentencia de divorcio alemana, y el ulterior matrimonio celebrado también en Alemania.

En 1878, la Corte de Casación dictó sentencia en la que dio la razón al actor, invocando, entre otras razones, la prohibición del fraude a la ley. Si bien la duquesa

[90] Biocca - Cárdenas - Basz, *Lecciones de derecho internacional privado*, 2ª ed., 1997, p. 179 y siguientes.

[91] Madrid Martínez, "Instituciones generales de derecho internacional privado: más allá del problema conflictual", en *Estudios de derecho internacional privado*, homenaje a Tatiana Maekelt, Hugo Guerra - Claudia Madrid Martínez - Yaritza Pérez (coords.), 2012, ps. 155 a 226.

mantuvo la nacionalidad alemana, la Corte señaló que "... la demandada había obtenido la naturalización no para ejercer los derechos y cumplir los deberes emergentes de ella, sino con el único fin de escapar a la prohibición de la ley francesa y contraer un segundo matrimonio sobre la base de su nueva nacionalidad tan pronto como ésta fue adquirida"; y en consecuencia, resolvió que los actos hechos en fraude a la ley francesa e ignorando el vínculo contraído en Francia no eran oponibles al duque de Beauffremont.

Un caso muy renombrado en la jurisprudencia argentina en la materia es el de "Fritz Mandl" (1981), un testador que cambió su domicilio para poder testar a favor de su quinto cónyuge desheredando sin justa causa a sus descendientes de anteriores matrimonios[92].

Mandl, al descubrir su grave enfermedad (fue diagnosticado con un mieloma múltiple), se trasladó a Viena. Obtuvo la nacionalidad austriaca. Estuvo en Austria aparentemente entre marzo o abril, hasta su fallecimiento, en septiembre de 1977. Testó instituyendo única heredera a su quinta esposa. Tenía hijos de matrimonios anteriores domiciliados en la Argentina. Tenía bienes situados en la Argentina.

La Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil recordó, para resolver el caso, la noción expuesta por Niboyet sobre el fraude a la ley en Derecho Internacional privado, quien lo define como el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción, en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley. En síntesis, según dicho autor, la naturaleza de la noción de fraude a la ley es ser un remedio destinado a sancionar las leyes imperativas, pues hay que evitar que, en las relaciones internacionales, la ley imperativa se convierta en facultativa.

El tribunal señala que en este caso el fraudulento desea morir en un país (el que abandona), con la legislación de otro (del de donde va).

Asimismo, la Cámara afirmó que: "La situación familiar del testador y la circunstancia de haber instituido como única heredera a la quinta cónyuge, pudiendo afectar el régimen sucesorio vigente en nuestro país, ante lo prescripto por los arts. 3283 y 3284 del CC, llevan a la convicción de que el causante tomó en consideración cuál era la legislación sucesoria más conveniente a sus propósitos y actuó en consecuencia, utilizando voluntariamente la regla de conflicto y modificando los puntos de conexión que aquélla impone, y precedentes jurisprudenciales y doctrinarios citados en el dictamen".

El tribunal concluyó que "el causante pretendía conseguir mediante el cambio de nacionalidad y de domicilio colocarse bajo un régimen jurídico sucesorio más ventajoso para determinadas personas en perjuicio de otras, con lo cual procuraba

[92] CNCiv., Sala C, 3/3/81, "Mandl, Federico A. M. s/Sucesión", *LL*, 1981-C-63, con nota de Werner Goldschmidt; *ED*, 95-185 a 194, con nota de Alicia Perugini de Paz y Geuse.

también privar de imperatividad a las leyes de la Nación (...) La utilización voluntaria de los puntos de conexión de la norma indirecta con la intención de aludir la aplicación de las normas imperativas de la República priva de efectos al cambio de nacionalidad y de domicilio intentados, por lo que debe considerarse como último domicilio del causante al ubicado en esta Capital Federal (...) con lo cual adquieren en el caso plena vigencia las normas contempladas por los arts. 3283 y 3284 del CC, y en consecuencia, la sucesión debe tramitar por ante el juez de esta jurisdicción y regirse por nuestro derecho sucesorio".

Aunque para algunos doctrinarios el fraude a la ley no es más que un supuesto concreto del orden público internacional, ello no es así ya que el fraude es un límite a la autonomía de la voluntad, siendo su efecto el de someter los actos realizados bajo el imperio de la ley que se ha intentado burlar, restableciendo el carácter imperativo de la norma aludida. El legislador procura sancionar la mala intención de los sujetos involucrados, en cambio, en el orden público internacional, se persigue resguardar los principios fundamentales del propio derecho.

Como bien ha destacado la doctrina, "la excepción de fraude a la ley, al igual que la excepción de orden público internacional, debe ser apreciada en cada caso concreto por el aplicador del derecho; no existen ni pueden existir listados de hipótesis de fraude a la ley, así como no los puede haber con respecto a los principios de orden público internacional (...) Pero, a diferencia de lo que sucede con el orden público internacional que puede apreciarse de manera objetiva, el fraude a la ley suele necesitar la difícil prueba de la voluntad fraudulenta, cuestión subjetiva para cuya detección se dependerá en muchos casos de meros indicios"[93].

En la fuente convencional, el art. 6° de la CIDIP II sobre normas generales prevé que: "No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas". Disposición que fuera criticada por aludir a "principios fundamentales", en cambio de normas imperativas, y dando lugar a una evitable confusión.

El efecto de la determinación del fraude a la ley en un caso de derecho internacional privado es el restablecimiento de la aplicación del derecho imperativo que se pretendió eludir, sea éste el derecho local o el extranjero.

Por último, cabe destacar que lamentablemente el legislador omitió referirse al fraude a la jurisdicción, el llamado *forum shopping*, es decir, la búsqueda de un tribunal judicial que resulte más ventajoso. Efectivamente, la persona que toma la

[93] Fresnedo de Aguirre, "Aspectos generales del sector del derecho aplicable", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, ps. 289 y 290.

iniciativa de una acción judicial puede verse tentada a elegir un foro no porque sea el más adecuado para conocer del litigio, sino porque las normas sobre conflictos de leyes que este tribunal utilizará llevarán a la aplicación de la ley que más le convenga[94].

§ 8. Límites a la aplicación del derecho extranjero: las normas internacionalmente imperativas

El art. 2599 se ocupa de otro de los límites a la aplicación del derecho extranjero: las normas internacionalmente imperativas.

Según la disposición prevista, *"Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes.*

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

Las normas derogadas no contemplaban a través de una disposición de alcance general a las llamadas "normas internacionalmente imperativas", "normas de aplicación inmediata", o "normas de policía". Tampoco encontramos una disposición semejante en la fuente convencional. Sin embargo, un amplio sector de la doctrina, así como el derecho comparado las admiten como límite a la aplicación de un derecho extranjero designado por la norma indirecta o por la elección de las partes.

Las llamadas normas internacionalmente imperativas, normas de aplicación inmediata, normas de policía o normas de extensión, que amplían, extienden la aplicación de normas internas previstas para situaciones locales, a situaciones privadas internacionales, en pos de resguardar ciertos valores jurídicos fundamentales para el foro (la protección de los niños, del medio ambiente, de los usuarios y consumidores, de los trabajadores, de la libre competencia, entre otros), funcionan como un límite a la aplicación del derecho extranjero. Éstas son normas que exigen ser aplicadas inmediata y apriorísticamente sin necesidad de acudir a ninguna regla de

[94] El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, había previsto tanto el fraude a la ley como a la jurisdicción, en los siguientes términos: "Fraude. No se admitirá la jurisdicción internacional ni se aplicará el derecho extranjero designado por la norma de conflicto cuando exista fraude. Se entiende por fraude la modificación de los hechos considerados en el contacto jurisdiccional o en el punto de conexión que tienda a eludir las normas coactivas que establecen la jurisdicción o el derecho aplicable. Comprobado el fraude corresponde desconocer la jurisdicción pretendida y aplicar el derecho que se trató de evadir" (art. 8°).

conflicto[95]. En estos casos se aplica la norma internacionalmente imperativa sin importar siquiera que la solución del derecho extranjero sea más beneficiosa en el caso concreto. Dichas normas responden a políticas públicas que persiguen la protección de algún interés para el país.

A diferencia de la excepción de orden público internacional, en estos casos, la *lex fori* es aplicada no como resultado de la manifiesta incompatibilidad del derecho extranjero designado por la norma indirecta del juez con los principios fundamentales del foro, sino porque ella es una regla material de aplicación inmediata, designada directamente como aplicable por el ordenamiento del juez.

Franceskakis, mentor de la expresión "normas de aplicación inmediata", brinda interesantes ejemplos de normas de aplicación inmediata en diversos contextos históricos: la prohibición de exportar cereales para evitar el hambre, la prohibición de enajenar inmuebles a favor de extranjeros, el deber de los padres de vigilancia de los hijos, el deber de los empleadores de vigilancia de los actos de los empleados y la responsabilidad de ahí derivada, la regulación de los pesos y medidas, la legislación sobre cambio, las leyes sobre locación urbana, las leyes sobre educación y protección de menores. Tales ejemplos tienen en común el fin especial, de importancia tal para un Estado que las normas materiales se aplicarían a todos e inmediatamente, con independencia de la configuración del caso concreto, ya que estarían de por medio intereses básicos atinentes a la "organización estatal"[96].

La puesta en juego de estas normas en un caso concreto obligan al juez a desplazar el derecho extranjero que designan como aplicable nuestras normas indirectas de fuente interna o convencional, así como el derecho elegido por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Adviértase que el art. 2599 exige la aplicación de las normas internacionalmente imperativas del foro, así como las del derecho extranjero que resulte aplicable. En cambio, simplemente faculta al juez a tener en cuenta las normas de policía de un tercer Estado, siempre que su derecho presente vínculos estrechos, manifiestos y relevantes con el caso[97].

[95] Feldstein de Cárdenas, *Derecho internacional privado*, en colección "Reformas al Código Civil", 1994, t. 18, ps. 64 y 65.

[96] Fresnedo de Aguirre, "Aspectos generales del sector del derecho aplicable", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 308 y siguientes.

[97] Una norma similar, de aplicación en materia contractual la encontramos en el art. 9° del Reglamento (CE) n° 593/08 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I): "Leyes de policía. *1.* Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento. *2.* Las disposiciones del presente Regla-

Ahora bien, tal como advierte Boggiano, "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 una norma de policía extranjera no lesione principios de orden público argentinos"[98].

§ 9. Límites a la aplicación del derecho extranjero: el orden público internacional

El art. 2600, la última disposición del Capítulo I del Título IV, se dedica a una institución célebre y de antigua data en el derecho internacional privado: el orden público internacional. Según la norma prevista: *"Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino"*.

a) El orden público internacional en la doctrina argentina

Existe coincidencia entre los autores acerca de la dificultad para dar una definición de orden público internacional. Se trata de una noción confusa y variable en tiempo y espacio. Así, para Kaller de Orchansky, se trata de un conjunto de principios inspiradores de la organización del Estado y la familia que, de acuerdo al orden moral y las buenas costumbres, aseguran la realización de los valores humanos fundamentales. La naturaleza de estos principios es variable, puesto que un cambio de las circunstancias políticas y económicas o de las concepciones morales modifica el concepto de orden público[99]. Asimismo, éste varía según el Estado de que se trate, ya que cada país tiene un orden público exclusivamente nacional. Esto no quiere decir que no existan principios universales y absolutos. Lo que sucede

mento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro. 3. También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación".

98 Boggiano, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ª ed., 2011, p. 215.

99 Kaller de Orchansky, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, 1994, p. 136 y siguientes.

es que ellos pueden ser interpretados de forma distinta según las circunstancias históricas[100].

Por su parte, Pardo lo define como un conjunto de principios establecidos en defensa de la política legislativa local que se encuentran en estado subyacente y surgen como freno al derecho extranjero que puede distorsionarlos[101].

Boggiano explica que el orden público actúa como cláusula de reserva, que sintetiza los principios del derecho argentino, frente a las soluciones del derecho extranjero. Sin embargo, el autor reconoce la vaguedad que identifica a estos principios, lo que implica que sus límites se tornen imprecisos. También lo caracteriza como un concepto variable que depende de las transformaciones sociales y de las modificaciones políticas y morales[102].

Smith denomina "orden público" al conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad, las cuales por afectar a la organización de ésta no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni por la aplicación de las leyes extranjeras. Es un estatus fundamental querido por dicha comunidad y normativamente determinado por sus órganos representativos o de un modo consuetudinario[103].

Incluso el calificativo de "internacional" ha suscitado críticas y desconcierto. Se ha manifestado, en este sentido, que "el nombre correcto de esta institución es orden público en el derecho internacional privado, pues la expresión 'orden público internacional' sugiere la existencia de principios universalmente aceptados y los principios que son defendidos por esta institución pertenecen a un ordenamiento estatal y ellos, según lo demuestra el derecho comparado, pueden ser y efectivamente son distintos en los diversos Estados"[104].

Lo cierto es que el calificativo de "internacional" se utiliza para diferenciarlo del orden público interno. Éste representa la restricción a la autonomía de la voluntad, que con sentido de equidad ampara el interés general de la voluntad. Son leyes imperativas, inderogables por las partes e imperan sobre las relaciones jurídicas privadas puramente internas. En cambio, el orden público internacional u orden público del derecho internacional privado es el impedimento a la aplicación del derecho extranjero cuando éste es contrario al espíritu de la legislación del foro.

100 Ramayo - Perugini Zanetti, *Constitución Nacional, derecho extranjero y orden público*, LL, 1978-D-927.

101 Pardo, *Derecho internacional privado. Parte general*, 1976, p. 323.

102 Boggiano, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., 1991, t. I, p. 487 y siguientes.

103 Smith, *El orden público como concepto y como status social*, LL, 120-1119.

104 Madrid Martínez, "Instituciones generales de derecho internacional privado: más allá del problema conflictual", en *Estudios de derecho internacional privado*, homenaje a Tatiana Maekelt, Hugo Guerra - Claudia Madrid Martínez - Yaritza Pérez (coords.), 2012, ps. 155 a 226.

Como se puede apreciar los criterios de distinción entre un instituto y otro son los efectos que despliegan. Para Kaller de Orchansky el fundamento de ambos conceptos es el mismo, pero su radio de acción es diferente, porque si bien toda norma que interese al orden público internacional también es de orden público interno, no todas las normas de esta última clase justifican la excepción de orden público internacional[105].

Por su lado, Goldschmidt hace una distinción digna de ser tenida en cuenta entre los autores que conciben al orden público como un conjunto de disposiciones y quienes lo entienden como un conjunto de principios. Para los primeros, forman parte de este instituto las disposiciones más importantes que conciernen a los aspectos vitales de la comunidad. En cambio, para los segundos, el orden público no está en las disposiciones sino que se halla en los principios que inspiran a aquéllas. La elección entre una u otra teoría se vincula con la aplicación a priori o a posteriori, respectivamente del orden público internacional. Goldschmidt concluye que se trata de un conjunto de principios y el derecho extranjero se aplica en tanto no los conculque. Advierte que la otra postura permite desterrar casi por completo el derecho extranjero, lo que convierte al orden público en un medio para aplicar el derecho propio[106].

La mayoría de la doctrina coincide en afirmar el carácter realista y concreto del orden público internacional que responde a un criterio de actualidad, en el sentido de que la legislación que se toma en cuenta como referencia para el juicio de compatibilidad es la imperante en el foro al momento en que el juez resuelve[107].

De lo expuesto se puede concluir que el orden público internacional constituye una excepción, un freno a la extraterritorialidad, un límite local a la aplicación de las leyes extranjeras, en la terminología empleada por Savigny[108].

[105] Kaller de Orchansky, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, 1994, ps. 137 y 138. La autora cita como ejemplo el régimen matrimonial argentino que es de orden público interno pero si se pacta una convención matrimonial en el extranjero, conforme a la ley del primer domicilio conyugal, la convención rige los bienes, aunque los cónyuges hubieren convenido un régimen totalmente distinto del argentino.

[106] Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., 1988, p. 162 y siguientes.

[107] Véase la doctrina del fallo de la CSJN, 12/11/96, "Solá, Jorge Vicente s/Sucesión ab intestato", *CSJN-Fallos*, 319:2779; *JA*, 1997-IV-654, con nota de María J. Méndez Costa.

[108] Con Savigny aparece por primera vez la institución del orden público internacional en el octavo volumen de su obra *Sistema del derecho romano actual*, publicada en 1849. Savigny elabora la regla de solución, según la cual debe determinarse para cada relación jurídica el derecho más conforme con la naturaleza de aquélla, sea éste nacional o extranjero. Sin embargo existen restricciones a este principio que él denomina "límites locales a la aplicación de las leyes extranjeras". Ellas se originan en un defecto, un quiebre de la comunidad jurídica que en ciertos casos excepcionales justifican la no aplicación del derecho extranjero. Estas excepciones son sólo dos: *a)* Leyes de naturaleza rigurosamente obligatoria: Savigny clasificaba a las reglas jurídicas en absolutas o imperativas y supletorias o permisivas. Las supletorias siempre pueden dejarse de lado en virtud de la autonomía de la voluntad. Pero tampoco todas las normas absolutas forman parte de la excepción de orden público. Se deben distinguir dos clases: *1)* leyes absolutas cuyo único motivo y fin es el ejercicio de los derechos y han sido dictadas en exclusivo interés de los titulares, por ello no pueden ser desplazadas por la voluntad de las partes pero sí por una ley extranjera si es más adecuada a la naturaleza de la relación jurídica; *2)* leyes absolutas que tienen por motivo y fin un principio moral (por ejemplo la ley que prohíbe la poligamia) o razones políticas (la ley que restringe la adquisición de inmuebles por judíos) o razones de interés general, etcétera. Estas últimas son leyes absolutas rigurosamente obligatorias, que excluyen la aplicación de la ley extranjera; *b)* instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no se encuentra reconocida en el nuestro; en un país en donde se prohíbe, por ejemplo, la esclavitud o la muerte civil, no pueden hacerse valer derechos de esa naturaleza.

Para Savigny ambas excepciones tenían la característica común de escapar a la comunidad de derecho.

b) El orden público internacional en la fuente convencional

En cuanto a la fuente convencional, ya los Tratados de Montevideo mencionan el orden público en sus Protocolos Adicionales (art. 4º común). Ellos declaran que "las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso". Se suele cuestionar la inclusión de las instituciones políticas porque se encuentran comprendidas dentro de las leyes de orden público.

El art. 5º de la CIDIP II sobre normas generales dispone que: "La ley declarada aplicable por una convención de derecho internacional privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público".

c) El orden público internacional en el Código Civil de Vélez Sarsfield

El Código Civil de Vélez Sarsfield contemplaba la excepción clásica del orden público internacional en el art. 14. Distinguía el orden público interno, como un conjunto de disposiciones no derogables por la voluntad de las partes (art. 21 y concs., CC) del orden público internacional, como un conjunto de principios que excluyen o frenan la aplicación del derecho extranjero (art. 14, CC).

El Código Civil nos proporcionaba un principio general a través de las prescripciones del art. 14, si bien en su texto no se hablaba expresamente de orden público, su noción estaba implícita.

Dicho artículo prescribía diferentes hipótesis: Las leyes extranjeras no serán aplicables:

Inc. 1º: *"Cuando su aplicación se oponga al derecho público de la República"*; Antes de aplicar una norma de derecho privado extranjero, el juez debía ver si ella

no contravenía los principios del derecho público argentino. El codificador daba como ejemplo las leyes francesas que sólo consideran los derechos civiles de sus nacionales, contrariando el art. 20 de la *CN*. Sin embargo, un sector de la doctrina criticaba esta fórmula, ya que el derecho público no se extraterritorializa; es territorial por naturaleza.

"... al derecho criminal": Se entendía que esta mención era redundante, ya que se hallaba incluida en la expresión más amplia de "derecho público".

"... a la religión del Estado": Esta expresión también ha sido criticada porque nuestra Constitución no instituye una religión del Estado, sino que consagra la libertad de cultos (art. 14, *CN*).

"... a la moral y buenas costumbres": Se trata de un concepto impreciso. Vélez Sarsfield expresó en la nota del art. 530 que "en el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes divinas y humanas".

Inc. 2°: *"Cuando su aplicación fuese incompatible con el espíritu de la legislación de este Código"*: Esta última referencia se entendía en el sentido de legislación nacional. Para la mayoría de la doctrina esta disposición constituía la cláusula de reserva y la norma adecuada de orden público internacional. En ella estaban comprendidos todos los supuestos del art. 14.

Inc. 3°: *"Cuando fueren de mero privilegio"*: Este inciso también quedaba subsumido en el inc. 1° que se refiere al derecho público, ya que el art. 16 de la *CN* consagra la igualdad ante la ley y rechaza las prerrogativas de sangre, de nacimiento, los fueros personales y los títulos de nobleza.

Inc. 4°: *"Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos"*: Se trata de la consagración de la teoría del *favor negotii*, por la cual se rechaza la aplicación de la ley extranjera porque conduciría a negarle validez al acto. Su finalidad es amparar el tráfico nacional declarando válidos los actos jurídicos mediante la aplicación de la legislación argentina. La doctrina era conteste en que era un error legislativo integrar dentro del orden público internacional un instituto que tiene otros fundamentos, aunque el efecto sea el mismo: limitar la aplicación del derecho extranjero.

d) El art. 2600 del CCCN

El art. 2600 del *CCCN* contiene una disposición mucho más simple, clara y precisa.

Sin embargo, tal como podemos observar no se ha incluido la necesidad de una "manifiesta incompatibilidad". Esta advertencia llama la atención por tanto esta exigencia está presente en la mayoría de los sistemas de DIPr, tanto a nivel convencional como estatal en el derecho comparado. Sin embargo, el carácter excepcional del orden público internacional lleva implícito la condición de que realmente

exista una contrariedad manifiesta entre nuestros principios fundamentales y las disposiciones del derecho extranjero.

A diferencia del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, la nueva norma no indica el llamado efecto positivo o sustitutivo del orden público internacional. Se dedica exclusivamente a determinar el efecto negativo: la exclusión de las normas extranjeras que resulten incompatibles, pero no menciona de acuerdo a qué derecho se resolverá el caso. Deja una laguna que deberá integrar el juez. La solución a este problema tiene dos alternativas, o se respeta el carácter sistemático del derecho extranjero buscándose en su interior la norma sustituta o, en caso de concluirse que la norma chocante es la causa impulsiva y determinante de la legislación extranjera sobre la materia, se la sustituye íntegramente por la *lex fori*; esta vez se estaría respetando el carácter sistemático del derecho del juez, misión definitiva del orden público [109].

El Proyecto de 2003 resolvía este problema indicando que el juez debía procurar una solución basada en el mismo derecho extranjero que sea compatible con tales principios y sólo en su defecto se aplica el derecho argentino.

Por último, a los fines de la aplicación del art. 2600 del *CCCN*, en relación con los efectos del orden público internacional, debe recordarse la doctrina del orden público atenuado, que diferencia la reacción del foro cuando se trata de constituir una relación jurídica sobre la base de una ley extranjera (orden público con efectos plenos), de cuando se trata de reconocer efectos a una relación jurídica ya constituida en el extranjero (orden público con efectos atenuados). La reacción del orden público en este último es menos intensa, menos enérgica que en el primero [110].

En suma, para que opere este recurso excepcional como límite a la aplicación de un derecho extranjero deben configurarse los siguientes presupuestos:

1. La controversia debe regirse por una norma indirecta. Si resulta aplicable una norma material o directa, o corresponde la aplicación de una norma de aplicación inmediata, no podrá recurrirse al orden público internacional.

[109] Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, 1959, ps. 215 a 217.

[110] Carolina Iud brinda algunos ejemplos interesantes: "en el marco de un sistema jurídico que someta la validez del matrimonio al derecho de la nacionalidad de los contrayentes pero que sólo admita el matrimonio monogámico, no se le permitirá a nacionales de países musulmanes contraer un matrimonio poligámico, aludiéndose entonces el efecto pleno del orden público o directamente orden público pleno. Pero si de lo que se trata es, por ejemplo, de reconocer alimentos a una de las cónyuges de uno de los matrimonios poligámicos contraídos en el extranjero al amparo de un sistema que lo permitía, o una pensión por viudez, la reacción del orden público se atenúa para reconocer a ese matrimonio poligámico ciertos efectos, aludiéndose en este caso al efecto atenuado del orden público o directamente orden público atenuado" (cfr. Iud, *Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia*, en "Revista de Derecho de Familia y de las Personas", año V, n° 8, 2013, ps. 43 a 51).

2. La norma indirecta debe conducir a un derecho extranjero. Nunca podrá existir un problema de orden público internacional si resulta aplicable la *lex fori* por conducto de la norma indirecta.
3. La incompatibilidad manifiesta entre el derecho extranjero y el orden público internacional del foro debe evaluarse en el caso concreto: es necesario verificar las consecuencias que su aplicación produce en relación con cada caso.

e) El contenido del orden público internacional a la luz de la Constitución Nacional y los derechos humanos

Afirmamos que el derecho extranjero no es aplicable cuando se opone al orden público del foro. Entonces, la primera confrontación necesaria será con la Constitución Nacional, ya que en ella se hallan los principios fundamentales de la comunidad argentina. Sin embargo, la incompatibilidad del derecho extranjero con la Constitución Nacional no acarrea las consecuencias que trae aparejada la falta de compatibilidad entre aquélla y la legislación interna, ya que el derecho extranjero nunca podría declararse inconstitucional o inválido, sino que simplemente se rechazará su aplicación[111].

Cabe destacar que a partir de la reforma constitucional de 1994 se han incorporado nuevos derechos y principios a través especialmente del art. 75, inc. 22 que llevan a reformular el contenido del orden público internacional en la Argentina[112]. Por ello se puede afirmar que todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República Argentina, ya sea que gocen de jerarquía constitucional o supralegal, integran el contenido del orden público internacional, se trate de cláusulas operativas o programáticas, ya que en este caso no cabe hacer la distinción pues este instituto se compone de principios y no de normas[113].

Tal como destaca Fernández Arroyo, la normativa internacional de derechos humanos ha tenido un fuerte impacto sobre la legislación y la jurisprudencia estatales en materia de DIPr, "impacto que se ejerce sobre variadas materias y en diversas circunstancias para garantizar cuestiones tales como el acceso a la justicia, los derechos de los trabajadores, la protección del medio ambiente o los intereses de niños y adolescentes. Íntimamente ligado a esto, se hace patente desde una perspectiva funcional que el DIPr puede difícilmente seguir siendo tomado como un mero instrumento 'neutral' para la repartición de competencias a poco que se preste atención al rampante proceso de materialización que lo viene animando en las últimas décadas"[114].

Se observa que básicamente los principios, los valores de la cultura jurídica occidental, y por ende, de los derechos estaduales que en ella se insertan, se encuentran recogidos por las constituciones nacionales, así como en los tratados de derechos humanos y libertades fundamentales. En esos instrumentos jurídicos, se reflejan y garantizan determinados derechos que configuran el modelo de sociedad occidental, entre los que figuran el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, el derecho de libertad religiosa, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la igualdad jurídica entre los cónyuges, el derecho a no ser discriminado, derecho a la identidad cultural de la persona humana[115].

Los derechos fundamentales dan contenido, al menos en el mundo occidental, al orden público internacional, al operar como límites a la aplicación de un derecho extranjero que los avasalle.

En suma, la importancia que reviste en nuestros días la protección de los derechos humanos a nivel universal, supranacional, regional y nacional nos permite referirnos a una suerte de "constitucionalización" del derecho internacional privado, que debe brindar soluciones adecuadas a este contexto, a través de respuestas idóneas que garanticen los derechos fundamentales tanto desde el plano legislativo como jurisprudencial.

f) Temas no codificados de la teoría general del derecho internacional privado en materia de ley aplicable

No podemos dejar de mencionar que algunos problemas de la teoría o Parte General del derecho internacional privado, conocidos por la doctrina y jurisprudencia argentinas, no han sido objeto de tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, Perugini manifiesta que "en realidad, lo realmente observable no es lo que se dijo sino lo que se omitió. Posiblemente se deba —en parte— a que se tra-

111 Ramayo - Perugini Zanetti, *Constitución Nacional, derecho extranjero y orden público*, LL, 1978-D-927.

112 Feldstein de Cárdenas - Basz, *El derecho internacional privado frente a la reforma constitucional*, LL, 1995-E-1127.

113 Véase al respecto el trabajo de Najurieta, *Orden público internacional y derechos fundamentales del niño*, LL, 1997-B-1436.

114 Fernández Arroyo, *Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público*, en "Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración", 2012; elDial-DC18BA.

115 Paralelamente, la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos, del 19 de septiembre de 1981, recoge los principios y valores islámicos.

ta de un título de un Código de derecho privado y no una ley o un Código en el que se puede desplegar una mayor autonomía" [116].

Entre los temas que no fueron abordados por el nuevo Código, destacan:

1 — La cuestión previa

El problema de la cuestión previa surge "cuando el caso que se le presenta al juez involucra más de una categoría, y la resolución de aquella que constituye el objeto del litigio (cuestión principal) está condicionada por la resolución de otra categoría involucrada en el caso (cuestión previa, preliminar o incidental)" [117].

La resolución de la cuestión previa opera como presupuesto de la principal. Sin resolver la primera, no se puede pasar a la solución del objeto central del litigio.

Aquí el interrogante que es necesario responder es: ¿el juez competente resolverá la cuestión previa conforme a la norma de conflicto de su propio ordenamiento jurídico (teoría de la equivalencia), o conforme a la norma de conflicto del orden jurídico del Estado remitido por la norma de conflicto aplicable a la cuestión principal (teoría de la jerarquización)?

La jurisprudencia ha ilustrado este tema con casos en donde se plantea la necesidad de resolver la validez de un matrimonio (cuestión previa), para determinar la vocación hereditaria del cónyuge supérstite en la sucesión del causante (cuestión principal); o la validez de la adopción (cuestión previa) para determinar la vocación hereditaria del adoptado en la sucesión del adoptante (cuestión principal) [118], o para determinar la condición de acreedor alimentario en un reclamo por alimentos (cuestión principal). Son cuestiones autónomas, independientes pero que en el caso concreto se presentan íntimamente entrelazadas desde un punto de vista principalmete procesal.

De acuerdo a Madrid Martínez, "para que en derecho internacional privado se genere una cuestión incidental en sentido estricto, es necesario que concurran tres condiciones. La primera condición es que la cuestión principal esté gobernada, según la norma de conflicto del foro, por un derecho extranjero, pues si resultare aplicable la ley del foro, no sería necesaria la derogación del principio general de aplicación del sistema conflictual del juez. En segundo término, la cuestión subsidiaria o accesoria con elementos de extranjería deviene en cuestión incidental cuando es capaz de poseer una norma de conexión propia. Finalmente, la norma de conflicto competente para regir la cuestión incidental debe conducir a un resultado diferente al que corresponde a la norma de conflicto que rige la cuestión principal" [119].

El derecho argentino cuenta con una única norma convencional que se ocupa de la llamada cuestión previa en términos generales [120]. Nos referimos al art. 8° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. Esta norma no impone al juez ninguna de las dos soluciones tradicionales en la materia, es decir, resolver la cuestión incidental de acuerdo a la norma de conflicto del foro *(lex fori)* o de acuerdo con las normas de conflicto del ordenamiento jurídico que rige la cuestión principal *(lex causae)*.

De acuerdo al art. 8° de la CIDIP II, las cuestiones previas, preliminares o incidentales que pueden surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resol-

[116] Perugini Zanetti, "Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Análisis del Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012*, ps. 679 a 683; disponible en *bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf* (30/10/14).

[117] Fresnedo de Aguirre, "Aspectos generales del sector del derecho aplicable", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 292 y siguientes.

[118] Este caso era el del *leading caso* en materia de cuestión previa: "Ponnoucannamalle v. Nadimoutoupoulle", resuelto por la Corte de Casación francesa en 1931. En este caso se plantea la situación de una familia de nacionalidad inglesa que habitaba en la India, y tenía bienes en la Cochinchina. El jefe de familia era dueño de una gran fortuna, constituida en parte por inmuebles situados en Cochinchina (territorio francés), actual Vietnam. Tenía varios hijos legítimos, y un hijo adoptivo conforme a las leyes indias. Este hijo adoptivo, a su vez, casado con la señora Ponnoucannamalle, fallece, antes que su padre adoptante, dejando un hijo legítimo. El adoptante fallece en 1925, habiendo redactado un testamento hecho en 1922, desheredando a su nieto adoptivo, que por derecho de representación ocupa el lugar de su padre premuerto. La señora Ponnoucannamalle inicia un juicio solicitando la impugnación del testamento. Su petición se basa en el art. 3° del ap. 2° del Cód. Napoleón: "Los bienes situados en el territorio francés, se regirán por el derecho francés". Este determina que el nieto adoptivo representa legítimamente al padre premuerto como heredero legitimario. Los otros herederos del causante plantean como cuestión previa la validez de la adopción. En 1928 el Tribunal de Saigón rechaza el cuestionamiento a la validez de la adopción. En 1929, la Corte de Saigón confirma la sentencia, y en 1931, el Tribunal de Casación francés hace suyos los argumentos, por cuanto la adopción es válida. Pero el mismo tribunal le desconoce efectos sucesorios. Sostiene que si bien la adopción es válida según la ley de la India, ley personal de adoptante y adoptado, y que sería la ley aplicable, si la validez de la adopción fuese el único problema planteado; no es válida la adopción de acuerdo al derecho francés que rige la sucesión, prohibiendo el art. 344 del Cód. Civil francés la adopción realizada por un adoptante con hijos matrimoniales. Por lo tanto, los efectos de la adopción son nulos para Francia. Se aplicó en el caso la teoría de la jerarquización, pues se aplicó a la cuestión previa (adopción), el derecho francés que regía la cuestión principal (sucesión).

[119] Madrid Martínez, "Instituciones generales de derecho internacional privado: más allá del problema conflictual", en *Estudios de derecho internacional privado*, homenaje a Tatiana Maekelt, Hugo Guerra - Claudia Madrid Martínez - Yaritza Pérez (coords.), 2012, ps. 155 a 226.

[120] Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 se ocupan de un caso de cuestión previa en particular cuando se ocupan de la filiación matrimonial y establecen que la validez del matrimonio (cuestión previa) se rige por la ley del lugar de su celebración (teoría de la equivalencia) para determinar el carácter matrimonial de la filiación y los consiguientes efectos (cuestión principal).

verse necesariamente de acuerdo con el derecho que regula esta última. La disposición le brinda libertad al juez para que se expida en cada caso concreto de acuerdo al criterio que lo conduzca al resultado más justo.

En similar inteligencia se expide Fresnedo de Aguirre, quien afirma que si bien la teoría de la equivalencia tiene más adeptos[121], podría llevar a soluciones injustas: "Si bien desde un punto de vista lógico-jurídico la teoría de la equivalencia resulta la más correcta, desde el punto de vista práctico del juez, que debe velar por la realización no sólo del valor certeza sino también del valor justicia, y esto último no limitándose a la justicia formal sino también a la sustantiva en el caso concreto, parece más adecuado dejar librado a su discrecionalidad fundada, enmarcada en ciertos criterios establecidos por el legislador, el recurrir a una u otra teoría, teniendo en consideración los aspectos particulares involucrados en cada caso" [122].

2 — El problema de las calificaciones

Coincidimos con Perugini, quien afirma que "quizá la mayor laguna que se encuentra en esta primera parte de la disposiciones generales es la falta de tratamiento del problema de las calificaciones. Irónicamente es el único problema de la Parte General imposible de esquivar. En efecto, las calificaciones hacen a la búsqueda del derecho competente para definir los términos de la propia norma del derecho internacional privado. Cuando el derecho aplicable es el extranjero es posible que los problemas que engloban las definiciones de la norma propia no coincidan con los que encuadra la norma extranjera: lo que es de forma para un derecho es de fondo para otro, lo que es procesal para uno es adjetivo para otro. En la aplicación de la norma de conflicto las calificaciones aparecen como el primer problema a ser elucidado ..." [123].

En los fundamentos del Anteproyecto, se esgrime una explicación de tal omisión: considera "preferible dejar que la ciencia del derecho internacional privado continúe su evolución, sin obligar a los jueces a razonar conforme a criterios abstractos".

[121] Esta tendencia doctrinaria favorable a la teoría de la equivalencia se vio reflejada en la opción adoptada en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003: "Art. 7º. Cuestión previa. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que surjan con motivo de una cuestión principal, se resuelven conforme el derecho indicado por las normas de conflicto del foro".

[122] Fresnedo de Aguirre, "Aspectos generales del sector del derecho aplicable", en *Derecho Internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 294.

[123] Perugini Zanetti, "Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Análisis del Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012*, p. 680; disponible en *bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf* (30/10/14).

Concordamos en este punto con Menicocci, quien afirma: "La explicación anterior no nos satisface, pues siempre las normas expresan los problemas en abstracto y son los jueces —al menos, los de la familia jurídica románica continental— quienes, a partir de la abstracción, solucionan el problema concreto. Con análoga explicación podría haberse omitido el resto de los problemas generales, pues todos se expresan en abstracto" [124].

"El problema de las calificaciones está relacionado con la determinación del ordenamiento jurídico que brindará los elementos materiales de interpretación de las normas que están involucradas en el caso en concreto[125].

Entre las soluciones que se han esgrimido destacan la calificación *ex lege fori*, tesis defendida por los autores que detectaron este problema autónomo de la teoría general del DIPr, Kahn y Bartin. Según esta postura, el juez debe considerar los criterios contenidos en su propio Derecho material. Se suelen admitir excepciones relacionadas con los bienes, los contratos, la forma de los testamentos y la institución desconocida, entre otras[126].

[124] Menicocci, *Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en "XXVI Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional", San Miguel de Tucumán, 2014, p. 24.

[125] Se atribuye a Kahn la detección del problema de las calificaciones, aunque fue Bartin quien lo sistematizó a raíz de la célebre sentencia francesa "Bartholo". En este caso, un matrimonio maltés se casó y vivió en Malta, luego se mudó a Argelia (entonces territorio bajo dominio francés) donde el marido adquirió inmuebles y falleció en 1889. La viuda solicitó a los jueces franceses la "cuarta parte del cónyuge pobre", institución que correspondía al cónyuge supérstite según el régimen de bienes del derecho anglomaltés. Los tribunales franceses se enfrentaron a dos normas de conflicto en su derecho internacional privado: la relativa al régimen de bienes, que remitía a la aplicación del derecho maltés y la del derecho sucesorio, que implicaba la aplicación del derecho francés. Si la naturaleza del instituto se calificaba como integrante del régimen de bienes matrimonial, la pretensión de la viuda era admisible, en tanto que, de tratarse de una cuestión sucesoria, el derecho francés conducía a su rechazo. Otro caso utilizado por Bartin es el del testador holandés, que, habiendo otorgado en Francia testamento ológrafo, genera en los jueces franceses la necesidad de calificar la ología como problema de forma (regida entonces por la *lex loci* o sea, el derecho francés) o como una prohibición especial dentro del régimen de capacidad de derecho (regida por la ley personal, esto es, el derecho holandés). Si se calificaba conforme a lo primero, el testamento era válido, ya que la forma ológrafa estaba contemplada por el Código Napoleón. Por al contrario, si el art. 992 del Cód. Civil holandés era calificado como una prohibición especial, estableciendo una incapacidad según la cual los holandeses no podían testar sino en forma auténtica dentro o fuera de los Países Bajos, la suerte del testamento quedaba sellada (cfr. Menicocci, *Reflexiones sobre el problema de las calificaciones en el derecho internacional privado*, en *www.menicocci.com.ar/descargas/amenicocci-06.pdf* (12/2/15).

[126] A favor de esta tesis, se afirma que cuando el legislador nacional elabora la norma de conflicto —o de jurisdicción— tiene en cuenta los conceptos de su propio sistema. Además, la aplicación del derecho extranjero constituye una merma en la soberanía del foro, lo menos que puede reservarse el Estado es la medida de esa merma. Finalmente, se afirma que calificar conforme al de-

La segunda teoría propuesta es la llamada calificación *ex lege causae*, defendida inicialmente por Despagnet. Según ella, la calificación debe hacerse conforme a los criterios del derecho material del ordenamiento jurídico presumiblemente aplicable a la relación.

Sin embargo, adviértase que es casi imposible calificar una determinada relación sobre la base del ordenamiento jurídico competente que aún se desconoce, pues antes de la calificación, no conocemos cuál es el derecho aplicable. Será la propia calificación de la categoría o relación jurídica de que se trate la que nos permitirá individualizar la norma a utilizar para resolver el caso iuspritavista internacional.

Ante las críticas que recíprocamente han hecho los defensores de una y otra teoría, Rabel propuso la tesis de la calificación autónoma. El destacado especialista considera que a través del método comparado puede llegarse a obtener calificaciones unitarias y universales que serían empleadas por el juez en los casos de derecho internacional privado[127].

Las dificultades en torno a estas teorías generaron que ni siquiera se pudiera obtener cierto grado de consenso para incluir una regla al respecto en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, en diversos textos convencionales, encontramos las llamadas calificaciones autárquicas o autónomas, definiciones de los términos utilizados en las normas de conflicto a los fines de la aplicación de la respectiva convención.

En un sentido similar, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, previó lo siguiente: "Art. 6°. Definiciones. A los fines de este Código:

- Tribunales son los órganos judiciales, administrativos o arbitrales, según corresponda.
- Domicilio es el país donde la persona tiene su centro de vida.
- Domicilio conyugal es el lugar donde los cónyuges tienen, de común acuerdo, su centro de vida.

recho extranjero es dificultoso. Por otra parte, se acusa a la calificación *ex lege fori* de representar una concepción cerrada y chauvinista, que fracasa cuando se trata de instituciones desconocidas. Madrid Martínez, "Instituciones generales de derecho internacional privado: más allá del problema conflictual", en *Estudios de derecho internacional privado*, homenaje a Tatiana Maekelt, Hugo Guerra - Claudia Madrid Martínez - Yaritza Pérez (coords.), 2012, ps. 155 a 226.

127 De acuerdo a Rabel, cuando el Código Civil alemán se refiere a que la tutela se rige por la ley nacional del interesado, el concepto que debe formar el juez no debe depender ni del derecho material del foro ni del derecho material extranjero, sino que se debe obtener mediante una operación lógica de abstracción realizada sobre la base de las respectivas nociones que brinda el derecho comparado. Esto es, entender lo que el mundo civilizado entiende, en general, por tutela: "Institución de derecho que tiene por objeto la representación o protección de las personas que no tienen capacidad plena y que no están sometidos a la potestad de sus padres".

- Domicilio del menor es el de quienes ejercen en común la patria potestad; en su defecto, el lugar de la residencia habitual del menor.
- Domicilio del mayor incapaz es el lugar de su residencia habitual.
- Lugar de constitución de las personas jurídicas y sociedades es el del registro; en su defecto, el lugar donde se llevó a cabo el acto unilateral constitutivo o donde se produjo el acuerdo de voluntades.
- Establecimiento es el lugar donde la persona física o jurídica ejerce de manera efectiva una actividad a través de una instalación estable.
- Lugar de situación de los bienes registrables es el lugar donde están registrados.
- Procesos de insolvencia son el concurso preventivo, la quiebra, la liquidación coactiva extraconcursal, el acuerdo preventivo extrajudicial y otros procedimientos equivalentes".

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación también contiene aunque dispersas a lo largo del Título IV, algunas de estas definiciones, tal como iremos viendo.

Sin embargo, el Proyecto de 2003 fue más allá, porque además incluyó algunas pautas generales, adoptado una posición mixta que distingue según se trate de los puntos de conexión que, salvo disposición en contrario, se califican por el derecho argentino (calificación *ex lege fori*), o de los demás conceptos utilizados por las normas de Derecho internacional privado, que se definen de acuerdo con el derecho declarado aplicable (calificación *ex lege causae*).

3 — Los derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creadas

Constituye una excepción al funcionamiento normal de la norma indirecta del foro la presencia de una situación jurídica creada al amparo de un ordenamiento jurídico determinado[128]. Los derechos ya adquiridos en el extranjero deben ser garantizados, superando, incluso soslayando lo dispuesto por la norma de conflicto del foro.

El art. 7° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado dispone que: "Las situaciones jurídicas creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momen-

128 El reconocimiento especial de los derechos adquiridos en el derecho internacional privado se destaca ya en varios autores de la Escuela Angloamericana del siglo XIX. La fórmula de los *vested rights*, elaborada por Albert van Dicey en 1896, indica que los jueces no aplican derecho extranjero sino que reconocen los derechos adquiridos bajo su autoridad. En 1932, Joseph Beale, continuó desarrollando esta doctrina, señalando que los jueces no aplican ley extranjera sino que reconocen los derechos adquiridos bajo la autoridad de esa ley. Tal tesis se vio reflejada en el *Restatement of law of the conflicts of laws first*, promovido por el American Law Institute en 1934.

to de su creación, serán reconocidas en los demás Estado Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público".

En similar sentido, el Proyecto de 2003 preveía: "Art. 13. Derechos adquiridos. Las situaciones jurídicas válidamente creadas de conformidad con un derecho o derechos extranjeros que hubieran resultado aplicables, de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles, deben ser reconocidas siempre que no sean contrarias al orden público internacional argentino".

Si bien el *CCCN* no contiene una norma semejante, podemos encontrar aplicaciones específicas. Tal es el caso del art. 2616, según el cual el cambio de domicilio de la persona humana no afecta su capacidad, una vez que ha sido adquirida. Asimismo, el art. 2669 dispone que el desplazamiento de los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos no influye sobre los derechos que han sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior.

4 — Instituciones y procedimientos desconocidos

Al momento de la calificación, el operador jurídico se puede encontrar con que la figura que se le presenta desconocida para su ordenamiento jurídico. Y seguidamente tendrá que determinar cuáles son los efectos de la presencia de esta institución desconocida, especialmente respecto a la aplicación del derecho extranjero.

Ya Savigny, en el t. VIII de su *Sistema de derecho romano actual* planteó como excepción a la normal aplicación del derecho extranjero dentro de su comunidad jurídica internacional, a aquellas "instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no está reconocida en el nuestro, y que, por consiguiente, no pueden pretender la protección de los tribunales".

Sin embargo, mientras Savigny asociaba la institución desconocida a lo que hoy llamamos orden público internacional, por constituir una excepción a la aplicación del derecho extranjero, ya que el maestro alemán daba ejemplos como la esclavitud o la muerte civil que contrariaban el derecho del foro; en la actualidad este problema se emparenta con el problema de las calificaciones y más genéricamente, con la interpretación de la ley. Es por ello que las normas que se ocupan del tema tienden a obligar al juez a revisar su propio derecho, para determinar si no existen instituciones análogas.

El Proyecto de 2003 establecía que: "La existencia en el derecho extranjero de instituciones o procedimientos desconocidos en el ordenamiento jurídico argentino, no impide su reconocimiento o aplicación, salvo que sean manifiestamente contrarios a los principios de orden público internacional argentino. Los tribunales deben adaptar las soluciones argentinas a tales fines" (art. 16).

En similar inteligencia, la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado aborda en el problema en el art. 3°: "Cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos".

La Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero, en su art. 3° dispone: "Cuando en el Estado en que se otorga el poder es desconocida la solemnidad especial que se requiere conforme a la ley del Estado en que haya de ejercerse, bastará que se cumpla lo dispuesto en el art. 7° de esta Convención".

El art. 9° del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940 establece que: "Las sociedades o corporaciones constituidas en un Estado bajo una especie desconocida por las leyes de otro, pueden ejercer en este último actos de comercio, sujetándose a las prescripciones locales".

Por último, cabe señalar que el art. 2640 del *CCCN* sobre "Tutela e institutos similares" indica que: "... *Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño*".

Capítulo II

La jurisdicción internacional

§ 10. Consideraciones generales

Por primera vez, el DIPr argentino contiene reglas generales (Capítulo II) y normas especiales (Capítulo III) de jurisdicción internacional.

Tal como manifiestan los redactores en los fundamentos del Anteproyecto: "El derecho internacional privado actual no puede prescindir de una localización jurisdiccional de los conflictos, motivo que ha llevado a prever ciertas normas de jurisdicción internacional. Este sector es de naturaleza federal —tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación—, pues delimita el ámbito del ejercicio de la soberanía jurisdiccional del propio Estado frente a la jurisdicción de Estados extranjeros. Esta problemática es abordada en general, enunciando los institutos fundamentales de la materia, y en particular, al tratar cada uno de los sectores especiales" [1].

Según nuestros tribunales "la jurisdicción internacional es el poder que tiene un país, derivado de su soberanía, para resolver un caso de derecho privado con elementos extranjeros, o un caso mixto con el cual el Estado al cual se atribuye aquélla considera que tiene una relación relevante a tales efectos" [2].

Respecto a la atribución de jurisdicción o competencia[3], cada Estado adopta sus propios criterios en forma unilateral, o bien, en el mejor de los casos, armoniza los

1 Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV, "Derecho Internacional Privado", 2012, consultado en *www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf* (10/2/15).

2 CNCiv., Sala B, 26/12/97, "S. M., M. C. c. A., P. C.", *LL*, 1998-D-144.

3 En la República Argentina, usualmente nos referimos a la jurisdicción internacional, dejando el término "competencia" para el ejercicio y distribución de la jurisdicción en el ámbito interno.

foros de jurisdicción internacional a través de normas convencionales, de alcance universal, regional o bilateral.

Como bien afirma Fernández Arroyo, "las normas que atribuyen jurisdicción para los casos de DIPr obligan exclusivamente a los jueces y tribunales del Estado que las elabora —cuando se trata de normas que pertenecen a la dimensión autónoma de los sistemas de DIPr—, o de los Estados que forman parte del sistema convencional o institucional que las contiene. Esto es así porque siendo la jurisdicción una cuestión en la que está implicado el ejercicio de una de las funciones esenciales del Estado, resulta impensable que un juez pueda considerarse competente en función de lo que establezcan las normas de jurisdicción vigentes en otros Estados y no en el suyo; cosa bien distinta es que dicho juez pueda tomar en consideración las normas de jurisdicción extranjeras para modular su actividad en determinadas circunstancias, como pueden ser las que se dan cuando se presenta una demanda ante él en un supuesto en el cual un ordenamiento extranjero dispone la jurisdicción exclusiva de sus jueces y tribunales"[4].

En efecto, cada legislación, ya sea de fuente interna o internacional, define cuáles son los foros razonables y cuáles son los foros exorbitantes, los foros generales y especiales, si son exclusivos o concurrentes, determina en qué casos y bajo qué condiciones se podrá prorrogar esa jurisdicción en virtud del principio de autonomía de la voluntad, como asimismo se ocupa de regular algunos foros particulares como el llamado foro del patrimonio, y los más controvertidos, *forum necessitatis* y *forum non conveniens*.

El derecho internacional privado argentino nunca contó hasta la entrada en vigor del *CCCN* con un conjunto de normas reunidas en un solo cuerpo legal de alcance nacional[5] que determinen principios generales y reglas particulares en materias de jurisdicción directa.

Por ende, contábamos por un lado, con normas sobre jurisdicción internacional dispersas en la legislación interna[6] y con algunas disposiciones contenidas en tratados internacionales, jerárquicamente superiores a aquéllas (art. 75, inc. 22, *CN*).

Sin embargo, algunos principios que rigen la jurisdicción internacional ya habían alcanzado doctrinaria y jurisprudencialmente un amplio consenso: "La concurrencia de foros como regla general (la exclusividad es una excepción), la exigencia de razonabilidad en la determinación de los foros de competencia (necesidad de proximidad suficiente entre el caso y el juez competente) y el respeto de los derechos fundamentales vinculados con la competencia (garantías de acceso a la justicia y de defensa en juicio, no discriminación de los litigantes)"[7].

En efecto, en el derecho argentino siempre hallamos foros razonables, como el domicilio del demandado, el de la autonomía de la voluntad de las partes, el del lugar de cumplimiento de los contratos, entre otros, que presentan una vinculación suficiente con el Estado al que pertenecen los tribunales a los que se atribuye jurisdicción para juzgar el caso. En sentido contrario, nos podemos encontrar con los llamados foros exorbitantes, o sea, aquellos que carecen de razonabilidad y "atribuyen a los tribunales del Estado un volumen de competencia judicial internacional desmesurado a los fines de beneficiar a los nacionales de dicho Estado o la posición del mismo Estado"[8]. Los tribunales argentinos son poco proclives a aceptar una competencia exorbitante.

Asimismo, en nuestro derecho, hay foros generales, es decir, aquellos que adoptan como pauta o criterio para establecer la jurisdicción del juez un elemento que aparece presente en todos los supuestos. El mejor ejemplo es el del foro del domicilio del demandado. Además, encontramos, según la materia, foros especiales, que sólo atribuyen competencias para determinadas cuestiones en razón del objeto del litigio y su vinculación con el foro. Entre estos foros especiales, hallamos el del lugar de cumplimiento o ejecución de los contratos, el del lugar del domicilio de la parte actora, el lugar del último domicilio del causante, el lugar del domicilio conyugal, entre otros.

Desde otra perspectiva, en general, estos foros son concurrentes pues el legislador admite la posibilidad de que tribunales extranjeros conozcan sobre el mismo. Es decir, un foro concurrente atribuye competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado, pero no impide que puedan conocer los tribunales de otros Estados en virtud de otros foros de competencia diversos. Claros ejemplos son, en el ámbito convencional, las disposiciones pertinentes del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual[9], o del Protocolo de San

[4] Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, 2003, p. 149 y siguientes.

[5] En la Argentina la competencia legislativa en lo atinente a la jurisdicción internacional corresponde a la Nación como poder implícito en virtud del art. 75, inc. 32 de la *CN*. La aplicación de tales disposiciones compete a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o personas cayeren bajo sus respectivos ámbitos territoriales.

[6] Ante la ausencia de normas específicas, la jurisprudencia ha tendido a aplicar analógicamente las normas previstas para los casos internos.

[7] Fernández Arroyo, *Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana*, en *www.oas.org/dil/esp/293-326%20Diego%20Fern%C3%A1ndez%20A.%20def.BIS.pdf*, p. 298 (15/1/15).

[8] Calvo Caravaca - Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., 2004, t. I, p. 82.

[9] A falta de elección de foro, prevé la jurisdicción del: *a*) lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda (arts. 7a y 8); *b*) domicilio del demandado (arts. 7b y 9); *c*) domicilio del actor, cuando demostrare que cumplió su prestación (art. 7c).

Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito en el marco del Mercosur[10], o de la CIDIP V sobre tráfico internacional de menores[11].

Excepcionalmente, encontramos casos de jurisdicción exclusiva cuando por la materia, el Estado no admite otra jurisdicción que la de sus propios órganos jurisdiccionales. El típico caso es el de las acciones reales sobre bienes inmuebles, en las que tienen competencia exclusiva los jueces del lugar de su situación.

Por otro lado, el derecho argentino, aun antes del *CCCN*, ya admitía la prórroga de jurisdicción, en virtud de la autonomía de la voluntad. En efecto, el art. 1° del *CPCCN* permite la prórroga de jurisdicción internacional a favor de jueces extranjeros, siempre que: *1)* se trate de cuestiones exclusivamente de índole patrimonial; *2)* se trate de cuestiones de índole internacional; *3)* la prórroga no esté prohibida por las leyes; *4)* la jurisdicción no sea exclusiva[12].

El derecho argentino recepta también el llamado foro del patrimonio para algunos supuestos. Legislativamente, el art. 16 de la ley 14.394, derogado, lo había admitido para los casos de la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento[13], o bien art. 2°, inc. 2° de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522[14]. En la fuente convencional, es un foro disponible en materia de obligaciones alimentarias (CIDIP IV sobre obligaciones alimentarias, de 1989). Jurisprudencialmente, se había extendido el foro del patrimonio al régimen sucesorio, de modo concurrente con los jueces del último domicilio del causante, criterio que recepta el *CCCN*.

En el ámbito convencional, los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 receptan como regla general la teoría del paralelismo o *forum causae* que permite atribuir jurisdicción internacional concurrente a los jueces del país cuyo derecho resulta aplicable al caso[15].

Por último, el *forum neccesitatis* fue admitido por la jurisprudencia, en proyectos de reforma anteriores y actualmente en el art. 2602 del *CCCN*, a diferencia del *forum non conveniens* que no ha tenido, a la fecha, un reconocimiento expreso y de alcance general.

§ 11. Fuentes de jurisdicción

El art. 2601 del *CCCN* establece las fuentes de jurisdicción: *"La jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación"*.

Como anticipamos, el art. 2601 da inicio a un capítulo dedicado, por primera vez en el Derecho argentino, a uno de los objetos clásicos del derecho internacional privado[16]: la jurisdicción internacional competente. Además, contiene algunas disposiciones sobre cooperación jurídica internacional (arts. 2603, 2611 y 2612, principalmente), el objeto más moderno, pero no por ello menos relevante, de nuestra disciplina.

El art. 2601 en primer lugar confirma la preeminencia de los tratados internacionales por sobre las leyes nacionales que contengan normas atributivas de juris-

[10] Atribuye jurisdicción en forma concurrente a los jueces del lugar donde se produjo el accidente, del domicilio del demandado y del domicilio del actor (art. 7).

[11] El art. 9 atribuye competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores a: *a)* el Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita; *b)* el Estado Parte de residencia habitual del menor; *c)* el Estado Parte en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado; y *d)* el Estado Parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico.

Tendrá preferencia a los efectos del párrafo anterior el Estado Parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito.

Y el art. 13, a su turno, señala que serán competentes para conocer de la solicitud de localización y de restitución, a opción de los reclamantes, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte de residencia habitual del menor, o las del Estado Parte donde se encontrare o se presuma que se encuentra retenido.

Cuando existan razones de urgencia a juicio de los reclamantes, podrá presentarse la solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito.

[12] Diversas fuentes convencionales en vigor en la Argentina permiten la elección de foro judicial o arbitral, como el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual de 1994 (arts. 4°, 5° y 6°); el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur de 1998; la CIDIP I sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (art. 1°); la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958 (art. II).

[13] Ley 14.394, art. 16: "Será competente el juez del domicilio, o en su defecto, el de la última residencia del ausente. Si éste no los hubiere tenido en el país o no fuesen conocidos, lo será el del lugar en que existiesen bienes abandonados, o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontrasen en diversas jurisdicciones".

[14] Ley 24.522, art. 2°: *"SUJETOS COMPRENDIDOS. Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.*

Se consideran comprendidos: ... 2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país".

[15] Sobre el *forum causae*, la doctrina ha hecho diversas apreciaciones críticas: "Fuera de la ventaja práctica de que el juez aplica en tal caso su propio derecho, no puede considerarse una regla aceptable con carácter general, desde que la determinación de la competencia y del derecho aplicable, si bien están muy vinculadas, responden a distintos principios, finalidades y técnicas. No sólo implica una alteración secuencial del orden lógico de la resolución de los litigios pluriconectados sino que, además, traslada a sede jurisdiccional, donde está en juego nada menos que el derecho humano a la tutela judicial efectiva, los problemas particulares que puedan existir en el ámbito sustancial. Por las razones indicadas, en el mejor de los casos, el *forum causae* puede tal vez servir como regla de cierre, cuando no existen otros criterios, ni especiales ni generales, para determinar la competencia" —cfr. Fernández Arroyo, *Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana*, en *www.oas.org/dil/esp/293-326%20Diego%20Fern%C3%A1ndez%20A.%20def.BIS.pdf*, ps. 318 y 319 (15/1/15)—.

[16] La doctrina mayoritaria contempla un triple objeto del derecho internacional privado: la determinación de la ley aplicable, del juez competente y la cooperación internacional.

dicción internacional, en sintonía con el art. 2594 del *CCCN* sobre las fuentes del DIPr y con el art. 75, inc. 22 de la *CN*.

Asimismo, la disposición que comentamos hace una distinción clave: según se trate de una materia disponible o no disponible. En el primer caso, las partes tendrán la opción de celebrar un acuerdo de elección de foro (judicial o arbitral), o tradicionalmente llamado acuerdo de prórroga de jurisdicción. Sólo en su ausencia, operarán los criterios que determinen los tratados internacionales vigentes para la República Argentina, según el respectivo ámbito de aplicación material, espacial, personal, y temporal, y en ausencia de tratado, el juez resolverá su propia competencia de acuerdo a las normas internas que atribuyen jurisdicción internacional. En el segundo caso, si la materia no es disponible, la jurisdicción se determinará por los criterios generales y especiales previstos en los convenios internacionales, y en su defecto, por las normas de fuente interna.

§ 12. Foro de necesidad

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

Los códigos derogados no contemplaban expresamente el llamado "foro de necesidad". Sin embargo, por la vía pretoriana, fue introducido a través del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Emilia Cavura de Vlasov c. Alejandro Vlasov", del 25/3/60, en un caso de divorcio y separación de bienes. La CSJN abrió la jurisdicción argentina y consideró competentes a los tribunales del país, ya que, si no lo hacía, se colocaba a la actora en una situación de indefensión, pues corría peligro de no encontrar un tribunal en el mundo ante el cual incoar la demanda, en virtud de que el demandado tenía domicilio nómade. La actora demandó ante los tribunales argentinos y el demandado opuso excepción de incompetencia argumentando que su domicilio estaba en Génova (Italia) y, por lo tanto, que eran competentes los jueces de tal lugar[17]. El juez de primera instancia rechazó la excepción, mientras que la Cámara de Apelaciones, por el contrario, declaró la incompetencia de los jueces argentinos. La Corte Suprema consideró que los tribunales argentinos

[17] El art. 104 de la ley 2393 de Matrimonio Civil consideraba con jurisdicción a los jueces del domicilio conyugal, y a su turno el art. 90, inc. 9º del *CC* indicaba que la mujer casada tenía el domicilio del marido, aun cuando se encontrare en otro lugar con autorización suya.

tenían jurisdicción. La intervención de los jueces argentinos se fundamentó en la necesidad de controlar la garantía de defensa en juicio comprometida y, por lo tanto, impedir una probable denegación internacional de justicia, inaceptable a la luz del derecho internacional. La Corte realizó en abstracto un análisis de la probable consideración del juez extranjero sobre su propia jurisdicción y el eventual resultado negativo de la jurisdicción foránea, lo cual llevaría a que la actora quedara privada internacionalmente de justicia si no se abría la jurisdicción argentina[18].

En efecto, para garantizar el derecho a una tutela judicial internacional efectiva y evitar una probable denegación internacional de justicia, se ha configurado el llamado *forum neccesitatis*. Como bien señala Fernández Arroyo, *«au fond de ce for réside l'ancien principe de droit international général tendant à éviter le déni de justice»*[19].

Podemos afirmar que "el *forum neccesitatis* es un remedio basado en el derecho de acceso a la justicia que permite otorgar jurisdicción internacional a los jueces que, en principio, carecen de tal potestad para conocer y sentenciar en el supuesto concreto, con la finalidad de evitar supuestos de denegación de justicia a nivel internacional (...) Cuando se presentan casos en los cuales se puede llegar a lesionar de manera grave derechos humanos fundamentales, los Estados pueden decidir de manera unilateral arrogarse jurisdicción y permitir a sus jueces el dictado, por ejemplo, de medidas urgentes; desde esta perspectiva y teniendo fundamentalmente en cuenta el principio de defensa, los tribunales de un país pueden abrir su jurisdicción a fin de que los derechos sustanciales del actor no queden privados de tutela ante la posibilidad de que se produzca una denegación internacional de justicia"[20].

[18] *CSJN-Fallos*, 246:87; *JA*, 1960-III-216, con nota de C. A. Lazcano; *LL*, 98-287; *LL*, 1975-D-329; *ED*, 7-324 a 327; *ED*, 62-287 a 292, con nota de W. Goldschmidt. La Corte Suprema entendió que en este caso existe privación de justicia, "porque si bien ella no resulta ciertamente de la sola declaración de la incompetencia de los tribunales argentinos, se añade en la especie a ella, y a la ausencia del país por parte del marido, la edad de los cónyuges —el demandado tenía ochenta y un años en julio de 1958, cuando se dictó la sentencia apelada—; la dificultad que importa para la radicación del juicio en el extranjero la circunstancia de que V. desenvuelve 'sus negocios en los centros financieros, industriales y comerciales más importantes del mundo' y su carácter de naviero cuyos barcos 'pertenecen actualmente a la matrícula inglesa, italiana, panameña y griega'; la actitud adoptada ante la iniciación del juicio, por virtud de la cual, a más de cinco años después de presentada la demanda —lo fue el 18 de mayo de 1954— ella aún no ha sido contestada; la posibilidad siempre presente de cuestionar la competencia de cualquier tribunal extranjero ante el cual la causa se radique —máxime cuando la sentencia del *a quo* no indica concretamente a qué tribunal italiano correspondería intervenir— y la imprevisibilidad de la sentencia de éste sobre su jurisdicción la que, de ser negativa, escaparía a toda revisión por parte de esta Corte".

[19] Fernández Arroyo, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, en "Recueil des Cours", 323-73.

[20] Alí, *Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna*, en "DeCITA", nº 4, 2005, ps. 422 a 444.

Sin embargo, el riesgo de la aceptación generalizada del foro de necesidad, como regla o principio, conlleva el peligro de caer en la admisión indiscriminada de la jurisdicción, es decir, en un foro exorbitante. En efecto, «*bien entendu, le for de nécessité peut et devrait jouer un rôle quand le juge saisi n'est pas compétent et qu'il n'existe véritable ment aucune autre juridiction devant laquelle le demandeur peut présenter sa réclamation. On peut douter, en revanche, d'un for de nécessité qui fonctionne en pratique comme un critère général de compétence, disponible pour donner un argument au tribunal quand aucun des fors prévus dans son ordre juridique n'offre la compétence à ce tribunal. Il semble que la finalité essentielle du* forum necessitatis *n'est pas d'octroyer une justification aux tribunaux pour intervener dans des affaires où ils ne sont pas compétents, mais pour garantir la jouissance du droit fondamental d'accès à la justice*»[21].

Es por ello que el art. 2602 somete la competencia de nuestros tribunales en razón del foro de necesidad a una serie de requisitos, de interpretación restrictiva. Como presupuesto que torne operativo este criterio, las reglas del Código no deben atribuir jurisdicción internacional a los jueces argentinos. Sin embargo, éstos pueden intervenir: *1*) excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, *2*) siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero, *3*) en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, *4*) se garantice el derecho de defensa en juicio, y *5*) se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

§ 13. Medidas provisionales y cautelares

El art. 2603 del *CCCN* se dedica a las llamadas medidas provisionales y cautelares, estableciendo que, bajo ciertas condiciones concretas: "*Los jueces argentinos son competentes para disponer medidas provisionales y cautelares: a) cuando entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República; b) a pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal; c) cuando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina.*

El cumplimiento de una medida cautelar por el juez argentino no implica el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera, pronunciada en el juicio principal".

No existen precedentes normativos de fuente interna en los códigos derogados que regulen la jurisdicción internacional en materia de medidas cautelares. Sin embargo, ya contábamos con normas de fuente convencional: la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares (CIDIP II, Montevideo, 1979, en vigor en la Argentina desde 1983) y el Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares entre los Estados Parte del Mercosur, de 1994.

[21] Fernández Arroyo, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, en "Recueil des Cours", 323-76.

Tal como indica Tellechea Bergman, el auxilio jurídico internacional comprende distintos grados o niveles según el modo cómo afecte los derechos de las personas y al propio Estado que lo brinda, la coerción que implique y su extensión cronológica (tiempo que insuma su cumplimiento y lapso durante el cual se prolonguen sus efectos). Un primer nivel de asistencia comprende dos escalones de cooperación. El primero, referido al auxilio de mero trámite, citaciones, emplazamientos y notificaciones llevadas a cabo en un Estado a ruego de tribunales de otro, nivel en el que la ayuda jurídica internacional normalmente afecta en grado mínimo los derechos de los justiciables y al Estado que la presta y en el que la prestación del auxilio no implica un grado apreciable de coerción, verificándose casi instantáneamente. Otro escalón, más complejo, está constituido por la cooperación probatoria. El diligenciamiento de pruebas fuera de fronteras supone una actividad de mayor complejidad y duración temporal que una mera notificación y puede llegar a niveles coercitivos de relativa importancia, tales, la conducción compulsiva de un testigo renuente, el ingreso a la fuerza para practicar una inspección, etcétera. El segundo nivel de cooperación, precisamente, comprende la asistencia cautelar internacional. Finalmente, algunos autores distinguen un tercer nivel de cooperación, que vendría dado por el reconocimiento de la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros[22].

El art. 2603 determina los casos en que un juez argentino tiene jurisdicción internacional para disponer una medida provisional o cautelar, con la finalidad de prevenir el daño derivado del retardo de una decisión jurisdiccional definitiva asegurando su eficacia, ya sea que se ordenen con carácter previo a un proceso o durante éste.

Cabe recordar que si bien una medida cautelar será estrictamente internacional cuando, adoptada por los tribunales de un Estado, está destinada a cumplirse en otro, los convenios vigentes así como el derecho comparado han aceptado la posibilidad de medidas cautelares de urgencia destinadas a asegurar el resultado de un juicio incoado o a incoarse en otro país, ordenadas por los tribunales del Estado de situación de los bienes o de la persona a cautelar en tanto jurisdicción más próxima.

Concordando con las tendencias expuestas, nuestros tribunales tendrán entonces competencia internacional para disponer una medida cautelar en los siguientes casos: *1*) cuando entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República; *2*) a pedido de un juez extran-

[22] Tellechea Bergman, *La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional*, 2002, ps. 223 y 224.

jero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal, y *3)* cuando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina.

Finalmente, la disposición que analizamos recoge un principio elemental en materia de cooperación jurisdiccional internacional: la "autonomía del acto cooperativo", principio por el cual la prestación de un cierto nivel de asistencia jurisdiccional no compromete el otorgamiento de otros grados más intensos[23].

§ 14. Litispendencia internacional

El art. 2604 del *CCCN* se ocupa de la litispendencia: *"Cuando una acción que tiene el mismo objeto y la misma causa se ha iniciado previamente y está pendiente entre las mismas partes en el extranjero, los jueces argentinos deben suspender el juicio en trámite en el país, si es previsible que la decisión extranjera puede ser objeto de reconocimiento.*

El proceso suspendido puede continuar en la República si el juez extranjero declina su propia competencia o si el proceso extranjero se extingue sin que medie resolución sobre el fondo del asunto o, en el supuesto en que habiéndose dictado sentencia en el extranjero, ésta no es susceptible de reconocimiento en nuestro país".

Dado que cada país determina cuándo son competentes sus jueces, tanto de forma independiente, unilateral, como mediante convenciones internacionales, es muy probable que un mismo caso caiga en la competencia de jueces de diferentes Estados.

En efecto, Fernández Arroyo describe con claridad este panorama: "La existencia, entonces, de distintos criterios para otorgar jurisdicción, junto a la posibilidad de que más de un juez sea competente respecto del mismo caso, constituyen las razones fundamentales del carácter especialmente problemático que suele revestir la determinación de la jurisdicción en los casos de DIPr. Así, el mismo caso o casos muy estrechamente vinculados entre sí pueden ser iniciados ante los tribunales de diferentes Estados, dando lugar a los problemas de litispendencia y conexidad internacionales, respectivamente, lo que implica averiguar qué trascendencia se da en cada Estado a la demanda presentada en el otro" [24].

Nuestra legislación de fondo no contenía reglas sobre litispendencia internacional. Sin embargo, la recepción del instituto se puede deducir del art. 517, inc. 5° del *CPCCN* cuando dispone que: *"Las sentencias de tribunales extranjeros (...) serán ejecutables si concurriesen los siguientes requisitos: ... 5) Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino"*. En similar sentido, el art. 22 del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Las Leñas, 1992): "Cuando se tratare de una sentencia o de un laudo arbitral entre las mismas partes, fundada en los mismos hechos y que tuviere el mismo objeto que el de otro proceso jurisdiccional o arbitral en el Estado requerido, su reconocimiento y ejecutoriedad dependerán de que la decisión no sea incompatible con otro pronunciamiento anterior o simultáneo recaído en tal proceso en el Estado requerido. Asimismo, no se reconocerá ni se procederá a la ejecución, cuando se hubiere iniciado un procedimiento entre las mismas partes, fundado en los mismos hechos y sobre el mismo objeto, ante cualquier autoridad jurisdiccional de la Parte requerida con anterioridad a la presentación de la demanda ante la autoridad jurisdiccional que hubiere pronunciado la resolución de la que se solicite el reconocimiento".

La litispendencia, como bien se sabe, tiene lugar cuando existen varios procedimientos sobre el mismo objeto, la misma causa y con identidad de partes, y tiene por finalidad procurar que sobre una misma controversia sometida a un órgano judicial de un país se produzca otro litigio posterior con posibilidad de que se produzcan resoluciones contradictorias.

El art. 2604 dispone para estos casos que los jueces argentinos deben suspender el juicio en trámite en el país, siempre que sea previsible que la decisión extranjera del procedimiento iniciado previamente en el extranjero pueda ser objeto de reconocimiento.

Sin embargo, el proceso continuará en el país, una vez que el juez extranjero decline su propia competencia o si el proceso extranjero se extingue sin que medie resolución sobre el fondo del asunto o en el supuesto en que habiéndose dictado sentencia en el extranjero, ésta no es susceptible de reconocimiento en nuestro país.

En similar inteligencia, encontramos las disposiciones que rigen la litispendencia internacional en el marco de la Unión Europea: los arts. 21 del Convenio de Bruselas y Convenio de Lugano y 27 y 30 del Reglamento (CE) 44/01 (Bruselas I) disponen que si se formulan varias demandas con el mismo objeto y la misma causa ante tribunales de Estados contratantes distintos, el tribunal ante el que se interpuso la segunda demanda deberá suspender de oficio el procedimiento hasta que el tribunal ante el que se interpuso la primera se pronuncie sobre su competencia. La excepción a esta regla general es el caso en que se trate de materias de competencia exclusiva.

Cabe señalar que el 10 de enero de 2015 entró en vigor el Reglamento (UE) 1215/12, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este Reglamento viene a derogar al hasta ahora vigente

[23] Tellechea Bergman, *La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional*, 2002, p. 243.

[24] Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, 2003, ps. 146 a 148.

Reglamento 44/01 que ha venido rigiendo esta materia desde la derogación del antiguo Convenio de Bruselas de 1968[25].

El nuevo Reglamento (CE) 1215, con el objeto de reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y evitar que se dicten resoluciones contradictorias entre Estados miembros, prevé un mecanismo claro y eficaz para resolver los casos de litispendencia y conexidad, así como para obviar los problemas derivados de las divergencias nacionales en relación con la determinación de la fecha en la que un asunto se considera pendiente, por lo que se ha procedido a definir esa fecha de manera autónoma (consid. 21)[26].

Por último, debemos advertir que la fuente normativa en materia de litispendencia internacional es determinante a los efectos de su efectividad. Cuando la regla se inserta, como en nuestro caso, en una disposición de fuente interna, sólo vincula y obliga a nuestros propios jueces y no a los jueces de los demás países implicados en el caso. Distinta es la situación cuando las reglas son de fuente convencional, ya que aquí quedan obligados todos los jueces de los Estados parte a través de las mismas consignas.

§ 15. La prórroga de jurisdicción

El art. 2605 del *CCCN* consagra la autonomía de la voluntad en el ámbito jurisdiccional, ya que reconoce validez en el derecho de fondo al acuerdo de elección de foro. Según dicho texto normativo: *"En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley"*.

Si bien nuestros códigos de fondo no contenían normas en materia de acuerdo de elección de foro o prórroga de jurisdicción, encontramos el art. 1° del *CPCCN* que permite la prórroga de jurisdicción internacional a favor de jueces extranjeros, bajo ciertas condiciones.

En la fuente convencional podemos advertir que mientras que el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 no reconoce la facultad de las partes de prorrogar la jurisdicción, el Tratado de Montevideo de 1940 admite la prórroga *post litem natam*, en el art. 56 en los siguientes términos: "... Se permite la prórroga territorial de la jurisdicción si, después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales. La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta". Por su lado, en el ámbito del Mercosur, el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, en vigor entre los cuatro Estados miembros originarios del proceso de integración, permite a los contratantes la prórroga de jurisdicción. En efecto, el art. 4° (Capítulo I: Elección de jurisdicción) dispone: "En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva ...". A su turno, el art. 5° establece que: "El acuerdo de elección de jurisdicción puede realizarse en el momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio. La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las disposiciones del presente Protocolo. En todo caso se aplicará el derecho más favorable a la validez del acuerdo".

La denominada prórroga de jurisdicción permite, bajo ciertas circunstancias, elegir el foro judicial o arbitral que las partes deseen. Cualquier cláusula de elección de foro, para ser eficaz, deberá ser válida de acuerdo al derecho internacional privado del Estado designado por las partes y por el derecho del Estado cuyos tribunales sean requeridos o ante quienes se solicite el reconocimiento y/o ejecución de la sentencia.

El art. 2605 del *CCCN*, en coincidencia con el art. 1° del *CPCCN*, dispone que se podrá prorrogar la jurisdicción a favor de jueces extranjeros o árbitros fuera del país, siempre que la materia sea patrimonial e internacional, y excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

Por ende, en nuestro ordenamiento jurídico de fuente interna, la internacionalidad objetiva del asunto es un requisito ineludible. Será necesario buscar elementos extranjeros, como el lugar de celebración y de cumplimiento del contrato, el lugar de residencia, domicilio o establecimiento de las partes, o el lugar de situación de la cosa objeto del contrato para determinar la internacionalidad del asunto y habilitar, entonces, la posibilidad de acordar voluntariamente el foro competente.

Asimismo, la cuestión deberá ser exclusivamente patrimonial de acuerdo al derecho argentino. Pero no procederá en los casos de jurisdicción exclusiva previstos en el art. 2609 del *CCCN* y los que pudieran disponer leyes especiales.

Adviértase finalmente que el acuerdo de elección de foro podrá realizarse a favor de jueces extranjeros pero también de árbitros que actúen en el extranjero. De esta manera, se prevé el arbitraje privado internacional. Sin embargo, lamentablemente, aún no contamos con normas que regulen detenidamente este importante tipo de arbitraje, sin perjuicio de diversos proyectos de reforma, entre los

[25] Por esta razón, el anterior Reglamento 44/01 y el vigente Reglamento 1215/12 son conocidos como "Reglamentos Bruselas I".

[26] Puede ampliarse en Suderow, *Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿flexibilidad versus previsibilidad?*, en "Cuadernos de Derecho Transnacional", mar. 2013, vol. 5, n° 1, ps. 184 a 198.

cuales destacan los que proponían adoptar la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional[27].

§ 16. Exclusividad del foro elegido

El art. 2606 del *CCCN* consagra el carácter exclusivo de la elección de foro: *"El juez elegido por las partes tiene competencia exclusiva, excepto que ellas decidan expresamente lo contrario"*.

Nuestros códigos derogados no contenían una norma semejante a la prevista en el art. 2606. El carácter exclusivo del foro elegido por las partes tampoco ha tenido amplia consagración en los tratados que la Argentina ha ratificado en la materia. En gran medida, el principio se deduce en materia de arbitraje del art. II.3 de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras: "El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable" (en vigor en la República Argentina desde 1989).

El art. 2606 dispone el carácter exclusivo de los acuerdos de elección de foro judicial, dejando a salvo la posibilidad de que las propias partes convengan lo contrario.

La disposición que comentamos ha sido receptada y desarrollada con más detalle por el Convenio del 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, elaborado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, aún no en vigor. Dicha convención define al "acuerdo exclusivo de elección de foro" como un acuerdo celebrado por dos o más partes que cumple con los requisitos establecidos por el ap. *c)*[28] y que designa, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, a los tribunales de un Estado contratante o a uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, excluyendo la competencia de cualquier otro tribunal.

Atribuir carácter exclusivo a los acuerdos de elección de foro implica que el tribunal designado por las partes será competente para conocer de un litigio al que se aplique dicho acuerdo, salvo que el acuerdo sea nulo según la ley de ese Estado. En ningún caso podrá declinar el ejercicio de su competencia fundándose en que el tribunal de otro Estado debería conocer del litigio.

[27] Los arts. 1649 a 1665 del *CCCN* regulan el llamado contrato de arbitraje.

[28] El literal c) dispone que estos acuerdos deben ser celebrados o documentados: i) por escrito; o ii) por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta.

Un tribunal distinto al elegido debe rechazar la demanda salvo circunstancias excepcionales, tales como que el acuerdo sea nulo en virtud de la ley del Estado donde se encuentra el tribunal elegido; una de las partes careciera de la capacidad para celebrar el acuerdo en virtud de la ley del tribunal al que se ha acudido; el acuerdo no pueda ser razonablemente ejecutado; el tribunal elegido haya resuelto no conocer del litigio, etcétera.

§ 17. Prórroga expresa o tácita

El art. 2607 del *CCCN* admite la prórroga expresa o tácita. En efecto, establece que: *"La prórroga de jurisdicción es operativa si surge de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden. Se admite también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria"*.

Los códigos derogados no contenían disposiciones específicas acerca de las modalidades y forma del acuerdo de elección de foro. Sin embargo, el art. 2° del *CPCCN* dispone que: *"La prórroga se operará si surgiere de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiesten explícitamente su decisión de someterse a la competencia del juez a quien acuden. Asimismo, para el actor, por el hecho de entablar la demanda; y respecto del demandado, cuando la contestare, dejare de hacerlo u opusiere excepciones previas sin articular la declinatoria"*.

El Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual del Mercosur (1994) indica que el acuerdo debe celebrarse en forma expresa, escrita y obtenerse de forma no abusiva (art. 4°) y admite la sumisión al foro, es decir, aquellos casos en los cuales el actor promueve acción y el demandado después de interpuesta ésta la admita voluntariamente, en forma positiva y no ficta.

En concordancia con el art. 2° del *CPCCN* y con el Protocolo de Buenos Aires del Mercosur, el art. 2607 del *CCCN* admite la prórroga expresa o tácita. La primera surge cuando las partes la celebran por escrito y la segunda, cuando el demandado se somete voluntariamente al foro una vez interpuesta la acción.

La innovación de la disposición que comentamos radica en aceptar el principio de equivalencia funcional respecto de la forma escrita del acuerdo de elección de foro. En efecto, admitir otros medios de comunicación que den una información accesible, incluyendo los electrónicos, es una tendencia de los días que corren.

Téngase presente al respecto la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005), vigente aún entre pocos países, cuya finalidad consiste en facilitar la utilización de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional ga-

rantizando que los contratos concertados electrónicamente y las comunicaciones intercambiadas por medios electrónicos tengan la misma validez y sean igualmente ejecutables que los contratos y las comunicaciones tradicionales sobre papel. En el art. 9°, inc. 2° dispone que: "Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta". En el mismo sentido, encontramos la Recomendación relativa a la interpretación del párr. 2) del art. II y del párr. 1) del art. VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (2006), que pretende flexibilizar la interpretación de "por escrito" exigida respecto al acuerdo arbitral.

§ 18. Jurisdicción general

El art. 2608 del *CCCN* establece el criterio general en materia de jurisdicción internacional directa: la competencia de los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. La norma expresa: *"Excepto disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado"*.

Las normas derogadas no contenían una regla general que consagrara el foro del domicilio o residencia habitual del demandado.

En cambio, los Tratados de Montevideo en su art. 56 contemplaban este foro con alcance general, así como la teoría del paralelismo o *forum causae* que permite atribuir jurisdicción internacional concurrente a los jueces del país cuyo derecho resulta aplicable al caso. Otros convenios internacionales, como el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual, el Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito en el marco del Mercosur o la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, contemplan el foro del domicilio del demandado junto con otros foros especiales alternativos, a elección del actor.

El art. 2608 consagra un criterio atributivo de jurisdicción clásico y de alcance general en materia de relaciones personales, como es el foro del lugar del domicilio o residencia habitual del demandado.

En efecto, es un foro general porque adopta como pauta o criterio para establecer la jurisdicción del juez un elemento que aparece presente en todos los supuestos.

En defensa de este criterio se ha dicho que "atribuir jurisdicción a los jueces del país en que el demandado tiene su domicilio garantiza, para éste, que podrá litigar en el país en que se supone que cuenta con los elementos para defenderse en juicio; desde otra óptica, generalmente el demandado contará con bienes en su domicilio, razón que le posibilitará al actor que, al incoar la demanda ante los jueces de tal lugar, la sentencia que se dicte —en el caso de resultarle favorable— pueda ser ejecutada en dicho país"[29].

Este foro general concurrirá con los foros especiales (dispuestos en el Capítulo 3, Parte Especial), que según la materia sólo atribuyen competencias para determinadas cuestiones en razón del objeto del litigio y su vinculación con el foro.

Afirmamos que estos foros son, por lo general, concurrentes pues el legislador admite la posibilidad de que tribunales extranjeros conozcan sobre el mismo. Es decir, un foro concurrente atribuye competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado, pero no impide que puedan conocer los tribunales de otros Estados en virtud de otros foros de competencia diversos, salvo cuando la propia ley reconoce casos de jurisdicción exclusiva (art. 2609, *CCCN*).

§ 19. Jurisdicción exclusiva

El art. 2609 del *CCCN* establece los supuestos de jurisdicción exclusiva de los jueces argentinos: *"Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas: a) En materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República. b) En materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino. c) En materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina"*.

Las disposiciones de fondo derogadas no contenían ninguna norma que estableciera los casos de jurisdicción exclusiva de los jueces argentinos. Sin perjuicio de ello, el art. 1° del *CPCCN* no permite el acuerdo de elección de foro en los casos de jurisdicción exclusiva. Tampoco resultaba factible la ejecución de una sentencia extranjera emanada de un juez foráneo en materia de acciones reales sobre bienes inmuebles situados en nuestro país (art. 517, inc. 1°, *CPCCN*).

Excepcionalmente, encontramos casos de jurisdicción exclusiva cuando, por la materia, el Estado no admite otra jurisdicción que la de sus propios órganos jurisdiccionales, y excluye en consecuencia la jurisdicción de cualquier otro Estado. El típico caso es el de las acciones reales sobre bienes inmuebles, en las que tienen competencia exclusiva los jueces del lugar de su situación. El art. 2609 del CCC además incluye otros dos supuestos: en materia de validez o nulidad de las inscripciones

[29] Ali, *Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna*, en "DeCITA", n° 4, 2005, ps. 422 a 444.

practicadas en un registro público argentino; y en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en la Argentina.

La norma habilita la posibilidad de que leyes especiales dispongan otros casos de jurisdicciones exclusivas. En tal sentido, el propio Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 2635 consagra la jurisdicción exclusiva de los jueces argentinos respecto de la declaración en situación de adoptabilidad, la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción en caso de niños con domicilio en la República.

Los foros exclusivos son excepcionales y de interpretación restrictiva; en consecuencia, los jueces argentinos no deberían asumir este tipo de jurisdicción si no existe una disposición que expresamente lo indique.

§ 20. El principio de igualdad de trato

El art. 2610 del *CCCN* establece el principio de igualdad de trato, según el cual: *"Los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina.*

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

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

Ni las normas del Código Civil ni del Código de Comercio derogados reconocían expresamente el principio de igualdad de trato procesal entre nacionales y extranjeros. Sin embargo, su consagración en el derecho argentino es consecuencia y expresión del art. 20 de la Carta Magna.

Los sistemas de derecho procesal comparado han contenido múltiples ejemplos de situaciones de discriminación hacia el litigante foráneo. Para cualquier persona, el simple hecho de tener que ir a litigar a un lugar alejado de su domicilio, más si se trata de otro país, supone, generalmente, un serio perjuicio. En cambio, en el lugar en el que reside cuenta con otras posibilidades: tiene o conoce algún abogado, la proximidad del tribunal facilita el acceso, disminuye los tiempos y los costos. Resulta más sencillo otorgar cautelas, reales o personales, convocar testigos, producir otras pruebas, etcétera. Sin embargo, muchos ordenamientos jurídicos, en otras épocas, contenían normas expresas que lo discriminaban, deventajas serias que hacían todavía más difícil la situación del litigante foráneo.

Fernández Arroyo nos ilustra con varios ejemplos: "Algunos sistemas procesales contenían normas fuertemente discriminatorias, desventajas de carácter muy severo. Por ejemplo, en materia probatoria, para imponerle al extranjero la carga,

o para atribuirle un resultado contrario a su interés en caso de imposibilidad o ausencia de prueba. Algunos sistemas jurídicos distinguen, aún hoy, para conceder o no la extradición, si se trata de un extranjero o un nacional del Estado al cual se le solicita la extradición. Inclusive ese tipo de norma se encuentra en algunos convenios internacionales (...) En algunos Estados la condición de que el demandado se domicilie en el extranjero es ya prueba suficiente del peligro de lesión o frustración del derecho, y habilita al actor a solicitar y obtener medidas cautelares. Quizás los ejemplos más conocidos y comentados de discriminación hacia el litigante foráneo sean el de la fianza de arraigo y el del costo que supone, desde todo punto de vista, la obligación de litigar fuera del propio país. No obstante, se trata de una institución en franco retroceso, que viene siendo descartada en las convenciones internacionales desde hace ya bastante tiempo, como en la Convención de La Haya sobre Procedimiento Civil de 1954 (art. 17)" [30].

Por su parte, el art. 2610 del *CCCN* se inspira en las disposiciones del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados parte del Mercosur, suscripto el 27 de junio de 1992. En especial, el art. 3° dispone que: "Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses (...) El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes" [31].

El principio de igualdad procesal asegura a las personas físicas, ciudadanos o residentes permanentes de un Estado extranjero actuante ante tribunales de otro, el libre acceso a la jurisdicción en nuestro país para la defensa de sus derechos en igualdad de condiciones con aquellas pertenecientes al foro. La igualdad de trato supone la exclusión de eventuales discriminaciones respecto a la capacidad procesal, el otorgamiento de los auxilios necesarios ante la carencia de recursos económicos en idénticas condiciones que se le conceden al litigante local, la exclusión de imponer al foráneo cauciones o depósitos para acceder a los tribunales.

Esta igualdad de trato procesal reconocida a las personas físicas es extendida también a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de conformidad a las leyes de un Estado extranjero.

[30] Vescovi, "Aspectos generales del sector del derecho procesal civil internacional", en *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, ps. 358 y 359.

[31] La equiparación del tratamiento de los litigantes extranjeros con los locales ha sido objeto posteriormente en el ámbito del Mercosur y Estados Asociados a través de sendos Acuerdos entre los Estados Parte y de los Estados del Mercosur con la República de Bolivia y la República de Chile sobre Justicia Gratuita y Asistencia Jurídica Gratuita, aprobados por el CMC por Decisiones 49/00 y 50/00 del 14 de diciembre de 2000.

§ 21. La cooperación jurisdiccional

El art. 2611 del *CCCN* establece un importante principio en materia de cooperación jurisdiccional: *"Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral"*.

En el ámbito del derecho civil y comercial de fuente interna, la República Argentina no había reconocido con anterioridad un deber general de cooperación internacional en cabeza de nuestros jueces.

Tal como nos recuerda Tellechea Bergman, tradicionalmente se ha recurrido para justificar la prestación del auxilio internacional a conceptos de reciprocidad, de conveniencia, de *comitas gentium* o cortesía internacional. Sin embargo, en la actualidad, "la base de la prestación de la cooperación radica en una práctica suficientemente asentada entre las naciones que concibe que la justicia, en tanto cometido esencial del Estado, no puede verse frustrada por fronteras nacionales que se erijan en obstáculos al desarrollo de procesos incoados más allá de las mismas" [32].

De acuerdo al art. 2611, el deber de cooperación en materia civil, comercial y laboral se erige en un principio que sólo podría denegarse en caso de ausencia de requisitos básicos exigibles para proceder a la cooperación solicitada o bien que la rogatoria afecte de manera grave y manifiesta algún principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

Adviértase que el art. 2611 se aplicará en defecto de disposiciones convencionales o bien con la finalidad de complementarlas. La República Argentina ha ratificado un número significativo de tratados internacionales en materia de cooperación jurisdiccional internacional, en general o en materias específicas. Entre ellos, destaca el Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, de 1992, vigente entre los Estados Parte del Mercosur, que en su art. 1° dispone: "Los Estados Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales".

Asimismo, cabe señalar que el art. 2611 del *CCCN*, referido a la cooperación internacional en los ámbitos civil, comercial y laboral, encuentra una disposición similar en materia penal en la ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal que en su art. 1° establece que: *"La República Argentina prestará a cualquier Estado que lo requiera la más amplia ayuda relacionada con la investigación, el juzgamiento y la punición de delitos que correspondan a la jurisdicción de aquél. Las autoridades que intervengan actuarán con la mayor diligencia para que la tramitación se cumpla con una prontitud que no desnaturalice la ayuda"*. Sin embargo, en el ámbito penal, el art. 3° del mismo cuerpo legal subordina la ayuda a la existencia u ofrecimiento de reciprocidad.

[32] Tellechea Bergman, *La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional*, 2002, ps. 221 y 222.

§ 22. Asistencia procesal internacional

La última disposición del Capítulo II del Título IV, el art. 2612, se aboca a la asistencia procesal internacional, en los siguientes términos: *"Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso.*

Se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida".

Las normas derogadas no contenían disposiciones acerca de la cooperación en materia de medidas de mero trámite y probatorias, ni respecto de las vías de comunicación entre los jueces argentinos y las autoridades extranjeras.

El art. 2612 alude a tres cuestiones diferentes aunque íntimamente vinculadas.

Por un lado, se refiere al primer nivel de cooperación, en el que se puede diferenciar el auxilio de mero trámite, citaciones, emplazamientos y notificaciones llevadas a cabo en nuestro país a ruego de los tribunales de otro, y por otra parte, la cooperación probatoria, para la recepción u obtención de pruebas, que implica una mayor complejidad, pues puede incluir un mayor grado de coerción como en el caso de la conducción compulsiva de un testigo renuente. Según dispone el artículo que comentamos, los jueces argentinos están obligados a dar cumplimiento a estas medidas solicitadas por autoridades extranjeras, con la única excepción de que se vea afectado el orden público internacional de la República Argentina. En igual sentido, encontramos el art. 8° del Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa: "El cumplimiento de los exhortos deberá ser diligenciado de oficio por la autoridad jurisdiccional competente del Estado requerido y sólo podrá denegarse cuando la medida solicitada, por su naturaleza, atente contra los principios de orden público del Estado requerido. Dicho cumplimiento no implicará un reconocimiento de la jurisdicción internacional del juez del cual emana".

Por otro lado, la disposición que analizamos alude al instrumento por excelencia para la transmisión de la cooperación jurisdiccional: el exhorto. En efecto, las "comisiones o cartas rogatorias", "suplicatorias" o "requisitorias", o el "exhorto", son todos términos sinónimos que se refieren al encargo o ruego que hace el órgano jurisdiccional de un Estado a sus pares de otro, para la realización de algún procedimiento o sustanciación al servicio de una actividad procesal tramitada o a tramitarse ante el requirente. Estas comunicaciones deben realizarse sin demora y tramitarse de oficio, de acuerdo a las leyes argentinas. El Protocolo de Las Leñas en su art. 12 se expide en similares términos: "La autoridad jurisdiccional encargada del cumplimiento de un exhorto aplicará su ley interna en lo que a los procedimientos se refiere (...) Sin embargo, podrá accederse, a solicitud de la autoridad requirente, a otorgar al exhorto una tramitación especial o aceptarse el cumplimiento de formalidades adicionales en la diligencia del exhorto, siempre que ello no sea incompatible con el orden público del Estado requerido (...) El cumplimiento del exhorto deberá llevarse a cabo sin demora".

Recordemos que existen distintas vías para la transmisión de los exhortos. Las más conocidas son los modos clásicos diplomático o consular, judicial y particular; y la comunicación vía autoridades centrales y aquella directa entre jueces de zonas fronterizas contiguas, tal como lo indican las Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, la Convención Interamericana de 1979 sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero y el Protocolo Adicional de 1979 a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, todas en vigor en la Argentina.

Por último, el art. 2612 se ocupa de habilitar las comunicaciones judiciales directas entre jueces argentinos y jueces extranjeros que así lo acepten, siempre que la situación lo amerite y que se resguarden las garantías del debido proceso.

§ 23. Temas no codificados por el CCCN en materia de jurisdicción internacional

Dentro del ámbito de la jurisdicción internacional y del llamado derecho procesal internacional, el *CCCN* ha omitido brindar disposiciones sobre algunos temas de importancia, por diversos motivos en cada caso, que mencionaremos a continuación. Sin pretender agotar las posibles omisiones, nos referiremos a tres cuestiones concretas: el llamado *forum non conveniens*, el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, y el arbitraje comercial internacional.

a) El «forum non conveniens»

La doctrina del *forum non conveniens*, propia del *common law*, con algunas variaciones entre los Estados, permite a los jueces declinar la jurisdicción en aquellos supuestos en que el demandado alega la existencia de un foro más conveniente.

En el *forum non conveniens* se parte de la base de que un tribunal tiene competencia internacional, pero declina su jurisdicción porque considera inconveniente e inapropiado conocer del asunto. El tribunal se declara incompetente y a la par declara que otro tribunal extranjero es el foro más apropiado o conveniente[33].

En efecto, no se trata de un supuesto de falta de jurisdicción sino de la decisión de no ejercerla fundada en criterios discrecionales que atienden a la existencia de otro foro más próximo, más razonable.

Según la Enciclopedia Max Planck, *«is a doctrine applied mostly in* common law *judicial systems. It allows courts that have jurisdiction over a case to stay or dismiss the case upon a determination that the case may be heard more appropriately in another court. The trial court is given substantial discretion in determining whether a more appropriate forum exists and if so, whether to stay or dismiss in favour of that other court».*

Esta doctrina surgió originalmente en las cortes escocesas y actualmente ha sido adoptada en varios países que siguen la tradición jurídica del *common law*, incluyendo los Estados Unidos de América, Reino Unido, Canadá y Australia, y por otro derecho que tiene sus raíces en el derecho continental, como el de Québec (art. 3135, Cód. Civil de 1994).

En los Estados Unidos de América al resolver el caso "Gulf Oil v. Gilbert", la Suprema Corte dejó en claro que "en el derecho de los Estados Unidos, una Corte competente no tiene siempre la obligación de resolver una controversia presentada ante ella"[34].

En ese mismo fallo quedaron asentados los principios sobre los que se basa la doctrina del *forum non conveniens:*

1. La discreción del tribunal para desestimar una demanda.
2. La deferencia al foro electo por el actor.
3. La consideración de intereses públicos (dificultades administrativas, el interés del público extranjero de que los asuntos locales se resuelvan localmente y el imponer la carga de actuar como jurado a personas que no tienen relación con la acción) y privados (acceso a la prueba; localización de testigos y facilidad en la ejecución de la sentencia).
4. La concurrencia de foros para evitar una denegación de justicia.

A nivel convencional, el instituto del *forum non conveniens* fue incorporado en el art. 8° del Convenio Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconoci-

[33] Hooft, *Jurisdicción Internacional: el "forum non conveniens"*, en *Microjuris*, MJD3015, 19/10/06; disponible en *ar.microjuris.com* (12/1/15).

[34] "Gulf Oil v. Gilbert", 330 US 501 (1947).

miento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños de 1996[35], en vigor desde el 1° de enero de 2002, actualmente entre 41 Estados Partes[36].

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en su Anteproyecto de Convenio sobre Competencia y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil del 30 de octubre de 1999[37], contempló nuevamente la figura del *forum non conveniens*. Permitía al juez competente que decline su competencia siempre que ésta no fuera exclusiva en virtud de un pacto de prórroga o de las competencias exclusivas declaradas en el mismo convenio. Era la parte interesada la que debía pedir la suspensión del procedimiento en el primer momento de la defensa y el juez estimaba si era más conveniente que el tribunal de otro Estado juzgara sobre el asunto. Enumeraba, asimismo, los criterios para declinar la jurisdicción, que no eran taxativos: la residencia habitual en otro Estado, la dificultad en la obtención de pruebas, los plazos de prescripción y la efectividad de la sentencia (art. 22)[38].

[35] Art. 8°: "1. Excepcionalmente, si la autoridad del Estado contratante competente según los arts. 5° ó 6°, considera que la autoridad de otro Estado contratante está en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, puede
- solicitara esta autoridad, directamente o con la colaboración de la Autoridad Central de este Estado, que acepte la competencia para adoptar las medidas de protección que estime necesarias, o
- suspender la decisión sobre el caso e invitar a las partes a presentar la demanda ante la autoridad de este otro Estado.

2. Los Estados contratantes cuya autoridad puede ser requerida en las condiciones previstas en el apartado precedente son:
   a) un Estado del que el niño posea la nacionalidad;
   b) un Estado en que estén situados bienes del niño;
   c) un Estado en el que se esté conociendo de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño o de anulación de su matrimonio;
   d) un Estado con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho.
3. Las autoridades interesadas pueden proceder a un intercambio de opiniones.
4. La autoridad requerida en las condiciones previstas en el apartado primero puede aceptar la competencia, en lugar de la autoridad competente según los arts. 5° ó 6°, si considera que ello responde al interés superior del niño" (disponible en *www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=70* —12/1/15—).

[36] La República Argentina no lo ha ratificado a la fecha.

[37] El texto completo está disponible en *www.hcch.net/upload/wop/jdgmpd11.pdf* (12/1/15).

[38] Art. 22: «*Exceptional circumstances for declining jurisdiction*
1. *In exceptional circumstances, when the jurisdiction of the court seised is not founded on an exclusive choice of court agreement valid under Article 4, or on Article 7, 8 or 12, the court may, on application by a party, suspend its proceedings if in that case it is clearly inappropriate for that court to exercise jurisdiction and if a court of another State has jurisdiction and is clearly more appropriate to resolve the dispute. Such application must be made no later than at the time of the first defence on the merits.*
2. *The court shall take into account, in particular*
   a) *any inconvenience to the parties in view of their habitual residence;*
   b) *the nature and location of the evidence, including documents and witnesses, and the procedures for obtaining such evidence;*
   c) *applicable limitation or prescription periods;*
   d) *the possibility of obtaining recognition and enforcement of any decision on the merits.*
3. *In deciding whether to suspend the proceedings, a court shall not discriminate on the basis of the nationality or habitual residence of the parties.*
4. *If the court decides to suspend its proceedings under paragraph 1, it may order the defendant to provide security sufficient to satisfy any decision of the other court on the merits. However, it shall make such an order if the other court has jurisdiction only under Article 17, unless the defendant establishes that sufficient assets exist in the State of that other court or in another State where the court's decision could be enforced.*
5. *When the court has suspended its proceedings under paragraph 1,*
   a) *it shall decline to exercise jurisdiction if the court of the other State exercises jurisdiction, or if the plaintiff does not bring the proceedings in that State within the time specified by the court, or*
   b) *it shall proceed with the case if the court of the other State decides not to exercise jurisdiction*».

Sobre la disposición proyectada, Nygh y Pocar expresaban que no debía ser confundida con la doctrina del *forum non conveniens* tal como opera en los países del *common law*, ya que el «*art. 22 is a provision whereby the forum may defer its jurisdiction in favour of that of a court of another State, but, with one exception, only if that other court actually assumes jurisdiction*»[39].

La doctrina de *forum non conveniens* forma parte de una distinción fundamental entre los sistemas de *common law* y de *civil law*. Este último, en búsqueda de la previsibilidad y la eficiencia, incorpora, en cambio, el instituto de la litispendencia cuando existe un juicio pendiente, entre las mismas partes y sobre una misma materia, como excepción procesal, para evitar el dictado de sentencias contradictorias.

Ahora bien, tal como nos advierte Hooft, es necesario que el tribunal esté seguro de que otro tribunal es competente y que aceptará entender en el caso, porque se corre el riesgo de una denegación de justicia. Y este riesgo "es grande porque ningún juez puede imponer a otro juez de otro Estado su jurisdicción, porque como funcionario público obedece (solamente) a sus propias leyes estatales que determinan su competencia judicial internacional directa"[40].

Por otro lado, como nos recuerda Fernández Arroyo, la doctrina del *forum non conveniens* ha adquirido una relevancia peculiar en los supuestos de algunos da-

[39] "Report of the Special Commission drawn up by Peter NYGH and Fausto POCAR", Document préliminaire n° 11 d'août 2000 à l'intention de la Dix-neuvième session de juin 2001, p. 93; disponible en *www.hcch.net/upload/wop/jdgmpd11.pdf* (12/1/15).

[40] Hooft, *Jurisdicción Internacional: el "forum non conveniens"*, en *Microjuris*, MJD3015, 19/10/06; disponible en *ar.microjuris.com* (12/1/15).

ños masivos sobre las personas y/o el medioambiente producidos por empresas norteamericanas en países latinoamericanos. En efecto, "los damnificados se encuentran con que cuando intentan accionar ante el juez competente del domicilio del demandado, éste suele declararse 'foro no conveniente' a solicitud de los abogados de las empresas, obligando a aquéllos a presentar las demandas ante los jueces del lugar de producción del daño (foro concurrente) y a cargar, en consecuencia, con los defectos y limitaciones que pueda tener allí la administración de justicia y a conformarse con una indemnización en principio mucho menor"[41].

En efecto, el *forum non conveniens* "ha recibido sus más enérgicas críticas como consecuencia del caso Bophal y las demandas entabladas contra Union Carbide y la saga de demandas presentadas por empleados de la industria del banano en los ya célebres casos seguidos contra Dow Chemicals y Shell en Alfaro y Delgado. Algunos Estados han modificado sus legislaciones nacionales para frenar su empleo en lo que se denomina legislaciones *anti forum non conveniens*. Las mismas, en general, frenan el acceso a la jurisdicción local cuando los actores han planteado sus acciones ante tribunales del domicilio del demandado y en la práctica implica evitar la concurrencia de foros y con ellos la aplicación de la doctrina por las cortes norteamericanas"[42].

Recientemente, el debate fue renovado en el caso "Chevron-Texaco", con motivo de la demanda ambiental más grande de Latinoamérica hasta la fecha[43].

En 1993, las comunidades afectadas presentaron la primera denuncia ante una Corte federal en Nueva York. El gobierno ecuatoriano intervino en el juicio alegando, en particular, que sólo él tenía autoridad para resolver litigios sobre tierras pertenecientes al dominio público en el Ecuador, y que los particulares no tenían derecho de acción en torno a estas tierras públicas. La opinión del gobierno ecuatoriano, reticente a la celebración del juicio en los Estados Unidos de América, fue un

[41] Fernández Arroyo, *Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana*, en *www.oas.org/dil/esp/293-326%20Diego%20Fern%C3%A1ndez%20A.%20def.BIS.pdf*, ps. 323 a 325 (15/1/15).

[42] Herz, *Chevron v. Ecuador o del "forum non conveniens" a la denegación internacional de justicia por un tratado bilateral de inversión*, en "Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje", vol. X, nº 2, 2010, ps. 49 y 50.

[43] El caso involucra alrededor de 30.000 indígenas y agricultores ecuatorianos y a la empresa estadounidense Chevron-Texaco, que explotó entre 1972 y 1992 los recursos petroleros de la región Oriente del Ecuador. La empresa presuntamente utilizó métodos de trabajo obsoletos o prohibidos en otros países en razón sus impactos adversos sobre el medio ambiente y la salud. Texaco ha sido acusada desde 1972 de haber vertido residuos tóxicos, así como más de 70 mil millones de galones de agua contaminada, en los ríos y arroyos. El suelo también fue contaminado y los pueblos indígenas y los agricultores, cuyos modos de vida dependen de estos recursos naturales (abastecimiento de agua, irrigación de las tierras agrícolas y pesca), se vieron afectados por dicha contaminación. Se registraron tasas especialmente altas de cáncer, leucemia, problemas respiratorios y digestivos, malformaciones congénitas, abortos involuntarios y otras enfermedades.

factor decisivo para el tribunal federal estadounidense que, sobre la base de la doctrina de reciprocidad internacional, declinó su competencia. No fue sino a partir del cambio de gobierno en Ecuador, que expresó su deseo de continuar con el juicio, que una Corte federal de los Estados Unidos de América finalmente aceptó conocer del caso en virtud del *Alien Tort Claims Act* (ATCA).

Mientras tanto, en 1999, el Parlamento ecuatoriano adoptó la Ley de Gestión Ambiental, que permite a los particulares demandar la reparación por los daños ambientales que afecten tierras de domino público. A lo largo del juicio, Chevron argumentó que, conforme a la doctrina del *forum non conveniens*, sólo los tribunales ecuatorianos son un foro apropiado para resolver esta disputa. En el 2002, una Corte de apelaciones de Nueva York decidió remitir el asunto a los tribunales ecuatorianos sobre la base de esta doctrina, bajo la condición de que Chevron se sometiera a la jurisdicción y resoluciones de los tribunales ecuatorianos.

En el 2003, las mismas víctimas presentaron una demanda colectiva contra Chevron ante el Tribunal Superior de Nueva Loja, en Ecuador, con fundamento en la nueva ley. Desde entonces, Chevron ha multiplicado las maniobras jurídicas para evadir la justicia en el Ecuador[44].

En febrero del 2011, el juez ecuatoriano emitió su resolución, condenando a Chevron a pagar 8,6 millones de dólares por daños, costos de limpieza e intereses, los cuales podrían aumentar hasta 18 millones si Chevron no se disculpaba públicamente. Chevron apeló la resolución, tildando al juicio de "ilegítimo". En enero de 2012, ya en segunda instancia, el tribunal ecuatoriano confirmó la sentencia[45].

[44] El 23 de septiembre de 2009, la empresa solicitó a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés) mediar en la disputa, al invocar la violación del tratado bilateral de inversiones entre la República del Ecuador y los Estados Unidos. En 2004, Chevron había acudido a otro foro de arbitraje internacional: la Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitration Association*) en Nueva York para solicitar su intervención. En el 2007, el litigio culminó en perjuicios de Chevron. Los abogados representantes del gobierno ecuatoriano denunciaron la práctica de *forum shopping*, a la que se prestó la empresa al acudir a diferentes instancias en búsqueda de un foro favorable. El 3 de diciembre de 2009, el gobierno de Ecuador presentó una promoción ante una Corte federal de Nueva York. En ésta, el gobierno denunció la conducta de Chevron, quien requirió a un tribunal de arbitraje internacional aún no constituido (CNUDMI) que ordenara al tribunal ecuatoriano declinar su competencia. Tal acción tendría como resultado la exclusión de las víctimas de la controversia, ya que a éstas no se les permitiría participar en este procedimiento arbitral. El gobierno ecuatoriano solicitó a la corte federal estadounidense suspender el procedimiento de arbitraje internacional y ordenar a Chevron, a través de una orden judicial, someterse permanentemente a la jurisdicción de los tribunales de este país. El 11 de marzo de 2010 la Corte estadounidense resolvió a favor de Chevron y autorizó el procedimiento arbitral. El juez, sin embargo, precisó que este procedimiento de arbitraje no debe afectar el procedimiento ante los tribunales ecuatorianos.

[45] Chevron retiró todos sus activos de Ecuador. En consecuencia, en mayo de 2012, la justicia de Ecuador inició la primera acción internacional del cobro de sentencia (en Ontario, Canadá). Un mes después, comenzó la segunda acción, en Brasil (donde Chevron tiene activos). El 7 de noviem-

En el derecho argentino, no existe ninguna norma legal vigente que consagre esta doctrina. Tampoco la ha admitido el nuevo *CCCN*.

Sin embargo, el Proyecto argentino de 1998/1999 lo incorporaba, en los siguientes términos: "Un tribunal argentino competente podrá, excepcionalmente y a petición de parte, declinar su competencia si estima que las autoridades de otro Estado son más adecuadas para resolver el litigio" (art. 6°)[46]. Proyectos de reforma posteriores optaron por no incorporar una norma semejante.

Por su parte, la doctrina se ha mostrado ambivalente en torno a su aceptación en el derecho argentino.

Boggiano expresa que: "Los jueces, al interpretar las normas de jurisdicción internacional, no ignoran cuestiones relativas a un foro extranjero más apropiado para decidir el caso. Parece oportuno recordar que nuestra Corte Suprema llegó incluso a usar la palabra foro conveniente en el caso 'Eberth Clemens c. Buque Paulo', consids. 5° y 6°. En primer lugar incumbe al demandado probar que el foro argentino, fundado en una norma de jurisdicción, es manifiestamente inapropiado frente a un foro extranjero natural o apropiado para proceder con el caso. Habrá que estudiar ante todo las circunstancias procesales del caso, la proximidad de las partes, de las pruebas, los gastos, las dificultades de comunicación, la probabilidad de auxilio procesal internacional, entre otras. También habrá que ponderar las legítimas expectativas del actor en obtener una ventaja jurídica ante el foro argentino. El actor deberá justificar esta expectativa, que no puede reducirse a un mero *forum shopping*. Estas ventajas y desventajas deben ser consideradas tanto procesal como sustancialmente (...) En este juicio sobre el foro más apropiado se espera que las partes muestren lealmente su juego, sus estrategias procesales y sustanciales. Es un riesgo. Pero de asumirlo o no puede depender que se reconozca como más apropiado un foro extranjero" [47].

Ciuro Caldani sostiene que "... por razones de justicia puede aplicarse la doctrina del *forum non conveniens* ya que el funcionamiento de la norma jurisdiccional exige el rechazo de la denegación de justicia y de la intervención de un foro no conveniente porque son, sobre todo, maneras de plantear carencias dikelógicas que al

bre de 2012, en Argentina, el juez civil Adrián Elcuj Miranda aceptó el pedido de los tribunales ecuatorianos para establecer un embargo preventivo por 19 mil millones de dólares sobre los bienes de la petrolera Chevron. La Cámara de Apelaciones en lo Civil confirmó el embargo en enero de 2013. Pero, en junio de ese año, la Corte Suprema revocó el embargo sobre las cuentas de la filial argentina de Chevron fundándose principalmente en que Chevron Argentina es una persona jurídica distinta de Chevron Corp. y por ende, no participó en el juicio en Ecuador.

[46] Sin embargo, el artículo transcripto fue eliminado del Proyecto argentino de 2000.

[47] Boggiano, *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, 2ª ed., 2000, ps. 174 y 175.

menos tienen referencia 'natural' aunque pueden poseer consagración positiva. El valor justicia exige que no se deniegue justicia y que no intervenga un foro no conveniente" [48].

Hooft, en cambio, considera que "solamente se podrá acudir a esta doctrina en casos realmente excepcionales, porque en principio 'declinar la jurisdicción' en contra de la ley que declara competente al juez del Estado, implica una 'denegación de justicia' y habilitará la revisión del fallo por la vía del recurso extraordinario federal del art. 14 de la ley 48 —la cuestión de la jurisdicción internacional es materia federal— (...) Y la carga de la prueba de que se está en un supuesto de 'foro no conveniente' pesará sobre quien la invoca, quien deberá convencer al tribunal, además, de por qué el otro tribunal (el extranjero) es el foro apropiado" [49].

b) Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos extranjeros

El carácter internacional de un número relevante de litigios genera con frecuencia la necesidad en última instancia de hacer reconocer o ejecutar una decisión judicial o arbitral en el extranjero.

Tal como recuerda Fernández Arroyo, la presentación de una decisión judicial en un Estado diferente a aquel en el que ha sido adoptada puede tener distintas finalidades. Desde probar la producción de determinado hecho o la celebración de determinado acto en un país extranjero, dentro de un proceso abierto en el Estado de destino, hasta el reconocimiento de su "efecto imperativo", cuyo alcance concreto depende del carácter de la sentencia, es decir, de si ésta es declarativa, constitutiva o de condena. En efecto, en general, los Estados son más exigentes para aceptar la eficacia de una sentencia extranjera que condena al pago de una suma de dinero, que para convalidar la eficacia de una sentencia de divorcio o de filiación[50].

Ahora bien, en la estructura federal del Estado argentino, las provincias se reservaron la atribución de dictar las normas procesales para sus respectivas jurisdicciones. De este modo, algunas de ellas han dictado normas sobre el reconocimiento de sentencias extranjeras (por ejemplo, arts. 983 y ss., *CPCC* de Córdoba; 421 y ss., *CPCC* de Tucumán; 269 y ss., *CPCC* de Santa Fe).

[48] Ciuro Caldani, *Una nueva concepción normológica de la ciencia del derecho internacional privado*, *ED*, 48-5 a 23.

[49] Hooft, *Jurisdicción internacional: el "forum non conveniens"*, en *Microjuris*, MJD3015, 19/10/06; disponible en: *ar.microjuris.com* (12/1/15).

[50] Fernández Arroyo - Vescovi, "Aspectos generales del reconocimiento", en *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 416 y siguientes.

Sin embargo, todos los intentos de legislar a escala nacional un cuerpo autónomo de DIPr han incluido un capítulo especial referido al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras, dado que cuestiones relativas al reconocimiento son de estricto carácter federal, siendo aplicables, por lo tanto, las normas del *CPCCN*, que regula el tema en los arts. 517 a 519 *bis*.

No obstante, el carácter eminentemente procesal ha hecho que el texto final del *CCCN* haya optado por omitir su tratamiento[51].

Las normas de derecho internacional privado de fuente interna así como las convenciones internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales extranjeros exigen requisitos de diversa índole.

Así, tanto el ordenamiento nacional como los tratados internacionales vigentes requieren entre otras condiciones para el reconocimiento o la ejecución de una decisión extranjera, que ésta no sea contraria al orden público internacional del Estado requerido.

Adicionalmente, exigen el requisito según el cual la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión debe haber sido debidamente citada y se debe haber garantizado el ejercicio de su derecho de defensa.

Por otra parte, tales normas solicitan una serie de condiciones externas o requisitos formales, como la presentación de documentación por escrito, legalizada y traducida.

Asimismo, las disposiciones pertinentes en materia de jurisdicción indirecta requieren que las decisiones judiciales o laudos arbitrales emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional.

El art. 517 del *CPCCN* dispone que: *"Las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurriesen los siguientes requisitos:*

1) *Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero.*

[51] Los profesores Dreyzin, Iñiguez, Najurieta y Uzal elaboraron un proyecto general que respondía a las exigencias doctrinarias de autonomía legislativa, en un cuerpo separado que integraba en su Capítulo III, al Reconocimiento y ejecución de sentencias y de laudos arbitrales extranjeros. (Cfr. Menicocci, *Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en "XXVI Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional", San Miguel de Tucumán, 2014, p. 23).

2) *Que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa.*
3) *Que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional.*
4) *Que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino.*
5) *Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino".*

El art. 518 establece que: *"La ejecución de la sentencia dictada por un tribunal extranjero se pedirá ante el juez de primera instancia que corresponda, acompañando su testimonio legalizado y traducido y de las actuaciones que acrediten que ha quedado ejecutoriada y que se han cumplido los demás requisitos, si no resultaren de la sentencia misma ...".*

Dicha solicitud podrá hacerse personalmente, por vía diplomática o por exhorto, sistema previsto en varias convenciones internacionales.

Para el trámite del exequátur son aplicables las normas de los incidentes y, para los casos en que se ordene la ejecución, se debe proceder "en la forma establecida para las sentencias pronunciadas por tribunales argentinos". Es decir, una vez que el juez de primera instancia autoriza la ejecución, la sentencia extranjera queda equiparada a una sentencia nacional. La decisión del juez de primera instancia, autorizando o denegando la ejecución, es recurrible.

Finalmente, según el art. 519 *bis* del *CPCCN*, dedicado específicamente a laudos de tribunales arbitrales extranjeros, *"los laudos pronunciados por tribunales arbitrales extranjeros podrán ser ejecutados por el procedimiento establecido en los artículos anteriores, siempre que: 1) Se cumplieren los recaudos del art. 517, en lo pertinente y, en su caso, la prórroga de jurisdicción hubiese sido admisible en los términos del art. 1°. 2) Las cuestiones que hayan constituido el objeto del compromiso no se encuentren excluidas del arbitraje conforme a lo establecido por el art. 737"*[52].

En la fuente convencional encontramos los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. El art. 5° del Tratado de Montevideo de 1889 de Derecho Procesal Internacional establece que: "Las sentencias y fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado, si reúnen los requisitos siguientes: *a*) Que la sentencia o fallo haya sido expedido por tribunal competente en la esfera internacional; *b*) Que tenga el carácter de ejecutoriado o

[52] La remisión al art. 737 del *CC*, hoy debe entenderse hecha al art. 1651 del *CCCN*.

pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha expedido; *c)* Que la parte contra quien se ha dictado haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país en donde se ha seguido el juicio; *d)* Que no se oponga a las leyes de orden público del país de su ejecución".

Y según el art. 6°, "los documentos indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias y fallos arbitrales son los siguientes: *a)* Copia íntegra de la sentencia o fallo arbitral; *b)* Copia de las piezas necesarias para acreditar que las partes han sido citadas; *c)* Copia auténtica del auto en que se declare que la sentencia o laudo tiene el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada, y de las leyes en que dicho auto se funda".

Los arts. 5° y 6° del Tratado de Montevideo de 1940 de Derecho Procesal Internacional reproducen casi textualmente a los del Tratado de 1889.

Rigen esta materia en el ámbito interamericano la Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I, Panamá, 1975) y la Convención sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (CIDIP II, Montevideo, 1979).

Según el art. 4° de la CIDIP II, "Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales".

Y el art. 5° establece que: "*1.* Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución: *a)* Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia; o *b)* Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación del arbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o *c)* Que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de las partes de sometimiento al procedimiento arbitral; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o *d)* Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje; o *e)* Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia. 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: a) Que, según la ley de este Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o *b)* Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público del mismo Estado".

Según el art. 1° de la CIDIP II sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, "las normas de la presente Convención se aplicarán en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscripta en Panamá el 30 de enero de 1975".

En el marco del Mercosur, el Capítulo V del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional de Las Leñas (1992) regula el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales pronunciados en las jurisdicciones de los Estados Partes en materia civil, comercial, laboral y administrativa y en relación con las sentencias en materia de reparación de daños y restitución de bienes pronunciadas en jurisdicción penal (art. 18).

El art. 20 enumera las condiciones que deben reunir las sentencias y laudos arbitrales para tener eficacia extraterritorial en los Estados Partes:

"*a)* Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden.

b) Que éstos y los documentos anexos que fueren necesarios, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución.

c) Que éstos emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional.

d) Que la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada y se haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa.

e) Que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada y/o ejecutoria en el Estado en el que fue dictada.

f) Que no contraríen manifiestamente los principios de orden público del Estado en el que se solicitare el reconocimiento y/o la ejecución.

Los requisitos de los incs. *a)*, *c)*, *d)*, *e)* y *f)* deben surgir del testimonio de la sentencia o laudo arbitral".

Según el art. 21, la parte que en un juicio invoque una sentencia o un laudo arbitral de alguno de los Estados Partes, deberá acompañar un testimonio de la sentencia o laudo arbitral con los requisitos del art. 20.

El art. 23, al igual que la CIDIP II, admite la eficacia parcial de las sentencias y laudos extranjeros.

Por su lado, el art. 23 de los Acuerdos de Arbitraje Comercial del Mercosur (1998) establece que para la ejecución del laudo o sentencia arbitral extranjeros se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975; el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del Mercosur, aprobado por Decisión del Consejo del Mercado Común 5/92, y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo de 1979. Por lo tanto, nos remitimos a lo expuesto sobre estas convenciones.

Finalmente, el art. IV de la Convención de Nueva York en Materia de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958) expresa que: "*1.* Para obtener el reconocimiento (...) la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda: *a)* El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. *b)* El original del acuerdo a que se refiere el art. II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad ...".

El art. V indica que: "*1.* Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el art. II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia.

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa.

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje.

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país".

Asimismo, cabe recordar que según el art. VII las disposiciones de esta Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

c) Arbitraje comercial internacional

Los contratantes, en cambio de prorrogar la jurisdicción a favor de tribunales judiciales, pueden optar por resolver sus controversias a través del arbitraje comercial internacional. Para ello, celebrarán una cláusula arbitral, cuya validez dependerá en última instancia de lo que dispongan los ordenamientos jurídicos nacionales, de fuente interna y convencional.

Tal como afirma Boggiano, "el desarrollo del arbitraje comercial internacional como método de solución de controversias es de una importancia indiscutible"[53].

Sin embargo, nuestro país no cuenta con una ley de arbitraje comercial internacional, pese a distintos proyectos de reforma que fueron presentados en el Congreso de la Nación, varios de ellos, como hemos dicho, basados en la Ley Modelo UNCITRAL/CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985, con enmiendas adoptadas en 2006[54].

[53] Boggiano, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ª ed., 2011, p. 631.

[54] La Ley Modelo está destinada a ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades

Respecto del panorama legislativo en nuestro país, prestigiosa doctrina ha dicho con acierto, que "la situación del arbitraje en la Argentina dista de ser ideal. Es de lamentar que nuestro país haya quedado completamente rezagado, casi al punto de poder ser calificado como 'el furgón de cola mundial' en la materia: con una legislación obsoleta, cuyos principios son los que inspiraron los códigos franceses de principios del siglo XIX, y una jurisprudencia cuya característica saliente es la impredecibilidad de sus decisiones, la Argentina está prácticamente al margen de toda esa evolución. Sea a causa de una legislación anticuada y deficiente, de su interpretación judicial o de la combinación de ambas, situaciones que son indiscutibles y sencillas de resolver en otras partes del mundo representan para nosotros espinosos problemas o requieren esfuerzos interpretativos descomunales"[55].

Contamos, en cambio, con la Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I, Panamá, 1975), los Acuerdos de Arbitraje Comercial del Mercosur (1998) y la Convención de Nueva York en Materia de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958).

En el ámbito del Derecho procesal interno, el Título I sobre juicio arbitral (arts. 736 a 765) y el Título II sobre juicio de amigables componedores —arbitraje de equidad— (arts. 766 a 772) del Libro Sexto (Proceso arbitral) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se ocupan del arbitraje doméstico.

Si bien las "Disposiciones de derecho internacional privado" del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no abordan el arbitraje privado internacional, el título correspondiente a los contratos en particular dedica el Capítulo 29 al "contrato de arbitraje", al que define como aquel a través del cual *"... las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público"* (art. 1649).

El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o

del arbitraje comercial internacional. Regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral.

El 7 de julio de 2006, la CNUDMI aprobó enmiendas del párr. 2º del art. 1º, del art. 7º y del párr. 2º del art. 35, el nuevo Capítulo IV A que sustituye al art. 17 y un nuevo art. 2A. La versión revisada del art. 7º tiene por objeto modernizar el requisito de la forma para los acuerdos arbitrales a fin de observar más estrictamente las prácticas contractuales internacionales. El Capítulo IV A establece un régimen jurídico más amplio relativo a las medidas provisionales en apoyo del arbitraje. Los textos y documentos e información complementarios pueden consultarse en *www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html* (15/2/14).

[55] Calvano, *La fenomenal evolución del arbitraje... en el resto del mundo*, ED, ejemplar del 17/5/13.

reglamento. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato (art. 1650).

Según lo dispuesto por el art. 1651 no son cuestiones arbitrables: *a*) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas; *b*) las cuestiones de familia; *c*) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; *d*) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; *e*) las derivadas de relaciones laborales.

Tampoco son aplicables estas normas a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.

El siguiente artículo establece las clases de arbitraje, incluyendo tanto el arbitraje de derecho como el de equidad. Si nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores, o si no se autoriza expresamente a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se debe entender que es de derecho. Asimismo, el art. 1657 reconoce el arbitraje institucional o administrado por asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean.

Los arts. 1653 y 1654 consagran en el derecho argentino dos principios ya clásicos del arbitraje: la autonomía o separabilidad de la cláusula o pacto de arbitraje *("El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones")* y la competencia de la competencia *("Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia")*.

El art. 1655 reconoce expresamente la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares, a pedido de cualquiera de las partes, que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Sin embargo, la ejecución de las medidas cautelares y, en su caso, de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial. Las partes también pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros.

El art. 1656 consagra la jurisdicción exclusiva de los árbitros, excluyente de la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aún conciente de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable.

Asimismo, sienta un principio de interpretación favorecedor del arbitraje: en caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

Los laudos arbitrales pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial.

El art. 1658 estipula una serie de cláusulas facultativas que las partes pueden convenir en el arbitraje: *"a) la sede del arbitraje; b) el idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento; c) el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado; d) el plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo. Si no se ha pactado el plazo, rige el que establezca el reglamento de la entidad administradora del arbitraje, y en su defecto, el que establezca el derecho de la sede; e) la confidencialidad del arbitraje; f) el modo en que se deben distribuir o soportar los costos del arbitraje"*.

Las disposiciones siguientes se ocupan de la designación de los árbitros (arts. 1659 y 1661), las calidades de los árbitros (art. 1660), las obligaciones de los árbitros (art. 1662), la recusación de los árbitros (art. 1663), la retribución de los árbitros (art. 1664), las causales de extinción de la competencia de los árbitros (art. 1665).

En líneas generales, las nuevas disposiciones sobre el llamado "contrato de arbitraje" se corresponden con las tendencias actuales en la materia.

Parte Segunda. Parte especial

1) domicilio
2) residencia habitual
3) simple residencia

Capítulo I

Las personas humanas

La Sección 1ª de la Parte Especial del *CCCN* se dedica a las *"Personas humanas"* consideradas en sí mismas. Los arts. 2613 a 2620 se ocupan de definir el domicilio y la residencia habitual de la persona física, el domicilio de las personas menores de edad y de otras personas incapaces, a los fines de la aplicación de las normas de DIPr; establecen el régimen internacional de la capacidad de la persona humana; el derecho aplicable al nombre; y la jurisdicción competente y la ley aplicable a la declaración de ausencia y presunción de fallecimiento.

§ 1. El domicilio y residencia habitual de la persona humana

El art. 2613 propone dos calificaciones autárquicas claves para el sistema de DIPr argentino, como son las definiciones de "domicilio" y "residencia habitual" de la persona humana. La disposición dispone que la persona humana tiene: *"a) su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él; b) su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado.*

La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia".

Afirmamos que estas definiciones son piezas muy significativas para nuestro sistema iusprivatista internacional porque desde, al menos, la entrada en vigor en 1871 del *CC* argentino de Vélez Sarsfield, nuestro ordenamiento jurídico se ha inclinado por el criterio del domicilio, como punto de conexión básico y principal en el ámbito de las relaciones personales, desechando la otra opción posible: la nacionalidad de las personas físicas.

Recordemos que quien propusiera el criterio de la nacionalidad fue Pasquale Mancini, en un contexto histórico muy peculiar, el de la unificación de Italia. En es-

ta inteligencia, por ejemplo, el Código de Napoleón, en el art. 3°, sometía a los franceses a la ley francesa.

Como bien señala Fernández Arroyo, la aplicación de la ley de la nacionalidad "acompaña" al nacional emigrante donde quiera que vaya; "Tiene por tanto mucho sentido y una comprensible explicación política y práctica que el criterio de la nacionalidad haya triunfado en los países de Europa continental (los países tributarios del *common law* han seguido tradicionalmente el criterio del domicilio, que se corresponde un poco más con lo que nosotros conocemos como domicilio de origen que con nuestra idea de domicilio a secas) en las codificaciones del siglo XIX y de buena parte del siglo XX, siendo como eran estos países, de emigración"[1].

Por el contrario, para los países de inmigración, como los del Río de la Plata y, en especial, el caso de la Argentina, el panorama era exactamente el opuesto: regir las relaciones personales por el derecho de la nacionalidad de las personas hubiera generado la aplicación del derecho extranjero en un número muy significativo de casos, debido a la alta proporción de población inmigrante en la región. La opción a favor del criterio domiciliario permitía la aplicación del Derecho del lugar, del país de acogida y la consolidación de una soberanía aún muy endeble de Estados recientemente independizados, que daban sus primeros pasos en la comunidad internacional.

Así fue como países como la Argentina, Paraguay y Uruguay optaron originariamente por el domicilio como criterio rector de la vida civil de las personas humanas; lo propio hizo Brasil desde 1942, y Venezuela, finalmente, en 1998 (Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998)[2].

Sin embargo, el Código Civil de Vélez Sarsfield no previó la calificación autárquica, es decir, la definición del punto de conexión clásico "domicilio" que él mismo eligió para regir las relaciones iusprivatistas internacionales de carácter personal.

En cambio, las fuentes convencionales más antiguas que forman parte del DIPr argentino contemplaban su definición. Destaca en este sentido el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940: "Art. 5°. En aquellos casos que no se encuentren especialmente previstos en el presente Tratado, el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, será

[1] Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, 2003, p. 505 y siguientes.

[2] El debate nacionalidad vs. domicilio fue arduo en el proceso de codificación del DIPr en América Latina. La opción por uno u otro criterio no era pacífica porque era una decisión de índole política con efectos prácticos, sociales y políticos relevantes. Esta circunstancia quedó reflejada en la solución de compromiso a la que arribaron las negociaciones del Código de Bustamante y Sirven (Código de Derecho Internacional Privado, firmado en la ciudad de La Habana en 1928). El art. 7° dispone que: "Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior".

determinado en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran: *1)* La residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él, *2)* A falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces; o la del cónyuge con quien haga vida común; o, a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva, *3)* El lugar del centro principal de sus negocios, *4)* En ausencia de todas estas circunstancias, se reputará como domicilio la simple residencia". El artículo siguiente completa el anterior indicando que ninguna persona puede carecer de domicilio ni tener dos o más domicilios a la vez.

Asimismo, la fuente convencional se ha ocupado de definir "residencia habitual". Ya es clásica la definición que nos brinda el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores de 1981: "A los efectos de este Convenio, se entiende por residencia habitual del menor el Estado donde tiene su centro de vida" (art. 3°).

Como anticipamos, el art. 2613 del *CCCN* introduce dos calificaciones autárquicas en el DIPr argentino de fuente interna, que tienen por finalidad definir dos conexiones que serán utilizadas en numerosas disposiciones de este Título: el domicilio y la residencia habitual de la persona humana.

Es interesante la apreciación que realiza Menicocci en tanto por "fines del derecho internacional privado" han de entenderse la determinación de la jurisdicción internacional en las acciones personales y el derecho aplicable a las materias sometidas a la ley domiciliaria. La aclaración es útil para evitar las definiciones de los arts. 73 a 78 del *CCCN*[3].

El artículo que analizamos define, como vimos, al domicilio como el lugar en el que la persona reside con la intención de establecerse en él, y a la segunda, como el lugar donde vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. Como se puede advertir, el concepto de domicilio comprende un elemento objetivo y otro subjetivo consistente en la voluntad, la intención de permanecer en ese Estado. En cambio, la residencia habitual es una noción más objetiva y de índole fáctica.

La residencia habitual se ha venido imponiendo en los últimos años. En efecto, a mediados del siglo pasado y hasta nuestros días, se advierte "el intento de superación de las relaciones de contraposición entre nacionalidad y domicilio mediante una conexión integradora de los países partidarios de ambas: se trata de la residencia habitual que ha sido la preferentemente acogida en su ingente obra codificadora por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (...) así co-

[3] Menicocci, *Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en "XXVI Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional", San Miguel de Tucumán, 2014, ps. 36 y 37.

mo por diversos legisladores estatales en las nuevas normas de derecho internacional Privado promulgadas en los últimos años" [4].

Prestigiosa doctrina ha sostenido que "si el domicilio traduce el concepto jurídico del asentamiento, la residencia habitual pretende despojar al arraigo de toda consideración legal y de psicología individual. Mientras el primero se ha ido confirmando como el instrumento mediante el que el sistema otorga transcendencia jurídica a una conducta por la que el sujeto manifiesta su intención de vincularse a un determinado medio socio-jurídico, la residencia, en cambio, se limita a atender a los hechos reales, es decir, al *domus colere efectivo*, sin fijarse en el *animus manendi* ni tratar de deducirlo a través de ficciones o presunciones legales" [5].

En suma, la residencia habitual debe ser entendida como una cuestión de hecho, de carácter sociológico, diferente a la noción de domicilio, de carácter normativo.

Proyectos anteriores habían contemplado calificaciones autárquicas que incluían la definición de estos dos puntos de conexión. En particular el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, que ha sido fuente de inspiración para los redactores del nuevo Código, contenía en su art. 6° una serie de definiciones y seguidamente se ocupada de brindar reglas generales en materia de calificaciones.

§ 2. El domicilio de las personas menores de edad

El art. 2614 del *CCCN* define el domicilio de las personas menores de edad. Señala que éste se encuentra *"... en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual.*

Sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente".

Las normas derogadas no contenían definiciones sobre el concepto del domicilio de las personas menores de edad. Sin embargo, las convenciones más importantes, principalmente en la órbita de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), han acogido la residencia habitual como conexión principal en materia de relaciones jurídicas que comprenden a menores de edad, considerándola como el centro de vida del niño, tanto para determinar la jurisdicción internacional como la ley aplicable.

[4] Rodríguez Benot, *El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en derecho internacional privado*, en "Cuadernos de Derecho Transnacional", mar. 2010, vol. 2, n° 1, ps. 186 a 202; disponible en *www.uc3m.es/cdt*, p. 188 (20/10/14).

[5] Espinar Vicente, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, 1994, ps. 24 y 25.

En consonancia con lo dispuesto por el art. 6°, inc. *d*) del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, el art. 2614 del *CCCN* identifica el domicilio del menor con el de quienes ejercen la responsabilidad parental, generalmente los padres del niño. Sólo para el caso en que ambos padres tengan su domicilio en diferentes Estados, se considera que el domicilio del menor es el lugar de su residencia habitual.

El segundo párrafo de la norma que analizamos se ocupa de aclarar una cuestión central en materia de restitución internacional de menores, cual es que los niños no adquieren un nuevo domicilio en el lugar donde se encuentran ilícitamente retenidos por uno de sus padres en violación de los derechos de custodia del otro progenitor. Las convenciones a las que alude el artículo son principalmente el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV, 1989). Tales tratados, en realidad, no se refieren al domicilio del menor, sino directamente a su residencia habitual. Volveremos sobre este punto cuando analicemos el art. 2642 del *CCCN* sobre restitución internacional de niños.

§ 3. El domicilio de otras personas incapaces

El art. 2615 del *CCCN* señala que: *"El domicilio de otras personas sujetas a curatela u otro instituto equivalente de protección es el lugar de su residencia habitual".*

Tampoco nuestro antiguo Código Civil se ocupó de calificar el domicilio de otras personas incapaces a los fines de aplicar las normas de derecho internacional privado argentino de fuente interna.

Sin embargo, el art. 7° del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 establece que el domicilio de las personas incapaces sujetas a patria potestad, a tutela o a curatela, es el de sus representantes legales; y el de éstos, el lugar de su representación.

El art. 2615 se ocupa de calificar el domicilio de otras personas incapaces, que no sean menores de edad, como aquellos sujetos a curatela y lo identifica con la residencia habitual, sin indagar en el elemento subjetivo o volitivo propio del criterio domiciliario. De esta manera, nuestra norma de fuente interna se diferencia de la fuente convencional anteriormente mencionada que lo asimila al domicilio de los representantes legales del incapaz.

§ 4. La capacidad de la persona humana

Llegamos a la norma fundamental de esta Sección. En efecto, el art. 2616 del *CCCN* determina que: "*La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio.*

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

En el derecho internacional privado, nos podemos encontrar con soluciones diversas en cuanto al criterio de regulación de la existencia, de la capacidad y del estado de las personas humanas. Y por otra parte, se puede observar que no todas las legislaciones adoptan un criterio abarcativo de tales instituciones.

En efecto, los criterios clásicos de regulación de la capacidad de las personas físicas básicamente pueden agruparse de la siguiente manera: el sistema de la ley personal, ya sea la ley del domicilio o la de la nacionalidad de la persona, el sistema de la ley del lugar de situación de los bienes objeto del acto[6], y el sistema de la ley del lugar de celebración del acto (teoría del *favor negotii* o del interés nacional).

Sin dudas, el primer sistema mencionado es el que ha recibido mayor acogida por las legislaciones de todo el mundo. Así, pues, mientras que el derecho continental europeo mayoritariamente adoptó el criterio de la ley de la nacionalidad, inspirados en el Código de Napoleón de 1804, y sustentado en la tesis de Pascuale E. Mancini, el derecho anglosajón y el escandinavo, así como gran parte de las legislaciones americanas, según hemos dicho, optaron por el domicilio, criterio que ya había sido utilizado por los estatutarios y que luego fue magníficamente defendido por Savigny[7].

El régimen internacional de la capacidad en nuestra legislación interna se encontraba fundamentalmente establecido en los arts. 6°[8] y 7°[9] del *CC* que la sujetaban a la ley del domicilio. Sin embargo, en dicho cuerpo normativo existían otras normas referentes al tema que nos ocupa: los arts. 9°, 948, 949, 3611, 3612 y 3286

6 Este sistema pese a que no cuenta en la actualidad prácticamente con seguidores, sin embargo, se encontraba consagrado en nuestro art. 10 del *CC* derogado en cuanto la célebre *lex rei sitae* regía todo lo relativo a los bienes inmuebles situados en el país, incluso la capacidad para adquirirlos.

7 Para un estudio pormenorizado de los criterios reguladores de la capacidad de las personas físicas, pueden consultarse Feldstein de Cárdenas, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 2000, p. 57 y siguientes.

8 El art. 6° del *CC* expresaba: "*La capacidad e incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados o bienes existentes en país extranjero*".

9 El art. 7° del *CC* indicaba: "*La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos o bienes existentes en la República*".

principalmente. Del análisis conjunto de estas disposiciones surgieron dudas y controversias interpretativas que dieron origen a diversas teorías[10]. No obstante, la doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritarias eran pacíficas al afirmar que tanto la capacidad como la incapacidad, sea de derecho o de hecho, se regían por la ley del domicilio[11]. Además, esta interpretación coincide con las normas convencionales vinculantes para nuestro país.

En efecto, los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 someten la capacidad de las personas físicas a la ley del domicilio (art. 1°). Tan sólo cabe destacar que el Tratado de 1940 consagra una norma más completa en tanto sujeta a dicha ley no sólo a la capacidad, sino también a la existencia y al estado de las personas humanas, disipando toda duda que hubiera podido suscitarse al respecto.

Por otro lado, nuestro antiguo Código Civil regulaba el llamado principio del mantenimiento o irrevocabilidad de la capacidad adquirida. Esto significa que cuando se produce un cambio de estatutos, debe estarse al régimen que conceda o mantenga la capacidad, tal como ya indicaba Froland, estatutario de la escuela francesa del siglo XVIII.

Los arts. 138 y 139 del *CC* en su texto sólo regulaban el caso de quien residiendo en el extranjero, muda su domicilio a la República Argentina. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia[12] han admitido su aplicación analógica a aquellos casos de traslados de la Argentina al extranjero.

10 Aludimos a las tesis literal o restringida, intermedia, y amplia, cosmopolita o universalista. La teoría literal o chauvinista reduce la aplicación de la ley del domicilio solamente a la capacidad e incapacidad de hecho y somete la capacidad e incapacidad de derecho a la ley territorial. Por el contrario, la tesis cosmopolita proclama que la capacidad e incapacidad de hecho y de derecho se rigen por la ley del domicilio con la salvedad que las incapacidades de derecho de la ley territorial prevalecen sobre la capacidad de hecho o derecho de la ley domiciliaria. Finalmente, la tesis intermedia sostiene que la capacidad de derecho asimilada en su tratamiento jurídico a la capacidad e incapacidad de hecho, está sometida a la ley del domicilio mientras que la incapacidad de derecho se rige por la ley territorial.

11 Cfr. Boggiano, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., 1991, t. I; Feldstein de Cárdenas, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 2000; Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., 2002; Kaller de Orchansky, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, 1994; Vico, *Curso de derecho internacional privado*, 2ª ed., 1935, t. 2, entre otros.

12 Son célebres en este tema los casos "Valle Inclán, María Beatriz" y "Berman, Evelina Geraldina Faustina". En el primer caso, María Beatriz Valle Inclán, hija del escritor español, siendo menor de edad, había sido enviada por su madre, viuda, durante la Guerra Civil Española, a diversos países, entre ellos a la Argentina. Es aquí donde cumple los veintidós años, resultando entonces mayor de edad en virtud del derecho argentino, pero aún menor según el derecho español, teniendo la madre su domicilio en España. La madre reclamó de las autoridades argentinas que obligasen a su hija a repatriarse, ya que ella se negaba a obedecer a la madre. La sentencia argentina considera a María Beatriz mayor de edad, y rechaza la petición de la madre (CNCiv., Sala II, 7/5/42, "Valle Inclan, María Beatriz", *LL*, 26-573; *JA*, 1942-II-789).

El art. 2616 ha mantenido el criterio regulador del domicilio en materia de capacidad de las personas de existencia visible o personas humanas. En los fundamentos del Anteproyecto se afirmó que "siguiendo la tradición de nuestro sistema, las normas relativas a la capacidad y al nombre de la persona humana han mantenido la conexión del 'domicilio' como centro de gravedad".

Aun cuando se haya omitido, entendemos que no existiendo ninguna norma especial, tanto el estado como la existencia (comienzo y fin) se rigen por el mismo criterio.

Asimismo, la norma que analizamos consagra el principio de mantenimiento o irrevocabilidad de la capacidad adquirida, de manera muy similar al texto del art. 2º de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940: el cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.

Para que opere este principio debemos interpretar que cuando el menor no traslada su domicilio juntamente con sus padres o representantes legales, sino que establece residencia estable en un país distinto al del domicilio de aquéllos, debe primar la concepción objetiva del domicilio, ya que, de lo contrario, el principio de la irrevocabilidad de la capacidad adquirida carecería de aplicación práctica. Es decir, se debe tener en consideración el elemento objetivo del domicilio, el *factum*, en definitiva, la residencia habitual.

En el caso "Berman", Evelina llegó a Tel Aviv (Israel) siendo mayor de dieciocho años de edad. Como deseaba casarse y sus padres no le otorgaban la correspondiente autorización, creía necesario regresar a Buenos Aires, donde la familia estaba domiciliada, a fin de solicitar ante el juez competente la venia judicial en el juicio de disenso. Pero como para regresar necesitaba un pasaporte argentino que el Consulado argentino no le quería extender por considerarla menor de edad, y carecía del consentimiento de sus padres, la señorita Berman, como primera medida, pidió al juez en Buenos Aires que autorizara al Consulado argentino en Tel Aviv a concederle un pasaporte, para que pudiera regresar a Buenos Aires y tramitar allí su venia. El juez de primera instancia hizo saber al PEN por oficio que el Consulado estaba autorizado a proveer a la señorita Berman, la documentación necesaria para que volviera al país. Contra la resolución se alzó el padre de Evelina. Entretanto, el asesor de menores de Cámara había formulado un nuevo planteamiento, sosteniendo que domiciliándose la hija en el Estado de Israel, donde se adquiere la mayoría de edad a los dieciocho años, corresponde la revocación del auto apelado y el archivo de las actuaciones. Así fue resuelto por la Sala C de la Cámara de Apelaciones en lo Civil el 30 de diciembre de 1957, aplicándose por analogía los arts. 138 y 139. El caso había sido declarado urgente, dado el estado de gravidez de la señorita Berman. La doctrina Berman fue tenida en cuenta por las "Normas de Aplicación del Reglamento Consular", dictadas en virtud del art. 342 del Reglamento de Cancillería, las cuales estatuyen que "cuando funcionarios consulares procedan a expedir, renovar o prorrogar pasaportes a menores de veintiún años, tendrán en cuenta los arts. 138 y 139 del CCA, respetando las leyes del domicilio que determinan los mismos" (CNCiv., Sala C, 30/12/57, "Berman, Evelina", *JA*, 1958-IV-27; *LL*, 91-439). La doctrina de estos fallos fue invocada en posteriores casos. Entre ellos, destaca CNCiv., Sala I, 31/8/04, "D., O. A. c. C., T. M. s/Cesación de cuota alimentaria", "Revista Derecho de Familia", nº 30, mar.-abr. 2005, p. 211, con comentario de Luciana B. Scotti.

En suma, tal como lo expresa con absoluta claridad Goldschmidt, cuando se produce un cambio de estatutos, debe aplicarse en todos los casos la ley más favorable a la mayoría de edad o emancipación[13].

§ 5. Supuestos de personas incapaces. Principio del «favor negotii»

El art. 2617 del *CCCN* se ocupa de un supuesto excepcional: *"La parte en un acto jurídico que sea incapaz según el derecho de su domicilio, no puede invocar esta incapacidad si ella era capaz según el derecho del Estado donde el acto ha sido celebrado, a menos que la otra parte haya conocido o debido conocer esta incapacidad.*

Esta regla no es aplicable, a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios".

El Código Civil derogado no contenía una norma similar a la dispuesta en el art. 2617 del *CCCN*.

Esta norma recepta la llamada doctrina o excepción del interés nacional, según la cual se sustituye la ley personal por la del lugar donde se ha celebrado un acto, generalmente un contrato, con el fin de salvaguardar la buena fe negocial o, en general, proteger la seguridad en el tráfico jurídico.

Menicocci señala que "el precepto es de naturaleza material y limita los alcances de la norma indirecta contenida en el art. 2616. No es una norma de excepción a la incapacidad domiciliaria sino una aplicación del principio *favor negotii*. Sin embargo, tampoco es la aplicación de este principio en su más amplia acepción, ya que el único derecho llamado a remediar la invalidez del acto jurídico nulo es la *lex loci celebrationis*, no participando del convite ni la *lex loci executionis* ni la *lex domicilii* de la parte capaz"[14].

El caso emblemático que consagra la teoría es "Lizardi", de la Corte de Casación francesa. A mediados del siglo XIX un mexicano de veintitrés años compra joyas en Francia y su tutor pretende la nulidad por ser menor conforme a la ley de su país, 25 años. Lizardi había pagado en efectivo 30.000 francos y el resto sería pagado con posterioridad, por lo que el joyero le hizo aceptar una cantidad de letras de cambio. Existían dos tipos de negocios jurídicos: el contrato de compraventa de joyas,

[13] Goldschmidt, *Derecho Internacional privado*, 9ª ed., 2002, p. 206 y ss.; idem, *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, 2ª ed., 1964, t. II, p. 139.

[14] Menicocci, *Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en "XXVI Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional", San Miguel de Tucumán, 2014, p. 39.

que era la relación principal y las letras de cambio; es decir, la obligación cambiaria vinculada a la relación subyacente o principal. Vencidas las letras de cambio, Lizardi se rehusó a pagarlas y el joyero lo demandó ante tribunales franceses. La Corte de Casación francesa da la razón al joyero por ser el comprador mayor conforme a la ley francesa, la del lugar de celebración del contrato, por contratar con el comprador confiado en la aparente capacidad, protegiéndose así la buena fe del que contrata con la debida diligencia y sobre la base de la salvaguarda de la seguridad en el tráfico jurídico. Pero con respecto a las letras de cambio, decidió que el joyero debía actuar con mayor diligencia, pues no era un oficio habitual de aquél recibir letras de cambio por la venta de sus joyas y, por ende, debía haber tomado todas las precauciones necesarias, tendientes a cerciorarse de si Lizardi era capaz o no y, en consecuencia, la Casación consideró que la reclamación del joyero en lo que respecta a las letras de cambio debía declararse improcedente.

Esta doctrina fue adoptada por el art. 11 del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE) y en la actualidad por el art. 13 del Reglamento (CE) 593/08 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ("Roma I"): "Incapacidad. En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país sólo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte".

En similar sentido, la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998 indica que la persona que es incapaz de acuerdo con las disposiciones anteriores actúa válidamente si la considera capaz el derecho que rija el contenido del acto (art. 18).

Por último, téngase presente que, según dispone el art. 2617, esta regla no es aplicable a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios.

§ 6. El nombre de la persona humana

El art. 2618 del *CCCN* se dedica al nombre de la persona humana en el derecho internacional privado, disponiendo que: *"El derecho aplicable al nombre es el del domicilio de la persona de quien se trata, al tiempo de su imposición. Su cambio se rige por el derecho del domicilio de la persona al momento de requerirlo"*.

El Código Civil derogado no contenía disposiciones de derecho internacional privado específicas en materia de nombre de la persona humana. Sin embargo, la doctrina era uniforme en cuanto a someterlo al lugar del domicilio de la propia persona.

En efecto, la doctrina ubica mayoritariamente el tema del nombre de la persona humana en el llamado "estatuto personal" aunque también se ha indicado que el régimen del nombre pertenecería en gran medida al derecho administrativo y al derecho administrativo internacional, lo que explicaría la carencia de normas indirectas expresas sobre el punto en muchos ordenamientos jurídicos, ya que en las señaladas ramas del derecho impera por regla general la territorialidad del derecho público local [15].

Asimismo, nuestra jurisprudencia ha señalado que "... como principio, en ausencia de normas de derecho internacional privado de fuente interna que se refieran específicamente al nombre (...), cabe extraerlos de las que se ocupan del estado y capacidad de las personas, en tanto la cuestión forma parte de lo que genéricamente ha dado en llamarse como 'estatuto personal', tomando en cuenta, de todos modos, las disposiciones de la ley 18.248 (...) Ha de hacerse mérito entonces, del Derecho internacional privado argentino, que en materia de estado y capacidad de las personas naturales o físicas declara aplicable el derecho domiciliario (cfr. art. 1° de ambos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1989 y 1940 y arts. 6° y 7°, *CC*)" [16].

Sin embargo, existen algunas discrepancias en cuanto al derecho aplicable al nombre, habida cuenta de la influencia de ciertas relaciones jurídicas subyacentes (patria potestad, adopción, matrimonio). No obstante, coincidimos con Ciuro Caldani, quien considera que la problemática del nombre es una cuestión autónoma de las relaciones con que éste se corresponde en abstracto y pertenece al ámbito del estado de las personas [17]. Así parece haberlo advertido nuestro legislador en el nuevo Código.

En lo que respecta a los cambios de apellidos y nombres o a la alteración de su ortografía, existe consenso en cuanto a su sometimiento a la ley que regula el estatuto personal.

De acuerdo a la norma que analizamos, entonces, se considera que el derecho al nombre, en tanto atributo de la personalidad, integra el estatuto personal, al igual que el estado y la capacidad de la persona humana.

En suma, el art. 2618 indica que se somete el nombre al derecho del lugar del domicilio de la persona al tiempo de su imposición, y que todo cambio queda bajo la órbita del domicilio, pero al tiempo de requerirlo.

[15] Ciuro Caldani, *El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el derecho internacional privado*, en "Revista del Colegio de Abogados de Rosario", n° 12, 2ª época, nov. 1977, p. 117 y siguientes.

[16] CNCiv., Sala I, 18/7/96, "Nicolasa Cabre", *JA*, 1997-III-472.

[17] Cfr. Ciuro Caldani, *El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el derecho internacional privado*, en "Revista del Colegio de Abogados de Rosario", n° 12, 2ª época, nov. 1977, p. 117 y siguientes.

§ 7. Ausencia y presunción de fallecimiento

Los arts. 2619 y 2620 del *CCCN* se ocupan de determinar los criterios atributivos de jurisdicción y las conexiones para determinar el derecho aplicable a la declaración de ausencia y presunción de fallecimiento, respectivamente.

En materia de jurisdicción, el art. 2619 dispone que: *"Para entender en la declaración de ausencia y en la presunción de fallecimiento es competente el juez del último domicilio conocido del ausente, o en su defecto, el de su última residencia habitual. Si éstos se desconocen, es competente el juez del lugar donde están situados los bienes del ausente con relación a éstos; el juez argentino puede asumir jurisdicción en caso de existir un interés legítimo en la República"*.

El art. 16 de la ley 14.394 disponía que era competente el juez del domicilio, o en su defecto, el de la última residencia del ausente. Si éste no los hubiere tenido en el país o no fuesen conocidos, lo era el del lugar en que existiesen bienes abandonados, o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontrasen en diversas jurisdicciones.

En efecto, en casos donde el litigio tenga relación con la existencia de bienes, la jurisdicción del patrimonio se revela idónea. Un buen ejemplo es esta disposición: el sujeto ausente deja relaciones jurídicas que se relacionan con varios Estados, pero como no es encontrado la ley fija como jurisdicción la del lugar de situación de los bienes[18].

El art. 2619 del *CCCN* es muy similar a la norma derogada, es decir, establece la jurisdicción del juez del último domicilio conocido del ausente, o en su defecto, el del lugar de su última residencia habitual para declarar la ausencia y la presunción de fallecimiento. En caso de que ambos sean desconocidos, se acepta el llamado foro del patrimonio. Sin embargo, la nueva norma aclara que la competencia de los jueces del lugar donde existan bienes del ausente se limita a ellos, y además agrega la facultad excepcional del juez argentino de asumir jurisdicción en caso de encontrarse presente un interés legítimo en la República Argentina.

Respecto al derecho aplicable, el art. 2620 del *CCCN* dispone que: *"La declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento se rigen por el derecho del último domicilio conocido de la persona desaparecida o, en su defecto, por el derecho de su última residencia habitual. Las demás relaciones jurídicas del ausente siguen regulándose por el derecho que las regía anteriormente.*

Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes inmuebles y muebles registrables del ausente se determinan por el derecho del lugar de situación o registro de esos bienes".

[18] Oyarzábal, *Ausencia y presunción de fallecimiento en el derecho internacional privado*, 2003, p. 28.

Si bien nuestra legislación derogada contemplaba una norma atributiva de jurisdicción internacional, omitió determinar la ley aplicable para los casos de declaración de ausencia y presunción de fallecimiento.

La nueva normativa (art. 2620, *CCCN*), en materia de ley aplicable a la declaración de ausencia y presunción de fallecimiento, admite conexiones subsidiarias, siendo la principal la ley del lugar del último domicilio conocido del ausente, y la secundaria, que sólo operará en defecto de la primera, la ley del lugar de su última residencia habitual.

Asimismo, la disposición que comentamos aclara que las demás relaciones jurídicas del ausente quedan sometidas a las respectivas leyes que las regían con anterioridad a la declaración.

Por último, en relación a los bienes inmuebles, los efectos de la declaración de ausencia se rigen por la ley del lugar de su situación, y los bienes registrables, por la ley del registro, criterios que rigen ambos tipos de bienes según los arts. 2667 y 2668 del *CCCN*.

Esta disposición coincide en términos generales con lo establecido en art. 10 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y por el art. 12 del Tratado revisado en 1940: "Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes del ausente se determinan por la ley del lugar en donde esos bienes se hallan situados. Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía".

Capítulo II

El matrimonio internacional

El derecho en general y el derecho internacional privado en especial se han dedicado tradicionalmente a regular exclusivamente una de las formas de constituir una familia: el matrimonio. En efecto, ésa era la situación en nuestra fuente interna y lo sigue siendo en la convencional, es decir, en los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional.

Por su parte, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos también se han ocupado especialmente de consagrar el derecho a contraer matrimonio: según el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, *"Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio ..."*. El art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se manifiesta en términos similares, así como el art. 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 5°.*d*), IV de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, del 7 marzo 1966 y el art. 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del 18 diciembre 1979.

Sin embargo, la concepción del matrimonio difiere de cultura en cultura, de región en región y aun de país en país.

Definir qué entendemos por "matrimonio" en nuestros días es casi una misión imposible. Años atrás, la institución matrimonial en Occidente se caracterizaba por constituir una unión indisoluble entre hombre y mujer, revestida de ciertas solemnidades, ya sea ante una autoridad civil o religiosa.

En cambio, hoy por hoy, la calificación de matrimonio depende de los alcances que le dé cada legislación nacional.

De hecho, el derecho matrimonial ha sido objeto de modificación recientemente en muchos países. Tal es el caso de la República Argentina, mediante la ley 26.618, que modificó el entonces Código Civil y permitió desde ese momento a las

personas del mismo sexo contraer matrimonio[1], convirtiéndose así en el primer país de América Latina en reconocer el matrimonio homosexual o igualitario. Otras legislaciones, en cambio, lo han prohibido expresamente, principalmente en muchos países de África, varios de Asia y del Caribe[2].

Las diferencias en el concepto de "matrimonio" son muy agudas de un país a otro, aun cuando pertenezcan a la cultura occidental: algunos países lo configuran como una institución indisoluble, otros como una institución disoluble; algunos Estados lo limitan a la unión heterosexual, mientras que otros permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Por su parte, en los países musulmanes, el matrimonio *(nikah)* es un contrato puramente consensual mediante el cual un hombre se compromete a darle una dote a una mujer y a procurar su manutención, a la par que la mujer se compromete a mantener relaciones íntimas con el hombre. En efecto, el matrimonio coránico o *nikah* se puede definir como "un contrato de derecho privado por el que un hombre recibe el derecho exclusivo sobre una o más mujeres simultáneamente, con carácter de permanencia, mediante la entrega de una cantidad convenida"[3].

Sabido es que el derecho musulmán acepta la poligamia[3], fundado en el propio Corán: "Casaos con las mujeres que os gusten, dos, tres o cuatro. Si teméis no ser equitativos, casaos con una, o con lo que poseen vuestras diestras, las esclavas. Eso es lo más indicado para que no apartéis de la justicia" (4.3). Es decir, que el hombre para esposar a varias mujeres tiene que comprometerse a mantener económicamente a todas ellas para ser justo. Si se supera el límite de las cuatro esposas simultáneas, se estiman nulas todas las demás uniones maritales que lo excedan.

Se trata de un derecho reconocido solamente al hombre, dado que si la mujer se casara con más de un hombre, cometería adulterio e, incluso, sería objeto de lapidación, en algunos países[4].

[1] Además de la Argentina, cuentan con legislación sobre matrimonio igualitario, entre los principales: Holanda, Bélgica, España, Canadá, Portugal, Sudáfrica, Dinamarca, Luxemburgo, Noruega, Suecia, Islandia, Francia, Reino Unido, Nueva Zelandia, Uruguay, en algunos Estados de Estados Unidos y de México. Además por vía judicial se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo en Brasil y en varios estados de los Estados Unidos.

[2] Algunos países de América aún penalizan la homosexualidad: Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Trinidad y Tobago.

[3] En Occidente, nos encontramos con supuestos de aceptación de la práctica de la poligamia: la Iglesia de los Santos de los Últimos Días (Mormona) en Estados Unidos, y en algunos pueblos originarios de América latina, como el pueblo Wayú, en Colombia.

[4] Actualmente la permisión de la poligamia se ha restringido paulatinamente en las legislaciones civiles modernas de los Estados islámicos, llegándose incluso en algunas de estas leyes a establecer su prohibición, como en Túnez.

Observamos que los distintos derechos y deberes personales y patrimoniales atribuidos a los cónyuges en el derecho musulmán no se compadecen con los tratados de derechos humanos, con jerarquía constitucional, mencionados, que consagran expresamente la igualdad entre hombre y mujer.

En suma, tal como afirma Fernández Arroyo: "El DIPr matrimonial aparece por lo general fuertemente impactado por las concepciones del derecho material del foro, que en estas materias difieren más que en cualquier otra esfera jurídica. Las normas relativas a la organización y protección de la familia, la celebración del matrimonio, las condiciones de su validez, nulidad y la disolución del matrimonio están tan estrechamente relacionadas con la moralidad, la religión y los principios fundamentales de vida que prevalecen en un país dado, que su aplicación se considera a menudo de orden público (...) Las contradicciones normativas comunes en el DIPr suelen señalarse con mayor intensidad en esta materia, dado que muchas veces no se trata sólo de contradicciones normativas, sino de 'conflictos de civilizaciones' en torno a la noción de la familia y del matrimonio. De esta manera sucederá que el mismo matrimonio sea considerado válido en un país y nulo o anulable en otro, o que el divorcio decretado en un país no sea reconocido en otro. Por tanto, también van a variar los efectos extraterritoriales de uno y otro"[5].

La situación descripta y sus particularidades han llevado a que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación se haya ocupado en numerosas oportunidades del matrimonio internacional y, sobre todo, del divorcio. Tales pronunciamientos abordan un tema central que supo generar un arduo debate en la doctrina y jurisprudencia locales: la validez de un segundo matrimonio celebrado en el extranjero y sus efectos en la Argentina, preexistiendo un matrimonio celebrado en nuestro país, no disuelto por la imposibilidad legal de obtener el divorcio vincular ante nuestros propios jueces.

El Título IV sobre "Disposiciones de derecho internacional privado" no podía soslayar la regulación de esta figura jurídica emblemática. En efecto, la Sección 2ª del Capítulo III contiene una serie de disposiciones referidas al régimen internacional del matrimonio. Los arts. 2621 a 2626 determinan la jurisdicción competente así como la ley aplicable respecto a la validez del matrimonio, la prueba, el caso del matrimonio celebrado a distancia, los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, y la disolución del vínculo conyugal.

Cabe señalar que a la hora de aplicar las disposiciones de DIPr matrimonial, debemos tener en cuenta la máxima del art. 402 del CCCN: *"INTERPRETACION Y APLICACION DE LAS NORMAS. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los*

[5] Pallarés, "Matrimonio y uniones no matrimoniales", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, ps. 696 y 697.

integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo".

§ 8. Jurisdicción

El art. 2621 del *CCCN* establece que: *"Las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio, así como las referentes a los efectos del matrimonio, deben interponerse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado.*

Se entiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges".

En materia de jurisdicción competente, el art. 227 del CC reformado por la ley 23.515, disponía que *"las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado"*. Como podemos advertir, la norma no se ocupaba de la jurisdicción matrimonial en general, sino solamente en referencia a la separación, el divorcio y la nulidad. Además, ésta era una regla para definir la competencia a nivel interno, que se aplicaba analógicamente a la jurisdicción internacional.

Cabe recordar que la Corte Suprema definió "lugar de domicilio conyugal", a los fines de determinar la competencia de los jueces argentinos en materia de separación personal y divorcio, como el último lugar de efectiva convivencia indiscutida de los cónyuges, sin que importe a los fines de su competencia la calificación de su separación y, menos aún, la oportunidad en que sobrevino a ella el quebrantamiento definitivo de la armonía conyugal[6].

En el caso "Jobke c. Neidig", la Corte determinó las conexiones jurisdiccionales concurrentes en supuestos de no encontrarse en la Argentina el último lugar de efectiva convivencia indiscutida de los cónyuges. Tales conexiones concurrentes son: el último lugar de efectiva convivencia de los cónyuges en el extranjero, el domicilio del demandado al momento de ser entablada la demanda, el domicilio de los dos cónyuges separados y, a falta de certeza sobre el domicilio del demandado o de las partes, el lugar de sus residencias.

También, por la vía pretoriana, tal como mencionamos al analizar el art. 2602 del *CCCN*, el foro de necesidad fue introducido precisamente a través del fallo de la Corte en autos "Emilia Cavura de Vlasov c. Alejandro Vlasov". En efecto, tal como

[6] CSJN, 25/3/60, "Cavura de Vlasov, E. c. Vlasov, A. s/Divorcio y separación de bienes", *CSJN-Fallos*, 246:87; *JA*, 1960-III-216, con nota de Carlos A. Lazcano; *LL*, 98-287; idem, 9/5/75, "Jobke, Alfredo J. c. Neidig, Carlos A.", *ED*, 62-287, con comentario de Werner Goldschmidt; *LL*, 1975-D-328, con nota de Augusto C. Belluscio.

comentamos, la Corte Suprema abrió la jurisdicción argentina y consideró competentes a los tribunales del país ya que, si no lo hacía, se colocaba a la actora en una situación de indefensión ya que corría peligro de no encontrar un tribunal en el mundo ante el cual incoar la demanda, en virtud de que el demandado tenía domicilio nómade. La intervención de los jueces argentinos se fundamentó en la necesidad de controlar la garantía de defensa en juicio comprometida y por tanto, impedir una probable denegación internacional de justicia, inaceptable a la luz del derecho internacional.

Las reglas de jurisdicción internacional están establecidas en los arts. 62 y 59 de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 respectivamente, que disponen que los juicios sobre nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y, en general, sobre todas las cuestiones que afecten las relaciones de los esposos, se iniciarán ante los jueces del domicilio matrimonial.

El Tratado de 1889 dispone en el art. 8° que si el matrimonio carece de domicilio, se califica de domicilio conyugal el del marido. La aplicación de esta norma deberá ser contrastada con las recogidas en tratados internacionales que han reconocido la equiparación de los cónyuges, sobre la base del principio fundamental de igualdad. En el Tratado de 1940, en cambio, encontramos otra definición de domicilio conyugal, de acuerdo a la cual aquél radica en el lugar donde los cónyuges viven de consuno, de común acuerdo. En defecto de esta convivencia localizada, hay que recurrir al domicilio del marido (art. 8°). La mujer casada conserva el domicilio conyugal, salvo la prueba de que haya constituido un nuevo domicilio en otro país (art. 9°).

Cabe señalar que el art. 56 en ambos tratados reconoce también la jurisdicción de los jueces del lugar del domicilio del demandando para las acciones personales.

El art. 2621 del *CCCN* establece para toda controversia que se suscite en el ámbito del derecho matrimonial (validez, nulidad, efectos personales y patrimoniales, disolución) la competencia concurrente de dos foros que considera razonables: los jueces del lugar del domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado —jurisdicción general, cfr. art. 2608 del *CCCN*— y los jueces del lugar del domicilio conyugal —jurisdicción especial—, siempre a elección de la parte actora.

Asimismo, define el domicilio conyugal efectivo como el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges, tal como lo había reafirmado en diversas ocasiones la jurisprudencia nacional, en especial, como vimos, nuestra Corte Suprema.

El precepto analizado se corresponde con la regla de competencia del alcance interno consagrada en el art. 717 del *CCCN*: *"PROCESOS DE DIVORCIO Y NULIDAD DEL MATRIMONIO. En las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta ...".*

§ 9. Validez del matrimonio. Derecho aplicable

El art. 2622 del CCCN determina: *"Derecho aplicable. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez se rigen por el derecho del lugar de la celebración, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen.*

No se reconoce ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si media alguno de los impedimentos previstos en los arts. 575, párr. 2°, y 403, incs. a), b), c), d) y e).

El Derecho del lugar de celebración rige la prueba de la existencia del matrimonio".

a) Evolución legislativa y jurisprudencial

El art. 2° de la ley 2393 prescribía: "La validez del matrimonio, no habiendo ninguno de los impedimentos establecidos en los incs. 1°, 2°, 3°, 5° y 6° del art. 9°, será juzgada en la República por la ley del lugar en que se haya celebrado, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen".

Se trata de una norma indirecta que establecía como punto de conexión el lugar de celebración del matrimonio para juzgar sobre su validez. El último párrafo contemplaba el denominado "fraude inocuo" que consiste en que los contrayentes abandonen su domicilio actual para celebrar el matrimonio en otro país donde rige un derecho diferente, que ellos prefieren. Se anhelaba con ello obtener matrimonios válidos y no claudicantes.

Con respecto al impedimento dirimente de ligamen cabe decir que, para la ley 2393, la unión nupcial sólo se disolvía por la muerte de alguno de los esposos (art. 81); la ley 14.394 agregó la ausencia con presunción de fallecimiento (art. 31). Entonces, un matrimonio celebrado en la Argentina que intentase ser disuelto en otro país violaría el orden público internacional y dicha disolución no sería aceptada en nuestro país. Como así también el matrimonio extranjero que podía disolverse por la ley del lugar de origen, no podría haberlo hecho en la República sino de acuerdo con las disposiciones legales argentinas (art. 82).

El art. 159 del CC, reformado por ley 23.515, sometía las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio al Derecho del lugar de celebración y consagraba también el llamado "fraude inocuo".

Por otra parte, el art. 160 del CC contenía una diferenciación entre impedimentos de orden público interno, los cuales no afectan el matrimonio celebrado en el extranjero, y los impedimentos de orden público internacional: consanguinidad, afinidad, ligamen y crimen (incs. 1°, 2°, 3°, 4°, 6° y 7° del art. 166). Por ende, éstos importan al orden público del derecho internacional privado y su existencia le restará reconocimiento al matrimonio contraído en el extranjero que intente hacerse valer en la República.

El art. 161 del CC sometía en su primer párrafo la prueba del matrimonio a la ley del lugar de su celebración.

En relación al impedimento de ligamen, antes de la sanción de la ley de divorcio vincular en la República Argentina, la doctrina y la jurisprudencia locales debatieron en torno a los alcances de dicho impedimento cuando el segundo matrimonio se había celebrado en el extranjero conforme a una ley que le reconocía plena validez formal y sustancial.

En particular, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha tratado numerosos casos donde se discutía la validez y los efectos en la Argentina de un matrimonio celebrado en el extranjero con impedimento de ligamen[7], especialmente cuando se ha presentado como cuestión previa a los efectos de resolver sobre la procedencia de un juicio de alimentos, de la legitimación activa para promover juicio sucesorio, o en juicios donde se discutía la legitimación a los fines de percibir beneficios previsionales.

Por consiguiente, la doctrina y la jurisprudencia se han dividido en diferentes posiciones:

a) Algunos autores consideraron nulo el segundo matrimonio celebrado en el extranjero. En virtud de la teoría de la especialidad en materia de nulidades matrimoniales, los legitimados para intentar la acción de nulidad son los mencionados taxativamente en el Código Civil; a falta de ellos el matrimonio es inatacable, pues ha quedado consolidado y debe reputarse válido. La Suprema Corte de Buenos Aires el 25 de agosto de 1987 en los autos "B. N. A. c. Pcia. de Buenos Aires" revocó la resolución del Instituto de Previsión Social y el decreto del Poder Ejecutivo, los cuales denegaban el otorgamiento del beneficio previsional en razón de que el matrimonio de la actora con el causante se habría realizado en fraude a la ley argentina por existir impedimento de ligamen. La Suprema Corte concedió el beneficio previsional, ya

[7] Al respecto es necesario hacer una aclaración previa. La jurisprudencia civil suele utilizar la expresión matrimonio "celebrado en fraude a la ley argentina", de manera equívoca, tal como lo destaca Kaller de Orchansky. En realidad cuando los internacionalistas mencionan a los matrimonios celebrados en fraude a la ley argentina aluden a los matrimonios celebrados en el extranjero en virtud de la autorización que otorga el art. 159 del CC por ley 23.515 (similar al último párrafo del art. 2° de la ley 2393). Estos matrimonios son válidos conforme a la ley del lugar de celebración. La evasión que implica haber mudado de domicilio es lícita y el fraude, inocuo. La jurisprudencia civil en cambio cuando emplea la expresión mencionada hace referencia al matrimonio celebrado en el extranjero por personas domiciliadas en la República Argentina, cuando existía impedimento de ligamen en razón de la existencia de un matrimonio anterior celebrado en la misma (cfr. Kaller de Orchansky, *La doctrina reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los matrimonios celebrados en el extranjero en fraude a la ley argentina*, LL, 140-1116).

que adscribió a la doctrina de la especialidad, y por ello un matrimonio no es nulo sin sentencia que lo anule en proceso promovido por parte legitimada (art. 239 actual), lo cual no se ha dado en este caso. El tribunal entendió aplicable esta doctrina al régimen establecido por la ley 23.515[8].

b) Otros autores admitieron la aplicación subsidiaria de las normas del Código Civil sobre nulidades de los actos jurídicos. En consecuencia, si la nulidad es absoluta y manifiesta, debe ser decretada de oficio.

c) Una tercera posición adhirió a la tesis del matrimonio inexistente. Llambías sostuvo que la inexistencia estaría dada por la falta de consentimiento matrimonial. Para Borda y Bidart Campos la falla residiría en la falta de forma, ya que el consentimiento no fue expresado ante el oficial público competente para ello. Para Molinario, en cambio, la sanción de inexistencia es consecuencia de la violación al orden interno argentino y al sistema de derecho internacional privado argentino.

d) Por último, nos encontramos con la tesis de la carencia de efectos extraterritoriales por violación al orden público internacional. Tal fue la doctrina sentada en el *leading case* "Rosas de Egea c. Instituto de Previsión Social", fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 10 de septiembre de 1965, en el cual es invocado el orden público interno e internacional para desconocer la validez dentro del territorio de la República a un matrimonio celebrado en fraude a la ley argentina. La finalidad de la Corte fue la protección de la indisolubilidad del matrimonio celebrado en la Argentina, cuando no existe ninguno de los legitimados para ejercer la acción de nulidad.

Ésta fue también la postura asumida por el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 8 de noviembre de 1973 recaído en autos "M. G. de Z., M., suc."[9]. La mayoría expresó que el matrimonio celebrado *in fraudem legis* carece de efectos jurídicos en nuestro país por violar principios sustanciales del orden público interno e internacional, por lo que corresponde desconocerle validez, sin necesidad de entrar al terreno de la nulidad, ya que ésta se encuentra contemplada para el caso de un segundo matrimonio contraído en el país, no en el extranjero. En razón de ello, dicho tribunal en pleno dictó como doctrina obligatoria que no es necesario para privar de eficacia a la partida de un matrimonio contraído con impedimento de ligamen en fraude a la ley la promoción de la acción de nulidad prevista en la ley 2393.

Ambos casos citados fueron resueltos a la luz de la ley 2393. Sin embargo, similar postura fue adoptada por diversos pronunciamientos luego de la sanción de la ley 23.515.

[8] *LL*, 1988-A-154.

[9] *ED*, 54-136; *LL*, 154-208; *JA*, 1974-22-289.

Entre ellos, encontramos las sentencias de primera instancia y su confirmación por la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el 5 de agosto de 1994, en el caso "Solá, J. V. s/Suc. *ab intestato*"[10] —revocado por la Corte Suprema—.

Asimismo, la Sala K del mismo tribunal, el 15 de diciembre de 1995, en el caso "P., D. suc."[11] sostuvo que era de aplicación el fallo plenario del 8 de noviembre de 1973, que no había perdido vigencia aun cuando fuere anterior a la ley 23.515 que admitió el divorcio vincular. Ello por las siguientes razones: en primer lugar porque dicha sentencia plenaria no ha sido modificada por una nueva. En segundo lugar porque el impedimento previsto en el art. 166, inc. 6° rige con prescindencia de la indisolubilidad o disolubilidad del vínculo matrimonial. Y por último porque es contrario a derecho considerar que el impedimento que afectaba al matrimonio celebrado en México quedaba saneado por el divorcio vincular del primer matrimonio obtenido posteriormente. No puede sostenerse que aquél sea susceptible de convalidación, pues no es posible confirmar un acto viciado de nulidad absoluta. Es por ello que el impedimento de ligamen y la consiguiente violación al orden público internacional deben ser juzgados, para esta posición, al momento de contraer el nuevo matrimonio en el extranjero.

No obstante, luego de la sanción de la ley 23.515, otro sector de la jurisprudencia adoptó una postura diferente a la señalada, ya que, si bien coincidió en que los matrimonios celebrados en fraude a la ley argentina son supuestos de ineficacia y no de nulidad, difirió con respecto al momento de ser considerada la violación al orden público internacional.

Se entendió entonces, que tal ineficacia no podría declararse después de que en el país la primitiva sentencia de separación se convirtió en una de divorcio, pues al momento de solicitarse la ineficacia, el orden público estaría incólume.

No se trataría de dar efectos retroactivos a la sentencia de divorcio, ni de convalidar un matrimonio nulo, argumentos válidos para la tesis de la nulidad, ya que ésta analiza las causales al tiempo de celebración del acto. La doctrina de la ineficacia, en cambio, no atiende a estos fundamentos sino que apunta a la indagación del posible quebrantamiento del orden público internacional.

Al colocar en el centro del análisis al orden público, esta posición considera que se debe tener en cuenta sus caracteres definitorios: su variabilidad y su actualidad. Por ello se afirma que en materia matrimonial el orden público internacional ha sufrido una gran transformación en nuestro país, puesto que el principio de la indi-

[10] *JA*, 1997-IV-654.

[11] *LL*, 1996-B-171, con nota de Jorge Mazzinghi, quien considera absolutamente acertada la sentencia pronunciada por la Sala K.

solubilidad del matrimonio ha sido sustituido por el de disolubilidad. Dicho principio fue incorporado a nuestro orden público a partir del caso "Sejean"[12] y luego fue reafirmado por la ley 23.515.

En virtud de los caracteres de este instituto, se concluye que los principios que lo integran deben ser analizados al momento de resolver el caso y no según los principios vigentes al tiempo de sucederse los hechos. Ésta es la doctrina que fluye, por ejemplo, de la sentencia definitiva dictada por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, el 5 de septiembre de 1994, en autos "Saccone, Romeo A. c. Rodríguez, Elisa"[13] y es la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 12 de noviembre de 1996, en el ya célebre caso "Solá, Jorge Vicente s/Suc. *ab intestato*".

A partir de este caso, advertimos que las sentencias de nuestro Máximo Tribunal hacen aplicación de la doctrina de la ineficacia territorial o de la carencia de efectos extraterritoriales centrando exclusivamente su atención en verificar si en el caso se hallaba en juego el orden público internacional actual, vigente al momento de la sentencia.

En efecto, la adopción de esta teoría es coherente con el fundamento esencial utilizado por la Corte para resolver estos casos: el criterio de actualidad del orden público internacional, ya que si se adhiere a la teoría de la nulidad, la causal que acarrea tal sanción debe ser analizada al tiempo de la celebración del acto, postulado básico del régimen de las nulidades. En cambio, la doctrina de la ineficacia se desvincula absolutamente de esta premisa, puesto que ella sólo tiene en cuenta la preservación de los principios de orden público internacional vigentes en el foro. Y si recordamos que este instituto se caracteriza por ser una noción variable, cambiante de país en país, y de tiempo en tiempo, la conclusión no puede ser otra: su análisis debe efectuarse en el momento en que el juez competente se pronuncia sobre la solución del conflicto y no antes.

La evolución legal, reflejada en este caso en la sanción de la ley 23.515, responde a un cambio en las convicciones y en los valores de la sociedad, la cual ha perdido el interés en reaccionar contra la aplicación del derecho extranjero, pues éste ya no conculca los principios fundamentales que la sostienen.

Considerar la incompatibilidad de la ley extranjera con el orden público internacional al momento en que se suceden los hechos, soslayando que entre ese momento y el de la intervención judicial se han modificado sustancialmente los principios que lo sustentan, implica desconocer la realidad social y, por ende, la razón de ser del derecho.

[12] CSJN, 27/11/86, "S., J. B. c. Z. de S., A. M.", *CSJN-Fallos*, 308-2268; *LL*, 1986-E-648. Este pronunciamiento aunque no resuelva una cuestión de derecho internacional privado, es relevante tenerlo en cuenta en materia de orden público internacional ya que a partir de este fallo, es admitido jurisprudencialmente, por la Corte Suprema, el principio de disolubilidad del matrimonio aún antes de la sanción de la ley 23.515.

[13] *JA*, 1995-I-492.

Además, es interesante destacar que la Corte se ha pronunciado en sus últimas sentencias con una terminología precisa que no da lugar a confusiones ni a posibles interpretaciones erróneas, en especial con respecto a dos cuestiones[14]. Por un lado, nuestro Máximo Tribunal no utiliza la expresión "matrimonio en fraude a la ley argentina", expuesta en muchos pronunciamientos judiciales, lo cual resulta una práctica viciosa que sólo conduce a confundir dos institutos del derecho internacional privado que deben ser diferenciados, como son el orden público internacional y el fraude a la ley. Y por otro lado, emplea la expresión "orden público internacional", con lo cual se destaca su autonomía respecto del orden público interno.

Es lamentable, sin embargo, que a más de un cuarto de siglo de la vigencia de la ley de divorcio vincular en la República Argentina, aún encontremos sentencias que declaran la nulidad de matrimonios celebrados bajo un derecho extranjero, recurriendo para ello a la excepción de orden público internacional, cuando sus principios esenciales ya no se encuentran vulnerados.

b) Fuente convencional

Respecto al matrimonio, el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 (Título IV) dispone en el art. 13 que la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en donde se celebra.

Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de algunos de los siguientes impedimentos:

a) La falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimo catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer.

b) El parentesco en línea recta por consanguinidad o por afinidad, sea legítimo o ilegítimo.

c) El parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos.

d) El hecho de haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge supérstite.

e) El matrimonio anterior no disuelto legalmente.

[14] El análisis de los fallos de la Corte Suprema en esta materia, antes y después de la ley 23.515 puede consultarse en: Scotti, "Cuestiones de derecho internacional privado matrimonial", en *Máximos precedentes. Derecho de familia*, Marisa Herrera - Aída Kemelmajer de Carlucci - Nora Lloveras (dirs.), 2014, t. II, ps. 995 a 1053.

c) El art. 2622 del CCCN

El derecho internacional privado del matrimonio del *CCCN* ha seguido los lineamientos generales que ya había introducido la ley 23.515, sin realizar cambios significativos.

En efecto, tal como resaltan los fundamentos del Anteproyecto: "Se ha mantenido el 'lugar de celebración' del matrimonio como punto de conexión para regular la validez/nulidad del acto matrimonial como así también la prueba de la existencia del matrimonio, puesto que responde a la más arraigada tradición jurídica del derecho comparado en general. Asimismo, se ha mantenido la tradición argentina en el tratamiento de ciertos impedimentos dirimentes".

En consecuencia, la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez, así como la prueba se rigen por la ley del lugar de su celebración.

Sin embargo, no se reconocerán efectos en el país a los matrimonios celebrados con los impedimentos consagrados en los cinco primeros incisos del art. 403 del *CCCN*: *"a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo; b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo; c) la afinidad en línea recta en todos los grados; d) el matrimonio anterior, mientras subsista; e) haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges..."*.

Tampoco se reconocen en el país matrimonios celebrados entre quien aportó gametos y el niño nacido a través de esa técnica de reproducción humana asistida en virtud de lo dispuesto en el art. 575 del *CCCN*, párr. 2º: *"... Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena"*.

En cambio, no es óbice para el reconocimiento en el país de los matrimonios celebrados en el extranjero entre personas con menos de dieciocho años o con falta permanente o transitoria de salud mental que impide tener discernimiento para el acto matrimonial.

§ 10. El matrimonio a distancia

El art. 2623 del *CCCN* se ocupa del denominado "matrimonio a distancia". Lo define como aquel en el cual *"... el contrayente ausente expresa su consentimiento, personalmente, ante la autoridad competente para autorizar matrimonios del lugar en que se encuentra.*

... La documentación que acredite el consentimiento del ausente sólo puede ser ofrecida dentro de los noventa días de la fecha de su otorgamiento.

El matrimonio a distancia se considera celebrado en el lugar donde se preste el consentimiento que perfecciona el acto. La autoridad competente para celebrar el matrimonio debe verificar que los contrayentes no están afectados por impedimentos legales y decidir sobre las causas alegadas para justificar la ausencia".

El Código Civil derogado contenía dos disposiciones referidas al matrimonio a distancia. El art. 173 definía al matrimonio a distancia como *"... aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente ante la autoridad competente para autorizar matrimonios del lugar en que se encuentra. La documentación que acredite el consentimiento del ausente sólo podrá ser ofrecida dentro de los noventa días de la fecha de su otorgamiento"*. El art. 174 disponía que el matrimonio a distancia *"... se reputará celebrado en el lugar donde se presta el consentimiento que perfecciona el acto. La autoridad competente para celebrar el matrimonio deberá verificar que los contrayentes no están afectados por los impedimentos legales y juzgarán las causas alegadas para justificar la ausencia. En caso de negarse el oficial público a celebrar el matrimonio, quien pretenda contraerlo con el ausente podrá recurrir al juez competente"*.

Tal como podemos observar, el art. 2623 del *CCCN* es una disposición análoga a las contenidas en los arts. 173 y 174 del *CC*.

En efecto, el consentimiento es un requisito intrínseco esencial para la existencia del matrimonio, que se basa en la expresión libre y voluntaria de cada una de las partes (contrayentes) de iniciar la vida en común con sujeción a las normas jurídicas.

Cabe señalar que la República Argentina no acepta el matrimonio por poder a partir de su adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de Nueva York de 1962. En cambio, nuestro ordenamiento civil admite el llamado el matrimonio a distancia, siempre que existan causas que justifiquen este tipo de enlace. Efectivamente, la mencionada Convención exige el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley. Sin embargo, acepta que una de las partes no esté presente siempre que la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que dicha parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente.

El matrimonio a distancia se considera celebrado en el lugar donde se preste el consentimiento que perfecciona el acto.

El art. 2623 es complementario del art. 422 del *CCCN*: *"MATRIMONIO A DISTANCIA. El matrimonio a distancia es aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente, en el lugar en que se encuentra, ante la autoridad competente para celebrar matrimonios, según lo previsto en este Código en las normas de derecho internacional privado"*.

§ 11. Los efectos personales del matrimonio. Derecho aplicable

De acuerdo al art. 2624 del *CCCN* referido a los efectos personales del matrimonio, *"Las relaciones personales de los cónyuges se rigen por el derecho del domicilio conyugal efectivo"*.

El primer párrafo del art. 162 del *CC* establecía que: *"Las relaciones personales de los cónyuges serán regidas por la ley del domicilio efectivo, entendiéndose por tal el lugar donde los mismos viven de consuno. En caso de duda o desconocimiento de éste, se aplicará la ley de la última residencia ..."*. Las disposiciones de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 tienen un contenido análogo (arts. 12 y 14, respectivamente).

Tal como puede leerse en los fundamentos del Anteproyecto, en cuanto a los efectos personales del matrimonio, se ha conservado el "domicilio conyugal efectivo" como centro de gravedad para la designación del derecho aplicable. Recuérdese que el art. 2621 del *CCCN* define domicilio conyugal efectivo como el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges.

Téngase presente que el derecho-deber de alimentos que tiene como fuente el matrimonio presenta, a partir del nuevo *CCCN*, un tratamiento diferenciado (Sección 4ª, arts. 2629 y 2630, *CCCN*).

§ 12. Los efectos patrimoniales del matrimonio. Derecho aplicable

Según el art. 2625 del *CCCN*, sobre los efectos patrimoniales del matrimonio, *"Las convenciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración.*

En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes.

En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros.

En el derecho internacional privado comparado existen dos criterios extremos en la materia que nos ocupa. Uno de ellos opta por permitir, en términos generales, que los cónyuges elijan el régimen patrimonial matrimonial que consideren más conveniente a sus intereses. En este supuesto, la legislación habilita a los consortes a hacer ejercicio de la autonomía de la voluntad[15]. En cambio, desde otra

[15] Numerosos sistemas de derecho internacional privado extranjeros permiten a los cónyuges elegir la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales, ya sea éste legal o pactado, así la Ley de

postura, nos encontramos con un criterio mucho más restrictivo que veda tal posibilidad y sujeta esta cuestión a la ley que el propio legislador estima más conveniente. En tal caso, se presentan dos variantes: someter las relaciones patrimoniales del matrimonio a la ley personal (nacionalidad o domicilio) o a la ley del lugar de situación de los bienes que integran la sociedad conyugal.

El legislador podrá elegir un punto de conexión mutable, es decir, el domicilio o residencia habitual o nacionalidad efectiva de los cónyuges, o bien, inmutable, o sea que optará por la ley del lugar del primer domicilio o de la primera residencia habitual conyugal o la ley de la nacionalidad común de los contrayentes al momento de la celebración del matrimonio. De esta forma, se imposibilita el cambio de régimen legal.

Por su parte, los derechos sustanciales a los que nos derivarán tales normas de conflicto son también de índole muy variada: régimen de unidad de bienes; régimen de comunidad de bienes, universal o restringida, de administración marital, separada, conjunta o indistinta; régimen de participación; régimen de separación de bienes, entre los más conocidos.

En el ámbito universal, se encuentra en vigor el Convenio de La Haya del 14 de marzo de 1978 sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales, que no ha sido ratificado por la Argentina[16]. Según el art. 3°, el régimen matrimonial se someterá a la ley interna designada por los cónyuges antes del matrimonio.

Los cónyuges pueden elegir la ley aplicable, pero esta autonomía de la voluntad es limitada porque sólo pueden designar una de las leyes siguientes:

1. La ley de un Estado del que uno de los cónyuges sea nacional en el momento de la designación.
2. La ley del Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en el momento de la designación.
3. La ley del primer Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges establezca una nueva residencia habitual después del matrimonio.

También, los cónyuges podrán designar, en lo que se refiere a los inmuebles o a algunos de ellos, la ley del lugar en que tales inmuebles están situados. En caso de que no hayan designado ley aplicable, el régimen patrimonial se somete a la ley de la primera residencia habitual conyugal. El Convenio prevé algunos supuestos es-

Derecho Internacional Privado italiana de 1995 (art. 30); la Ley de Derecho Internacional Privado suiza de 1987 (art. 52); la Ley de Derecho Internacional Privado rumana de 1992 (art. 21.2), la Ley de Derecho Internacional Privado turco de 1982 (art. 14.1), entre otros.

[16] El Convenio de La Haya de 1978 sólo ha sido ratificado por Francia, Luxemburgo y Países Bajos.

peciales, en los que cuales rige la ley interna del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges. Finalmente establece una conexión subsidiaria de *ultima ratio*: en defecto de residencia habitual de los cónyuges en el territorio del mismo Estado o en defecto de nacionalidad común, su régimen matrimonial quedará sometido a la ley interna del Estado con el cual, teniendo en cuenta todas las circunstancias, presente los vínculos más estrechos.

El Código Civil derogado sometía el régimen patrimonial del matrimonio, sea legal o convencional, a la ley del primer domicilio conyugal en su art. 163: *"Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio"*.

El punto de conexión, que es el primer lugar de radicación efectiva del domicilio conyugal, se muestra pleno de rigidez y en ocasiones el tiempo transcurrido desde su establecimiento puede haber ocasionado que no guarde ningún vínculo con el acaecimiento de las vicisitudes matrimoniales.

En efecto, la doctrina ha criticado esta conexión en los siguientes términos: "Si bien el criterio elegido otorga certeza a las relaciones jurídicas internacionales, nos induce a reflexionar si no debió preverse el supuesto de cambios prolongados de domicilio efectivo, que implican una suerte de sumisión voluntaria a la legislación del nuevo domicilio por parte de los cónyuges (...) Ello por cuanto, en ocasiones, el primer domicilio puede carecer de vinculación actual y efectiva con el centro de los intereses patrimoniales de los cónyuges" [17].

Asimismo, se ha afirmado que "la elección formulada por el legislador debilita notoriamente la homogeneidad del sistema de conflicto argentino, al someter los efectos 'personales' (art. 162, *CC*) y los efectos 'patrimoniales' del matrimonio a leyes diferentes (...) Por otra parte, como ya se ha señalado, la localización del derecho aplicable al régimen de bienes en el derecho del primer domicilio conyugal puede perder la razonabilidad inicial por el mero transcurso del tiempo. El cambio de domicilio de los cónyuges por un tiempo prolongado debilita los lazos con el punto de conexión escogido para determinar la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio, que puede carecer de toda vinculación actual y efectiva con el 'centro de los intereses patrimoniales' de los cónyuges" [18].

Por su parte, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 establece en el art. 16 que: "Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los

[17] Feldstein de Cárdenas, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 2000, p. 127.

[18] Pallarés, "Efectos patrimoniales del matrimonio", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, ps. 789 y 790.

esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes". Y el art. 17 dispone: "El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio".

En similares términos a los empleados por el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, el art. 2625 del *CCCN* opta por el "primer domicilio conyugal", en defecto de convenciones matrimoniales (admitidas expresamente por los arts. 446 a 450 del *CCCN*), para regular el régimen de bienes en el matrimonio; en este caso se admite la facultad de los esposos de optar por el derecho argentino en el supuesto de "cambio de domicilio a la República", en tanto la voluntad sea expresada por instrumento público y no afecte derechos de terceros.

No se encuentra un fundamento jurídico serio, más allá de la preferencia por la aplicación del derecho argentino, respecto de la posibilidad que tienen los cónyuges de optar por nuestro derecho en caso de cambio de domicilio en nuestro país y no reconocer el caso inverso, es decir, permitir la opción por el derecho extranjero en caso de que se haya mudado el domicilio conyugal desde la Argentina a un país extranjero. Si bien es cierto que la elección del legislador a favor del "primer domicilio conyugal" se funda en la prevención del fraude a la ley y, en general, lo que realmente se intenta preservar a través de este instituto son las normas imperativas del derecho del foro sobre régimen patrimonial del matrimonio, lo cierto es que no se advierte cuál es el problema que se quiere evitar aun cuando el acuerdo de los cónyuges conste en instrumento público y no afecte derechos de terceros.

§ 13. Divorcio y otras causales de disolución del matrimonio. Derecho aplicable

El art. 2626 del *CCCN* dispone que: *"El divorcio y las otras causales de disolución del matrimonio se rigen por el derecho del último domicilio de los cónyuges"*.

El art. 164 del *CC*, de acuerdo al texto modificado por la ley 23.515, dispuso que: *"La separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 161"*. Esta remisión correspondía a los casos de matrimonios celebrados en la República cuya separación personal hubiese sido legalmente decretada en el extranjero, y se solicitaba la conversión en divorcio vincular, aunque éste no fuera aceptado por la ley del Estado donde se decretó la separación.

Asimismo, el Tratado de Montevideo de 1889 previó el régimen internacional del divorcio pese a que en esa época ninguno de los Estados Parte lo tenía incorporado en su legislación. El inc. *b)* del art. 13 dispone que la ley del domicilio matrimonial rige la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró. Se realizaron tres interpretaciones

al respecto. Una se funda en que el término "causal" alude a las de divorcio o separación. Otra sostiene que basta con que ambas leyes (la del domicilio y la del lugar de celebración) admitan la institución del divorcio absoluto, para que la disolución sea factible, cualesquiera que sean las causales del divorcio establecidas por cada legislación. La tercera interpretación exige completa coincidencia entre la ley del domicilio conyugal y la del lugar de celebración. Esta interpretación le asigna al art. 13, inc. *b*) el carácter de norma acumulativa.

A su turno, el Tratado de Montevideo de 1940 dispuso una norma indirecta simple con relación a la ley aplicable: "La ley del domicilio conyugal rige la disolubilidad del matrimonio, pero su reconocimiento no será obligatorio para el Estado en donde el matrimonio se celebró si la causal de disolución invocada fue el divorcio y las leyes locales no lo admiten como tal" (art. 15). Esta fórmula concililó los intereses de los Estados partidarios de conservar la norma acumulativa de 1889 y la de los partidarios de regular el divorcio sólo por la *lex domicilii*. Para la fórmula adoptada, el divorcio decretado conforme con la ley del domicilio es eficaz en todos los Estados Parte, excepto en el de la celebración del matrimonio, si sus leyes no admiten el divorcio como institución, ya que dicho artículo no exige la coincidencia entre las causales de disolución.

El art. 2626 opta por el mismo criterio de la disposición derogada: el último domicilio conyugal para determinar el derecho aplicable a la disolución del vínculo matrimonial. Sin embargo, en el tipo legal de la norma indirecta se omite la separación personal, pues se ha eliminado el instituto del Código[19]. Por la misma razón, no se ha previsto una norma análoga al art. 161, párr. 2º del antiguo Código Civil.

Ahora bien, más allá de lo que disponga la ley del lugar del último domicilio conyugal, opera como un límite a la aplicación del derecho extranjero el art. 436 del *CCCN*, que se erige en una norma de aplicación inmediata: *"Es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito"*.

[19] El fundamento de la no regulación es que en la realidad actual no existen los motivos que llevaron al legislador a receptar ambas instituciones en el Código Civil. En efecto, los fundamentos de la derogación de la figura de la separación personal son: "a) la separación tuvo su razón de ser en un contexto jurídico y social diferente al actual, como una alternativa para quienes se oponían al divorcio vincular cuando ésta se incorporó de manera autónoma al derecho argentino después de años de matrimonio indisoluble, y *b*) su escasa aplicación práctica: en los hechos, cuando se acude a la separación personal no es por razones religiosas, sino por no haberse cumplido el plazo mínimo desde la celebración del matrimonio para solicitar el divorcio de común acuerdo o el plazo de separación de hecho sin voluntad de unirse para peticionar el divorcio vincular por esta causal de manera unilateral" (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV, "Derecho Internacional Privado", 2012, consultado en *www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf* (10/2/15).

Capítulo III

La unión convivencial

La simple posibilidad fáctica de que las personas que conforman estas uniones de pareja se trasladen más allá de las fronteras en las que fueron constituidas, que requieran su reconocimiento o que soliciten su disolución en otro Estado, nos exige la aprobación de normas de derecho internacional privado.

Sin embargo, no todas las legislaciones han previsto este tipo de normas, dándole una escasa regulación dentro del derecho interno o doméstico. En algunos casos se ha omitido referencia alguna a las aristas internacionales que puede presentar el fenómeno. Tales son los casos de Francia y Portugal. Otras, en general, a fin de evitar uniones claudicantes, exigen determinados vínculos, como son la nacionalidad, o bien, la residencia, como Dinamarca y Suecia. Alemania, en cambio es uno de los pocos casos que ha incluido normas indirectas específicas.

Destacada doctrina ha señalado la necesidad de diferenciar entre uniones libres y uniones legales. Acerca de las primeras existirían dos tesis opuestas. Para la primera, las uniones civiles o de hecho no constituyen una categoría autónoma, por ello sus consecuencias y efectos deben tratarse caso por caso. En cambio, desde otra perspectiva, resultaría aplicable el estatuto personal, puesto que aun cuando, para algunos, no se reconozca en una unión homosexual la constitución de una familia, no se puede dudar de la existencia de relaciones personales. Así, para quienes se enrolan en esta postura, se debería crear una categoría autónoma "unión libre", dentro del marco del estatuto personal. Sólo si los convivientes celebraron un contrato para regular sus relaciones personales y patrimoniales, los puntos de conexión propios del estatuto personal deberían combinarse con los de los contratos.

En relación con las uniones denominadas legales, también existen opiniones disparas.

Algunos sostienen que estas uniones constituyen una categoría autónoma, mientras que para otros deben adecuarse a uno de los estatutos tradicionales. Y dentro de esta segunda posición, algunos consideran que las uniones legales deben entrar en alguna subcategoría ya existente de los estatutos tradicionales: esta-

tuto personal (domicilio o nacionalidad) o contratos (autonomía de la voluntad, lugar de celebración), etcétera, y para otros se debe crear una subcategoría especial, pero dentro de un estatuto tradicional.

Inclinar la balanza hacia una u otra opción depende en gran medida del tratamiento dado a cada unión legal en particular. En efecto, muchas legislaciones regulan a estas relaciones con un fuerte tinte contractual. En esta tendencia se enrola la ley belga al contemplar la figura de la "cohabitación legal" que la incluye como un contrato. Asimismo, en el *Pacte civil de solidarité (Pacs)* francés se nota una fuerte impronta de la autonomía de la voluntad. El propio art. 515-1 del CC lo define como un contrato[1]. Sin embargo, el hecho de que el objeto del contrato sea tan particular como es la organización de la vida en pareja, ha llevado a destacar a doctrinarios como Fulchiron[2] que aun en los *Pacs* es conveniente combinar las reglas del estatuto personal con las propias de los contratos.

Dentro de los defensores de la aplicación del estatuto personal, encontramos quienes consideran que se deben asimilar las uniones legales al matrimonio. Fulchiron critica esta línea de pensamiento en tanto entiende que no es coherente pretender utilizar las normas del matrimonio a instituciones creadas precisamente para evitar ampliar el matrimonio a concubinos homosexuales o elegidas por parejas heterosexuales que rechazan el matrimonio. Además, se corre el riesgo de terminar aplicando no sólo las reglas de conflicto, sino también las reglas materiales propias del matrimonio. Para el autor que seguimos resulta más lógico considerar las diferentes formas de partenariado, incluido el *Pacs*, como una categoría autónoma en el seno del estatuto personal, con reglas de conflicto propias.

Ello se debe principalmente a la heterogeneidad de las regulaciones legales de las uniones de pareja; a diferencia de lo que sucede con el matrimonio, en materia de concubinatos heterosexuales u homosexuales no existe un piso compartido, un mínimo común, ni siquiera se pueden establecer equivalencias entre las diversas instituciones. Por tal razón, Fulchiron propone la creación de otros tipos de normas de conflicto que permitan someter la unión a la ley bajo cuyo imperio ella fue constituida. Si bien esta ley en general será el derecho del país en el cual la unión fue registrada, no todas las legislaciones exigen su registro. En algunos casos como el del *Pacs*, aquél no da nacimiento a la unión sino que sólo tiene por función dar fecha cierta y hacer oponible a terceros un contrato que nació de la sola voluntad de las partes. Un concepto más amplio, entonces, que la ley del lugar de registración es la ley de la institución definida como la ley del país en el cual los concubinos «*se sont engagés l'un à l'égard de l'autre*». Al llevar a cabo la unión en un determinado país, los convivientes saben que se someten a la ley de ese país que los seguirá a través de las fronteras, combinada en todo caso con la legislación elegida en virtud de la autonomía de la voluntad, sobre todo en materia de régimen patrimonial de los bienes.

[1] Art. 515-1, CC francés: «*Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu para deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commun*».

[2] Fulchiron, *Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé*, en "Journal du Droit International", nº 4, 2000, p. 889 y siguientes.

No podemos soslayar en el ámbito propio del derecho internacional privado la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Ya en diciembre de 1987 la oficina permanente en una primera nota sobre el problema de la ley aplicable a las parejas no casadas concluyó que si bien el tema no tenía entonces un carácter apremiante, no debía ser ignorado por la Conferencia.

En abril de 1992, una nota sobre el mismo tema resumía los resultados de un estudio sobre el estado de las parejas no casadas en el derecho comparado y las posibles soluciones a los problemas de DIPr que plantean las uniones libres y concluía que el fenómeno de parejas internacionales de concubinos constituía un hecho en Europa Occidental, realidad que se estaba extendiendo hacia las fronteras de Europa del Este y a América del Sur, donde las uniones libres son extremadamente frecuentes[3].

Asimismo, en el acta final de la 18ª sesión de la Conferencia de La Haya del 19 de octubre de 1996 se decidió mantener el tema en el orden del día pero sin darle prioridad.

A su turno, la nota de la oficina permanente de la Conferencia de La Haya de mayo de 2000 concluyó principalmente que: *a*) el fenómeno de la cohabitación escapa a toda suerte de generalización; *b*) los países europeos pueden dividirse en tres grupos: aquellos en los que la cohabitación está establecida como una realidad consolidada, en los que constituye un fenómeno naciente, y en los que prácticamente no existe; *c*) las respuestas legales a la cohabitación fuera del matrimonio en los derechos nacionales son totalmente diversas; *d*) la importancia del fenómeno y la variedad de soluciones y consecuencias legales atribuidas constituyen un desafío para el derecho internacional privado; *e*) el tema debe ser mantenido en el orden del día de la Conferencia. Sin embargo, es todavía prematuro pensar en una nueva convención sobre la cohabitación fuera del matrimonio y/o los aspectos de derecho internacional privado del partenariado registrado. No obstante, es necesario considerar las opciones y las posibilidades de una aproximación uniforme en el dere-

[3] La segunda nota de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya resumía en estos términos los resultados del estudio de derecho comparado realizado por Mlle. Valérie Judels: «*Cette synthèse révèle sur le plan de la comparaison des droits internes la grande diversité des solutions, certains systèmes réglementant l'ensemble des relations de concubinage, d'autres ne se préoccupant que de certains aspects, d'autres enfin restant en situation de «non-droit». Sur le plan du droit international privé, les propositions doctrinales sont encore peu nombreuses et les éléments de droit positif très pauvres*».

cho internacional privado. A tal fin, la oficina permanente propuso la constitución de un grupo de trabajo, formado por expertos de los países interesados[4].

En la 19ª sesión, se decidió mantener el tema de la competencia judicial, de la ley aplicable y del reconocimiento y ejecución de sentencias relativos a parejas no casadas en el orden del día de los trabajos futuros de la Conferencia, en el título de los trabajos no prioritarios.

El Documento Preliminar nº 11 de marzo de 2008 indica que desde las notas emitidas por la Oficina Permanente en 1992 y en 2000, muchos desarrollos legislativos han tenido lugar en esta temática. En efecto, algunos Estados, tales como Alemania, Países Bajos, Suiza, Bélgica y los Estados Unidos de América han introducido disposiciones específicas de derecho internacional privado en la materia. Los modelos utilizados son muy diferentes. Por ejemplo, Alemania prevé una regla de conflicto de leyes diseñada específicamente para las uniones registradas[5], mientras que en Suiza una gran parte de las normas indirectas del matrimonio son aplicadas a estas uniones. Sin embargo, el documento reitera que muchos problemas propios de esta disciplina permanecen aún sin respuesta, ya que son pocas las legislaciones que incluyen normas de derecho internacional privado en la materia, y los sistemas que las prevén, en general, son incompletos.

Se puede observar que la tendencia es la utilización de la *lex loci registrationis* o de la *lex loci celebrationis* para regir la formación, efectos, y disolución de las uniones no matrimoniales. No obstante, muchos Estados todavía utilizan la nacionalidad, el domicilio o la residencia para determinar la ley aplicable a las condiciones de fondo respecto a su formación y efectos, y en menor proporción, a su disolución. Otra alternativa que se presenta, sobre todo en países del *common law*, es el recurso a la *lex fori* para determinar los efectos de las uniones registradas. Se exige que las uniones extranjeras cumplan con los requisitos requeridos para las uniones nacionales, en cuyo caso se le reconocen idénticos efectos. La dificultad que presentan estas divergencias son advertidas en el Documento Preliminar nº 11: *«Dans l'ensemble, il faut souligner que le développement divergent des droits internes et du droit international privé des États au regard du partenariat enregistré engendre une grande incertitude pour les partenaires concernés lorsqu'ils se déplacent d'un État ou territoire à un autre ou lorsqu'ils ont un lien avec plus d'un État ou territoire»*[6].

[4] Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, "Aspects de droit international privé de la cohabitation hors mariage et des partenariats enregistré", nota de la Oficina Permanente, Documento preliminar nº 9, may. 2000.

[5] La legislación de Alemania sólo regula las parejas del mismo sexo. Por ende, las normas de derecho internacional privado previstas se consideran aplicables exclusivamente a las relaciones de tales parejas, dejando un vacío en relación con las uniones de distinto sexo.

[6] Cfr. "Note sur les developpements en droit interne et droit international prive sur la cohabitation hors mariage, y comprislespartenariats enregistres", elaborada por Caroline Harnois y Juliane Hirsch. Documento preliminar nº 11 de marzo de 2008 para el Consejo de abril de 2008 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya; disponible en *www.hcch.netlupload-lwopigenaff_pd11f2008.pdf* (15/2/15).

Por otro lado, la *Commission Internationale de l'État Civil* ha aprobado en septiembre de 2007 la Convención sobre el reconocimiento de las uniones registradas, que no se encuentra en vigor. El art. 1º define *«partenariat enregistré»* como un compromiso de vida común entre personas de igual sexo o de distinto sexo[7], que resulta de un registro por una autoridad pública, excluyendo el matrimonio. Sienta el principio del reconocimiento mutuo entre Estados Partes de estas uniones en relación con los efectos en materia de estado civil exclusivamente. Esta convención ha optado por el criterio de la *lex loci registrationis*[8].

Ahora bien, por primera vez en el derecho argentino, se ha legislado sobre las llamadas uniones convivenciales en el derecho de fondo (arts. 509 a 528, *CCCN*). Ello ha tenido como correlato la incorporación de normas de derecho internacional privado que atribuyen jurisdicción y determinan la ley aplicable cuando tales uniones contienen algún elemento extranjero relevante. Veamos las nuevas reglas previstas.

§ 14. Jurisdicción

El art. 2627 del *CCCN* determina que: *"Las acciones que surjan como consecuencia de la unión convivencial deben presentarse ante el juez del domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o del domicilio o residencia habitual del demandado"*.

En tanto el Código Civil derogado no contemplaba en sus normas sustantivas la figura de la unión convivencial o un instituto similar, tampoco se había preocupado por incluir reglas para determinar la jurisdicción internacional competente en los casos en que estas relaciones jurídicas presentaran algún elemento extranjero.

Las nuevas normas han incorporado a la legislación argentina las llamadas uniones convivenciales. Es por ello que también han sido incluidas en las *"Disposiciones de derecho internacional privado"*. Según los fundamentos del Anteproyecto, "frente a la realidad de nuevas formas familiares, se ha regulado la unión convivencial, tanto en los aspectos de jurisdicción internacional como de derecho aplicable, en una clara aproximación a la regulación del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay".

[7] Sin embargo, la Convención habilita que los Estados realicen una reserva a través de la cual excluyan del ámbito de aplicación a las uniones homosexuales.

[8] El texto de la Convención se encuentra disponible en *clec1.org/ListeConventions.htm* (15/2/15).

En materia de juez competente, el legislador ha optado por la jurisdicción concurrente de los tribunales del lugar del domicilio o residencia habitual del demandado, o bien, los del lugar del domicilio efectivo común de los convivientes, siempre a elección de la parte actora.

En similar sentido se fija la competencia para los casos domésticos. En efecto, el art. 718 del *CCCN* establece que: *"En los conflictos derivados de las uniones convivenciales, es competente el juez del último domicilio convivencial o el del demandado a elección del actor"*.

§ 15. Derecho aplicable

El art. 2628 del *CCCN* dispone que: *"La unión convivencial se rige por el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer"*.

Tal como hemos dicho, dado que el Código Civil derogado no contemplaba en sus normas sustantivas la figura de la unión convivencial o similar, tampoco introdujo criterios para designar la ley aplicable en los casos en que estas relaciones jurídicas presentaran algún elemento foráneo al derecho local.

Esta situación no dejaba de ser compleja en tanto podía presentarse el caso en el que se pretendiese el reconocimiento extraterritorial en el país de una unión convivencial nacida bajo el amparo de una legislación extranjera. Aquí bien podía configurarse un supuesto de institución desconocida, en donde el juez se viera obligado a buscar una institución análoga existente en el país.

Tal como afirma Fresnedo de Aguirre, en general se le ha prestado poca atención a las cuestiones propias del DIPr al regular los nuevos institutos jurídicos referidos a las uniones no matrimoniales heterosexuales u homosexuales[9].

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 regulaba las uniones no matrimoniales, sometiéndolas al derecho del domicilio común de las partes (art. 107). Esta disposición parte del presupuesto de calificar estas uniones en la categoría "estado civil". En tal sentido, esta calificación "habilita a reconocerle validez a las uniones no matrimoniales fundadas en el derecho del domicilio de los integrantes de la pareja, cuando éste sea un derecho extranjero que sí las admita, las regule de manera específica y les reconozca consecuencias jurídicas. Y esto es así porque dada esa calificación, la ley del domicilio de las personas de cuyo 'estado' se trate sería la internacionalmente competente (...) para regular la relación" [10].

[9] Fresnedo de Aguirre, *Uniones matrimoniales y no matrimoniales. Su continuidad jurídica a través de las fronteras*, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", 2008, ps. 313 a 344; disponible en *www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723039014* y en *www.juridicas.unam.mx/publica-/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt14.htm* (28/10/14).

[10] Fresnedo de Aguirre, *Uniones matrimoniales y no matrimoniales. Su continuidad jurídica a través de las fronteras*, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", 2008, ps. 313 a 344; disponible en *www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723039014* y en *www.juridicas.unam.mx/publica-/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt14.htm* (28/10/14).

En cambio, el art. 2628 del *CCCN* ha optado por un criterio territorialista: aplicar el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer la unión convivencial y principalmente sus efectos. Es decir que, en tanto la unión se haga valer en nuestro país siendo que el Código ha regulado expresamente la figura (arts. 509 a 528, *CCCN*), nuestros jueces de acuerdo a la ley argentina y a sus requisitos reconocerían sus efectos en el territorio nacional, y no podrían recurrir a la figura de la llamada "institución desconocida" para negárselos.

Capítulo IV

Alimentos

La globalización conlleva, entre sus múltiples consecuencias, a la internacionalización de las relaciones de familia y ello trae aparejados frecuentes conflictos alimentarios de índole internacional.

La internacionalidad en los reclamos de alimentos se configura en aquellos casos en los cuales deudor y acreedor alimentarios residen en diferentes Estados, o bien, cuando el deudor percibe ingresos o tiene bienes en un país distinto a aquel donde reside el acreedor de alimentos. Tales obligaciones, como sabemos, pueden derivar del matrimonio, del parentesco o de la responsabilidad parental, entre otras fuentes.

Hasta la entrada en vigor del *CCCN*, el derecho internacional privado argentino de fuente interna no contenía un régimen autónomo que regulara las obligaciones alimentarias[1].

Sin embargo, la República Argentina ha ratificado dos convenios internacionales sobre el tema que nos ocupa, que se encuentran actualmente vigentes: la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos, de 1956, aprobada en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y a la cual adhirió nuestro país el 29 de noviembre de 1972 (este tratado ya se encontraba vigente en el ámbito internacional desde el 25 de mayo de 1957); y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, elaborada en 1989 bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y ratificada por nuestro país el 5 de septiembre de 2002 (la con-

[1] El art. 659 del *CCCN* dispone el contenido de la obligación de alimentos, que comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado.

vención ya se encontraba vigente en el ámbito internacional desde el 6 de marzo de 1996).

Asimismo, se encuentran en vigor los célebres Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 que abordan algunos aspectos del tema que analizamos. En efecto, en su art. 14, el Tratado de 1889 expresa que la patria potestad en lo referente a los derechos y deberes personales —entre los que se incluyen las obligaciones alimentarias— se rige por la ley del lugar en que se ejecuta, mientras que el Tratado de 1940 los somete a la ley del domicilio de quien ejercita la patria potestad (art. 18). Respecto de los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto se refiere a sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio conyugal, tanto según el art. 12 del Tratado de 1889 como el art. 14 del Tratado de 1940.

Sin embargo, debemos advertir que las disposiciones de ambos tratados han sido sustituidas por las de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989, ya mencionada, dado que todos los países ratificantes de aquéllos, son partes de esta CIDIP que es posterior en el tiempo y especial en cuanto a la materia en relación con la obra codificadora de Montevideo.

Es importante tener presente que cuando los acreedores alimentarios son menores de edad, debemos enmarcar su derecho a percibir alimentos en las disposiciones y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. En particular, en su art. 27.4 dispone: *"Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados"*.

Finalmente, cabe señalar que la Argentina no ratificó las convenciones que en la materia elaboró la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya. Nos referimos a la Convención de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias hacia menores, a la Convención de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales, en materia de obligaciones alimentarias hacia los hijos, a la Convención de 1973 sobre el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales relativas a obligaciones alimentarias en general, y a la Convención del mismo año sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias en general.

Este segmentado espectro de múltiples tratados internacionales sobre la misma cuestión, "lejos de simplificar la obtención de alimentos, puso de manifiesto la complejidad del sistema y se han identificado problemas en torno a la eficacia, los costos, la inadecuación para aprovechar las nuevas tecnologías, vacíos normativos en materia de localización del demandado, asistencia jurídica gratuita y un dispar

grado de implementación en los Estados Parte, todo lo cual motivó que, oficialmente, desde 2003, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado trabajara sobre la materia. Fruto de sus esfuerzos, en 2007 se aprobaron por consenso dos textos independientes aunque complementarios[2]: *1)* el Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para Niños y otros Miembros de la Familia, y *2)* el Protocolo sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias"[3]. Ninguno de estos instrumentos ha sido ratificado a la fecha por la República Argentina.

La Sección 4ª de la Parte Especial de las "Disposiciones de derecho internacional privado" se dedica exclusivamente al régimen de los alimentos. Contiene dos disposiciones, una referida a la jurisdicción competente y la otra, a la ley aplicable.

Cabe mencionar que dichas normas que analizaremos a continuación deben complementarse con lo indicado en el art. 667 del *CCCN*: *"HIJO FUERA DEL PAÍS O ALEJADO DE SUS PROGENITORES. El hijo que no convive con sus progenitores, que se encuentra en un país extranjero o en un lugar alejado dentro de la República, y tenga necesidad de recursos para su alimentación u otros rubros urgentes, puede ser autorizado por el juez del lugar o por la representación diplomática de la República, según el caso, para contraer deudas que satisfagan sus necesidades. Si es adolescente no necesita autorización alguna; sólo el asentimiento del adulto responsable, de conformidad con la legislación aplicable"*.

§ 16. Jurisdicción

El art. 2629 del *CCCN* dispone que: *"Las acciones sobre la prestación alimentaria deben interponerse, a elección de quien la requiera, ante los jueces de su domicilio, de su residencia habitual, o ante los del domicilio o residencia habitual del de-*

1) Domicilio del reclamante - Res. habitual.

[2] Los textos completos pueden consultarse en *www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=131* (10/2/15). El Convenio se encuentra en vigor desde el 1 de enero de 2013 entre 32 Estados. Puede consultarse el estado actual en *www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status2&cid=131* (10/2/15). En cambio, el Protocolo se encuentra en vigor desde el 1 de agosto de 2013 entre 28 Estados. Puede consultarse el estado actual de este instrumento en *www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status2&cid=133* (10/2/15).

[3] Véase al respecto el interesante y detallado trabajo de Herz, *Algunas reflexiones en torno a las soluciones de la nueva Convención de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos y el Protocolo Adicional sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias de 2007 y su compatibilidad con el sistema jurídico argentino*, en "Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Albremática", nov. 2009; disponible en *www.eldial.com* (10/12/14). Asimismo, puede consultarse Cerdeira, *Jurisdicción, ley aplicable y cooperación internacional en materia de obligaciones alimentarias*, ponencia en el "XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional Dr. Enrique Ferrer Vieyra", celebrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, del 1º al 3 de octubre de 2009, en "Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración", nov. 2009; disponible en *www.eldial.com* (10/12/14).

residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos. Nos encontramos aquí con conexiones alternativas principales (domicilio o residencia de cualquiera de las partes del acuerdo), y con una conexión simple que opera en subsidio (la ley que rige el derecho de alimentos).

Por último, la norma que analizamos brinda una solución específica para determinar la ley aplicable al derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes: se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo; idénticos criterios utilizamos para determinar la jurisdicción competente (art. 2629, párr. 2°, *CCCN*).

Capítulo V

Filiación internacional

El vocablo "filiación" encierra diversos significados. En una primera acepción implica el vínculo biológico entre una persona y sus progenitores. En un segundo sentido, desde una noción jurídica, entraña la relación entre el hijo con sus padres, lo que supone el emplazamiento de una persona en un estado civil y el establecimiento de un conjunto de derechos y deberes que nacen como consecuencia.

A su turno, la filiación internacional es el vínculo paterno filial (biológico, con o sin intervención de técnicas de fertilización asistida, o adoptivo), que contiene elementos extranjeros.

La filiación puede presentarse como una cuestión principal en el DIPr cuando se trata de determinar, fijar, contestar o desconocer este vínculo, esto es, en materia de "acción de filiación" o acción de investigación de paternidad o maternidad, o de impugnación de esta maternidad o paternidad; o bien, como cuestión previa, como en el caso de sucesiones, alimentos para menores, etcétera.

Asimismo, debemos distinguir el establecimiento o impugnación de la filiación de sus efectos: atribución del nombre, derecho de alimentos, el régimen de la patria potestad o responsabilidad parental, los derechos sucesorios.

En este sentido, cabe recordar que los actos jurídicos familiares pueden ser clasificados en actos de emplazamiento y desplazamiento en el estado de familia.

Quien no se encuentra emplazado en el estado de familia que le corresponde tiene a su alcance la acción de estado destinada a declarar que existen los presupuestos de ese estado: el hijo no reconocido puede sostener en juicio que existe el vínculo biológico con el propósito de que, mediante la sentencia, se lo emplace en ese estado. También la acción puede estar destinada a extinguir el emplazamiento en un estado filiatorio, en este caso, por medio de una acción de impugnación de la filiación.

La acción de reclamación o de emplazamiento de estado de familia es otorgada, en general, con amplitud para todos los casos en que el hijo carezca del título de estado como hijo matrimonial, y los padres no tengan título de tales, no hallándose el vínculo establecido jurídicamente.

mandado. Además, si fuese razonable según las circunstancias del caso, pueden interponerse ante los jueces del lugar donde el demandado tenga bienes.

Las acciones de alimentos entre cónyuges o convivientes deben deducirse ante el juez del último domicilio conyugal o convivencial, ante el domicilio o residencia habitual del demandado, o ante el juez que haya entendido en la disolución del vínculo.

Si se hubiere celebrado un convenio, a opción del actor, las acciones pueden también interponerse ante el juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración de dicho convenio si coincide con la residencia del demandado".

Como anticipamos, el Código Civil derogado no contenía normas específicas sobre jurisdicción internacional en materia de obligaciones alimentarias, pese a los cuantiosos casos de reclamos de alimentos en los cuales deudor y acreedor alimentarios residen en diferentes Estados, o bien, cuando el deudor percibe ingresos o tiene bienes en un país distinto a aquel donde reside el acreedor de alimentos.

La nueva disposición que analizamos sigue en gran medida a los arts. 8° y 9°, parte 1ª de la CIDIP IV sobre obligaciones alimentarias, según la cual el juez competente para entender en el reclamo alimentario y en el aumento de los mismos será elegido por el acreedor alimentario (actor en el reclamo), quien podrá optar entre el juez del domicilio o residencia habitual del acreedor, o del deudor, o el juez o autoridad del Estado en el cual el deudor posea bienes, perciba ingresos u obtenga algún tipo de beneficio económico, o las autoridades del Estado ante las cuales el acreedor demande en tanto y en cuanto el deudor no se oponga a su competencia. En cambio, el juez o autoridad competente para entender en la reducción de cuota alimentaria o en su cese serán únicamente los que hubieren entendido en su fijación (art. 9°, parte 2ª). Es decir, se restringe al juez que hubiere intervenido inicialmente, dado que en este caso, la eventual medida que se adopte resultaría perjudicial para el acreedor alimentario.

A diferencia del art. 2629, la CIDIP IV consagra el llamado foro del patrimonio, sin condicionarlo a la razonabilidad de las circunstancias del caso y agrega una alternativa adicional al consagrar la prórroga tácita de jurisdicción *post litem* o sumisión al foro. Además, el marco convencional diferencia según quien reclama sea el alimentado o el alimentante (en este supuesto, para exigir el cese o reducción de la cuota alimentaria).

Por otro lado, el artículo en análisis aporta pautas específicas para las acciones de alimentos entre cónyuges y convivientes.

Sin dudas, la multiplicidad de foros disponibles a elección del acreedor alimentario facilita la acción alimentaria y sobre todo la percepción del crédito, en tanto ofrece puntos de conexión patrimoniales alternativos a los personales. En este orden de ideas, la jurisdicción internacional conferida al juez del foro patrimonial se traduciría en un rápido acceso a la efectiva concreción del cobro por alimentos. En

efecto, la existencia de bienes del acreedor radicados en el territorio sujeto a la jurisdicción del magistrado evita la necesidad de un posterior reconocimiento extraterritorial de la sentencia.

§ 17. Derecho aplicable

Según el art. 2630 del *CCCN*: *"El derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario.*

Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos.

El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo".

La única norma de derecho internacional privado que encontramos directamente vinculada al tema que nos ocupa en el antiguo Código Civil es el art. 162, que regulaba las relaciones personales entre cónyuges, y disponía que el derecho a percibir alimentos y la admisibilidad, oportunidad y alcance del convenio alimentario, si lo hubiere, se regirán por el derecho del domicilio conyugal (el domicilio efectivo, entendiéndose por tal el lugar donde los mismos viven de consuno). El monto alimentario se regulaba por el derecho del domicilio del demandado si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario.

El art. 2630 del *CCCN* determina el derecho aplicable a las obligaciones alimentarias: se rigen por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario. En igual sentido, encontramos el art. 6° de la CIDIP IV. Respecto a quién tiene el deber de elegir entre una u otra ley, en oportunidad de negociar dicho texto convencional se debatió si no sería mejor que tal elección quedara en manos del eventual acreedor. Ésta fue la posición defendida por algunas delegaciones, como la argentina, ya que entendían que librar la elección al propio beneficiario evitaba toda posible arbitrariedad judicial. Sin embargo, triunfó la posición contraria que considera que son los jueces quienes están en mejores condiciones de determinar tal circunstancia. El legislador argentino optó ahora por el mismo criterio convencional.

Según el art. 7° de la CIDIP IV las siguientes cuestiones se determinan por el derecho considerado aplicable: el monto del crédito alimentario, la legitimación activa para ejercer la acción y las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de alimentos. No encontramos en cambio disposición similar en las normas de DIPr del *CCCN*.

Por otro lado, el art. 2630 dispone especialmente la ley aplicable a los acuerdos alimentarios: a elección de las partes, se someten al derecho del domicilio o de la

Por otra parte, el reconocimiento de un hijo por parte de su progenitor también constituye un acto jurídico familiar que emplaza en el estado paterno o materno-filial, que tiene eficacia en todo tipo de filiación, sin perjuicio de las presunciones legales. Dicho acto de reconocimiento es irrevocable, puro y simple, es decir, incondicional, y unilateral.

Por otro lado, el vínculo filiatorio, ya sea biológico o adoptivo, puede ser tanto matrimonial como extramatrimonial. No obstante, en la actualidad, es pacífica la tendencia hacia la unidad de régimen, de tratamiento, pues lo contrario importaría un trato discriminatorio.

Tal como afirma Rubaja, "la elaboración y ratificación de tratados e instrumentos en materia de derechos humanos, que fueron incorporados a los ordenamientos jurídicos internos de los distintos países, ha repercutido e introducido cambios fundamentales en todas las ramas del derecho, incluidas entre ellas el derecho de familia, el derecho internacional privado y de los niños en general (...) En esta inteligencia comenzó a considerarse que en el establecimiento de un vínculo filiatorio se encontraban en juego derechos fundamentales de los individuos, por lo que se avanzó en el sentido de salvaguardar los derechos de igualdad y a la identidad de aquéllos (...) Ello marcó una importante tendencia hacia la unidad en la manera de encarar la problemática, sin distinciones de clase, o al menos de modo tal que aquéllas no resulten discriminatorias, sino cuya finalidad fuera la descripción de cuadros de situación diferentes para así poder proporcionarles un tratamiento más justo y equitativo"[1].

En suma, el establecimiento de la filiación con elementos extranjeros es "uno de los temas más polémicos del DIPr, toda vez que está intrínsecamente unido a la noción de familia (legítima o no), la noción de orden público (nacional e internacional), de medidas de protección de menores y niños, así como también está ligado a las garantías constitucionales y los derechos humanos de los hijos y de los padres". Las normas sobre filiación internacional están condicionadas por la cultura de una determinada sociedad, su religión dominante, sus hábitos sociales, sus valores, sus nociones básicas de respeto a las instituciones y a los seres humanos[2].

Tanto en el derecho comparado[3] que se ha ocupado de este delicado tema, como en un amplio sector de la doctrina nacional y extranjera, se advierte una tendencia a considerar que debe ser, normalmente, adoptado un elemento de conexión concentrado en el hijo, o su domicilio o su residencia habitual, con algunos matices de interpretación diferenciados y posibilidad de acumulación de leyes[4].

Quizás por las particularidades del tema que nos ocupa, las respuestas del DIPr se han hecho esperar. La Argentina no contaba con normas vigentes sobre filiación internacional en su fuente interna hasta la aprobación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que incorpora la Sección 5ª del Capítulo III del Título IV sobre filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida.

Vélez Sarsfield adoptó las ideas provenientes de la tradición romana, que valoraban la necesidad de proteger a la familia legal, y a la descendencia matrimonial[5]. A su vez, la ley 14.367, de 1954, igualó a todos los hijos ilegítimos y estableció una única categoría: la de los hijos extramatrimoniales. La ley tenía un propósito equiparador, pero quedaban resabios excluyentes en cuanto a la porción hereditaria (alcanzaba a la mitad de la que corresponde a los matrimoniales).

Fue recién en 1985 que la ley 23.264 logró la equiparación definitiva de todas las categorías. Clasificó a los hijos en naturales (matrimoniales y extramatrimoniales) y por adopción, dando por finalizada la tan cuestionable discriminación[6].

En el art. 558 el *CCCN* admite una nueva fuente de filiación, que equipara a las ya reconocidas legislativamente: *"La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.*

---

1 Rubaja, *Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, 2012, p. 299.

2 Fernández Arroyo - Lima Marques, "Protección de menores en general", en *El derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, ps. 647 a 650.

3 Dentro del derecho comparado se han ocupado de codificar la filiación internacional, principalmente, la Ley Federal del 15 de diciembre de 1987 sobre Derecho Internacional Privado de Suiza, la Ley de Derecho Internacional Privado de Italia nº 218 del 31 de mayo de 1995, el art. 311-14 del Código Civil francés, la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998, el Código belga de Derecho Internacional Privado de 2004, el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá de 2014, el Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado (2008).

4 Fernández Arroyo - Lima Marques, "Protección de menores en general", en *El derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 652.

5 Distinguía de forma tajante entre hijos legítimos e ilegítimos. A su turno, entre los segundos, con un estatus jurídico y social claramente desventajoso frente a los primeros, se diferenciaban distintas clases. Los más favorecidos eran los hijos naturales, es decir, "los nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa". Tenían acción para pedir su reconocimiento. Establecía reciprocidad alimentaria entre padres e hijos naturales, y admitía la posibilidad de su legitimación, pudiendo ésta ser impugnada. En materia sucesoria, podían concurrir junto con el cónyuge y los hijos legítimos, pero en condiciones mucho menos ventajosas. Los incestuosos podían, de acuerdo al grado de consanguinidad de los progenitores, equipararse con los naturales. A los adulterinos no se les admitía legitimación alguna. Los sacrílegos fueron los más cuestionados y, por ello, la ley 2393 de Matrimonio Civil, en su art. 112, eliminó esta categoría, suprimiendo los impedimentos para contraer matrimonio en virtud del orden sagrado.

6 El art. 240, párr. 2º del *CC* dispuso desde entonces que "la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme las disposiciones de este Código".

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación".

Asimismo, este nuevo cuerpo legal dedica algunas disposiciones a las llamadas "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida". En efecto, establece las siguientes pautas:

1. *"El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones"* (art. 560, *CCCN*).
2. *"La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión"* (art. 561, *CCCN*).
3. *"Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos"* (art. 562, *CCCN*).
4. *"La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento"* (arts. 563 y 564, *CCCN*).

El impacto de las técnicas de reproducción humana asistida en el derecho internacional privado es notorio. Tal como afirma Santos Belandro, "el verdadero reto actual no consiste en esta tendencia hacia la unicidad de régimen o nivelación de tratamiento de las diferentes formas de filiación ya conocidas y reguladas. Al derecho internacional privado hoy día le interesan las nuevas formas de filiación que se están obteniendo con las técnicas más modernas que nos proporciona la biotecnología. Y ese reto para una regulación adecuada —que se siente actualmente en el derecho interno— también se presenta con la misma presión, en el derecho internacional privado. Ello se debe, sobre todo, al desmantelamiento de los sistemas jurídicos internos, provocados por los adelantos científicos, sobre los que se han elaborado tradicionalmente las reglas de derecho internacional privado, las que inevitablemente también tendrán que cambiar"[7].

§ 18. Jurisdicción

De acuerdo al art. 2631 del CCCN: *"Las acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación deben interponerse, a elección del actor, ante los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor.*

En caso de reconocimiento son competentes los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, los del domicilio del hijo o los del lugar de su nacimiento".

En materia filiatoria, la tendencia es la apertura de múltiples foros a disposición del actor, tanto para las acciones de reclamación-impugnación como respecto del reconocimiento, en pro del acceso a la justicia, en beneficio del interés superior del niño y del *favor filii*.

Ante el vacío legislativo existente en nuestro país hasta la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la doctrina argentina se dedicó a proponer algunas soluciones para la determinación del juez competente en materia de filiación. En este sentido, Najurieta sugirió, a elección del actor, atribuir competencia a los jueces del domicilio del demandado al tiempo de la concepción, del nacimiento o de la promoción de la acción; a los jueces del Estado cuyo derecho rige el fondo del asunto; o a los jueces del lugar de residencia habitual del niño, al tiempo del nacimiento o de la promoción de la acción. En los casos de reconocimiento voluntario o de impugnación de reconocimiento, sostuvo que podrían tener competencia, a elección del actor, los jueces del lugar de otorgamiento del acto, del domicilio del demandado o de la residencia habitual del niño[8].

Cabe señalar que en las "12ª Jornadas Nacionales de Derecho Civil", celebradas en la Universidad Nacional del Comahue, en 1989, *de lege ferenda*, fue recomendado que: "*I*. Jurisdicción: *1º*) Las acciones relativas a la filiación matrimonial serán intentadas ante el tribunal de la residencia habitual de los cónyuges. En caso de anulación, separación o disolución matrimonial, serán competentes los jueces de la última residencia habitual común de los cónyuges. *2º*) Las acciones relativas a la filiación extramatrimonial podrán ser intentadas ante los jueces: *a*) del lugar del nacimiento; *b*) de la residencia habitual del posible progenitor o de la del eventual hijo".

[7] Santos Belandro, *Derecho civil internacional y de familia*, 2009, p. 191.

[8] Najurieta, *El derecho internacional privado de la filiación y los valores del fin de siglo*, en "Revista de Derecho Internacional y de la Integración", nº 1, 2000, ps. 91 y 92.

Por su parte, la jurisprudencia argentina reconoció la jurisdicción general de los jueces del lugar de domicilio del demandado en las acciones filiatorias: "Si el accionado pretende el emplazamiento filiatorio extramatrimonial se advierte sin mayor esfuerzo que tanto los derechos del accionado como los del actor recibirán adecuado tratamiento en aquel foro que mejor posibilite la dilucidación de la referencia biológica de la pretensión filiatoria. Tal foro es el argentino en el que el demandado se encuentra domiciliado y al que ha venido el actor en busca de clarificar el punto"[9].

En cuanto a la fuente convencional, dado que los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 carecen de normas jurisdiccionales específicas en materia de filiación, deberá estarse a lo dispuesto por los arts. 56 de ambos convenios que atribuyen competencia a los jueces del domicilio del demandado o del país cuyo derecho rige el acto jurídico materia de juicio; es decir, que en virtud del criterio del paralelismo existe una remisión a los arts. 16 a 18 y 20 a 22, respectivamente, de cuyo análisis nos ocuparemos seguidamente.

En materia de filiación, no resulta operativa la posibilidad que incluye el art. 56 del Tratado de 1940, pues se trata de una materia indisponible en la que la prórroga de jurisdicción podría resultar en perjuicio del menor que constituye, sin dudas, la parte débil de la relación jurídica[10].

[9] Trib. Coleg. Familia nº 5 Rosario, 24/10/02, "N., B. c. B., G.", *LL*, 2003-D-351. En este caso, se llevó a consideración del tribunal argentino el reconocimiento de filiación extramatrimonial de un ciudadano norteamericano, nacido en Estados Unidos de Norteamérica y domiciliado en dicho país. El foro elegido para dicho planteamiento fue el domicilio del demandado en nuestra República. El tribunal consideró que el planteo de la jurisdicción norteamericana exclusiva no tomaba en cuenta que la pretensión filiatoria extramatrimonial del ciudadano norteamericano tenía como demandado a un argentino, habiéndose llevado el conocimiento de la causa a los jueces del domicilio del demandado.

[10] La jurisprudencia argentina se pronunció respecto a las normas de jurisdicción de los Tratados de Montevideo en un caso de filiación internacional, en CNCiv., Sala I, 21/11/02, "S., B. I c. C., V. y otro s/impugnación de maternidad", *ED*, 201-154. Se demandaba a dos personas cuyo domicilio se encontraba en el extranjero, presuntamente en la ciudad de México, por impugnación de maternidad con relación a la primera de ellas y reclamación de filiación materna extramatrimonial respecto de la segunda. En el relato de los hechos la demandante sostuvo que la codemandada V. C. no es la madre del restante codemandado C. C., al que atribuye ser hijo suyo. La Cámara indicó que: "Un recurso generalmente aceptado y, en principio, preferido a la aplicación de las reglas de fuente interna sobre distribución de la competencia territorial, es la aplicación analógica de los tratados celebrados por la República Argentina en materia de derecho internacional privado, aunque su aplicación directa al caso no proceda por no ser el país implicado ratificante de los mismos aunque sí lo sea la Argentina. Tal es el caso de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 ... Empero, en el caso de la filiación, las conclusiones que podrían extraerse de su aplicación analógica no aportan soluciones satisfactorias y así lo ha señalado la doctrina. En efecto, ambos tratados carecen de normas específicas sobre acciones como la que aquí se ha entablado y sólo contienen la regla general de su art. 56 (en ambos tratados), según la cual las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto materia del juicio". Prosigue el tribunal: "si se analiza la solución de declarar aplicable a los derechos y obligaciones concernientes a la filiación entonces adjetivada como legítima la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos (arts. 18 del primer tratado y 22 del segundo), se advierte que ella no fue fundada en principio jurídico científico alguno acerca de cuál era el lugar del asiento de tal relación jurídica en la esfera internacional, o el Estado cuyo derecho tuviera los lazos más estrechos con la cuestión en tratamiento. En razón de la conflictiva situación que enfrentaba a los países de la cuenca del Plata por el diverso tratamiento dado en sus derechos civiles a la cuestión del divorcio vincular, con la repercusión consiguiente sobre la naturaleza de la filiación, el acuerdo logrado era el único que podía satisfacer las exigencias del orden público internacional en cuestión tan delicada, limitándose cada Estado a aplicar su propio derecho ante las pretensiones que llegasen a conocimiento de sus jueces cuando se considerasen competentes". Además advierte que tales Tratados enfocan sólo las consecuencias de la filiación extramatrimonial, pero omiten reglar las condiciones de su establecimiento. Concluye categóricamente: "Su señalada insuficiencia y la insatisfacción manifestada con las soluciones a que conduciría la aplicación analógica de los Tratados de Montevideo mueve a la doctrina a postular otras diversas para resolver el tema del derecho aplicable al establecimiento de una filiación extramatrimonial".

Respecto al art. 2631 del *CCCN*, advertimos que atribuye jurisdicción en materia de filiación distinguiendo entre las acciones para la determinación e impugnación y el reconocimiento, ya que instan a procedimientos de diversa naturaleza, mientras que en un supuesto estaremos ante un procedimiento contencioso, en donde tendremos un actor y un demandado, cuando estamos ante un reconocimiento, nos encontramos frente a un acto unilateral voluntario.

En el primer caso, a elección del actor, tales acciones se pueden interponer ante: *1)* los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial, o ante *2)* los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor. Es decir, son competentes los tribunales judiciales del lugar de domicilio del actor o del demandado, a elección del primero.

La segunda opción responde al principio general en materia de acciones personales, que recoge el art. 2608 del *CCCN*.

En el caso del reconocimiento son competentes: *1)* los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, *2)* los del domicilio del hijo, o *3)* los del lugar de su nacimiento. Este último es una conexión atributiva de jurisdicción poco frecuente, que no necesariamente coincidirá con la nacionalidad del niño ni con el lugar de su domicilio o residencia habitual.

Tal como podemos observar, el legislador no limita temporalmente la noción de domicilio en ninguno de los casos. Sin embargo, descarta la residencia habitual como conexión razonable para determinar la jurisdicción competente, lo cual es llamativo si tenemos en consideración las tendencias predominantes en el derecho comparado, en proyectos de reforma anteriores, en foros internacionales de codificación y, en definitiva, en la doctrina y la jurisprudencia.

Por otro lado, vale destacar que la norma omite mencionar, a los fines de la determinación de la jurisdicción competente, las acciones de impugnación del reconocimiento.

Finalmente, cabe señalar que el art. 2631 debe analizarse en concordancia con normas generales sobre jurisdicción. En particular, nos referimos al art. 2602 que establece el llamado foro de necesidad, según el cual aunque las reglas del Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

Es decir, que aunque en virtud del artículo que analizamos, los jueces argentinos no tuvieran jurisdicción, si se dieran los excepcionales extremos del art. 2602, podrían declararse competentes.

§ 19. Derecho aplicable

Los arts. 2632 y 2633 del *CCCN* se destinan a determinar el derecho aplicable en esta materia.

Por una parte, según la primera disposición: *"El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.*

El derecho aplicable en razón de esta norma determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado".

A su turno, el art. 2633 establece que: *"Las condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto.*

La capacidad del autor del reconocimiento se rige por el derecho de su domicilio.

La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo".

La determinación de la ley aplicable no es un tema menor, dado que cada país tiene sus propias disposiciones sobre las presunciones de paternidad, determinación de la maternidad, legitimación por posterior casamiento, diversos plazos para la impugnación de la filiación, distintos legitimados para iniciar una acción de ese tipo, requisitos para el reconocimiento de un hijo, entre otras cuestiones fundamentales.

Los ordenamientos jurídicos nacionales, tradicionalmente, distinguían entre filiación legítima e ilegítima, matrimonial y extramatrimonial, y, por ende, entre hijos nacidos dentro o fuera de un matrimonio válidamente celebrado. La primera categoría filiatoria era sometida a la ley de la nacionalidad o del domicilio común de los padres, brindando clara preeminencia masculina para el caso de falta de coincidencia. Respecto a la filiación ilegítima, la solución podía variar entre la ley del domicilio o nacionalidad de la madre, del padre o del niño. Sin embargo, ninguno de estos criterios resultaba plenamente satisfactorio[11].

El mundo actual, signado por la protección de los derechos humanos, proclama en cambio la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, lo que se traduce en el reconocimiento de la igualdad entre marido y mujer y entre padre y madre. Esa misma igualdad y, en consecuencia, el principio de no discriminación también se predican en relación con los hijos.

A su turno, influyen en el régimen internacional de la filiación la crisis del matrimonio como institución, y a la par, el incremento de las uniones convivenciales. Este nuevo escenario motivó, en el plano interno, la reforma del derecho de familia en general y del derecho de la filiación en particular, guiado por el principio de igualdad entre los hijos. A partir de fines de los años sesenta, los Estados europeos realizaron estas modificaciones en sus ordenamientos internos[12]. En los países latinoamericanos en general, y en la Argentina en particular, el proceso de cambio fue más lento.

Por su parte, en el plano del derecho internacional privado, las reglas de conflicto clásicas en la materia se fueron flexibilizando. Los puntos de conexión únicos, al estilo savigniano, dejaron paso a las conexiones múltiples, alternativas o subsidiarias, orientadas en todo caso a la protección del interés superior del niño, optando siempre por la ley más favorable.

El *favor filii* o *favor legitimatis* se convierte en un criterio rector al momento de elegir entre el abanico de opciones más o menos amplias que nos brindan las normas indirectas con conexiones múltiples: lugar de nacionalidad, domicilio o residencia del hijo, o de los padres o pretensos progenitores, lugar de celebración del matrimonio, entre las principales.

Estas conexiones más realistas y flexibles pueden o no estar jerarquizadas. Es decir, el legislador puede brindar puntos de conexión alternativos, a opción del juez o de los justiciables, o bien puede jerarquizar los puntos de conexión, una suerte de cascada de conexiones sucesivas, de modo tal que operen una en defecto, en subsidio de otra, la que no se puede determinar por alguna circunstancia razonable.

A su vez, los puntos de conexión personales (nacionalidad, domicilio, residencia) y mutables conllevan la posibilidad de que se susciten conflictos móviles. Sin

[11] Cfr. Foyer, *Problèmes de conflits de lois en matière de filiation*, en "Recueil des Cours", 193-19.

[12] Cfr. Foyer, *Problèmes de conflits de lois en matière de filiation*, en "Recueil des Cours", 193-21.

embargo, se advierte la tendencia legislativa a fijarlos, al definir el momento en que deben considerarse, siendo lo más frecuente la fecha del nacimiento del hijo. No obstante, esta limitación temporal puede ser incompatible con la idea del *favor filii*, que debe jugar, para su coherente aplicación, en el espacio pero también en el tiempo.

En materia de ley aplicable, ante el vacío del Código de Vélez Sarsfield, la doctrina se ocupó de realizar algunas propuestas que sirvieran de base para la solución de casos concretos, o bien, *de lege ferenda*.

En tal inteligencia, Najurieta propuso que tanto el establecimiento como el desplazamiento de la filiación se deben regir por la ley del domicilio del hijo, al tiempo de la concepción o al tiempo del nacimiento, el que resultare más favorable[13].

Por su parte, para el establecimiento de la filiación y sus efectos, Uzal sugirió aplicar en cascada puntos de conexión alternativos en miras de satisfacer el *favor filiorum*: la ley del lugar de celebración del matrimonio; la ley del lugar del domicilio conyugal al momento del nacimiento del hijo; la ley del lugar del nacimiento del hijo; la ley del pretendido progenitor al tiempo del nacimiento del hijo, siempre teniendo en cuenta el que resultare más favorable al niño y al establecimiento del vínculo filial. Además, la autora sostuvo que debería indicarse, en subsidio, que los derechos y obligaciones derivados de la filiación se rigen por la ley del lugar en que se pretenda hacerlos efectivos. Finalmente, Uzal ha afirmado que cabría prever una cláusula de excepción que permita al juez ejercer, responsablemente, una función correctora de la norma de conflicto, en búsqueda de la solución más justa[14].

Por último, recordemos las conclusiones, propuestas *de lege ferenda* por la doctrina iusprivatista internacional en las "12ª Jornadas Nacionales de Derecho Civil" celebradas en la Universidad Nacional del Comahue, en Bariloche, ya en 1989, al recomendar: "*II*. Ley aplicable: *1º*) La filiación matrimonial, si depende de la validez del matrimonio, se rige por el derecho que regula esta última. Las cuestiones ajenas a la validez del matrimonio se rigen por la ley del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo. *2º*) El reconocimiento de la filiación extramatrimonial se rige por el régimen más favorable al vínculo, eligiendo entre los derechos de: *a*) el lugar de concepción en cuanto sea claramente determinable, *b*) el lugar de nacimiento, y *c*) el domicilio del posible progenitor en los momentos referidos".

El vacío que en la materia había dejado nuestro codificador motivó, como comentamos, la aplicación analógica de los Tratados de Montevideo.

13 Najurieta, *El derecho internacional privado de la filiación y los valores del fin de siglo*, en "Revista de Derecho Internacional y de la Integración", nº 1, 2000, ps. 91 y 92.

14 Uzal, *Los menores y el derecho internacional privado. La filiación de base biológica. Reflexiones en torno a la ley aplicable, la fecundación asistida y el orden público*, en "Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional", VII, nº 10, 1994, p. 51.

El Tratado de Montevideo de 1889, en el Título VI, "De la filiación", contiene tres disposiciones en materia de filiación matrimonial y extramatrimonial. Respecto a la filiación matrimonial, el art. 16 dispone que la ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio.

El art. 17, a su turno, establece que las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se someten a la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo.

Finalmente, dedica el art. 18 a la filiación extramatrimonial, indicando que los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos.

En idénticos términos, se expide el Tratado de Montevideo de 1940 en sus arts. 20 a 22.

Sobre la distinción que efectúan los tratados entre la filiación legítima e ilegítima, existen opiniones divergentes. Al respecto, Rubaja sostiene que dicha distinción debe ser interpretada simplemente como categorías que contemplan distintos supuestos de hecho, y en modo alguno como cualquier tipo de discriminación entre los hijos nacidos o concebidos en distintas situaciones fácticas, ya que resultaría a todas las luces inconstitucional[15].

En el mismo sentido, D'Antonio entiende que, si bien el empleo de esta terminología no implica que el tratado efectúe discriminación alguna, a ello deberá sumarse que entre los derechos que resulten conectados al caso concreto se podrá optar por aquel cuya solución no resulte discriminatoria y sea la más favorable a los intereses del hijo. Y además, sostiene que siempre quedaría a salvo la cláusula general de orden público prevista en el art. 4º de los protocolos adicionales de ambos tratados que rezan: "Las leyes de los demás Estados, jamás serán aplicadas contra las instituciones públicas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso"[16].

15 Rubaja, *Filiación internacional. Los problemas de derecho internacional privado en materia de filiación. Cooperación internacional. Producción de prueba anticipada. Análisis de un caso argentino-mexicano*, en *Microjuris*, MJ-DOC-2739-ARIMJD2739; disponible en *www.microjuris.com* (20/11/14).

16 D' Antonio, *Derecho de menores*, 4ª ed., 1994, p. 471 y ss. También se ha explayado prestigiosa doctrina uruguaya sobre la vigencia de las soluciones de la obra montevideana. Así, Fresnedo de Aguirre sostiene que "los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional, tanto el de 1889 como el de 1940 eran totalmente válidos al momento de su celebración, en general, y en particular con respecto a la filiación. Pero con posterioridad —concretamente a partir del reconocimiento del derecho a la no discriminación entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio— a texto expreso en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17.5), el Título VI (De la filiación), se vuelve contrario a la norma de la Convención Americana citada, que calificamos como de *ius cogens*, al haber sido establecida con posterioridad —el 22 de noviembre de 1969— a

La jurisprudencia argentina, en los pocos casos que han sido resueltos por nuestros tribunales en la materia que nos ocupa, ha aplicado los Tratados de Montevideo aun después de la equiparación en la fuente interna entre filiación matrimonial y extramatrimonial[17].

Por otro lado, una cuestión que también ha generado opiniones adversas respecto de las disposiciones montevideanas es el corte temporal elegido para determinar la ley que rige la legitimidad de la filiación matrimonial, es decir, la ley del domicilio conyugal al momento del nacimiento del hijo. En efecto, ha sido objeto de críticas, ya que se ha entendido que dicho corte no responde a principios de derecho natural, pudiendo fracasar la conexión elegida porque no exista domicilio conyugal al momento del nacimiento o por problemas de calificaciones respecto de lo que debe entenderse por domicilio conyugal[18].

El art. 2632 del *CCCN* dispone que el establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen, alternativamente, por:

a) *"El derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento"*: debe tenerse presente que el art. 2614 establece una calificación autárquica del domicilio de las personas menores de edad, según la cual aquél se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en Estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual. Por otro lado, apreciamos que siendo el domicilio un punto de conexión mutable, el legislador ha decidido fijarlo temporalmente, al momento del nacimiento del hijo. Por ende, en principio, el juez no podría recurrir al lugar del domicilio del niño establecido con posterioridad, aun cuando condujera a una ley más favorable para sus derechos, salvo que invocara el art. 2597 del *CCCN*.

b) *"El derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo"*: respecto a esta conexión alternativa, debemos recordar que art. 2613 del *CCCN* define qué entiende por domicilio y residencia habitual de la persona humana. Tal como afirmamos respecto del punto anterior, en este caso también el legislador fijó temporalmente el lugar del domicilio del progenitor. Por ende, corresponden las mismas consideraciones expuestas en a).

c) *"El Derecho del lugar de celebración del matrimonio"*: a este punto de conexión, que además rige la validez intrínseca y extrínseca de aquél (art. 2622, *CCCN*), el juez podrá recurrir en aquellos casos de filiación matrimonial.

El juez optará por el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.

El alcance del derecho que resulte aplicable teniendo en consideración la orientación material que el legislador le brinda al juez es amplio, pues determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado.

Lo que más llama nuestra atención respecto de la norma analizada es que el legislador haya recurrido al "domicilio" cuando la tendencia predominante es, en materia de menores, la residencia habitual tanto para determinar el juez compe-

los Tratados de Montevideo en cuestión. La consecuencia práctica del criterio expuesto sería que los jueces uruguayos, frente a un caso relativo a la filiación que involucre a los Estados Parte de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, al resultar nulos los artículos correspondientes a dicha materia, deberían recurrir al derecho internacional privado de fuente interna ..." (cfr. Fresnedo de Aguirre, *El régimen internacional de la filiación y los derechos humanos: el diálogo de las fuentes*, en "Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay", nº 1, 2006, p. 185).

Por el contrario, el profesor Rubén Santos Belandro entiende apresuradas las conclusiones de Fresnedo, principalmente, "porque el establecimiento de puntos de conexión diversos para regular la filiación matrimonial por un lado y la extramatrimonial por el otro, no necesariamente implican una discriminación. Se trata de relaciones paterno filiales diferentes por naturaleza: unas nacidas de un matrimonio formal válido y otras emergentes de relaciones donde el matrimonio se halla ausente. Entonces, regular situaciones diferentes mediante soluciones diferentes —en tanto y en cuanto no busquen una exclusión o destrato jurídico al hijo extramatrimonial— no tienen en absoluto un carácter discriminador, sino el deseo de lograr un ajuste a la realidad social" —cfr. Santos Belandro, *Derecho civil internacional y de familia*, 2009, p. 245; ídem, *Los derechos fundamentales y el derecho internacional privado*, en "Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración", sep. 2013; *elDial*-DC1A1F (28/11/14).

17. En ese sentido destaca un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "O., S. A. c. O., C. H. s/impugnación de la paternidad", del 1/11/99, en el cual nuestro Máximo Tribunal sostuvo: "Que si bien al tiempo de su nacimiento y al tiempo de la promoción de este litigio, el niño se hallaba domiciliado en la República Argentina, es indudable que, por lo menos, a mediados de 1997 ... y al momento de presentarse por derecho propio en esta instancia ..., el menor tiene su domicilio en la República Oriental del Uruguay. Dado que el derecho aplicable a la materia de este juicio no es disponible para las partes, es necesario que esta Corte defina el marco jurídico para el tratamiento del litigio, tomando como tiempo crítico —a los efectos de resguardar los derechos del niño— el de la presentación de S. en esta causa, una vez alcanzada la edad del pleno discernimiento para actos lícitos (art. 921, CC argentino). En este sentido, su domicilio en el país vecino conlleva a la aplicación del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, cuyo art. 21 dispone que las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo. Por ello, la presente acción de impugnación de paternidad matrimonial queda regida por el derecho argentino, el cual es aplicable, asimismo, a la legitimación activa ...".

18. D' Antonio, *Derecho de menores*, 4ª ed., 1994, p. 474.

tente como la ley aplicable, ya sea como punto de conexión único, principal o alternativo. El legislador, en los fundamentos del Anteproyecto, expone los motivos que lo llevaron a esta decisión: "En atención a que la realidad a regular es muy compleja, se ha preferido el punto de conexión 'domicilio' —si bien junto con otras alternativas que buscan la mayor adecuación a la realidad fáctica del eventual supuesto—, pues esa localización da mayor certeza que la residencia habitual, precisamente en una problemática que comprende las consecuencias jurídicas de la concepción y del nacimiento de todo ser humano".

Por su lado, el art. 2633 del *CCCN* determina el derecho aplicable al acto de reconocimiento de hijo y, al respecto, la norma que analizamos distingue diversos aspectos:

a) *"Las condiciones del reconocimiento se rigen: por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento, o al tiempo del acto, o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto"*. El art. 2633 omite confirmar expresamente cuál será la orientación que tendrá que tener el juez para elegir uno u otro derecho. Entendemos que, por analogía, se aplica el criterio sentado en el art. 2632, que, en definitiva, se sustenta en la regla clave y principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional.

b) *"La capacidad del autor del reconocimiento se rige por el derecho de su domicilio"*. Esta disposición coincide con la regla general en materia de capacidad de la persona física que se encuentra recogida en el art. 2616 del *CCCN*.

c) *"La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo"*. Cuando la norma se refiere al "lugar del acto", debería decir "lugar de otorgamiento del acto". En este caso, debemos analizar la norma en concordancia con lo dispuesto por el art. 2649 del *CCCN* sobre formas y solemnidades de los actos jurídicos.

§ 20. Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero

Según el art. 2634 del *CCCN*: *"Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.*

Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño".

El reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero debe estar guiado por el *favor filiationis*, es decir, siempre corresponde inclinarse a favor de dicho emplazamiento, sobre todo cuando no exista otro ya determinado. Ésa es la respuesta que satisface el interés superior del menor y, en particular, su derecho a la identidad.

Al respecto, es de interés recordar los fundamentos expuestos por los especialistas que elaboraron el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012: "No se nos escapa que el derecho de fondo en cuestiones de filiación se encuentra en plena evolución, con grandes diferencias en las legislaciones nacionales. Por ello, se ha incluido una norma específica que sienta el principio del reconocimiento de todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero, en tanto sea compatible con los principios de orden público de nuestro país, especialmente los que imponen la consideración del interés superior de niños y niñas. Esta norma tiende a la estabilidad del vínculo filial, permitiendo el control del orden público internacional que el juez apreciará en el caso concreto"[19].

La jurisprudencia ya ha destacado, en tal inteligencia, que "es definitorio que el Estado argentino ha elevado a condición de norma con jerarquía constitucional tratados que establecen y favorecen la determinación de la filiación de origen de los menores (Convención sobre los Derechos del Niño) y es claro que no se satisfaría tal cometido constitucional si la protección se restringe a los nacionales de nuestro Estado no haciéndola extensiva al extranjero que acude en busca de un emplazamiento filiatorio"[20].

En este sentido, "deberá priorizarse la faz dinámica de la identidad del niño en cada caso, sobre todo en aquellos supuestos en el que vínculo afectivo y social se encuentre ya afianzado y cualquier decisión que vulnere esos derechos adquiridos atentaría contra los derechos fundamentales del niño y desatendería su mejor interés"[21].

[19] Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV, "Derecho Internacional Privado", 2012, consultado en *www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf* (10/2/15).

[20] Trib. Colag. Familia nº 5 Rosario, 24/10/02, "N., B. c. B., G.", *LL*, 2003-D-351. En este fallo, el tribunal concluyó que la aplicación del derecho argentino es la solución que, en el caso, más favorece el reconocimiento y dilucidación del vínculo, en consonancia con el principio *favor filius* vigente en el derecho internacional privado.

[21] Rubaja, *Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, 2012, p. 331.

En suma, "el orden público hoy protege al hijo, sea tenido o no en el matrimonio". Sin embargo, no se pueden descartar "las posibilidades de fraude a la ley de DIPr y de las peculiares situaciones que se crean cuando las técnicas de reproducción asistida pasan a ser usadas a escala internacional. Tratándose de reproducción asistida internacional, que generalmente utiliza la figura de la adopción para determinar la filiación a favor de aquellos que pagaron los costos de la reproducción asistida, no es imposible que se intente usar a los países latinoamericanos como exportadores de gametos y proveedores de madres de alquiler para padres 'adoptivos' de países industrializados"[22].

El art. 2634 del *CCCN* contiene dos párrafos. El primero brinda la regla general a seguir cuando se solicita ante un juez argentino el reconocimiento de los efectos de un emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero. En tales supuestos, la disposición establece que deberá reconocerse en nuestro país, de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Por ende, se vincula al art. 2600 de la Parte General de las "Disposiciones de derecho internacional privado", según el cual las normas de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino. En consecuencia, si dicho reconocimiento del estado filiatorio conduce a un resultado contrario a nuestros principios esenciales, deberá ser desechado.

El segundo párrafo del artículo bajo estudio se ocupa de un tema muy delicado y recientemente explorado por el derecho argentino, como es la relación entre el DIPr y las llamadas técnicas de fertilización asistida. Según la norma que estamos analizando, las disposiciones sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. Agrega el artículo que, en todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

Cabe recordar que el orden público internacional argentino en esta materia viene dado por los principios consagrados positivamente en diversos convenios internacionales con jerarquía constitucional, enumerados en el art. 75, inc. 22 de la *CN*. En particular, el art. 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 establece que: "*1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento* y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, *a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos* ...".

[22] Fernández Arroyo - Lima Marques, "Protección de menores en general", en *El derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, ps. 654 y 655.

A su turno, el art. 8º dispone que: "*1.* Los Estados Partes se comprometen a respetar *el derecho del niño a preservar su identidad*, incluidos la nacionalidad, el nombre y *las relaciones familiares* de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. *2.* Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, *los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad*" (el destacado nos pertenece).

En suma, el juez recurrirá al orden público internacional para desconocer las disposiciones de un derecho extranjero, bajo el cual fue constituida una filiación, siempre por vía de excepción, cuando dicho ordenamiento jurídico foráneo atente manifiestamente con nuestros principios fundamentales[23].

Por otro lado, cabe señalar que, aunque la norma que analizamos no lo indique expresamente, tampoco un juez argentino estará obligado a reconocer un emplazamiento filiatorio constituido en el extranjero si detectare un caso de fraude a la ley en los términos del art. 2598 del *CCCN*.

[23] Ejemplos de este tipo pueden darse cuando esas normas provienen de un país de religión musulmana que tiene una concepción muy distinta a la occidental en materia filiatoria. En los regímenes musulmanes jamás un juez podrá determinar la filiación aunque fuera a pedido del propio menor o de su madre o de cualquier representante legal. En efecto, "aparte de la presunción de filiación matrimonial, el cauce del reconocimiento de la filiación descansa exclusivamente en la voluntad del padre y ninguna otra persona o autoridad, ni siquiera el juez puede sustituirla" (cfr. Motilla, "La filiación natural y adoptiva en el derecho islámico y en los códigos de Marruecos, Argelia y Túnez. Relevancia en el derecho español", en Calvo Caravaca - Carrascosa González, *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, 2004, ps. 585 y 586. Una situación que puede resultar aún más difícil de resolver, a la luz de nuestros principios fundamentales, son los pedidos de reconocimiento extraterritorial en el país de los efectos de acuerdos de maternidad subrogada celebrados en el extranjero conforme a un ordenamiento jurídico que los permite. Puede ampliarse en Scotti, *La "maternidad subrogada" en la legislación y jurisprudencia argentinas*, en "Revista Digital En Letra", año 1, nº 1, feb. 2014, ps. 47 a 78; disponible en *enletra.com* (23/10/14).

Capítulo VI

La adopción internacional

La Sección 6ª se ocupa de una delicada cuestión en el ámbito del derecho de familia y, en particular, del derecho internacional privado, como es la adopción internacional, aquella donde se presentan elementos extranjeros. Es decir, en líneas generales, en aquellos casos donde el domicilio de los adoptantes se encuentra en un país distinto al lugar donde el adoptado tiene su domicilio o residencia habitual.

La mayoría de los derechos occidentales consagran la institución de la adopción como mecanismo de protección de los niños y en su resguardo intervendrán los poderes públicos, en general, el Poder Judicial, y se revestirá al acto de una serie de formalidades y procedimientos, tras los cuales el adoptado adquirirá el estatus de hijo y tendrá los mismos derechos que los hijos biológicos.

Sin embargo, no todos los países, aun de Occidente, reconocen efectos a la adopción internacional, o bien, permiten la constitución de adopciones de este tipo en su respectivo territorio.

Por otro lado, diversas son las soluciones, los criterios adoptados para regularla: la aplicación exclusiva de la ley del domicilio del adoptante, la de la ley del domicilio o residencia habitual del adoptado, la *lex fori*, la aplicación de la ley más favorable, la aplicación acumulativa de las leyes del adoptado y del adoptante, o bien, la solución distributiva.

El Código Civil de Vélez Sarsfield, en vigor desde 1871, no admitía la institución de la adopción porque en la misma nota de elevación de 1865 sostenía que no estaba en las costumbres argentinas, ni lo exigía ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella sino en casos muy singulares.

Bajo este régimen, a pocos meses de la entrada en vigor de la ley 13.252, el 22 de diciembre de 1948, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal resolvió la sucesión del célebre caso "Grimaldi, Miguel A."[1]. En esta senten-

[1] *JA*, 1949-I-578.

cia, se juzgó válida la adopción (cuestión previa) conforme al derecho italiano, pero como en la Argentina todavía no se había incorporado la institución, se desconoció la vocación sucesoria de la hija adoptiva respecto del bien inmueble situado en el país en el marco de la sucesión del adoptante (cuestión principal).

En septiembre de 1948, se sancionó la ley 13.252 que incorpora la adopción al ordenamiento jurídico argentino, pero no contiene referencia alguna a la adopción internacional.

A su turno, la ley 19.134 de 1971 se ocupa por primera vez del tema, en sólo dos artículos, prácticamente idénticos a los que reproduce luego la ley 24.779, sancionada el 28 de febrero de 1997 y promulgada el 26 de marzo de 1997. Sin embargo, ninguna de sus normas regulaba la jurisdicción internacional en materia de adopción.

Dicha ley agregó una norma que obstaculizaba claramente la adopción internacional. Nos referimos al art. 315 del *CC*, según el cual: *"Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda ..."*.

Cabe señalar que el art. 315 no contemplaba el caso del argentino que se ha ido del país y luego regresa al mismo, no contando con los cinco años de residencia posteriores a su retorno al momento de la petición de la guarda. Una interpretación restrictiva obligaba a exigirle a dicha persona de nacionalidad argentina vivir en el país durante cinco años como mínimo antes de solicitar la guarda de un menor.

Al respecto, cabe recordar el caso "Defensor General s/Guarda art. 4°, ley 1565"; la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa, el 1° de marzo de 1996 revocó la sentencia de primera instancia y otorgó la adopción de una menor a adoptantes nacionales con residencia en Canadá. La Cámara manifestó que la adopción dentro de nuestro territorio de argentinos por argentinos residentes fuera del país no está contenida en la reserva formulada por nuestro país a la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello es así, pues en una estricta interpretación del art. 2° de la ley 23.849 y de los incisos del art. 21 de la citada Convención observados, sólo cabe concluir que lo que allí se contempla está vinculado al marco de prevención a que deberá ajustarse la adopción de niños argentinos en países extranjeros. Negar la adopción de argentinos por argentinos dentro de nuestro territorio por la única circunstancia de residir estos argentinos adoptantes fuera del país importaría establecer una desigualdad entre los ciudadanos que contraría los arts. 16 y 19 de la *CN*.

El fallo señalaba que no existe impedimento para otorgar la guarda con fines de adopción de una menor argentina a un matrimonio argentino residente fuera del país, pues el aspecto estático de la identidad del menor se encuentra preservado y de las constancias de la causa surge también la preservación del aspecto dinámico, los peticionantes demuestran voluntad de adecuarse a los requerimientos necesarios para no obstaculizar el deber impuesto por el art. 63 de la ley 1270 y se ha creado entre las partes involucradas un vínculo afectivo de gran magnitud que es el que, en definitiva, dará satisfacción a los intereses superiores de la niña.

Otra crítica significativa que se le ha realizado a esta disposición es que nada exige sobre el lugar de residencia posterior a la adopción. En consecuencia, podría darse el caso de una persona extranjera que resida en el país por cinco años, obtenga la adopción de un menor y de inmediato se traslade a su país de origen.

En este sentido, adelantamos que el nuevo *CCCN* ha eliminado el requisito del mínimo de cinco años de residencia para personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país.

Como podemos apreciar, la República Argentina, en particular, tiene una posición poco favorable a esta institución.

Ya desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño por ley 23.849, posteriormente "constitucionalizada" en la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, *CN*), la Argentina manifestó una clara posición contraria, de rechazo a la adopción internacional respecto de niños nacionales o con residencia en nuestro país, que se pretendan adoptar por residentes en el extranjero, ante tribunales argentinos.

En efecto, la ley 23.849 estableció que la República Argentina hacía reserva a los incs. *b)*, *c)*, *d)* y *e)* del art. 21[2] y manifestaba que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanis-

[2] Art. 21: "Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen.

c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen.

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella.

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes".

mo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta[3].

Varias son las razones que motivan esta posición: evitar el tráfico y explotación internacional de niños, así como el desarraigo del niño de su territorio y su cultura nacional de origen, con la consiguiente pérdida de su identidad. Por otro lado, el alto número de personas ofrecidas para adoptar, con residencia en nuestro país, respecto de los niños menores que pueden ser dados en adopción tornaría desaconsejable recurrir a la adopción internacional, de carácter subsidiario.

Otra objeción, entre las principales, reside en la desconfianza o la falta de control posterior que sobre los adoptantes y sobre el niño pueda hacerse en el extranjero.

Los fundamentos expuestos en los debates parlamentarios de la ley 24.779 son ilustrativos: "Todos sabemos que hasta no hace mucho tiempo, en la Argentina se podían producir hechos delictuosos con respecto al robo de niños, pero no se producía un tráfico de menores tan intenso como el que ocurre ahora (...) Desgraciadamente, la Argentina ha entrado a formar parte de esa cadena de tráfico internacional. Los niños argentinos son producto de venta en los mercados internacionales. Incluso, con la aparente intención de atender las necesidades del Sur hambreado, se están propiciando leyes internacionales de adopción. Espero que nuestro país nunca vuelva hacia atrás en su decisión de no suscribir ese tipo de iniciativas (...) En el mismo orden de ideas, se consideró importante el requisito de la residencia mínima en el país, pues con él se pretende evitar la exportación de niños argentinos, la compraventa de niños con destino a otros países. Esto constituye una realidad y un grave problema que no podríamos soslayar en esta oportunidad, habida cuenta de que la Argentina viene siendo un blanco preferencial en la búsqueda de niños para adoptar, lo cual en algún sentido nos entristece".

En suma, la posición oficial de nuestro país se puede resumir en un dictamen del Ministerio de Justica de la Nación, el nº 321, correspondiente al expte. 172.826/08 del 18/12/08, firmado por el procurador del Tesoro, doctor Osvaldo C. Guglielmino, que manifiesta que "ante el supuesto de adopción internacional, los organismos públicos se abstendrán de actuar o intervenir en trámites relacionados con ella, a menos que esas solicitudes de intervención provengan de organismos oficiales competentes de Estados extranjeros y estén fundadas en sólidas razones humanitarias".

Sin embargo, se han oído algunas voces autorizadas en sentido opuesto. En efecto, la Defensoría General de la Nación se expidió sobre las adopciones internacionales en un dictamen del 23 de febrero del 2010, donde expresó que la decisión

[3] Puede verse Caride - Nallar - Navarro Quantin - Szucs, *Convención sobre los Derechos del Niño y adopción internacional: Inconveniencia de la Reserva de la República Argentina y del art. 315 del Cód. Civil*, en *Microjuris*, MJ-DOC-1965-ARIMJD1965, 1/2/03; disponible en *ar.microjuris.com* (27/10/14).

de una o dos personas de adoptar niños en otro país es una decisión unipersonal y libre, que en tanto no viole leyes nacionales, no puede ser objeto de intromisión alguna por parte del Estado. Conforme el art. 19 de la *CN*, *"las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"*. A su entender, lo que importa es favorecer, a través del accionar del Estado, que los niños permanezcan con su familia de origen y, ante la imposibilidad real de ella, como último recurso, arribar a la figura de la adopción. En consecuencia, el Estado no debiera expedirse a priori respecto a la decisión de los postulantes a adopción de niños en el extranjero. Colaborar para facilitar y agilizar trámites de adopciones legalmente concedidas implicaría garantizar al niño involucrado una pronta inserción en un ámbito seguro para su integridad y salud, tanto física como psíquica y para brindarle una contención emocional desde una familia que le pueda proveer amor y cuidados para su mejor desarrollo.

En lo que concierne al reconocimiento de la sentencia extranjera de adopción, la defensora expresa que si se advirtiera que la sentencia no contempla los requisitos formales de admisibilidad, queda a cargo del juez competente la decisión que corresponde adoptar, debiendo recordar la independencia y autonomía que tienen los integrantes del Poder Judicial a la hora de emitir sus fallos, cualidades que caracterizan y dan vida al Estado republicano y democrático. No sería prudente adelantar un criterio general único en las adopciones que merecen un análisis de cada caso en particular, pues cualquier decisión que se adopte debe contemplar el interés superior del niño.

§ 21. Jurisdicción y cooperación internacional

El art. 2635 del *CCCN* prevé que: *"En caso de niños con domicilio en la República, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para la declaración en situación de adoptabilidad, la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción.*

Para la anulación o revocación de una adopción son competentes los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado".

Por consiguiente, el art. 2635 distingue dos supuestos para atribuir jurisdicción:

a) Para la declaración en situación de adoptabilidad, la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción, se fija la jurisdicción exclusiva de los jueces argentinos en caso de niños con domicilio en la República. Debe tenerse en consideración que el art. 600 del *CCCN* es-

tablece que sólo puede adoptar la persona que: *"a) resida permanentemente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción; este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país, b) se encuentre inscripta en el registro de adoptantes"*. Esta disposición lleva a la conclusión de que un juez argentino en ningún caso podría dar en adopción a un niño domiciliado en el país a adoptantes con lugar de domicilio o residencia habitual en el extranjero. De todas maneras, a partir de la entrada en vigor del nuevo Código, como anticipamos, los nacionales o los naturalizados en la Argentina quedan exceptuados de probar la residencia permanente en la República[4].

b) Para la anulación o revocación de una adopción se establece la jurisdicción concurrente de los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado.

Cabe señalar que el Anteproyecto contemplaba un tercer párrafo cuya eliminación degrada la norma. Prescribía que: "Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero".

Aun cuando, en la Argentina, un juez no está habilitado para conceder la adopción de un niño residente en el país por adoptantes con domicilio en el extranjero, existen cada vez más casos, en alguna medida motivados en las dificultades para lograr una adopción en el país, de pretensos adoptantes, con nacionalidad y domicilio en la Argentina que, para llevar a cabo un trámite de adopción en un Estado extranjero, donde con los debidos recaudos se permiten las adopciones internacionales, solicitan la cooperación de las autoridades locales, a los fines de obtener un certificado de idoneidad, la legalización de documentos requeridos por autoridades extranjeras, o bien, el reconocimiento de la sentencia extranjera de adopción.

Esta cooperación no puede ser negada por la República Argentina, pues no hay ninguna prohibición legal o convencional al respecto, ni tampoco se puede considerar afectado el orden público internacional argentino, integrado por los principios, derechos humanos y garantías fundamentales de raigambre constitucional.

Por ello, es lamentable que el actual Código Civil y Comercial de la Nación haya eliminado del texto del Anteproyecto dicho especial deber de cooperación, aun

[4] La nueva disposición sigue la doctrina del mencionado caso de la Cám. Apel. Civ. Com. Lab. y Min. Santa Rosa, La Pampa, Sala I, 1/3/96, "Defensor General s/Guarda art. 4°, ley 1565", *ED*, t. 171.

cuando se puede desprender de la regla general contenida en el art. 2611 del *CCCN*.

En los últimos años se han presentado diversos casos jurisprudenciales en nuestro país en donde los pretensos adoptantes de un niño residente en el extranjero solicitan ante nuestros tribunales el llamado certificado de idoneidad.

En efecto, los países que aceptan la adopción de niños por eventuales adoptantes residentes en otros países requieren que la idoneidad, la capacidad de los solicitantes, emane de un organismo oficial.

Mientras que países como los Estados Unidos de América, España, Italia, Francia, entre otros, reconocen a las ECAIS (Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional), o agencias licenciadas por los gobiernos que se encuentran habilitadas para tramitar adopciones internacionales, en la Argentina no hay ningún organismo oficial internacional de tipo análogo que se encuentre habilitado[5].

Por ende, la única opción que se ha revelado como posible en un país como el nuestro es recurrir ante un juez argentino para que mediante una información sumaria requiera los exámenes pertinentes, tanto psicológicos como ambientales, para dictar luego una sentencia que apruebe o no dicha información sobre la idoneidad para adoptar en un país extranjero.

Además, cabe señalar una cuestión no menor: el Ministerio de Relaciones Exteriores de la Argentina no legaliza ningún informe para adopción internacional, a menos que esté intervenido por un juez.

Al respecto, el Tribunal n° 1 de San Isidro, en autos n° 35.150, "R. I. H. y otra s/Información sumaria", del 14 de julio de 2008, sostuvo que: "... Son grandes los vacíos que para este tipo de adopciones dejan las normas vigentes de los países latinoamericanos. Esto ha llevado a los legisladores, jueces y en general, estudiosos del derecho, a la necesidad de recurrir a esta rama del derecho en busca de soluciones a ciertos problemas que se presentan, especialmente a normas aplicables a una adopción que tiene el carácter de internacional. En el caso específico de Colombia, que es el que nos interesa, no puede desconocerse el gran aporte que presentó en la materia el decr. 2737 de 1989 (Código del Menor) que puso a dicho país en la vanguardia de América Latina en lo referente a la adopción y que en algunos puntos específicos regula la que se verifica con padres extranjeros. Por lo que insistimos se hace indispensable, entonces, recurrir al Derecho internacional privado para el efecto (...) Por todo ello y tomando en consideración lo normado por los arts. 61 a 78 y 124 al 128 del Código de la Infancia y Adolescencia (Colombia) a los fines oportunamente indicados y tomando en cuenta los informes suministrados por los profesionales del equipo técnico y de las presentaciones a fojas ..., corresponde expedir los certificados pedidos, lo que este tribunal así resuelve".

[5] Qualini, *La adopción internacional de menores en la SCBA*, en *Microjuris*, MJ-DOC-4686-AR, 29/4/10; disponible en *ar.microjuris.com* (27/10/14).

En "Incidente de competencia entre Tribunal de Flia. nº 2 San Isidro y Juzgado Civil y Comercial nº 13 San Isidro"[6], la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, el 10 de febrero de 2010 declaró competente al Tribunal de Familia para entender en una solicitud de información sumaria a los fines de que se certifique la idoneidad de la peticionante y se lleve adelante el correspondiente seguimiento local para tramitar una adopción simple internacional ante las autoridades de Haití.

El Tribunal de Familia nº 2 de San Isidro se había inhibido por considerar que la materia de estas actuaciones era ajena a su competencia y propia de la justicia civil, a la que las remitió por medio de la Receptoría General de Expedientes Departamental. A su vez, el Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial nº 13 de la misma jurisdicción que las recibió, no las aceptó y las devolvió al colegiado de familia, el que las elevó.

El 2 de marzo de 2012, la Cámara de Familia de 2ª Nominación de la Provincia de Córdoba, integrada por los doctores Graciela Melania Moreno de Ugarte, Fabián Eduardo Faraoni y Roberto Julio Rossi, se pronunció en el caso "R., P. M. y otro —actos de jurisdicción voluntaria— sumaria información - recurso de apelación" (expte. nº 319.290)[7]. El caso se trataba de un proceso de jurisdicción voluntaria que tenía por objeto lograr que el órgano judicial local emitiera un certificado de idoneidad de los eventuales adoptantes a los efectos de ser presentado ante las autoridades competentes en Haití donde tramitarían la adopción internacional de un niño. En primera instancia, el Juzgado de Familia de 4ª Nominación, a cargo de la doctora Silvia Cristina Morcillo sentenció el 23 de agosto de 2011 que: "... Atento que no es competencia material ni funcional, ni materia jurisdiccional resolver, dictaminar y mucho menos opinar sobre la idoneidad en abstracto de pretensos adoptantes sin que exista un caso judicial instalado respecto de una guarda o una adopción en su caso de un niño determinado, por lo que tal petición debe ser tramitada por ante las oficinas públicas administrativas o Registro Único de Adoptantes pertinentes. En función de lo expuesto, a lo solicitado: ocurra por la vía y ante quien corresponda ...". Contra dicha decisión, la apoderada de los señores P. M. R. y M. F. B., doctora M. F. A., interpuso incidente de reposición y apelación en subsidio. Mediante proveído del 4 de noviembre de 2011 se rechazó el incidente de reposición y se concedió el recurso de apelación deducido en subsidio.

El Tribunal de 2ª Instancia decidió hacer lugar al recurso de apelación deducido en subsidio y, en consecuencia, revocar el proveído del 23 de agosto de 2011, como así también el del 4 de noviembre de 2011 que lo sostuvo, declarando competente

[6] Disponible en *ar.microjuris.com* (29/10/13).

[7] Disponible en *ar.microjuris.com* (29/10/13).

al Juzgado de Familia de 4ª Nominación para tramitar la sumaria informativa requerida a los fines de emitir el certificado de idoneidad de los pretensos adoptantes para ingresar al sistema de adopción internacional de un/a niño/a haitiano/a.

Para ello, argumentó principalmente, lo siguiente:

En primer lugar, aclara que "el certificado de idoneidad no es más que un documento que da fe de la aptitud de los pretensos padres para adoptar en un país determinado y, en principio, se emite luego de que el juez valora un informe psicológico y una encuesta ambiental de los postulantes de la adopción internacional y estima que reúnen las condiciones morales, económicas y personales necesarias para ello".

En segundo término, manifiesta que "en la República Argentina la única vía para lograr los informes psicológicos y la encuesta ambiental que se ha considerado como oficial es la de un proceso judicial, donde los pretensos adoptantes solicitan la producción de determinadas pruebas periciales mediante una información sumaria que establezcan la idoneidad o no de los mismos para aspirar a una adopción internacional de un niño que se llevará a cabo en un determinado país".

Manifiesta, en particular, que "no existe un organismo administrativo estatal que tenga competencia para otorgar el certificado de idoneidad requerido, con lo cual la vía que resulta idónea para ello no es otra que la judicial, la cual precisamente le da el carácter oficial que en cuestiones de esta naturaleza se impone y luce como la más conveniente y adecuada. Es que no hacerlo de esta manera violentaría el orden público interno, ya que sería más fácil y sin control alguno adoptar en el extranjero que en la Argentina porque se utilicen documentaciones de origen privado que no dan fe de sus informes y no han tenido ningún contralor oficial en su otorgamiento".

Asimismo, la Cámara reconoce que existe un vacío legal en torno a la autoridad oficial competente de la que debe emanar la información sumaria peticionada. En razón de ello, existen diferentes criterios en relación a si la autoridad competente es meramente administrativa o si es judicial; y a su vez, dentro de cada esfera cuál es el organismo competente. En este sentido, estima que "siendo los Tribunales de Familia los órganos con competencia exclusiva en materia de adopción (art. 16, inc. 11, ley 7676), la certificación de idoneidad requerida cae bajo la órbita de su actuación. Ello es así por cuanto se trata de una cuestión de índole extrapatrimonial derivada de la relación familiar y encuadra en la competencia material residual de los tribunales del fuero de familia (art. 16, inc. 15, ley 7676). Recuérdese que el proceso que nos ocupa tiene como único cometido que el órgano judicial emita el certificado requerido a los efectos de tramitar una futura adopción internacional, la cual no es objeto de meritación ni tratamiento en estas actuaciones, y que, en todo caso, se regirá por la normativa aplicable en el Derecho interno de Haití (...) no estamos en presencia de un proceso de adopción, sino en un estadio anterior en el cual la tramitación de la información sumaria por la vía judicial viene a aportar la

transparencia que requiere la futura adopción en Haití, propósito por demás noble y humanitario dados los hechos de público conocimiento".

Por último, pone de relieve que "la facultad de los pretensos adoptantes nacionales a peticionar los trámites en sede judicial en su país de origen para obtener la documentación que luego es base imprescindible para iniciar los trámites de adopción en el extranjero y concretar así su proyecto familiar es un derecho que no puede ser desconocido, pues lo contrario importaría una denegación de justicia que no puede cohonestarse".

En otros casos, en cambio, fue denegada la cooperación por parte de nuestros tribunales. Por ejemplo, en autos 5110/11, caratulados "P. C. M. y otro s/Información sumaria"[8], el Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil nº 83 se expidió "denegando la pretensión en razón de no estar comprendida en razón de la materia dentro las competencias atribuida a juzgados civiles con competencia exclusiva en asuntos de familia y capacidad de las personas dispuesta por el art. 4º de la ley 23.637 (...) Nada obsta a que la información requerida, la cual debe presentarse ante el comité de adopciones, autorizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, conforme surge del art. 124, inc. 5º de la ley 1098 de la República de Colombia pueda ser solicitada mediante exhorto diplomático".

Asimismo, el Juzgado de Familia de San Martín, en el expte. nº 49.791/11[9], en otro pedido de información sumaria para adoptar en Colombia, resolvió: "La ley de ese país establece que las adopciones internacionales se rigen sólo por los tratados internacionales ratificados por Colombia en la materia". Por ende, no existiendo convenio firmado con la Argentina, no se puede optar por una adopción internacional. Concluye remitiendo a los actores a viajar a Colombia para tramitar la adopción, calificando finalmente a la demanda como "improponible, improcedente e inaplicable la ley extranjera invocada", aseverando que es contraria al orden público interno de la Constitución Nacional.

§ 22. Derecho aplicable

El art. 2636 del *CCCN* establece que: *"Los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción.*

La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado".

[8] Citado por Quaini, *La adopción internacional. Una perspectiva desde Argentina*, en "Revista de Derecho de Familia y de las Personas", nº 8, sep. 2011, p. 35.

[9] Citado por Quaini, *La adopción internacional. Una perspectiva desde Argentina*, en "Revista de Derecho de Familia y de las Personas", nº 8, sep. 2011, ps. 35 y 36.

El art. 339 del *CC* (ley 24.779) indicaba que: *"La situación jurídica, los derechos y deberes del adoptante y adoptado entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción, cuando ésta hubiera sido conferida en el extranjero".*

Tal como podemos apreciar, nuestra ley dejaba varios vacíos, entre ellos, no determinaba expresamente la jurisdicción competente y sometía todos los aspectos relativos a una adopción internacional *conferida en el extranjero* exclusivamente a la ley del lugar del domicilio del adoptado. Tampoco determinaba la ley aplicable en materia de revocación y anulación de la adopción.

Por otro lado, la única normativa vigente de fuente convencional en nuestro país es el Tratado de Montevideo de 1940[10], que en su Título VII se ocupa de la adopción, y en materia de ley aplicable dispone que la adopción se rige en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal de que el acto conste en instrumento público (art. 23). En tanto que las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes se someten a las leyes a que cada una de éstas se halle sometida (art. 24).

Como podemos apreciar, el art. 23 del Tratado de Montevideo de 1940 somete la adopción internacional a los derechos domiciliarios de las partes "en cuanto sean concordantes" y opta, en consecuencia, con una conexión acumulativa.

[10] En el ámbito internacional, se encuentran en vigor dos convenciones, que no han sido ratificadas por la Argentina: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores de 1984 —CIDIP III, vigente entre nueve Estados americanos, disponible en *www.oas.org/dil/esp/CIDIP-III-adopcionmenores.htm* (15/2/15)— y el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993 —en vigor entre noventa y tres Estados, disponible en *www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=69* (15/02/2015)—.

Cabe señalar que el Convenio de La Haya de 1993 cuenta con una favorable acogida internacional que se demuestra en el elevado número de Estados Parte y en el reconocimiento que ha obtenido por parte de prestigiosos organismos internacionales especializados tales como UNICEF, que ha manifestado que "apoya las adopciones internacionales cuando éstas se realizan de conformidad con las normas y principios del Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, que ha sido ratificado por más de ochenta países. Ese Convenio representa un avance importante para los niños, sus familias biológicas y sus potenciales familias adoptivas extranjeras. En el mismo se estipulan las obligaciones de las autoridades de los países de origen de los niños, así como las de los países que les reciben para su adopción. El Convenio tiene como objetivo garantizar que los procesos de adopción sean adecuados y honestos. En el Convenio se otorga prioridad máxima al interés superior del niño y se ofrece un marco de referencia para la aplicación práctica de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño referidos a las adopciones internacionales ... El objetivo principal de esas disposiciones es la protección de los niños, aunque también tienen otras consecuencias positivas, como salvaguardar los derechos de los padres y madres biológicos y dar garantías a los potenciales padres y madres adoptivos de que el niño o la niña no ha sido objeto de maniobras ilícitas". Es lamentable que la República Argentina se haya negado sistemáticamente a ratificar este exitoso texto convencional.

Será frecuente, por ende, la necesidad de armonizar o adaptar las soluciones brindadas por los diversos derechos aplicables, cuando éstos resultaren "discordantes", sobre todo en aquellos casos en que tal circunstancia torne inválida la adopción internacional.

En general, la aplicación acumulativa de dos derechos en pie de igualdad conducirá a un resultado restrictivo respecto de la validez de la adopción, dado que habrá que estar a los requisitos de la ley más severa, exigente, a los fines de que la adopción sea válida tanto en el país donde el adoptado tiene su domicilio, como en el Estado donde el o los adoptantes tengan el proplo.

El art. 2636 del *CCCN*, en similares términos que la norma derogada, somete los requisitos y efectos de la adopción al derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción. En efecto, se utiliza un punto de conexión simple y personal, rector en materia de adopción, como es el domicilio del adoptado, su centro de vida al momento de otorgarse aquélla.

En el segundo párrafo, la norma prevé una conexión alternativa para decidir la anulación o revocación de la adopción: se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado. Adviértase que si bien la disposición analizada no lo menciona expresamente, la elección entre una ley u otra la realizará el juez siempre procurando el resguardo del interés superior del niño.

§ 23. Reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero

El art. 2637 del *CCCN* indica que: *"Una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado"*.

A los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República.

Si bien en el Código Civil derogado no se prescribía una disposición expresa sobre el reconocimiento de las adopciones conferidas en el extranjero, lo cierto es que la solución se desprendía del art. 339 del CC.

Un amplio sector de la doctrina argentina entendió que cuando se solicita el reconocimiento de una adopción conferida en el extranjero, se deben exigir las condiciones para el reconocimiento de una sentencia extranjera en sede judicial. Sin embargo, además de los requisitos del art. 517 y ss. del *CPCCN* o de las normas similares de los códigos procesales de las provincias, cuando lo que se pretende es la homologación de una sentencia de adopción extranjera, es menester verificar que se haya cumplido con todos y cada uno de los requisitos que prevé la ley del lugar del domicilio del adoptado al momento de ser otorgada la adopción.

Sin embargo, Najurieta ha señalado que las normas argentinas de fuente interna sobre adopción internacional no versan sobre el reconocimiento de una decisión extranjera, sino sobre reconocimiento de los efectos que una situación jurídica extranjera puede desplegar en el foro. Por ello, según la autora, el art. 339 del CC permitiría sustituir el procedimiento tradicional de reconocimiento de sentencia extranjera *(exequatur)* por un control desde la óptica del ordenamiento jurídico del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción[11].

Los redactores del Anteproyecto manifestaron que la propuesta del art. 2537 del *CCCN* pone el acento en la inserción de adopciones constituidas en el extranjero —internacionales o simplemente extranjeras— en la República Argentina. Aclaran que no se trata del mero reconocimiento en la Argentina de sentencias extranjeras de adopción, sino de una regla que ensancha las posibilidades que ofrecía el art. 339 del CC. Se favorece la coordinación de nuestro sistema jurídico con los sistemas extranjeros, pues se toma como ordenamiento de referencia el del "domicilio del adoptado" al tiempo del otorgamiento de la adopción, que comprende no sólo los emplazamientos constituidos en ese Estado sino también toda solución aceptada y con eficacia en ese Estado.

A su vez, la disposición establece que se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado.

Ahora bien, el art. 2637 admite que el reconocimiento extraterritorial de una adopción conferida en el extranjero está sometido en última instancia al control del orden público internacional, para lo cual se debe tener en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República.

El *CCCN* contempla una disposición que bien puede ser considerada, al menos en algunos de sus incisos, una norma de aplicación inmediata que limitaría el reconocimiento de una adopción conferencia en el extranjero. Nos referimos al art. 634 que indica que: *"Adolece de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a: a) la edad del adoptado; b) la diferencia de edad entre adoptante y adoptado; c) la adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el menor o sus padres; d) la adopción simultánea por más de una persona, excepto que los adoptantes sean cónyuges o pareja conviviente; e) la adopción de descendientes; f) la adopción de hermano y de hermano unilateral entre sí; g) la declaración judicial de la situación de adoptabilidad; h) la inscripción y aprobación del registro de adoptantes; i) la falta de consentimiento del niño mayor de diez años, a petición exclusiva del adoptado"*.

11 Najurieta, *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, 2004, p. 356.

§ 24. Conversión

El art. 2638 del *CCCN* establece que: *"La adopción otorgada en el extranjero de conformidad con la ley del domicilio del adoptado puede ser transformada en adopción plena si: a) se reúnen los requisitos establecidos por el derecho argentino para la adopción plena; b) prestan su consentimiento adoptante y adoptado. Si éste es persona menor de edad debe intervenir el Ministerio Público.*

En todos los casos, el juez debe apreciar la conveniencia de mantener el vínculo jurídico con la familia de origen".

El derogado art. 340 del *CC* disponía que la adopción concedida en el extranjero de conformidad a la ley de domicilio del adoptado podrá transformarse en el régimen de adopción plena en tanto se reúnan los requisitos establecidos en el derecho argentino, debiendo acreditar dicho vínculo y prestar su consentimiento adoptante y adoptado. Si este último fuese menor de edad deberá intervenir el Ministerio Público de Menores.

El art. 2638 reproduce en similares términos el artículo derogado en materia de conversión de una adopción simple otorgada en el extranjero y reconocida en el país en adopción plena de acuerdo al derecho argentino, siempre que tanto adoptado como adoptante presten su consentimiento. En consecuencia, en tanto un juez argentino no puede otorgar adopciones internacionales, sí está facultado para decidir la conversión de una adopción internacional simple conferida en el extranjero en plena en los términos del derecho nacional vigente.

La nueva norma brinda una orientación dirigida al juez: debe apreciar la conveniencia de mantener el vínculo jurídico con la familia de origen.

Capítulo VII
Responsabilidad parental y otras instituciones de protección

La Sección 7ª está destinada a regular la responsabilidad parental y otras instituciones de protección.

La responsabilidad parental es definida por el *CCCN* en el art. 638 como *"... el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado".*

El siguiente artículo establece los principios que rigen el tema y que pueden tener incidencia en el campo de nuestra disciplina en particular a la hora de evaluar la compatibilidad de un derecho extranjero para su aplicación en el foro, es decir, al momento de hacer el control judicial del orden público internacional.

Tales principios son:

a) El interés superior del niño.

b) La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.

c) El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Paul Lagarde en el Informe Explicativo de la Convención de La Haya sobre Competencia, Ley Aplicable, Reconocimiento, Ejecución y Cooperación Respecto a la Responsabilidad Parental y las Medidas de Protección de los Niños de 1996, señala respecto al contenido de la responsabilidad parental: "... Los derechos y obligaciones a los que se refiere son aquellos que pertenecen al padre y a la madre en virtud de la ley, para cuidar a sus hijos y asegurar su desarrollo, ya se trate de la guarda, de la educación, de la fijación de residencia, o de la vigilancia de la persona del niño, particularmente en sus relaciones. El concepto de poderes se relaciona más específicamente a la representación del niño. Esta responsabilidad es normalmente ejer-

cida por los padres, pero puede ser ejercida en todo o en parte por terceros, dentro de las condiciones fijadas por las legislaciones nacionales, en caso de fallecimiento, de inaptitud o de indignidad de los padres, o en caso de abandono del niño por sus padres"[1].

§ 25. Jurisdicción

Nuestro Código Civil no brindaba soluciones que determinaran los jueces competentes en materia de patria potestad.

Tal como podemos apreciar, el art. 2639 del *CCCN* se ocupa de la ley aplicable en la materia, pero ha omitido la determinación de la jurisdicción competente.

En relación a la laguna subsistente en materia de jurisdicción, bien puede colmarse por los principios que inspiran el Convenio de La Haya relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (hecho el 19 de octubre de 1996, no ratificado a la fecha por la República Argentina[2]): *1)* las autoridades, tanto judiciales como administrativas del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes, *2)* en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual, salvo en los supuestos de desplazamiento o retención ilícitos del niño, *3)* en el caso de los niños refugiados y de los niños cuya residencia habitual no pueda determinarse, son competentes las autoridades del Estado en cuyo territorio se encuentran, *4)* excepcionalmente, puede resultar competente la autoridad de otro Estado si está en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, *5)* en caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan.

Asimismo, adviértase que nuestro *CCCN* contiene una norma que fija la competencia interna en esta materia y se inclina por los jueces del lugar donde el niño tiene su centro de vida. El art. 716 establece que: *"En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida"*. Ante el vacío dejado por las disposiciones de derecho internacional privado, el art. 716 podría ser de aplicación analógica.

[1] Lagarde, *Informe explicativo de la Convención de la Haya sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación respecto a la responsabilidad parental y las medidas de protección de los niños de 1996*, disponible en *www.hcch.net/index_es.php*, p. 14 (12/2/15).

[2] El Convenio de La Haya relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños se encuentra vigente entre cuarenta y un Estados parte. El estado actual de ratificaciones puede consultarse en *www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=70* (15/2/15).

§ 26. Derecho aplicable

El art. 2639 del *CCCN* establece que: *"Todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes"*.

Nuestro Código Civil no brindaba soluciones que determinaran la ley aplicable en materia de patria potestad.

Por el contrario, los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional contenían algunas disposiciones que parte de la doctrina sugería aplicar analógicamente. El Tratado de 1889 disponía que la patria potestad, en lo referente a los derechos y deberes personales, se rige por la ley del lugar en que se ejercita. A su turno, los derechos que la patria potestad confiere a los padres sobre los bienes de los hijos, así como su enajenación y demás actos que los afecten, se rigen por la ley del Estado en que dichos bienes se hallan situados (arts. 14 y 15).

En cambio, el Tratado de 1940 indica que la patria potestad, en lo referente a los derechos y a los deberes personales, se rige por la ley del domicilio de quien la ejercita. Por la misma ley se rigen los derechos y las obligaciones inherentes a la patria potestad respecto de los bienes de los hijos, así como su enajenación y los demás actos de que sean objeto, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de tales bienes (arts. 18 y 19).

De acuerdo al art. 2639 del *CCCN*, la responsabilidad parental se rige, en principio, por la ley de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. Sin embargo, excepcionalmente, y en la medida en que el interés superior del niño lo requiera, se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes.

La reforma completa un vacío siguiendo las reglas del Convenio de La Haya relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niño, de 1996. En efecto, el art. 15 del Convenio dispone que resulta aplicable la ley del lugar de residencia habitual (criterio que también determina la jurisdicción competente como regla general). No obstante, la norma convencional admite que

en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, se puede excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho.

Sin perjuicio del avance que significa para el derecho argentino contar con una norma como la comentada, sería altamente positivo que la Argentina decidiera la ratificación del Convenio de La Haya de 1996.

§ 27. Tutela e institutos similares

El art. 2640 del *CCCN* expresa que: *"La tutela, curatela y demás instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida, se rigen por el derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate al momento de los hechos que den lugar a la determinación del tutor o curador.*

Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño".

El Código Civil derogado brindaba algunas disposiciones referidas a la jurisdicción internacional. Así, el art. 400 del *CC* establecía que: *"El discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio, el día de su fallecimiento"*. En el caso de que los padres del menor tuvieran *"su domicilio fuera de la República el día de su fallecimiento, o lo tenían el día en que se trataba de constituir la tutela, el juez competente para el discernimiento de la tutela será, en el primer caso, el juez del lugar de la última residencia de los padres el día de su fallecimiento, y en el segundo caso, el del lugar de su residencia actual"* (art. 401). Respecto a los *"expósitos o menores abandonados, el juez competente para discernir la tutela será el del lugar en que ellos se encontraren"* (art. 403). El art. 404 disponía que: *"El juez a quien compete el discernimiento de la tutela será el competente para dirigir todo lo que a ella pertenezca, aunque los bienes del menor estén fuera del lugar que abrace su jurisdicción"*. Por último, según el art. 405 del *CC*: *"La mudanza de domicilio o residencia del menor o de sus padres, en nada influirá en la competencia del juez que hubiese discernido la tutela, y al cual sólo corresponde la dirección de ella hasta que venga a cesar por parte del pupilo"*.

Ante la falta de normas sobre jurisdicción en las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, estas disposiciones, en la práctica, podrían cubrir la laguna.

Por otro lado, los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 (arts. 19 a 23 del de 1889, y 25 a 29 del de 1940) regulan la ley aplicable a la tutela. Sientan el principio según el cual el discernimiento de la tutela y curatela se rige por la ley del lugar del domicilio de los incapaces.

El cargo de tutor o curador discernido en alguno de los Estados signatarios será reconocido en todos los demás.

Por su parte, la tutela y curatela, en cuanto a los derechos y obligaciones que imponen, se rigen por la ley del lugar en que fue discernido el cargo (Tratado de 1889) y por la ley del domicilio de los incapaces (Tratado de 1940).

Las facultades de los tutores y curadores de los bienes que los incapaces tuvieren fuera del lugar de su domicilio se ejercitarán conforme a la ley del lugar en que dichos bienes se hallan situados (Tratado de 1889) y por las leyes de dicho domicilio, en todo cuando no esté prohibido sobre materia de estricto carácter real, por la ley del lugar de la situación de los bienes (Tratado de 1940).

Por su parte, el art. 2640 del *CCCN* puede ser dividido para su análisis en dos partes:

1. La primera determina la ley aplicable a: *"La tutela, curatela y demás instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida se rigen por el derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate al momento de los hechos que den lugar a la determinación del tutor o curador..."*.
2. Establece además que: *"Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño"*. Es decir, que nuestros jueces no podrán invocar la llamada institución desconocida para negar efectos a instituciones distintas a la tutela o curatela, pero que igualmente tengan por finalidad la protección de los menores incapaces, salvo que se encuentren afectados los derechos fundamentales del propio niño.

Por ejemplo, un juez argentino debería reconocer los efectos de un instituto como el acogimiento familiar, regulado entre otros por el derecho español. Se trata de una medida de protección a la infancia mediante la cual se ofrece un entorno familiar adecuado a los menores que, por diversas circunstancias, no pueden vivir con su familia. Este acogimiento puede ser temporal, mientras se produce la reinserción en la familia de origen o para la adaptación previa a la convivencia con una familia adoptante, o bien permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo requieran.

La aplicación del art. 2640 también podría corresponder si se solicita el reconocimiento de la llamada *kafala* islámica. Es la máxima medida de protección de la que puede gozar un menor en esta cultura, y que substituye a la adopción del mundo occidental. Esta institución se define como aquella en virtud de la cual el *kafil* (titular de la *kafala*) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor *(makful)* de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo. No se trata sólo de mantener y cuidar a un menor, sino también de educarlo en la fe musulmana.

§ 28. Medidas urgentes de protección

El art. 2641 del *CCCN* se ocupa de las medidas urgentes de protección: *"La autoridad competente debe aplicar su derecho interno para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio, sin perjuicio de la obligación de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada, excepto lo dispuesto en materia de protección internacional de refugiados"*.

No existía en las normas derogadas una disposición sobre las medidas urgentes de protección necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes. Sin embargo, el párr. 3° del art. 162 del *CC*, en el ámbito de las relaciones conyugales indicaba que *"... Las medidas urgentes se rigen por el derecho del país del juez que entiende en la causa"*.

Por otro lado, el art. 24 del Tratado de Montevideo de 1889 dispone que las medidas urgentes que conciernen a las relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y a la tutela y curatela, se rigen por la ley del lugar en que residen los cónyuges, padres de familia, tutores y curadores. En igual sentido, el art. 30 del Tratado de Montevideo de 1940.

El art. 2641 del *CCCN*, en consonancia con lo dispuesto por el art. 162 del *CC* derogado, dispone que la autoridad competente debe aplicar su derecho interno para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio. Están obligadas a poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada.

Capítulo VIII

La restitución internacional de niños [1]

Dentro de la amplia gama de conductas perversas que, en muchos casos, asumen los progenitores se encuentra, cada vez con mayor frecuencia, aquella que consiste en desplazar lícitamente al menor desde el Estado donde éste tiene su residencia habitual a un país distinto, o bien retenerlo ilegalmente en este último. Esta conducta claramente abusiva ha sido calificada, con razón, como una variante de "violencia doméstica"[2].

Tal fenómeno ha aumentado considerablemente por efecto de la dispersión internacional de la familia, de la multiplicación de matrimonios y parejas interculturales y multiculturales, del incremento de las comunicaciones, de la celeridad de los medios de transporte modernos, de las migraciones laborales internacionales y, en general, del debilitamiento, de la flexibilidad de las fronteras del Estado posmoderno. Todo ello en el marco, e incluso, motivado por la globalización y por los procesos de integración regional[3].

Dada la índole eminentemente internacional de la institución, requiere una solución del mismo tenor que se concreta a través de tratados celebrados por los Estados de la comunidad internacional.

La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, del 20 de noviembre de 1989, con jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75, inc. 22, *CN*), en el art. 11 prevé que los Estados deben adoptar medidas para luchar contra tras-

1 Puede ampliarse este tema en Scotti, *Restitución internacional de menores. Aspectos procesales y prácticos*, con prólogo del profesor Eduardo Tellechea Bergman.

2 Herz, *El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de la sustracción parental internacional*, en "Revista de Derecho Procesal", año 2010, vol. 1, p. 177.

3 Feldstein de Cárdenas - Scotti, *La restitución internacional de menores en el Mercosur*, en "Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración", sep. 2009, n° 23; disponible en *www.eldial.com* (12/12/14).

lados y retenciones ilícitas de menores fuera del país de su residencia habitual, disponiendo a dichos efectos que los países promuevan acuerdos bilaterales o multilaterales o adhieran a los ya existentes. Dicho mandato fue cumplido en los diversos ámbitos.

En suma, la Convención sobre los Derechos del Niño exige de los Estados su cooperación mediante la celebración de tratados, cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional del Estado.

A nivel universal, se encuentra vigente la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Por su parte, en el ámbito continental americano, el proceso de codificación llevado a cabo por la Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, bajo los auspicios de la OEA, dio origen a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, concluida en Montevideo, el 15 de julio de 1989 (CIDIP IV)[4].

En términos generales, tanto la Convención de La Haya como la Interamericana regulan los aspectos civiles del traslado o retención ilícitos de los menores de dieciséis años: prevén una solicitud de restitución del menor y una solicitud para garantizar el efectivo derecho de visita, y contemplan la designación de una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el convenio[5]. Establecen prácticamente los mismos requisitos para la procedencia del reclamo así como sus excepciones. Las dos convenciones regulan un procedimiento autónomo que se deslinda en dos fases, una voluntaria, ante las autoridades centrales, y otra, contenciosa, ante las autoridades judiciales o administrativas competentes.

Asimismo, los Estados celebraron acuerdos bilaterales. Entre ellos, cabe mencionar los Convenios bilaterales uruguayo-argentino sobre Protección Internacional de Menores, en vigor desde el 10 de diciembre de 1982, uruguayo-chileno sobre Restitución Internacional de Menores, vigente desde el 14 de abril de 1982, y uruguayo-peruano sobre la misma materia, en vigor desde el 2 de febrero de 1989. En muchas ocasiones, los tribunales nacionales hicieron extensivas estas soluciones convencionales a nivel bilateral a casos suscitados con terceros Estados[6].

[4] Puede verse un detallado análisis de esta Convención en Feldstein de Cárdenas, "Ley 25.358. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.), 2011, t. 7A, ps. 761 a 880.

[5] La República Argentina designó al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (Dirección General de Asuntos Jurídicos) como Autoridad Central para ambos convenios.

[6] Véanse los casos citados por Eduardo Tellechea Bergman en "La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución de Menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y funcionamiento", Reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres, 12 y 13 de agosto de 2002, Montevideo, Uruguay, SIM/doc 11/02-1.

§ 29. El art. 2642 del CCCN

La Sección 8ª de la Parte Especial de las "Disposiciones de derecho internacional privado" se ocupa en especial, en una única norma, de la restitución internacional de menores.

Debemos dividir el análisis del contenido del art. 2642 del *CCCN*, al menos, en dos grandes partes. En efecto, la disposición que estamos estudiando establece:

1. La aplicación de los convenios vigentes en la República Argentina en materia de restitución internacional de menores, es decir, principalmente el Convenio de La Haya de 1980 y la CIDIP IV de 1989, siempre que el caso que se presente caiga en el ámbito de aplicación territorial y temporal de tales tratados. Hasta aquí, observamos simplemente una confirmación de la obligación que asumió internacionalmente la República Argentina al momento de ratificar ambos convenios.
2. La aplicación analógica de los principios contenidos en tales convenios en aquellos casos que queden fuera de su ámbito de validez. Es decir, en estos supuestos, los jueces argentinos deberán tener en cuenta principalmente los requisitos y excepciones previstos en los marcos convencionales así como el carácter autónomo y urgente de todo procedimiento de restitución internacional de menores. En todo caso, la decisión judicial estará guiada, en última instancia, por la protección del interés superior del niño.

Asimismo, la norma en análisis contempla medidas tendientes a la ejecución eficaz de una orden judicial de restitución, privilegiando el cumplimiento voluntario.

Por último, el artículo procura la cooperación de nuestros jueces ante pedidos de autoridades competentes extranjeras en miras a tomar medidas anticipadas protectorias ante el inminente ingreso al país de un niño, y eventualmente del adulto que lo acompaña, cuando corran algún tipo de riesgo o pudieran sufrir una amenaza en sus derechos.

Cabe señalar que en los fundamentos de la norma que analizamos puede leerse que: "Respecto de la problemática de la restitución internacional de niños, se ha previsto extender los principios contenidos en las convenciones internacionales vigentes para la República Argentina a todos los supuestos que no entran en el ámbito de aplicación de tales tratados. Una de las premisas es regular explícitamente algunas conductas de cooperación que se han revelado eficaces para garantizar la seguridad de los niños en la etapa posterior a una orden judicial de restitución".

Por otra parte, el art. 2642 debe analizarse en sintonía con el art. 2614 que especialmente indica que, sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio[7] en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente.

La aplicación de los tratados mencionados, ya sea cuando el caso concreto se corresponde con el ámbito de validez territorial y temporal, o bien, por analogía, nos lleva necesariamente a analizar brevemente su contenido.

§ 30. Fuente convencional

a) Ámbito de aplicación espacial y temporal de las convenciones vigentes

Las convenciones en vigor requieren que la residencia habitual del niño se localice en un Estado Parte y que el niño haya sido trasladado a otro Estado Parte. Sin embargo, no es necesario que el menor haya sido desplazado desde el lugar donde residía.

El Convenio de La Haya entró en vigor el 1° de diciembre de 1983 y fue ratificado por la República Argentina el 1° de junio de 1991. Cuenta en la actualidad, con noventa y tres Estados contratantes[8].

Según dispone el art. 35 de dicho instrumento, sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.

Es un tratado abierto a la ratificación de Estados Miembros de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya y a la adhesión de cualquier otro Estado.

A su turno, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en Montevideo, el 15 de julio de 1989, en oportunidad de la "IV Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado" (CIDIP IV), entró en vigor el 4 de noviembre de 1994. La República Argentina la ratificó el 15 de febrero de 2001. Al presente, cuenta con catorce Estados Parte[9].

La CIDIP IV se encuentra abierta a la firma y ratificación de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (art. 28) y a la adhesión de cualquier otro Estado (art. 30).

[7] Nótese que las convenciones en vigor no se refieren a "domicilio" sino a un criterio más moderno, como es el de la "residencia habitual" del niño, entendida como el lugar donde tiene su centro de vida.

[8] Puede consultarse el estado actual del Convenio de La Haya en *www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=24* (12/2/15).

[9] Puede consultarse el estado actual de la CIDIP IV en *www.oas.org/juridico/spanish/firmasIb-53.html* (12/2/15).

El Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, celebrado en Montevideo, el 31 de julio de 1981, fue aprobado por la Argentina por la ley 22.546 del 1/3/82 y por Uruguay por decr.-ley 15.218 del 20/11/81. Entró en vigor el 10 de diciembre de 1982.

b) Conflicto de convenciones: soluciones

La existencia de varios tratados vigentes en la misma materia nos lleva a preguntarnos cómo se resuelve el llamado "conflicto de convenciones". En efecto, son múltiples los casos en los que se pueden aplicar el Convenio de La Haya y la CIDIP IV, dado sus respectivos ámbitos de aplicación temporal, material y espacial. Asimismo, para el supuesto de que el niño tenga residencia en la Argentina y haya sido trasladado o retenido indebidamente en Uruguay, o viceversa, podrían aplicarse los tres convenios en vigor.

Sin embargo, encontramos algunas pautas en los propios textos convencionales para solucionar estos eventuales conflictos.

Así, el art. 34 de la CIDIP IV establece que entre los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esa Convención y del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la CIDIP.

Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980. Tal es el caso de Venezuela, que hizo uso de esta reserva.

La norma siguiente, a su turno, dispone que la CIDIP IV no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscriptas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia. De esta manera, nos abre la posibilidad de aplicar siempre la norma que resulte más beneficiosa para el interés superior del niño.

Por su parte, el Convenio de La Haya de 1980 resuelve que tendrá prioridad en las materias incluidas en su ámbito de aplicación sobre el Convenio del 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de las Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores entre los Estados Parte en ambos Convenios[10].

Sin embargo, en sintonía con lo dicho respecto de la CIDIP IV, el Convenio de La Haya manifiesta que no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita.

[10] Argentina nunca ratificó el Convenio de 1961. Cuenta con catorce Estados Parte.

Por otro lado, cabe señalar que el Convenio Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, de 1996, dispone que no afecta al Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en las relaciones entre las Partes en ambos Convenios. Nada impide, sin embargo, que se invoquen disposiciones del Convenio de 1996 para obtener el retorno de un niño que ha sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita (art. 50).

En pocas palabras, el Convenio de 1996 refuerza el Convenio de 1980 porque subraya el papel primordial de las autoridades del lugar de residencia habitual del niño al decidir cualquier medida que podría ser necesaria para proteger al niño en el largo plazo. Aumenta también la eficacia de cualquier medida de protección temporal decidida por el juez ordenando el retorno del niño al país del cual ha sido sustraído, haciendo dichas órdenes ejecutables en ese país hasta tanto las autoridades del mismo se encuentren en situación de tomar las medidas de protección necesarias[11].

Finalmente, el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, celebrado en Montevideo, en 1981, cuya autoridad central de aplicación es el Ministerio de Justicia, si bien se encuentra vigente entre ambos Estados, ha sido desplazado en su aplicación, en principio, por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Sin embargo, si sus normas resultarán más favorables a los intereses del niño, bien podría ser invocado. Por ejemplo, en supuestos de adolescentes de entre dieciséis y dieciocho años, el Convenio extiende la protección que brinda dado que remite la calificación de menor al lugar de su residencia habitual[12], mientras que el Convenio de La Haya y la CIDIP IV limitan la aplicación de sus disposiciones a los menores de dieciséis años.

c) Situaciones no cubiertas por los convenios internacionales en vigor: los aspectos penales de la sustracción internacional de menores

El Convenio de La Haya de 1980 ya en su denominación manifiesta que su ámbito de aplicación material se restringe a los aspectos civiles de la restitución internacional de menores. A su turno, el art. 26 de la CIDIP IV establece que sus disposiciones no serán obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito. Más allá de esta cláusula, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores no se ocupa de los aspectos penales que pueden encontrarse involucrados, por oposición a la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, adoptada en México en 1994 (CIDIP V) que se detiene tanto en los aspectos civiles como penales de este instituto[13].

Si bien los convenios vigentes sobre restitución consideran que el traslado o la retención ilícitos no configuran un delito sino un ejercicio abusivo de derechos por parte del progenitor que traslada o retiene al niño, la sustracción internacional de menores es considerada delito en muchos Estados. Sin embargo el tratamiento que se le da a la figura de la sustracción parental varía de un Estado a otro, así como varía la definición de menor y las penas que se imponen en cada uno de ellos.

De hecho, en la República Argentina se encuentra vigente la ley 24.270, que tipifica el impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. Esta ley prevé una pena agravada para el progenitor que impide el contacto de su hijo con el padre no conviviente, y lo traslada al extranjero.

Por su parte, el Código Penal prevé en su art. 146 el delito de sustracción de menor, penando la conducta de aquel que sustrajere, retuviere u ocultare a un niño menor de diez años del poder de sus padres. Sin embargo, la doctrina argentina debate si un progenitor puede ser sujeto activo del delito de sustracción de menores.

No obstante, en general, la sanción penal no es eficaz. En efecto, "opera una vez que la sustracción se ha producido, es de difícil aplicación porque generalmente requiere de un proceso de extradición que por la gravedad de las penas impuestas no

[11] Cfr. *www.hcch.net/upload/outline34s.pdf* (12/2/15).

[12] Tanto la Argentina como Uruguay fijan la mayoría de edad en los dieciocho años.

[13] En la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V, que vincula a la República Argentina con otros catorce Estados americanos), los países signatarios se comprometan, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, a prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores, así como a regular los aspectos civiles y penales del mismo. El tráfico internacional de menores usualmente está ligado a conductas tan graves como el secuestro, pues implica que al menor se le separe por la fuerza de su familia, es una forma de violencia física y moral, y en la mayoría de los casos se realiza con el objeto de someter a la víctima a prácticas de abuso sexual, explotación laboral o económica y práctica de trabajos riesgosos. El texto de la Convención se encuentra en *www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_convencionmenores.htm* (15/2/15).

En el ámbito universal, cabe mencionar al Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños —*daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/560/92/PDF/N0056092.pdf?OpenElement* (15/2/15)—. Es un acuerdo complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Es uno de los tres Protocolos de Palermo, los otros son Protocolo de las Naciones Unidas contra el Contrabando de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y Protocolo de las Naciones Unidas contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, adoptados por las Naciones Unidas en Palermo, Italia en 2000. Cuenta con ciento sesenta y seis Estados Partes, entre ellos la Argentina. El estado actual puede consultarse en *treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=fr* (15/2/15).

La Argentina sancionó y promulgó el 29 de abril de 2008 la ley 26.364 sobre Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas que busca prevenir y sancionar la trata de personas, tanto de adultos como de menores y también de asistir a las víctimas, sancionar a los tratantes. Dicha norma fue modificada por la ley 26.842 promulgada el 27 de diciembre de 2012, que suprime la distinción entre víctimas mayores y menores de edad y agrava las escalas penales.

es encuadrable en los tratados internacionales, añade nuevas dificultades al contacto, produce efectos perniciosos sobre el psiquismo del niño-víctima y puede constituir un obstáculo al retorno seguro, al impedir el regreso del sustractor como acompañante del niño, en los supuestos en que se trate de su cuidador primario o una denegación de justicia al prohibir el ingreso al territorio del sustractor para ejercer sus derechos en el proceso que sobre la custodia probablemente se siga"[14].

Por todo ello, nuestra autoridad central aconseja que la denuncia penal debe ser realizada con sumo cuidado, teniendo siempre en miras el interés superior del niño y el modo en que podrá afectar la causa la existencia de un proceso penal. En consecuencia, no recomienda, en principio, iniciar, simultáneamente con el pedido de restitución, el reclamo penal[15].

d) Soluciones ante la inexistencia de convención aplicable

Cabe señalar que fuera del ámbito multilateral del Convenio de La Haya y del marco interamericano de la CIDIP IV, existen diversos acuerdos bilaterales. En particular destacan los celebrados entre: Australia - Egipto (2000), Bélgica - Marruecos (1981), Bélgica - Túnez (1982), Canadá - Egipto (1997), Canadá - Líbano (2000), Francia - Argelia (1988), Francia - Egipto (1982), Francia - Líbano (2000), Francia - Marruecos (1983), Francia - Túnez (1982), Suecia - Egipto (1996), Suecia - Túnez (1997), Suiza - Líbano (2005), EE.UU. - Egipto (2003).

Sin embargo, si bien los convenios multilaterales y bilaterales cubren una red de protección extensa, quedan muchos casos que no caen en el ámbito de aplicación de ningún tratado vigente.

Cuando los menores sustraídos no tienen residencia habitual en un Estado Parte de alguno de los convenios o son ilícitamente sustraídos hacia Estados no partes o retenidos en ellos, la respuesta jurídica variará considerablemente según la jurisdicción que entienda en el caso. Para estos supuestos, las soluciones son mucho más complejas y dependen en gran medida de la buena voluntad de los progenitores y de la intervención diplomática de los Estados involucrados. Por ello, lo más recomendable es adoptar medidas preventivas, sobre todo en aquellos casos de matrimonios o parejas multiculturales.

En efecto, en caso de desavenencias de parejas o matrimonios mixtos, multiculturales, los conflictos en materia de la atribución del derecho de guarda y de visitas se incrementan, al punto que la posibilidad, los riesgos de un desplazamiento o retención ilícitos del niño en un lugar distinto al de su residencia habitual se multiplican.

Resulta muy frecuente el caso de un padre musulmán que, en ejercicio del derecho de visitas del niño, lo lleva a su país de origen y lo retiene indefinidamente, amparado por el derecho islámico que le reconocerá el derecho de custodia exclusivo a los fines de que aquél crezca con la educación, principios y religión del Islam, lo cual, en la mirada de un tribunal musulmán, resultaría imposible si el menor retornara al país de su residencia habitual, occidental y junto a una madre no musulmana[16].

Lamentablemente, el tratado de alcance universal en la materia, es decir, el Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980, resulta inaplicable dado que la mayoría de los países islámicos no son parte[17].

La norma del *CCCN* que estamos analizando precisamente procura brindar una solución ante la ausencia de fuente convencional que rija el pedido de restitución internacional de un niño.

Cabe señalar que anteriores proyectos de reforma de nuestra fuente interna contemplaron la regulación de los casos que no caen bajo el ámbito de aplicación de los convenios vigentes.

Nos referimos en particular al Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, que en su art. 115 establecía: "Desplazamiento o retención ilícitos. En materia de restitución de menores se aplican, atendiendo las circunstancias del caso, las soluciones del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya del 25 de octubre de 1980".

La disposición proyectada se limitaba a recurrir por analogía a la aplicación del Convenio con vocación universal en la materia.

e) La finalidad de las convenciones en vigor

El Convenio de La Haya tiene una finalidad clara y firme: la *pronta* restitución del menor ilícitamente trasladado o retenido al lugar de su residencia habitual. Así

14 Herz, *El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de la sustracción parental internacional*, en "Revista de Derecho Procesal", año 2010, vol. 1, p. 179.

15 *Cfr. www.menores.gov.ar* (12/2/15).

16 Es el caso que tomó estado público de la señora Gabriela Arias Uriburu, quien contrajo matrimonio en Guatemala en 1991 con el empresario Imad Shaban, de origen jordano y nacionalizado guatemalteco; unión de la que nacieron tres hijos: Karim, Zahira y Sharif. Con posterioridad, los cónyuges solicitaron su divorcio ante un juez de familia guatemalteco quien lo otorgó a la madre la custodia de sus hijos. Sin embargo, en el año 1997, el padre sustrajo a los niños, desconociéndose su paradero por el lapso de tres meses. Merced a diversas gestiones diplomáticas y al trabajo de los medios de comunicación, se conoció que los niños se encontraban conviviendo con su padre, en la ciudad de Amman, Jordania. A partir de allí la madre reclamó el contacto con los menores habiéndose logrado un régimen de visitas restringido y bajo supervisión.

17 Marruecos ha ratificado el Convenio de La Haya de 1980 el 9 de marzo de 2010 y entró en vigor a su respecto el 1° de junio. Irak lo ratificó el 21 de marzo de 2014, y entró en vigencia, el 1° de junio de 2014.

lo dispone su propio texto en el art. 1°.*a*, así lo ha entendido la doctrina y así lo ha interpretado la jurisprudencia.

Asimismo, tiene por fin velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes (art. 1°.*b*).

En el informe explicativo de Pérez Vera, podemos encontrar una interpretación simple y esclarecedora: "Los objetivos del Convenio, que constan en el art. 1°, se podrían resumir de la forma siguiente: dado que un factor característico de las situaciones consideradas reside en el hecho de que el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, un medio eficaz de disuadirle consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. Para alcanzar este objetivo, el Convenio consagra en primer lugar entre sus objetivos el restablecimiento del *status quo* mediante la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante. Las dificultades insuperables encontradas para fijar convencionalmente criterios de competencia directa en la materia llevaron en efecto a la elección de esta vía que, aun siendo indirecta, va a permitir en la mayoría de los casos que la resolución final respecto a la custodia sea dictada por las autoridades de la residencia habitual del menor, antes de su traslado".

Seguidamente, Pérez Vera expresa, en relación al objetivo recogido en el punto *b*, que si bien "presenta un carácter autónomo, su relación teleológica con el objetivo 'retorno del menor' no es por ello menos evidente. En realidad, se podría estimar que se trata de un único objetivo considerado en dos momentos distintos: mientras que el retorno inmediato del menor responde al deseo de restablecer una situación que el secuestrador modificó de forma unilateral mediante una vía de hecho, el respeto efectivo de los derechos de custodia y visita se sitúa en un plano preventivo en la medida en que dicho respeto debe hacer desaparecer una de las causas más frecuentes de las sustracciones de menores".

A continuación destaca que "... cabe llegar a la conclusión de que cualquier intento de jerarquización de los objetivos del Convenio sólo puede tener un significado simbólico. En efecto, parece casi imposible establecer una jerarquización entre dos objetivos que tienen su origen en una única preocupación dado que, en definitiva, viene a ser más o menos lo mismo facilitar el retorno de un menor desplazado que tomar las medidas oportunas para evitar su desplazamiento"[18].

A su turno, la CIDIP IV dispone que "tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es

[18] Pérez Vera, Elisa, Informe explicación del Convenio de La Haya de 1980, 14 de junio de 1988; disponible en *www.hcch.net/upload/expl28s.pdf*.

también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares".

Por su parte, nuestros tribunales han sostenido: "... Bien se ha dicho por Operti Badán que la acción de restitución es autónoma por su objeto y específica por su perfil procesal, pues puede verse agotada con la sola restitución, sin ser seguida por acción posterior. En cuanto a lo segundo, por participar de la naturaleza del recurso de innovar, aunque no ya referida al juez sino a las partes (...) Según Droz, la Convención 'fija simplemente una obligación de resultado: el retorno del niño' ('Travaux du Comité ...', années 1981-82, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1985, p. 131). Esto es así en tanto de lo que se trata es de lograr una solución de urgencia, con miras a evitar la consolidación jurídica de situaciones inicialmente ilícitas (Rapport explicatif de Mlle. Elisa Pérez Vera, n° 40), evitando que la solución de las disputas entre progenitores en torno a la guarda o tenencia de los menores se logre mediante vías de hecho (Weinberg de Roca, Inés, 'Sustracción y restitución internacional de menores', *LL*, 1995-C-1281) frustrando maniobras de *forum shopping* (Weinberg de Roca, ob. cit.; Operti Badán, ob. cit., lug. cit.) ..."[19].

En otros términos, la finalidad es "el pronto retorno del menor al Estado en el cual tiene su residencia habitual; para lo cual califica al traslado o la retención indebida por la violación de los derechos de guarda y de custodia. También tiene por fin resguardar las relaciones familiares, en consecuencia, son sus objetivos el bienestar del menor, y el derecho de visita considerando que la sustracción es una acción contraria a su bienestar"[20].

Sin embargo, y sin perjuicio del objetivo central de los convenios en materia de restitución, "cabe hacer hincapié en que lo resuelto no constituye impedimento para que, por la vía procesal pertinente, los padres puedan discutir la tenencia de la menor, desde que la propia Convención prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilegal, y ello no se extiende al derecho de fondo de la guarda o custodia del menor, materia principal que hace a las potestades del órgano con competencia en la esfera internacional"[21].

En definitiva, tal como sostiene Goicoechea, "las convenciones de restitución tienen la misma finalidad primordial, la que podemos sintetizar de la siguiente manera: restituir a su residencia habitual en forma urgente a los menores trasladados o retenidos en forma ilícita en el extranjero"[22].

[19] "S., Z. A. A. c. A, D. D. s/Exhorto", expte. n° 88.448, del 14/9/95, *ED*, 165-499.

[20] Biocca, *Derecho internacional privado. Un nuevo enfoque*, 2004, t. I, p. 339.

[21] CSJN, 20/12/05, "S. A. G. s/Restitución internacional solicita restitución de la menor", *LL*, 2005-A-302; *JA* 2005-I-57.

[22] Goicoechea, *Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores*, en "Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", n° 30, "Derecho de familia", mar.-abr. 2005, p. 67.

f) El alcance del derecho de custodia a la luz de las convenciones

El art. 3° del Convenio de La Haya de 1980 define los supuestos de traslado y retención ilícitos, determinando que éstos se dan cuando se realizaren en infracción de un derecho de custodia efectivamente ejercido, sea éste exclusivo o compartido, atribuido por el derecho de la residencia habitual del menor inmediatamente antes del traslado o retención, ya sea de pleno derecho, por una decisión jurisdiccional o administrativa o por acuerdo de partes.

Debemos recordar al respecto, que el art. 5°, inc. a) prescribe que el derecho de custodia comprende la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del menor y, por lo tanto, sobre su traslado. El art. 3°, Inc. a) de la CIDIP IV lo define en idénticos términos.

Tal como podemos observar de la letra del articulado del Convenio de La Haya y de la CIDIP IV, si bien aproximan una calificación de "derecho de custodia", la ilicitud del traslado debe ser analizada a la luz de la ley del lugar de residencia habitual del niño.

En la mayoría de los casos nos encontraremos con supuestos de patria potestad compartida y el traslado o retención, aunque son ilícitos, no configuran un delito en sí mismos, sino un ejercicio abusivo de los derechos-deberes atribuidos en el marco de la patria potestad.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que una autorización para salir del país de residencia habitual de los menores no implica, por sí sola, el consentimiento del cónyuge otorgante para retener al menor y fijar su nueva residencia en otro país.

Efectivamente, "si en un Estado Parte la legislación sustancial atribuye la 'custodia' —o tenencia, o guarda, cualquiera sea el *nomen iuris* de la institución desde la óptica del derecho de fondo— a uno de los progenitores pero ese derecho no alcanza para que ese padre conviviente pueda decidir por sí la modificación de la residencia habitual del niño mediante el establecimiento de una nueva residencia en un país extranjero (pues para hacerlo necesariamente debe contar con el consentimiento del otro progenitor o la autorización de una autoridad judicial), entonces, debe concluirse que ese progenitor no tiene la custodia en el sentido uniforme de la Convención (art. 5°.a), y si desplaza o retiene al niño con el intento de modificar su 'centro de vida' comete la infracción que se califica de conducta ilícita, que da lugar al procedimiento de restitución"[23].

En similar inteligencia, podemos afirmar que el Convenio de La Haya no define al derecho de custodia como concepto jurídico, sino que establece un contenido mínimo para lograr aproximarse a los fines del Convenio[24].

[23] Najurieta, *La restitución internacional de menores y el principio del "interés superior del niño"*, JA, 2006-I-43.

[24] Gómez Bengoechea, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, 2002.

En efecto, "el progenitor que dispone de un derecho de custodia limitado territorialmente no dispone de un derecho de custodia en el sentido del Convenio, pues no tiene el derecho de decidir la residencia del menor"[25].

Por su parte, la jurisprudencia internacional ha sostenido reiteradamente que se habilitará la vía del Convenio de La Haya cuando cualquier persona física, tribunal, institución u órgano, que tenga un derecho a objetar el traslado del menor fuera de la jurisdicción, no sea consultada previamente al traslado o se niegue a él. Es suficiente entonces la existencia de la facultad de decidir acerca de la radicación del menor en el extranjero para que se configure la noción de custodia prevista en el Convenio.

En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha decidido en la célebre causa "Abbot v. Abbot" (n° 08-645, decisión del 17 de mayo de 2010), en contra de lo sostenido por las dos instancias precedentes, que el traslado de un menor al extranjero (en la especie, de Chile a los Estados Unidos de América) en compañía del progenitor que detenta la custodia, sin la autorización del otro progenitor, a quien se le había reconocido un derecho de visita y un derecho de autorización para los traslados del menor al extranjero *(ne exeat)*, constituye una vulneración del "derecho de custodia" en los términos del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Al respecto, cabe tener presente la presentación que con fecha 17 de diciembre de 2008 y en carácter de *amicus curiae* efectuó la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ante la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso citado, en apoyo del *writ of certiorari* que impulsaba el peticionario. Sobre la interpretación del derecho de custodia advirtió que "a través de diferentes medios, los Estados Partes han dejado en claro que ellos desean una exégesis uniforme de los conceptos centrales del Convenio, teniendo en cuenta su naturaleza autónoma, y de ninguna manera limitada a la comprensión que se daría a una determinada palabra o frase en los asuntos puramente domésticos. Los giros relevantes deben apreciarse en el contexto en el que son utilizados en el tratado". Prosigue: "La expresión convencional 'derechos de custodia' no coincide con ninguna concepción particular de custodia en las leyes nacionales, sino que adquiere su significación desde las definiciones, estructura y propósitos del Convenio de la Haya de 1980, pues la doctrina y la ley locales no han de tenerse por decisivas en la determinación del alcance de los vocablos de los que se vale el tratado (...) La comunidad jurídica de Naciones ha alcanzado un amplio consenso respecto de que la previsión *ne exeat* (prohibición dirigida al cuidador primario del niño de sacarlo de la jurisdicción, sin la conformidad del otro progenitor o del tribunal), cae dentro del dominio de la noción convencional 'derechos de custodia' ".

[25] Calvo Caravaca - Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., 2005, t. II.

Dentro de la jurisprudencia argentina, destaca el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 19 de mayo de 2010, en autos "B., S. M. c. P., V. A."[26]. En el caso, los menores J. A., T. A. y N. A. B., todos de nacionalidad argentina, residieron hasta enero de 2002 en nuestro país. A partir de esa fecha, sus progenitores B., S. M. y P., V. A. deciden trasladar su residencia habitual a la ciudad de Rubí, provincia de Barcelona, España.

El 13 de abril del año 2005 los todavía cónyuges B. y P. firmaron un convenio (en los términos del art. 90 del CC español) que tiene por finalidad regular las consecuencias de la separación personal o divorcio vincular (arts. 81 y 86, CC español). Dicho acuerdo fue aprobado por un fallo emitido el 14 de diciembre de 2005 por la jueza titular del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de la ciudad de Rubí. En el Capítulo I, art. 2º del Convenio, los esposos denuncian su residencia dentro de dicha ciudad y, en su párr. 2º, expresan: "Cualquier cambio de residencia posterior deberá ser notificado al otro cónyuge, a fin de tener conocimiento del lugar en el que se encuentran los menores en todo momento". En el Capítulo II del acuerdo, párr. 5º, concertaron que: "Los hijos del matrimonio, J., T. y N., de once, ocho y cinco años de edad, permanecerán bajo la guardia y custodia de la madre". Y en el párrafo siguiente: "Es voluntad de ambos cónyuges seguir ejerciendo conjuntamente la patria potestad sobre los hijos, y a este fin se comprometen a tomar de común acuerdo cuantas decisiones importantes puedan afectarles".

Así, en 2005, durante el período de vacaciones, la madre los traslada a la Argentina, con expresa autorización del padre "... al solo efecto de viajar a la Argentina por el período de vacaciones ...". Sin embargo, los retiene más allá del plazo pactado y decide no volver a España con los menores.

La Corte Suprema hizo suyo el dictamen de la procuradora fiscal y, por ende, declaró procedente el recurso y revocó la sentencia recurrida, ya que concluyó, acertadamente, que debe interpretarse el caso coordinando lo dispuesto por el derecho vigente en el país de residencia habitual del menor, inmediatamente anterior a la ocurrencia del evento (en el caso, el derecho español) con la directiva del art. 5º, inc a). En consecuencia, entiende que el título invocado por la señora P. carecía de validez inicial, toda vez que no estaba habilitada —en ninguna de las vertientes previstas por el art. 3º, *in fine*— para fijar la residencia de los hijos, fuera del territorio español, sin la anuencia del otro progenitor, que, por otra parte, tampoco consintió posteriormente la modificación de residencia de los menores[27].

[26] Puede verse un análisis de este fallo en Scotti, *Un destacable pronunciamiento de la Corte Suprema en materia de restitución internacional de menores. El caso "B., S. M. c. P., V.A."*, en "Revista de Derecho de Familia y de las Personas", año 2, nº 7, ago. 2010, ps. 75 a 99.

[27] Sin embargo, la Suprema Corte de Buenos Aires en su fallo del 4 de febrero de 2009, en el mismo caso había adoptado una postura opuesta, en estos términos: "*1*) la progenitora es titular de la custodia de los citados menores; *2*) dicha calidad es ejercida conforme a derecho por cuanto,

El régimen de la responsabilidad parental de nuestro país tiene como fin que no sea uno solo sino ambos padres los que tomen las decisiones atinentes a la vida y al patrimonio de sus hijos. En efecto, el art. 641 del *CCCN* dispone que su ejercicio corresponde, en caso de convivencia con ambos progenitores, a ambos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el art. 645, o que medie expresa oposición.

A su turno, en caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, también corresponde a ambos progenitores. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir sólo a uno de ellos, o establecerse distintas modalidades.

Para el caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, corresponde al otro.

En caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde al único progenitor.

Finalmente, en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, el ejercicio de la patria potestad corresponde al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades.

Por su parte, el art. 645 enumera una serie de actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores del niño en todos los casos enunciados en el art. 641. Dentro de estos supuestos, nos interesa el inc. *b*): *"autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero"*. Si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar. Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.

Recuérdese que el Código Civil derogado, en su art. 264 *quater*, establecía la exigencia del consentimiento expreso y conjunto de ambos progenitores, ya sea que estén casados, o separados, para autorizar al niño a salir de la República (inc. 4º).

Pese a que no indicaba expresamente la necesidad de autorización conjunta para fijar nueva residencia en el extranjero, la doctrina mayoritaria interpretó que dicho consentimiento de ambos padres debía ser requerido no sólo para salir del país temporalmente sino también para una eventual radicación en el extranjero; y ya

siguiendo la previsión legal contenida en el inc. *a*) del art. 3º, es conferida por el órgano jurisdiccional competente en el Estado en que los menores tenían su residencia habitual con anterioridad a efectivizarse el traslado en litigio (ciudad de Rubí, provincia de Barcelona, España); *3*) el cambio de residencia de los menores, quienes fueron llevados por la madre para permanecer con ella en nuestro país importó el ejercicio de una prerrogativa propia de quien goza de la guarda jurídica de los menores". En consecuencia, "... la guarda reconocida a la madre de la menor impide calificar al traslado objeto de autos como ilegítimo, en los términos del citado instrumento internacional ...".

sea que lo hiciera sin sus padres, o con uno solo de ellos, siempre que sea menor de edad[28].

Los padres deben expresar por escrito y ante jueces de paz y familia, autoridades del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, escribanos públicos o cónsules argentinos en el exterior, su voluntad de autorizar al menor la salida del país, por un plazo determinado que podrá ser de días, meses, años o hasta cumplida la mayoría de edad.

Como vemos, para el sistema jurídico argentino, la facultad de decidir el lugar de residencia del niño no es potestad exclusiva del progenitor que tiene la tenencia o custodia, sino que por ser un acto de máxima trascendencia para la vida del niño, deberá ser producto de una decisión conjunta de ambos progenitores.

Por otro lado, si la autorización para salir de la República junto con el otro progenitor incluyera implícitamente la autorización para cambiar la residencia fuera del país, desnaturalizaría las normas nacionales que preservan la comunicación del niño con ambos padres.

g) Otras calificaciones autárquicas

El art. 5° del Convenio de La Haya, además de calificar, a los fines de su aplicación, "derecho de custodia", define en el ap. *b*) el "derecho de visita" como aquel

[28] Además del documento de viaje habilitado correspondiente al destino necesitan autorización para salir del país todos los menores de dieciocho años argentinos y extranjeros que residan en la Argentina (tengan residencia permanente, temporaria o precaria), de acuerdo a las siguientes consideraciones:

1. Si viajan con ambos padres, bastará con que acrediten el vínculo mediante Libreta Civil de Familia, Partida de Nacimiento o Certificado de Nacimiento.
2. Si el menor viaja con sólo uno de sus progenitores, además de demostrar la relación parental con alguno de los documentos citados, deberá acompañar la autorización del padre/madre ausente.
3. Las autorizaciones deben ser gestionadas indistintamente ante: jueces de paz y familia, autoridades del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, escribanos públicos o cónsules argentinos en el exterior.
4. Cuando en la partida de nacimiento sólo consta la filiación materna o paterna (de quien acompaña al menor), bastará con esta acreditación.
5. En todos los casos tienen validez la Libreta Civil de Familia, la Partida de Nacimiento o el Certificado de Nacimiento sin importar la fecha de su emisión, siempre que se encuentren en buen estado.
6. Si es hijo de menores no emancipados, sólo un juez podrá autorizar la salida, aun cuando uno de los progenitores alcance la mayoría de edad (en este caso el juez autoriza por el padre/madre menor de edad).

En todos los casos, las personas deberán presentar en el control migratorio el documento hábil y vigente de viaje, documentación que acredite el vínculo o la autorización expresa presentada en original o en copia debidamente autenticada.

Para más información, consultar: *www.migraciones.gov.ar/accesible/?menores* (12/2/15).

que comprende el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. En idéntico sentido, encontramos una definición en el art. 3°.*b* de la CIDIP IV.

A su turno, el Capítulo IV del Convenio de La Haya se dedica al derecho de visita y en el art. 21 establece que: "Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor ...".

El art. 21 ha sido objeto de diversas interpretaciones. Los Estados contratantes que favorecen una interpretación literal[29] han concluido que la disposición no brinda un fundamento jurisdiccional según el cual los tribunales pueden intervenir en cuestiones de derecho de visita sino que se concentra en la asistencia procesal por parte de la autoridad central pertinente. Otros Estados contratantes han permitido que se instituyan procesos sobre la base del art. 21 a fin de hacer efectivos los derechos de visita existentes o incluso crear nuevos derechos de visita[30].

En cambio, ni el Convenio de La Haya de 1980 ni la CIDIP IV califican el punto de conexión residencia habitual, pese a que informa a ambos convenios. Se debe entender como una cuestión de hecho, de carácter sociológico, diferente a la noción de domicilio, de carácter normativo, que en la aplicación de estas convenciones carece de relevancia, como tampoco la tiene la nacionalidad de los progenitores o la del menor.

Los expertos de los países que intervinieron en la elaboración del Convenio de La Haya eligieron la residencia habitual del menor para atribuir la competencia, en razón de ser éste un concepto que tiende a una mayor seguridad en lo que atañe a la

[29] En los siguientes casos, entre otros, se dio una interpretación literal al art. 21 del Convenio de La Haya: "S. v. S.", 25/5/98, Austria, transcript *(official translation)*, Regional Civil Court at Graz (cita INCADAT: HC/E/AT 245); 2 UF 286/97, Alemania, Oberlandesgericht Bamberg (cita INCADAT: HC/E/DE 488); "Bromley v. Bromley", 30 F. Supp. 2d 857, 860-61 (E.D. Pa. 1998 - U.S.) (cita INCADAT: HC/E/USf 223); "Tejeiro Fernandez v. Yeager", 121 F. Supp. 2d 1118, 1125 (W.D. Mich. 2000 - U.S.); "Janzik v. Schand", 22/11/00, United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division (cita INCADAT: HC/E/USf 463); "Wiggill v. Janicki", 262 F. Supp. 2d 687, 689 (S.D.W. Va. 2003 - U.S.); "Yi Ly v. Heu", 296 F. Supp. 2d 1009, 1011 (D. Minn. 2003 - U.S.); "Wiezel v. Wiezel-Tyrnauer", 388 F. Supp. 2d 206 (S.D.N.Y. 2005 - U.S.) (cita INCADAT: HC/E/USf 828); "Cantor v. Cohen", 442 F.3d 196 (4th Cir. 2006 - U.S.) (cita INCADAT: HC/E/USf 827); In Re G. (A Minor) (Enforcement of Access Abroad) [1993 - U.K.] Fam 216 (cita INCADAT: HC/E/UKs 110); Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody) [2006 - U.K.] UKHL 51 (cita INCADAT: HC/E/UKe 880); Arrondissement Judiciaire I Courtelary-Moutier-La Neuveville (Suisse) 11 october 1999, Suiza, n° C 99 4313 (cita INCADAT: HC/E/CH 454).

[30] En otros casos se adoptó una interpretación más permisiva del art. 21, véase, entre otros "Donofrio v. Burrell", 2000 U.K. - Escocia, S.L.T. 1051 (cita INCADAT: HC/E/UKs 349). Aún más amplia es la interpretación adoptada en Nueva Zelanda, véase "Gumbrell v. Jones" [2001] NZFLR 593 (cita INCADAT: HC/E/NZ 446); disponibles en *www.incadat.com* (15/2/15).

restitución, ya que se supone que son los jueces en donde el menor desarrollaba su vida los que se encuentran en mejores condiciones para resolver la cuestión de fondo.

Por su parte, en la Reunión de Autoridades Centrales de 1993, se estableció que la residencia habitual a la que se hace referencia en el Convenio es la del menor, independientemente de la voluntad de los padres de vivir en ese lugar.

Si bien para algunos autores la residencia habitual es un concepto que por su claridad no es necesario definir, en la aplicación práctica de las convenciones se plantea la cuestión de las calificaciones: deberá determinarse qué ley definirá este punto de conexión. En los casos de un procedimiento de restitución internacional de menores corresponderá la definición de tal concepto por la *lex fori*. En el derecho argentino de fuente convencional nos encontramos con el art. 4° del Convenio Argentino-Uruguayo sobre la Protección Internacional de Menores de 1981 que califica la residencia habitual como el lugar donde el menor tiene su centro de vida, poniendo la atención en el menor y no en el domicilio de sus representantes legales, criterio este último que sustentan, en cambio, los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940.

La Corte Suprema en el célebre caso "Daniela" sostiene que la expresión "residencia habitual" utilizada por el Convenio de La Haya "se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores", tal como lo define el Convenio Argentino-Uruguayo. En virtud de ello, declara equivocada la interpretación de la apelante que hace depender la residencia habitual del menor del domicilio de sus padres. Por el contrario, en el caso no se discutió que la menor vivió en Canadá desde su nacimiento hasta el traslado a la Argentina, durante cuatro años, cumpliendo así el requisito de habitualidad. Que la estadía del matrimonio en Canadá no haya sido definitiva o que las autoridades de tal país sólo hubieran autorizado su permanencia por un tiempo limitado hacen a la configuración, o no, del domicilio, pero en nada afectan a la de la residencia habitual; por ende, tales extremos son irrelevantes a los fines de la restitución internacional de menores[31].

Sin embargo, la jurisprudencia comparada no es uniforme. En efecto, la interpretación del concepto central de residencia habitual ha demostrado ser cada vez más problemática con interpretaciones divergentes que surgen de distintas jurisdicciones. No hay uniformidad respecto de si al momento de determinar la residencia habitual el énfasis debe estar sobre el niño exclusivamente, prestando atención a las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor, o si debe estar primordialmente en las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor.

31 CSJN, 14/6/95, "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c. Osswald, María Gabriela", *CSJN-Fallos*, 318:1269.

Finalmente, el art. 4° del Convenio de La Haya brinda una calificación autárquica del menor, en tanto estipula que "dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años".

El texto es muy claro, una vez que el menor alcanza los dieciséis años, éste deja de aplicarse, aun cuando el menor cumpla dicha edad mientras que la solicitud de restitución se encuentra en trámite ante el tribunal[32].

La CIDIP IV, en similares términos, establece en el art. 2° que: "Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad".

Cabe destacar que la calificación de menor de las convenciones no modifica el comienzo de la mayoría de edad, sino que se ha fijado a los específicos fines de la restitución del niño en los casos de traslados y retenciones indebidas, de allí que se previó una edad menor. En efecto, estos casos decrecen con el aumento de la edad del menor. A partir de los dieciséis años, se entiende que el niño es menos manipulable por sus familiares y está en mejores condiciones de elegir con cuál de sus padres quiere convivir y en qué lugar[33].

A diferencia de los convenios multilaterales, para el Convenio Argentino-Uruguayo, la calidad de menor queda librada a lo indicado por el derecho del lugar de residencia habitual del niño. En consecuencia, si aquél tuviera residencia en la Argentina o en Uruguay, la protección se extiende hasta los dieciocho años.

Cabe señalar que el art. 2642 del *CCCN* se refiere a "menor de edad" sin mayores precisiones, lo que nos llevaría a dos interpretaciones posibles: entender que el juez deberá adoptar en todos los casos la calificación de menor que brindan los convenios, o considerar que la aplicación analógica de estos tratados se extiende hasta los dieciocho años (nótese que las fuentes convencionales se refieren a "menor" y no a "menor de edad").

h) Procedencia del pedido de restitución. Requisitos y excepciones

El pedido de restitución procede siempre que: *1*) exista un derecho de custodia atribuido de conformidad con la ley de residencia del menor; *2*) ese derecho de custodia haya sido ejercido de manera efectiva al momento del traslado o la retención del menor; *3*) el menor tenga la residencia habitual en el Estado requirente de

32 Véase, entre otros, el caso "Re H." (Abduction: Child of 16) [2000] 2 FLR 51 (cita INCADAT: HC/E/UKe 476) *(www.incadat.com)* (15/2/15).

33 Santos Belandro, *Minoridad y ancianidad en el mundo actual. Un estudio desde el derecho internacional privado comparado. El testamento vital*, 2007, p. 193 y siguientes.

la restitución; *4*) el traslado o retención sean ilícitos por violar un derecho de custodia atribuido según la ley de residencia del menor.

El art. 3° del Convenio de La Haya define los supuestos de traslado y retención ilícitos, determinando que éstos se dan cuando se realizaren en infracción de un derecho de custodia efectivamente ejercido, sea éste exclusivo o compartido, atribuido por el derecho de la residencia habitual del menor antes del traslado o retención, ya sea de pleno derecho, por una decisión jurisdiccional o administrativa o por acuerdo de partes. Debemos recordar al respecto, que el art. 5°, inc. a) prescribe que el derecho de custodia comprende la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del menor y, por lo tanto, del traslado del menor.

A su vez, el art. 4° de la CIDIP IV dispone que "se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor".

El Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores se aplica siempre que un menor se encuentre indebidamente fuera del Estado de su residencia habitual y en el territorio del otro Estado Parte (art. 1°). La presencia de un menor en el territorio del otro Estado Parte será considerada indebida cuando se produzca en violación de la tenencia, guarda o derecho que, sobre él o a su respecto, ejerzan los padres, tutores o guardadores (art. 2°).

En general, el padre que sustrae a su hijo lo hace con la finalidad de privarlo de contacto con el otro progenitor, y obtener por vías de hecho, un ejercicio exclusivo de la patria potestad. Ésta es una distinción clara con el tráfico internacional de niños en el cual la finalidad de quien realiza la conducta es delictiva[34].

Mientras que el traslado indebido o ilícito consiste en un desplazamiento del menor desde el Estado donde tiene su lugar de residencia habitual a un Estado distinto, la retención se produce cuando el traslado es lícito, en la generalidad de los casos en ejercicio del derecho de visitas, y se transforma en ilícito ante la falta de retorno del niño una vez vencido el plazo convenido para su estadía en el extranjero.

[34] La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V), en vigor en la Argentina desde el 28/2/00, lo define como la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos.

Los "propósitos ilícitos" incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado.

Los "medios ilícitos" incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre (art. 2°, incs. *b*, *c* y *d*).

Las convenciones que analizamos, tal como vimos, sientan como principio general la procedencia de la restitución inmediata de los menores desplazados o retenidos ilícitamente en cualquiera de los Estados contratantes, para lo cual deben darse los requisitos previstos (derecho de custodia atribuido de acuerdo a la residencia habitual del menor y ejercido en forma efectiva en el momento del traslado o de la retención del menor), y que el menor no debe haber cumplido los dieciséis años. Pero además para que la restitución sea viable no deben concurrir las excepciones que taxativamente prevén las mismas convenciones.

Ellas son las siguientes:

1 — Falta de ejercicio efectivo de los derechos de custodia o consentimiento del traslado o retención (arts. 13, inc. *a*, Convenio de La Haya; 11, inc. *a*, CIDIP IV). No se cumpliría con los requisitos de procedencia si el requirente de la restitución no estaba ejerciendo la custodia efectiva antes del traslado o retención o si éste consintió la situación que ahora pretende atacar. Así, por ejemplo, en el reconocido caso "Daniela", la Corte Suprema entendió que el consentimiento efectuado por el padre no tiene los efectos previstos en el art. 13, inc. *a*) de la Convención, ya que éste sólo había consentido el traslado de la menor al único fin de pasar las fiestas en la Argentina pero en ningún momento aceptó la retención de la menor en este país[35].

Cabe señalar que los jueces "no deben inferir que la mediación y los intentos de lograr una restitución voluntaria constituyen un consentimiento a la sustracción. Lo mismo se aplica al caso en que el no sustractor solicita visitas hasta tanto se resuelve la restitución"[36].

2 — Grave riesgo de que la restitución exponga al menor a peligro físico o psíquico, o a una situación intolerable (arts. 13, inc. *b*, Convenio de La Haya; 11, inc. *b*, CIDIP IV, que se limita a la existencia de un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico; art. 7°, Convenio Argentino-Uruguayo). El menor, entonces, no será restituido si se comprueba que ello le provocará un grave riesgo físico o psíquico o lo exponga a una situación intolerable, ya que siempre debe primar el interés superior del menor. En tal supuesto será muy importante la prueba de esta excepción. La mera invocación del grave riesgo no basta para configurar su existencia. Quien se oponga a la restitución tendrá que aportar prueba contundente, clara y convincente al respecto. Se configurará esta excepción, por ejemplo, cuando existen problemas internos en el país de la residencia habitual. Se deben delimitar los argumentos que por su trascendencia ha-

[35] CSJN, 14/6/95, "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c. Osswald, María Gabriela", *CSJN-Fallos*, 318:1269.

[36] Herz, *El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de la sustracción parental internacional*, en "Revista de Derecho Procesal", año 2010, vol. 1, p. 196.

gan inviable el pedido de restitución de aquellos argumentos propios del juicio de tenencia que sólo podrán ser meritados por el juez del lugar de residencia habitual del menor.

Nuestro más Alto Tribunal en el caso "Daniela" señaló que "la causal no apunta solamente a rechazar el regreso ante una situación de peligro externo en el país requirente, sino también a ponderar si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita coloca al menor en peligro psíquico, lo cual es un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con alguno de sus padres. Está claro que la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o idioma, no bastan para considerar la situación excepcional que permitiría negar la restitución".

Por su parte, la Cámara Civil en 1995, en el caso "S. Z. A. A. c. A. D. D. s/Exhorto", sostuvo que esta excepción no apunta sólo a riesgos externos generalizados en el país requirente (como una guerra civil) sino que también autoriza a analizar la situación concreta que puede derivarse de la reinserción del menor en la situación anterior al traslado ilícito. En el caso se declaró improcedente la restitución debido a que existía un grave riesgo actual para el menor[37].

El mismo tribunal, en similar inteligencia, en el caso "E. de D., N. R. c. D., M. G. s/Reintegro de hijo" de 2004, consideró que: "La Convención considera como 'riesgo grave' al riesgo de restituir a los menores al país de su residencia habitual por razones de índole interna de dicho país, pero no el mero argumento de que configuraría grave peligro restituir al menor al otro progenitor, puesto que estos últimos argumentos son propios de un juicio de tenencia que merite la aptitud de cada uno de los padres para el cuidado del niño"[38].

Debemos señalar que ésta es la excepción más invocada por quien ha sustraído al niño y no desea su retorno. En múltiples oportunidades se invoca violencia familiar, abusos sexuales, antecedentes penales del progenitor, entre otras circunstancias. En cualquier caso, estás alegaciones deben ser probadas acabadamente.

Por otro lado, en la jurisprudencia extranjera, los tribunales han respondido de diferentes maneras al enfrentarse a alegaciones de que el progenitor perjudicado se ha comportado en forma inadecuada o ha abusado sexualmente de los menores víctimas de traslado o retención ilícitos. En los casos más claros, las acusaciones pueden simplemente desestimarse por resultar infundadas. Cuando ello no es posible, la opinión de los tribunales se ha dividido en cuanto a si una investigación exhaustiva debería llevarse a cabo en el Estado de refugio o si la evaluación pertinente debería efectuarse en el Estado de residencia habitual, juntamente con la adopción de medidas provisorias a fin de proteger al menor al momento de su restitución.

37 "S., Z. A. A. c. A., D. D. s/Exhorto", expte. nº 88.448, del 14/9/95, *ED*, 165-499.

38 CNCiv., Sala I, 29/12/04, "E. de D., N. R. c. D., M. G. s/Reintegro de hijo", *ED*, 212-310.

3 — Oposición del menor que ha alcanzado un cierto grado de madurez a la restitución (arts. 13, párr. 4º, Convenio de La Haya; 11, última parte, CIDIP IV). Por esta excepción, las autoridades judiciales o administrativas podrán denegar la restitución si el propio menor se opone. La doctrina se ha preguntado al respecto quién califica que el menor posee un grado de madurez que permite tener en cuenta su oposición. Las convenciones no lo hacen, por ende, será el juez o autoridad administrativa competente quien lo determinará, de acuerdo a cada caso en particular. Esta excepción es una aplicación del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño que prevé que los menores deben ser escuchados, condicionado ello a la edad y madurez de los mismos.

Al respecto, nuestros tribunales entienden que: "La autoridad judicial 'puede' tomar en cuenta la opinión del menor según su edad y madurez (arts. 11, *in fine*, Convención de Montevideo de 1989; 12, Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley 23.849, y 13, Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya, de 1980, según ley 23.857) y también 'puede' rechazar la restitución atendiendo a los deseos y preferencias del tutelado, lo que no significa que 'debe' admitirlos con efectos vinculantes. Y las razones son obvias: no debe ser equiparado el deseo del menor con el 'interés superior del niño', el que surge de computar todas sus circunstancias vitales y existenciales en concreto y en el caso, con palabras de la Casación local, ese interés se conforma con el 'conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada ...' (SCBA, Ac. 79931, 22/10/03, cit. "A.K. Adopción plena", *DJJ*, 167-55, voto de la mayoría del juez Pettigiani, cit.). Tampoco puede preferenciarse únicamente el deseo y aspiración del menor (y más allá de su eventual atendibilidad) fundado sólo 'en la consolidación de su integración al nuevo medio' como consecuencia de su traslado incausado por parte de un progenitor. Se procura evitar que se frustre la finalidad de la Convención y que 'el transcurso del tiempo premie al autor (la madre) de una conducta indebida' (CSJN, 14/6/95, 'Wilner, Eduardo M. c. Oswald, María G.', al que se remitió recientemente: 20/12/03, 'S. A. G.', *LL*, 4/5/06, con nota de Néstor Solari; *LL*, 13/12/06, y *DJ*, ejemplar del 26/4/06, p. 1139) ..."[39].

Asimismo, un sector de la doctrina ha afirmado que resulta preferible que el legítimo derecho de expresión del niño se manifieste ante los jueces competentes en la esfera internacional para decidir sobre la cuestión de tenencia[40].

39 Cám. Apel. Civ. y Com. Departamental Azul, Sala II, 13/9/06, "Exhorto: Sra. Juez Dra. Ma. del C. De Chiodi - Dir. Asistencia Scial. Internac. - Min. Ext. Int. y Culto - Rca. Arg. Causa: R., H. S. - Restitución de Menor", *LNBA*, 2007-10-1128.

40 Goicoechea, *Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores*, en "Revista Interdisplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", nº 30, "Derecho de familia", mar.-abr. 2005, p. 76.

En la jurisprudencia comparada, se observa que la opinión del menor es contemplada para rechazar el pedido de restitución siempre que sea muy clara y coherente, bien formada y fundada, y en tanto no esté indebidamente influenciada por algunos de los progenitores[41].

4 — Integración del menor al medio al que fuera llevado luego de vencido el plazo de un año del acto de traslado o retención sin haberse requerido la restitución (arts. 12, párr. 2°, Convenio de La Haya; 14, última parte, CIDIP IV). Aquí nuevamente se trata de preservar el interés superior del menor que se ha integrado a su nuevo centro de vida. Pero para que ello ocurra deberá concurrir simultáneamente la inacción de la persona que vio menoscabado su derecho de custodia, durante un año a partir de su conocimiento de la sustracción o retención ilícitas. Debe quedar claro que para que se dé esta excepción deben darse conjuntamente los factores mencionados: *1)* integración del menor en su nuevo medio, y *2)* iniciación de los procedimientos de restitución después de la expiración del plazo de un año desde el momento en que se produjo la sustracción o que fue localizado el menor si tenía paradero desconocido. Así lo declaró la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en autos "S. Z. A. A. c. A. D. D. s/Exhorto", del 14/9/95: "... la integración al medio, el aquerenciamiento de que se hace mérito por el señor asesor de menores no es motivo autónomo de oposición, salvo en el caso en que la restitución sea solicitada más allá del plazo de un año a que se refiere el art. 12 ..."[42].

5 — Derechos humanos y libertades fundamentales (arts. 20, Convenio de La Haya; 25, CIDIP IV). El art. 20 afirma que la restitución podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esta norma es consecuencia de la conciliación entre dos posiciones contrapuestas dentro de la Conferencia. Algunos delegados eran partidarios de incluir una cláusula de orden público internacional, que funcionara como límite a la aplicación del derecho extranjero, mientras que otros entendían que un instituto como éste no debía incorporarse a una Convención de esta naturaleza.

Esta excepción puede resultar contraproducente si no es interpretada restrictivamente, ya que su invocación sistemática vulneraría los principios que sienta la

41 Véase, entre otros, Re J. (Children) (Abduction: Child's Objections to Return) [2004 – U.K.] EWCA CIV 428 (cita INCADAT: HC/E/UKe 579). En este caso, se informó al tribunal que el niño consideraba la restitución a Croacia constituía un regreso tanto al cuidado y control de su padre como así también un regreso a una situación en la que él creía, su padre continuaría siendo abusivo y violento con su madre y ambos hijos. El tribunal, además, observó que el menor había estado viviendo en la jurisdicción por más de dos años y que se había llegado a establecer en la misma; disponible en *www.incadat.com* (15/2/15).

42 "S., Z. A. A. c. A, D. D. s/Exhorto", expte. n° 88.448, del 14/9/95, *ED*, 165-499.

Convención como su propia razón de ser. Por otra parte, las excepciones que hemos explicado sucintamente como los principios que inspiran a la Convención son, en general, suficientes para proteger los derechos y libertades fundamentales de las partes interesadas en la restitución.

El art. 25 de la CIDIP IV es más concreto al momento de circunscribir el orden público internacional a los principios reconocidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos: "La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño".

Son pocos los casos en los cuales se rechaza un pedido de restitución exclusivamente en virtud de esta excepción. En este sentido, podemos citar un interesante caso resuelto por la Audiencia Provincial Barcelona, Sección 1ª (tribunal de apelaciones), el 21 de abril de 1997[43]. La menor era un bebé a la fecha de la supuesta sustracción ilícita. Había vivido en Israel toda su vida. Los padres estaban divorciados y tenían derechos de custodia compartidos. El 22 de noviembre de 1994 la madre fue a España, su Estado de origen con la menor. En mayo de 1995 el padre descubrió la ubicación de la madre y la hija. El quince de junio de 1995 la autoridad central israelí envió una solicitud a la autoridad central de España para lograr la restitución conforme al Convenio. El 27 de junio de 1995, un tribunal rabínico de Israel le otorgó la custodia al padre en virtud de las acciones de la madre. El padre había solicitado una declaración de que la madre había sido encontrada *moredet*, un estado conforme a la ley religiosa judía conforme al cual se la considera "esposa rebelde". El 19 de abril de 1996, el Tribunal de 1ª Instancia de Barcelona desestimó la solicitud de restitución del padre. El padre apeló, pero su recurso fue desestimado y se rechazó la restitución.

El Tribunal de Distrito sostuvo que la restitución de la niña sería contraria a los principios básicos de la ley española referidos a la protección de los derechos humanos y las libertades básicas, por lo tanto, se aplicaba la excepción conforme al art. 20. Observó que el Convenio se propone restablecer el *status quo ante*, sin embargo, esto era imposible en este caso. El hecho de que el tribunal rabínico hubiera otorgado al padre la custodia exclusiva, aunque en forma provisoria, significaba que la menor sería sustraída a su madre para castigarla a ella por su "rebelión". No se tenía en cuenta qué era lo más beneficioso para la niña que había crecido solamente con la madre. El tribunal estableció que esto equivalía a una negación de la custodia natural de la menor en Israel y era en sí mismo contrario a los principios básicos de la ley española. La conclusión de que la madre era una *moredet* empeoraría su situación y daría como resultado la absoluta negación de sus derechos, no só-

43 "Re S.", auto del 21/4/97, Audiencia Provincial Barcelona, Sección 1ª (cita INCADAT: HC/E/ES 244).

lo en relación con la niña, sino también dentro de la comunidad israelí. El tribunal sostuvo además que de acuerdo con el párr. 24 de la Constitución española tenía que tener en cuenta la protección real de la madre y la hija dado que eran ciudadanas españolas.

I) El procedimiento de restitución

Tanto el Convenio de La Haya de 1980, como la CIDIP IV sobre restitución internacional de menores de 1989, crean un procedimiento autónomo que se deslinda en dos fases, una voluntaria, ante las autoridades centrales, y otra, contenciosa, ante las autoridades judiciales o administrativas competentes, quienes deberán actuar con urgencia y disponer la restitución salvo en los casos de excepción previstos.

El Convenio de La Haya permite que la solicitud de restitución se efectúe ante la autoridad central del Estado de residencia habitual del niño, o ante la de cualquier otro Estado Parte, o bien directamente ante las autoridades judiciales o administrativas, conforme o no a las disposiciones del Convenio (art. 29).

En el caso de la CIDIP IV, los titulares de la acción de restitución podrán ejercitarla: *a)* a través de exhorto o carta rogatoria; o *b)* mediante solicitud a la autoridad central, o *c)* directamente, o por la vía diplomática o consular (art. 8°).

Una vez localizado el niño, la autoridad central debe verificar que se cumplan todos los requisitos que establece el Convenio, con el objeto de que su aplicación sea viable ante la justicia respectiva.

Independientemente de ello, si el padre requirente lo autoriza, tomará contacto con el otro progenitor para lograr una solución amistosa entre las partes.

Incluso antes de iniciar el proceso contencioso, se puede recurrir a la mediación, ya sea en sede administrativa, incluso ante la autoridad central, como instancia prejudicial, o bien en el ámbito judicial[44].

Hay que diferenciar entre un retorno voluntario, totalmente espontáneo, de un retorno amistoso o amigable en el cual operó una cuota de mediación o conciliación gracias a la intervención de otra persona, normalmente experta.

La autoridad central argentina ofrece siempre al peticionario la posibilidad de intentar una etapa voluntaria extrajudicial antes de radicar el proceso ante la justicia. En los casos entrantes, se envía una nota al padre sustractor, para que recapacite y restituya al menor en forma voluntaria (o 'en su caso' se fije un régimen de visitas), explicándosele las consecuencias que acarreará su negativa. Para evitar demoras se le otorga un plazo de diez días para responder[45].

Si ningún acuerdo fuera posible, se procederá a remitir la documentación al juez competente[46] para que dé cumplimiento a la solicitud de restitución efectuada por la autoridad central requirente, para que resuelva en un plazo de seis semanas.

Entramos entonces en la fase contenciosa o judicial. En efecto, se encuentra exclusivamente en manos del Poder Judicial la decisión sobre la procedencia o no del pedido de restitución. Sin perjuicio de ello, la autoridad central estará a disposición del tribunal judicial y de las partes para brindar cualquier tipo de información o cooperación necesaria para el correcto funcionamiento de los convenios, teniendo siempre en mira el interés superior del niño.

Si bien la vía contenciosa es mucho más traumática para el niño, en general no se alcanzan soluciones amistosas y es necesario recurrir a la justicia.

Cabe recordar que en todos estos casos es necesario deslindar, por un lado, la cuestión de fondo, es decir, la tenencia del niño y el derecho de visitas —objeto de debate en otros procedimientos en el caso que analizamos— y los cambios de régimen que pudieran solicitarse; y por otro lado, el pedido de restitución efectuado ya sea ante las autoridades centrales, como ante los tribunales judiciales.

Todas las convenciones que se ocupan del tema tienen una finalidad clara y firme: la restitución del menor ilícitamente trasladado o retenido al lugar de su residencia habitual.

En este sentido, según Opperti Badán, la acción restitutoria es autónoma por su objeto, en cuanto puede agotarse con la propia restitución, evitando un abuso de derecho de una de las partes vinculada al menor y la innovación inconsulta del derecho de la otra parte; y específica por su perfil procesal, ya que participa de la naturaleza del recurso de no innovar aunque en referencia a las partes y no al juez. Si bien participa del género cautelar, en tanto protege un derecho violado o afectado, difiere de la especie "medida cautelar" en un sentido estricto porque no está previsto para asegurar un cierto resultado, ni para impedir que éste sea ilusorio[47].

[44] La Conferencia de La Haya ha estado trabajando en la mediación como método para solucionar amigablemente los pedidos de restitución internacional de menores. Véase: Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Quinta Parte - Mediación, redactado por la Oficina Permanente, Documento Preliminar n° 5 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños; disponible en *www.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf* (12/2/15).

[45] Cfr. *www.menores.gov.ar* (12/2/15).

[46] En la República Argentina el procedimiento tramita ante los juzgados o tribunales con competencia en materia de familia. Si no hubiera juzgados de ese fuero en la jurisdicción, intervendrán los juzgados con competencia en materia civil.

[47] Opertti Badán, *Secuestro y restitución de menores*. Documento de antecedentes del Proyecto de Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores elaborado por el Comité Jurídico Interamericano, preparado por la Secretaría General, CIDIP IV. OEA/Ser.K/XXI.4. CIDIP-IV/Doc.4/88. 14/6/88, p. 8 y siguientes.

En igual sentido, Santos Belandro sostiene: "El proceso de restitución de menores es un proceso autónomo de carácter sumario diseñado con la única finalidad de devolver al menor al entorno natural ..."[48].

En otros términos, la finalidad es "el pronto retorno del menor al Estado en el cual tiene su residencia habitual; para lo cual se califica al traslado o la retención indebida por la violación de los derechos de guarda y de custodia. También tienen por fin resguardar las relaciones familiares, en consecuencia, son sus objetivos el bienestar del menor, y el derecho de visita considerando que la sustracción es una acción contraria a su bienestar"[49].

Sin embargo, y sin perjuicio del objetivo central de los convenios en materia de restitución, "cabe hacer hincapié en que lo resuelto no constituye impedimento para que, por la vía procesal pertinente, los padres puedan discutir la tenencia de la menor, desde que la propia Convención prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilegal, y ello no se extiende al derecho de fondo de la guarda o custodia del menor, materia principal que hace a las potestades del órgano con competencia en la esfera internacional"[50].

En definitiva, tal como sostiene Goicoechea, "... la finalidad es clara en cuanto a que no se procura decidir sobre la cuestión de tenencia que debe ser decidida por los jueces de la residencia habitual del menor; en otras palabras, no se procura discernir cuál es el padre más apto para convivir con el niño, ni implica cambiar la situación que tenía el niño antes del traslado o retención ilícita. Tampoco se busca sancionar al sustractor ..."[51].

En esta inteligencia, el art. 16 del Convenio de La Haya estatuye: "Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el art. 3º, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante adonde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud de este Convenio".

A su vez, el art. 17 determina que: "El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir al menor".

48 Santos Belandro, *Minoridad y ancianidad en el mundo actual. Un estudio desde el derecho internacional privado comparado. El testamento vital*, 2007, p. 213.

49 Blocca, *Derecho internacional privado. Un nuevo enfoque*, 2004, t. I, p. 339.

50 CSJN, 20/12/05, "S. A. G. s/Restitución internacional solicita restitución de la menor", *LL*, 2005-A-302; *JA*, 2005-I-57.

51 Goicoechea, *Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores*, en "Revista Interdisplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", nº 30, "Derecho de familia", mar.-abr. 2005, p. 67.

El art. 19 refleja el principio rector sobre el cual se sustenta la Convención: la decisión adoptada sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia. El conflicto de la tenencia deberá ser resuelto por el juez de la residencia habitual del menor, es decir, por los jueces argentinos.

A tales efectos, el art. 19 trata de evitar cualquier consecuencia negativa de la decisión de la restitución sobre la resolución definitiva acerca de la tenencia del menor. Por ende, el juez de la residencia habitual no podrá tomar como elemento concluyente lo resuelto en el proceso de restitución estatuido en el Convenio de La Haya para resolver la cuestión de fondo.

En similar sentido, el art. 15 de la Convención Interamericana dispone que la restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda. Seguidamente, el art. 16 establece que después de haber sido informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de la Convención.

A su turno, el art. 11 del Convenio Argentino-Uruguayo indica que el pedido o la entrega del menor no importará prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su guarda.

En suma, tal como se pronuncian Dreyzin de Klor y Uriondo de Martinoli con palabras esclarecedoras: "Piénsese que el progenitor que sustrae o retiene ilícitamente al menor con frecuencia actúa con la esperanza de obtener el acogimiento a sus pretensiones por los tribunales del país en el cual se radica. Es por ello que a la hora de establecer cuál es la ley aplicable y la jurisdicción que reúnen los requisitos para ser consideradas las más idóneas y las que brindan mayor certeza de protección al menor, debe tenerse presente que el objetivo en miras es devolver el niño a quien ejerce y conserva su tenencia o guarda legal. Es en este sentido que señalamos la restitución internacional de menores como un procedimiento autónomo respecto del litigio de fondo"[52].

J) La ejecución de la sentencia restitutoria

La Convención de La Haya no contiene normas sobre la ejecución de la sentencia restitutoria. La CIDIP IV se limita a establecer en el art. 13 que: "Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad re-

52 Dreyzin de Klor - Uriondo de Martinoli, "Sustracción, restitución y tráfico internacional de menores", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 617.

quirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas".

Ninguno de los tratados vigentes ha previsto normas sobre los recursos admisibles. En la Argentina, se suelen admitir todos los recursos previstos en los códigos de forma, y por ende, un caso puede ser ventilado ante los juzgados de primera instancia, las cámaras de apelaciones, los tribunales superiores de provincia, hasta finalmente obtener una decisión definitiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En cambio, algunos países han limitado tal posibilidad. Por ejemplo, la Ley Federal sobre Sustracción Internacional de Niños de Suiza, en vigor desde el 1° de julio de 2009, contempla que las sentencias restitutorias de la Suprema Corte del cantón donde tiene residencia el menor al momento del pedido (única jurisdicción competente), sólo pueden ser recurridas ante la Corte federal.

Por otro lado, ha surgido una práctica en una serie de Estados contratantes del Convenio de La Haya para que las órdenes de restitución estén sujetas al cumplimiento de determinados requisitos o compromisos específicos. A fin de asegurar que tales medidas de protección sean ejecutables, se le puede exigir al solicitante que las registre en términos idénticos o equivalentes en el Estado de residencia habitual del menor. Por lo general se hace referencia a estas órdenes replicadas como "restitución segura" u "órdenes espejo"[53]. Otros tribunales, en cambio, las han rechazado. Por ejemplo, en el caso "Y. D. G. v. T. G.", el Tribunal de Familia de Jerusalén decidió que, dado que las acusaciones contra el padre no habían sido confirmadas, no había fundamentos para imponer condiciones para el regreso seguro del niño, más que ordenar que el padre deposite una suma de dinero de modo de garantizar su compromiso de permitirles vivir en su apartamento. No había necesidad de obtener una orden espejo de los tribunales de los Estados Unidos de América, ya que la demora produciría un daño a los niños[54].

Por su parte, la Conferencia de La Haya ha prestado considerable atención a la cuestión de la ejecución en las comisiones especiales convocadas para revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya. Durante la preparación para la Quinta Comisión Especial para la Revisión, de noviembre de 2006, la oficina permanente

[53] Véase, entre otros, Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs, 24 September 1999, Family Court of Australia (Brisbane) (cita INCADAT: HC/E/AU 294); Re W. (Abduction: Domestic Violence) [2004 - U.K.] EWHC 1247, [2004] 2 FLR 499 (cita INCADAT: HC/E/ UKe 599); Re F. (Children) (Abduction: Removal Outside Jurisdiction) EWCA Civ. 842 [2008 - U.K.] 2 F.L.R. 1649 (cita INCADAT: HC/E/UKe 982); "Sonderup v. Tondelli", 2001 - Sudáfrica (1) SA 1171 (CC) (cita INCADAT: HC/E/ZA 309); "Central Authority v. H." 2008 - Sudáfrica (1) SA 49 (SCA) (cita INCADAT: HC/E/ZA 900). Disponibles en *www.incadat.com* (15/2/15).

[54] Family Application 8743/07 Y.D.G. v T.G. [cita INCADAT: HC/E/IL 983]. Disponible en *www.incadat.com* (15/2/15).

redactó un informe titulado "Ejecución de las órdenes fundadas en el Convenio de La Haya de 1980 - hacia principios de buenas prácticas" (Documento Preliminar n° 7 de octubre de 2006). La Comisión Especial de 2006 promovió el respaldo de los principios de buenas prácticas expresados en el Informe, que servirían, además, como una Guía de Buenas Prácticas sobre Cuestiones de Ejecución[55].

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) le ha prestado particular atención en los últimos años a la cuestión de la ejecución de órdenes de restitución fundadas en el Convenio de La Haya. En varias ocasiones, determinó que los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980 sobre la Sustracción de Menores no habían cumplido sus obligaciones positivas de adoptar todas las medidas razonables para ejecutar las órdenes de restitución. Este incumplimiento, a su vez, dio lugar a la violación del derecho del padre solicitante al respeto de la vida familiar, garantizado por el art. 8° del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (CEDH)[56].

A su turno, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la ejecución inmediata de una orden de restitución mientras se encontraba pendiente un recurso de apelación definitivo no constituía violación de los arts. 8°, 17, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)[57].

En la Unión Europea, luego de la entrada en vigor del Reglamento Bruselas II *bis*, es obligatorio que los casos de sustracción sean tramitados en el transcurso de seis semanas. La Comisión Europea ha sugerido que para garantizar el cumplimiento de las órdenes de restitución, éstas sean ejecutadas aun cuando se encuentre pendiente la apelación[58].

Respecto de la ejecución de una orden de restitución, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en "G., P. c. H., S. M. s/Reintegro de hijo", del 22/8/12. En dicha ocasión, afirmó que "en virtud de lo expresado respecto de la situación penal en la que alega encontrarse la apelante de retornar a los Estados Unidos junto con sus hijos menores, esta Corte entiende que corresponde hacer saber

[55] Disponible en *www.hcch.net/upload/guide28enf-s.pdf* (12/2/15).

[56] Puede verse, entre los principales: "Ignaccolo-Zenide v. Romania", n° 31679/96, (2001) 31 E.H.R.R. 7 (cita INCADAT: HC/E/ 336); "Sylvester v. Austria", nros. 36812/97 y 40104/98, (2003) 37 E.H.R.R. 17 (cita INCADAT: HC/E/ 502); "H. N. v. Poland", n° 77710/01, (2005) 45 EHRR 1054 (cita INCADAT: HC/E/811); "Karadic v. Croatia", n° 35030/04, (2005) 44 EHRR 896 (cita INCADAT: HC/E/819); "P. P. v. Poland", n° 8677/03, 8/1/08 (cita INCADAT: HC/E/ 941). Disponibles en *www.incadat.com* (15/2/15).

[57] Véase: Case 11.676, "X et Z v. Argentina", 3/10/00, Inter-American Commission on Human Rights Report n° 71/00 (cita INCADAT: HC/E/ 772). Disponible en *www.incadat.com* (15/2/15).

[58] Véase: Guía Práctica para la aplicación del Reglamento del Consejo (CE) n° 2201/2003; disponible en *ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_es.pdf* (12/2/15).

a la autoridad central argentina que, por medio de mecanismos adecuados, deberá actuar coordinadamente con su par extranjera en función preventiva —arbitrando los medios informativos, protectorios de asistencia jurídica, financiera y social que fueren menester—, en orden a que el regreso transcurra del modo más respetuoso a la condición personal de los niños y a la especial vulnerabilidad que deviene de las etapas vitales por las que atraviesan". Asimismo manifestó que "dado que el interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental para los padres y en virtud de la rapidez que amerita el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del Convenio de la Haya de 1980, corresponde exhortar a ambos progenitores de S., J. M. y C. M. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitarles una experiencia aún más conflictiva y a actuar en los términos del párr. 2° del Capítulo VII del dictamen de la señora procuradora fiscal, esto es, sostener sus hijos con el mayor de los equilibrios, evitando su exposición pública o psicológica, dando pronto cumplimiento a la restitución con una actitud ponderada de acompañamiento, asegurando la asiduidad de contacto entre todos los integrantes de la familia. Igual requerimiento cabe dirigir a la señora jueza a cargo de la causa, quien deberá llevar adelante la ejecución de la sentencia de la manera menos lesiva en condiciones que minimicen los eventuales riesgos"[59].

Cabe recordar, en este sentido, que el art. 2642 del *CCCN* autoriza al juez, para aquellos casos en donde el cumplimiento voluntario de una orden de restitución no fuera posible, a la adopción de medidas que resguarden el pronto y seguro retorno del niño a su residencia habitual.

[59] "G., P. C. c. H., S. M. s/Reintegro de hijo", *LL*, 2012-F-209. En similar sentido, se pronunció la Corte Suprema en "F. R., F. C. c. L. S., Y. U. s/Reintegro de hijo", del 8/11/11, en donde, además, recalcó que: "... a fin de garantizar los derechos a la salud integral y a recibir los cuidados especiales que la condición de la menor T. L. [padece síndrome de Down] requiera, y de prevenir que sufra mayores daños con el traslado a realizarse, hágase saber a la Autoridad Central argentina que —por medio de los mecanismos adecuados— deberá informar a la Autoridad Central del Estado requirente (República del Perú) acerca de la salud psicofísica, el tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo la citada niña en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continuidad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor" (*LL*, ejemplar del 7/12/11, p. 11).

Capítulo IX

Las sucesiones internacionales

La Sección 9ª se dedica a un tema de notable trascendencia, como las sucesiones que presentan elementos extranjeros.

Tal como señala Albornoz, "si el tema sucesorio de por sí es intrincado, cuando el caso es internacional todo se complica; ello no es novedad. Quizás la complejidad sea especial debido a las divergencias, a veces muy profundas, que existen en la regulación material interna de cada Estado, íntimamente vinculada con las tradicionales divergencias conceptuales entre los sistemas de 'sucesión en la persona' y de sucesión en los bienes. Tales ideologías sucesionistas provienen, por una parte, de la concepción romana que elabora la tesis de la continuación de la personalidad del causante con la consecuente transmisión en masa de todo su patrimonio, y por la otra, de la concepción germánica de la sucesión 'en los bienes', como transmisión o 'reparto' de los bienes relictos entre determinadas personas supérstites, los herederos, que no continúan la persona del causante"[1].

Estas concepciones opuestas, la romanista y la gérmánica, han llevado a dos tesis contrapuestas en el derecho internacional privado sucesorio, los llamados sistemas de la "unidad" y "pluralidad" o "fraccionamiento".

Mientras que el primero concibe al patrimonio del causante como una unidad indisociable, y a los herederos como los continuadores de su persona, el sistema de la pluralidad entiende que dicho patrimonio es un mero conjunto de bienes separables entre sí y que los herederos son meros causahabientes, como si se tratara de actos *inter vivos*, a quienes se le transmiten los bienes, pero no siguen a la persona del causante.

En consecuencia, el criterio de la unidad propone la aplicación de una única ley, la ley personal de la nacionalidad o del último domicilio del causante. En tanto que

[1] Albornoz, "Sucesión hereditaria", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 842.

la pluralidad conlleva a la aplicación de tantas leyes como bienes relictos con lugar de situación diferente existan en el caso concreto.

En suma, mientras que el sistema del fraccionamiento está identificado con el derecho germánico, el de la unidad, con el derecho romano. En el sistema de la unidad, el punto de conexión utilizado es personal: el domicilio o la nacionalidad. En el de pluralidad, se sigue una conexión territorial, real: el lugar de situación de los bienes.

Ahora bien, más allá de las opiniones y disquisiciones doctrinarias, los ordenamientos jurídicos en general no se apegan a un sistema extremo u otro, sino que receptan sistemas mixtos, intermedios o eclécticos, con mayor o menor inclinación por la unidad o la pluralidad, muchos de ellos optan por una diferenciación de tratamiento entre bienes muebles e inmuebles. Los primeros quedan sujetos a la ley personal del causante y los inmuebles, al lugar de situación.

En este orden de ideas, Albornoz advierte que "las diferentes estructuras que pueden apreciarse en los ordenamientos jurídicos de cada país llevan en la práctica a dificultades muy serias para la resolución total y efectiva de los casos sucesorios multinacionales, especialmente cuando los bienes aparecen situados en territorios cuyos ordenamientos jurídicos difieren en cuanto a la ley o leyes aplicables a los bienes en ellos situados, dándose discordancias entre aquéllos y la idea plasmada en una sentencia judicial en la que el juez ha proyectado una solución ajustada al sistema de su propio ordenamiento jurídico (...) las mayores dificultades pueden estar vinculadas con las sentencias que disponen sobre la transmisión de bienes inmuebles o muebles registrables por una ley diferente de la interna propia del país de situación (o registro). Sobrevienen entonces las negativas a reconocer tales sentencias privándolas total o parcialmente de efectividad, y colocando a los pretendidos herederos ante una multiplicación de trámites judiciales que obstaculizan —a veces, de manera insuperable— el logro de una solución definitiva y justa del caso sucesorio"[2].

§ 31. Jurisdicción

El art. 2643 del *CCCN* se ocupa de determinar la jurisdicción en materia de sucesiones internacionales. Según esta norma: *"Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte, los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos"*.

El Código Civil derogado en su art. 3284 establecía que: *"La jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto ..."*.

A su turno, el art. 3285 indicaba que: *"Si el difunto no hubiere dejado más que un solo heredero, las acciones deben dirigirse ante el juez del domicilio de este heredero, después que hubiere aceptado la herencia"*.

[2] Albornoz, "Sucesión hereditaria", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 844.

Sin embargo, jurisprudencialmente, se ha extendido el foro del patrimonio al régimen sucesorio, de modo concurrente con los jueces del último domicilio del causante.

En ese sentido, los Tratados de Montevideo disponen que los juicios a que dé lugar la sucesión por causa de muerte se seguirán ante los jueces de los lugares en donde se hallen situados los bienes hereditarios (arts. 66, Tratado de 1889 y 63, Tratado de 1940).

En la doctrina, en cambio, se suscitaron distintas opiniones respecto de la jurisdicción de los tribunales argentinos para entender en casos sucesorios habiendo inmuebles o muebles de situación permanente en el país, pero teniendo el difunto su último domicilio en el extranjero.

Para una primera posición, los jueces argentinos en este supuesto eran incompetentes, siendo la única excepción aceptada el caso de los herederos de nacionalidad argentina o de nacionalidad extranjera domiciliados en la Argentina que, habiendo sido excluidos en los bienes de una herencia ubicados en el extranjero en virtud de leyes o costumbres locales, pueden tomar de los bienes que la misma sucesión tenga en la Argentina una porción igual a aquella de la que fueron privados. Para ello, en virtud del art. 3470 del CC, actualmente derogado, debían abrir un juicio sucesorio en la Argentina, lugar de radicación de parte de los bienes.

Una segunda opinión sostenía que habiendo bienes del causante en el territorio argentino, el juez de ese país debe considerarse competente, pero luego aplicar a toda la sucesión un solo derecho: el del último domicilio del difunto. Goldschmidt sostenía esta postura basado en la aplicación analógica del art. 16 de la ley 14.394 que, en los casos de ausencia y de muerte presunta, otorgaba jurisdicción en subsidio de la basada en el domicilio o residencia del ausente en el país, a los jueces del lugar en que existen bienes.

Finalmente, una tercera doctrina, con un alto grado de acompañamiento de la jurisprudencia argentina, afirmaba que no sólo hay jurisdicción concurrente en el lugar de situación de los bienes, sino que además se aplica a cada bien la ley local de su situación.

Ahora bien, el nuevo art. 2643 del *CCCN* establece expresamente la jurisdicción concurrente de los jueces del lugar del último domicilio del causante (foro personal) y los del lugar de situación de los bienes inmuebles del difunto (foro del patrimonio), en este caso, sólo respecto de los que se encuentren en el país.

Cabe señalar que en el orden de la competencia interna, en consonancia con el art. 2643, el art. 2336 del *CCCN* dispone que: *"La competencia para entender en el juicio sucesorio corresponde al juez del último domicilio del causante, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección 9ª, Capítulo 3, Título IV del Libro Sexto.*

El mismo juez conoce de las acciones de petición de herencia, nulidad de testamento, de los demás litigios que tienen lugar con motivo de la administración y liquidación de la herencia, de la ejecución de las disposiciones testamentarias, del

mantenimiento de la indivisión, de las operaciones de partición, de la garantía de los lotes entre los copartícipes y de la reforma y nulidad de la partición.

Si el causante deja sólo un heredero, las acciones personales de los acreedores del causante pueden dirigirse, a su opción, ante el juez del último domicilio del causante o ante el que corresponde al domicilio del heredero único".

Dado que ahora contamos con una disposición especial en materia de jurisdicción internacional sucesoria, estamos en condiciones de afirmar que tratándose de una sucesión internacional, no corresponde la competencia del juez del lugar del domicilio del único heredero, reservándose esa posibilidad exclusivamente para los juicios sucesorios domésticos.

§ 32. Derecho aplicable

El art. 2644 del *CCCN* determina que: *"La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino".*

El Código Civil de Vélez Sarsfield contenía disposiciones encontradas que motivaron distintas interpretaciones en la doctrina y en la jurisprudencia nacional.

Por un lado, los arts. 3263, 3279, 3281, 3283, y 3612 del *CC* nos conducen a pensar que nuestro primer codificador adoptó el sistema de la unidad, siguiendo los postulados y fundamentos de Savigny: en la sucesión no se transmiten bienes individualmente considerados sino la "herencia", el patrimonio, que constituye una universalidad, un todo ideal.

En virtud de ello, una sola ley debe regular la transmisión de ese patrimonio aunque las cosas y los derechos particulares que forman el contenido de aquél se encuentren dispersos en distintos países, pues el patrimonio del difunto es uno solo y representa un todo indivisible.

En efecto, el art. 3283 del *CC* disponía que *"el derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros".*

De acuerdo a esta posición, el art. 10 del *CC* sólo se aplicaba a la transmisión de los *"bienes inmuebles individualmente considerados".*

Sin embargo, una posición contraria sostuvo que la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* de inmuebles situados en la Argentina se rige por la *lex rei sitae*, mientras que solamente los bienes muebles quedan comprendidos en la regla general del art. 3283 del *CC*.

Los partidarios de la pluralidad, en su defensa invocan la nota del art. 3283, en donde Vélez sostiene que la sucesión inmobiliaria constituye una excepción al principio general de la universalidad de la ley local del domicilio dado "que su título debe ser siempre transferido en conformidad a las leyes de la República, art. 10 de este Código".

Además, afirman que cuando el art. 10 del *CC* alude a los "modos de transferir", y comprende no sólo los medios de transmisión, sino también la causa jurídica que la origina.

A favor de la pluralidad, también se ha recurrido al art. 3470 del *CC*: *"En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fuesen excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales"*[3].

También refuerza esta postura la nota al art. 3598 que brinda el siguiente caso ilustrativo: "Cuando en los cinco artículos anteriores hablamos de las porciones legítimas nos referimos a los bienes que existen en la República. Supóngase que una persona muere en Buenos Aires dejando cien mil pesos aquí y cien mil pesos en Francia. Los bienes que estén en la República se regirán por nuestras leyes, y los que estén en Francia por las de aquel país. Habrá, pues, tantas sucesiones cuantos sean los países en que hubiesen quedado bienes del difunto ...".

A su turno, la jurisprudencia se orientó a favor de la aceptación de un sistema mixto, procurando la armonización entre los arts. 10 y 3283 del *CC*. Es decir, se llegó a concluir que Vélez Sarsfield sometió todo el patrimonio del causante a la única ley: la de su último domicilio, salvo respecto de los inmuebles situados en el país, que los sometió al derecho argentino.

Por su parte, la única fuente convencional en la materia vigente en la República Argentina se encuentra en los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, que en sus dos versiones, en líneas generales, adoptan un sistema plural extremo[4].

En relación al nuevo régimen establecido por el *CCCN*, tal como se desprende de los fundamentos del Anteproyecto, podemos decir que "el tratamiento del derecho de las 'sucesiones' con elementos extranjeros ha respetado las líneas de la jurisprudencia mayoritaria de nuestro país, tanto en cuanto al juez competente como al derecho aplicable. Se aplica, pues, la ley del último domicilio del causante como regla general, con excepción del supuesto de bienes inmuebles situados en la República, a los que se aplica la ley argentina".

[3] El art. 3470 del *CC* trasladaba a nuestro ordenamiento nacional el *droit de prélèvement* (derecho de llevarse algo con preferencia) del derecho francés. Se trata de una expresión del principio de retorsión: si se disminuye la cuota sucesoria de un argentino o de una persona domiciliada en la Argentina, en un país extranjero, por esa calidad, será compensado en la Argentina con los bienes sucesorios sitos en el país.

[4] La Argentina no ha ratificado la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte (1989). Este convenio no cuenta con ninguna ratificación a la fecha.

Así las cosas, se adopta un sistema mixto, que diferencia entre bienes muebles del causante que quedan regulados por la ley del último domicilio del difunto, y los bienes inmuebles situados en la República que quedan sometidos al derecho local.

En gran medida la norma prevista responde a los esfuerzos realizados por la doctrina internacionalista argentina para conciliar los textos normativos del Código Civil de Vélez Sarsfield y sus notas, y propiciar la necesidad de armonizar el art. 3283 del CC con las dos partes de la nota de dicho artículo, afirmando la unidad de ley aplicable (último domicilio del causante), con la excepción derivada del art. 10 del CC sometiendo los inmuebles argentinos a la ley local, en tanto que los demás inmuebles, y la totalidad de los muebles, quedarían abarcados por la ley domiciliar[5].

§ 33. Forma del testamento otorgado en el extranjero

De acuerdo al art. 2645 del *CCCN*: *"El testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales argentinas"*.

El art. 3638 del *CC* indicaba que: *"El testamento del que se hallare fuera de su país, sólo tendrá efecto en la República, si fuese hecho en las formas prescriptas por la ley del lugar en que reside, o según las formas que se observan en la Nación a que pertenezca, o según las que este Código designa como formas legales"*.

La disposición, entonces, brindaba varias conexiones alternativas, incluyendo la ley nacional del testador, único supuesto en el que Vélez Sarsfield admitía la nacionalidad como punto de conexión. Llamaba por su lado la atención que no hubiera indicado como una de las conexiones alternativas el lugar de otorgamiento del testamento, aun cuando podía desprenderse su aplicación en virtud de los arts. 12 y 950 del *CC*.

Advertimos que se ha mantenido la regla que favorece la validez formal de los testamentos otorgados en el extranjero, incluyendo conexiones alternativas adicionales, en tanto el art. 2645 *CCCN* dispone que el testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según: *1)* las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento (regla general en materia de forma de los actos jurídicos), *2)* la ley del domicilio, *3)* la de la residencia habitual, o *4)* la de la nacionalidad del testador al momento de testar, o *5)* las formas legales argentinas, es decir, la *lex fori*.

§ 34. El testamento consular

El art. 2646 del *CCCN* regula el llamado testamento consular. Dispone que: *"Es válido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino o por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios o un Cónsul y dos testigos domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento la autenticación de la legación o consulado.*

El testamento otorgado en la forma prescripta y que no lo haya sido ante un jefe de legación, debe llevar el visto bueno de éste, si existiese un jefe de legación, en el testamento abierto al pie de él y en el cerrado sobre la carátula. El testamento abierto debe ser siempre rubricado por el mismo jefe al principio y al fin de cada página, o por el Cónsul, si no hubiese legación. Si no existe un consulado ni una legación de la República, estas diligencias deben ser llenadas por un ministro o Cónsul de una nación amiga.

El jefe de legación y, a falta de éste, el Cónsul, debe remitir una copia del testamento abierto o de la carátula del cerrado, al ministro de Relaciones Exteriores de la República y éste, abonando la firma del jefe de la legación o del Cónsul en su caso, lo debe remitir al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio.

No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento debe ser remitido por el ministro de Relaciones Exteriores a un juez nacional de primera instancia para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe".

El art. 2646 del *CCCN* reconoce el llamado testamento consular en términos casi idénticos a los arts. 3636 y 3637 del *CC*.

En efecto, el art. 3636 del *CC* disponía que: *"Es válido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino, o por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios, o un cónsul, y dos testigos argentinos o extranjeros, domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento el sello de la Legación o Consulado.* El artículo siguiente establecía que: *"El testamento otorgado en la forma prescripta en el artículo precedente, y que no lo haya sido ante un jefe de legación, llevará el visto bueno de éste, si existiese un jefe de legación, en el testamento abierto al pie de él, y en el cerrado sobre la carátula. El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe al principio y al fin de cada página, o por el cónsul si no hubiese Legación. Si no existiese un Consulado ni una Legación de la República, estas diligencias serán llenadas por un ministro o cónsul de una nación amiga.*

El jefe de Legación, y a falta de éste, el cónsul, remitirá una copia del testamento abierto o de la carátula del cerrado, al ministro de Relaciones Exteriores de la República, y éste, abonando la firma del jefe de la Legación o del cónsul en su caso, lo remitirá al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio.

No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento será remitido por el ministro de Relaciones Exteriores a un juez de primera instancia de

[5] Albornoz, "Sucesión hereditaria", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 852 y siguientes.

la Capital para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe".

§ 35. Capacidad para testar

Según el art. 2647 del *CCCN*: *"La capacidad para otorgar testamento y revocarlo se rige por el derecho del domicilio del testador al tiempo de la realización del acto".*

El art. 3611 del *CC* indicaba que: *"La ley del actual domicilio del testador, al tiempo de hacer su testamento, es la que decide de su capacidad o incapacidad para testar".* Y el art. 3613 complementaba la mencionada disposición estableciendo que: *"Para calificar la capacidad de testar, se atiende sólo al tiempo en que se otorga el testamento, aunque se tenga o falte la capacidad al tiempo de la muerte".*

A modo de reconfirmar que la capacidad de la persona humana se somete a la ley de su domicilio, según reza el art. 2616 del *CCCN*, la capacidad para testar y para revocar el testamento se rige por la ley del domicilio del testador, indicando que se tomara esa conexión personal al tiempo de la realización del acto (otorgar o revocar testamento).

§ 36. El caso de la herencia vacante

El art. 2648 del *CCCN* se ocupa del caso de la herencia vacante en el derecho internacional privado. Establece que: *"Si el derecho aplicable a la sucesión, en el caso de ausencia de herederos, no atribuye la sucesión al Estado del lugar de situación de los bienes, los bienes relictos ubicados en la Argentina, pasan a ser propiedad del Estado Argentino, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la provincia donde estén situados".*

El Código Civil derogado no contaba con una disposición específica en la materia.

Sin embargo, el art. 2342, inc. 3° del *CC* declaraba que: *"Son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares: (...) Los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código".* Se trata de bienes de dominio privado del Estado porque éste los posee como persona jurídica y ejerce sobre ellos un verdadero derecho de propiedad, aunque destinado a servir mediata o inmediatamente a la sociedad.

Pero como adelantamos, nuestro primer codificador no destinó ningún artículo en relación con las llamadas herencias vacantes y el derecho internacional privado. Tampoco lo hizo la fuente convencional vigente en la República Argentina.

En cambio, el art. 157 del Código de Bustamante y Sirvén (no ratificado por nuestro país) dispone que si no hay herederos y los bienes pasan al Estado como ente en quien se delega el ejercicio del poder soberano, se aplicará el derecho local.

En el caso "Luis de Ridder Limitada, S.A.C. s/Quiebra, incidente de exclusión de Knowles and Foster S.R.L."[6], la Corte Suprema de Justicia de la Nación abordó un caso en donde se discutía un problema atinente a las herencias vacantes. En esa oportunidad, sostuvo que a los efectos de dar respuesta a la cuestión litigiosa, se debe atender a la calificación previa del problema como referente a bienes vacantes o al derecho societario, decidiéndose por este último. Al calificar la cuestión de acuerdo a la *lex fori* como perteneciente al derecho societario, la Corte recurre al art. 118 de la Ley de Sociedades que declara aplicable la ley del lugar de constitución de la sociedad, la que regula entre otros aspectos el destino del remanente societario una vez extinguida la persona de existencia ideal. En el caso, se trata de la ley inglesa, la cual dispone que "cuando se disuelve una compañía todos los bienes y derechos de cualquier índole en posesión o mantenidos en fideicomiso por la compañía inmediatamente antes de su disolución se consideran vacantes y por lo tanto pertenecen a la Corona del Reino Unido de Gran Bretaña". Ésta entonces, tiene en calidad de sucesora singular de la sociedad acreedora extinguida el derecho a los dividendos reputados vacantes según la ley inglesa. Por otra parte, la aplicación de la ley extranjera, según la Corte Suprema, no vulnera el orden público internacional argentino, ya que el espíritu de la legislación argentina se halla incólu-

[6] Podemos resumir los hechos y los argumentos esgrimidos por las partes de la siguiente forma: *1)* En 1973 se decreta la quiebra de la sociedad constituida en la Argentina, Luis de Ridder Limitada S.A.C.; *2)* La sociedad constituida en Inglaterra Knowles and Foster Ltd., acreedora de aquélla, obtiene la verificación de su crédito contra la misma; *3)* El apoderado de la acreedora recibe en 1988 los importes que le correspondían en la distribución del haber falencial; *4)* En 1990, ante la falta de instrucciones de su representada sobre el destino de dichos fondos, el apoderado solicita al juez competente en la quiebra de Luis de Ridder Limitada S.A.C. que le dé las órdenes pertinentes a fin de evitar la desvalorización de los importes percibidos, como consecuencia del proceso de inflación en que se hallaba inmersa la República Argentina por entonces; *5)* El síndico Jorge Hardonack, contesta tal presentación y sostiene que en el caso resulta aplicable el art. 221 de la Ley de Concursos y Quiebras 19.551, según el cual ante la inactividad de los acreedores a percibir los importes que les correspondan en la distribución, caduca a los cinco años de pleno derecho, destinándose aquéllos al patrimonio estatal, para el fomento de la educación común. En virtud de ello el síndico solicita la exclusión de la sociedad acreedora por vía de incidente e impugna la personería de su apoderado ya que Knowles & Foster Ltd. habría sido disuelta y posteriormente liquidada. Por ende el mandato se habría extinguido antes de la percepción del dividendo concursal; *6)* El representante de la sociedad acreedora alega que bajo la ley de Inglaterra, lugar de constitución de la entidad, los bienes de una compañía disuelta pertenecen a la Corona Británica y ante las impugnaciones de su personería, obtiene la ratificación de todo lo actuado hasta el momento por parte del Procurador del Tesoro británico y le es otorgado un poder para representar a la Corona Inglesa a los efectos de percibir los dividendos que le correspondiera en la quiebra de Luis de Ridder Limitada como recipiendaria de los bienes de toda sociedad constituida y liquidada bajo la ley inglesa; *7)* El síndico contesta que la legislación inglesa que atribuye los bienes emplazados en territorio argentino de una entidad constituida y liquidada en Inglaterra, a la Corona Británica es de mero privilegio, vulnerando el art. 14, inc. 3° del *CC*. Solicita, en consecuencia la restitución a la masa falencial de los importes transferidos a la Corona (*JA*, 1995-I-646).

me, puesto que la autoridad escolar argentina no tiene derecho alguno, pues no se ha dado el caso de la inacción de los socios durante tres años para reclamar los importes que les correspondieren, según prescribe el art. 111 de la Ley de Sociedades. Por último desecha el argumento esgrimido por el síndico con fundamento en el art. 3588, ya que en el caso se trata de un cesionario o sucesor a título singular de una persona de existencia ideal extinguida y no de un heredero universal. Dicha norma no es de aplicación, pues no se trata de una herencia vacante en la cual el Estado argentino tendría preferencia frente a toda pretensión de un Estado extranjero, según surge de la interpretación de la nota al art. 3588.

El *CCCN* ha incluido una regla especial para el caso de las herencias vacantes en el art. 2648. Tal como exponen los redactores del Anteproyecto, en el supuesto excepcional de ausencia de herederos en caso de sucesión regida por un derecho extranjero, se ha introducido una norma inspirada en la ley italiana de derecho internacional privado, que trata los derechos del Estado nacional o provincial del lugar de ubicación de los bienes relictos. Al efecto, la nueva regla indica que en el caso de que el derecho aplicable a la sucesión, en ausencia de herederos, no atribuya la sucesión al Estado del lugar de situación de los bienes, los bienes relictos ubicados en la Argentina pasan a ser propiedad del Estado argentino, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la provincia donde estén situados.

Capítulo X

La forma de los actos jurídicos

La Sección 10, en una sola norma, regula el régimen internacional de la forma de los actos jurídicos.

Podemos decir que la forma de los actos jurídicos comprende todas las circunstancias y condiciones que los hacen visibles. En sentido estricto, se pueden diferenciar dos conceptos distintos: uno genérico, como traducción al mundo exterior de la voluntad del sujeto, y otro restringido, como formalidad exigida por la ley para ciertos actos. En el primer sentido es un elemento estructural del acto; en cambio, en la segunda acepción se torna formalidad, es decir, se exige una determinada manifestación de la voluntad para producir ciertos efectos[1].

En el derecho internacional privado argentino de fuente interna en materia de formas, tradicionalmente, ha regido la célebre regla *locus regit actum*, según la cual las formas de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar de celebración.

El art. 2649 del *CCCN* establece que: *"Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado.*

Cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada.

Si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica".

Vélez Sarsfield se ocupó de esta cuestión en varias disposiciones. En efecto, el art. 12 del *CC* expresaba: *"Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado".*

[1] Cfr. Mosset Iturraspe, *Contratos*, 1997, p. 257 y siguientes.

En consonancia, el art. 950 del mismo cuerpo legal disponía: *"Respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren"*. Y el art. 1180 establecía: *"La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos en que se han concluido"*.

Por su lado, el art. 1181 regulaba esta materia en el caso de contratos entre ausentes o celebrados a distancia: *"La forma de los contratos entre ausentes, si fueren hechos por instrumento particular firmado por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato"*.

A su turno, los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional, en su versión de 1889 también consagran la regla *locus regit actum* para los instrumentos públicos (art. 39), no así para los privados, que se rigen por la ley del lugar de cumplimiento del contrato (art. 32). El Tratado de 1940 en su art. 36, en cambio, dispone que la ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan. Los medios de publicidad, por la ley de cada Estado.

Por su parte, cabe destacar que la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías consagra en su art. 11 el principio de libertad de formas: "El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro tipo de forma". Si bien la Convención hace referencia expresamente al télex y al telegrama, y no a otras formas modernas de comunicación, no existirían fundamentos para excluirlas. En todo caso, cabe entender que en 1980, cuando fue concluida esta convención, no existían otros medios que en la actualidad son de uso cotidiano[2]. Sin embargo, la República Argentina ha formulado una reserva permitida por el art. 96 de la Convención, por la cual cuando alguna de las partes contratantes tenga su domicilio en la Argentina, la celebración, modificación y extinción del contrato deberá revestir la forma escrita. En consecuencia, aun cuando la Convención adopta una noción amplia de forma escrita, la reserva realizada por nuestro país es un obstáculo serio para la aplicación de este instrumento internacional a las compraventas electrónicas. Es por ello que se ha propuesto la necesidad de retirarla.

El nuevo art. 2649 del *CCCN* establece como regla en materia de ley aplicable a la forma de los actos jurídicos el principio *locus regit actum*. En efecto, dispone que

[2] Oyarzábal, *La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional*, *ED*, ejemplar del 5/2/03, p. 6.

las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado.

Sin embargo, señala que cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada.

Por último, la disposición que analizamos contempla una regla en materia de forma de los contratos entre ausentes: si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica.

Tal como podemos apreciar, el art. 2649 del *CCCN* distingue la calidad de una forma determinada, cuya obligación surge de la ley de fondo y la forma en sí del acto, sometida a la ley del lugar donde el acto se otorga, realiza o celebra, y consagra el principio de equivalencia de las formas del derecho internacional privado. La base del principio de equivalencia de formas es que se respeten los intereses de fondo que dicha exigencia de forma tenía por objeto garantizar. La equivalencia de formas es, en realidad, una auténtica equivalencia de funciones.

En tal sentido, la equivalencia de las funciones consiente que un documento público extranjero pueda ser equiparado a un documento público argentino si se verifican diversos requisitos que permiten garantizar dos extremos: en primer lugar, que el documento público extranjero es auténtico; y, en segundo lugar, que el documento público extranjero cumple con las mismas garantías de control de legalidad que un documento público argentino[3].

[3] Blanco Morales Limones, *Del cándido europeísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el registro de la propiedad de una escritura autorizada por notario alemán. Comentario a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012*, *LL*, ejemplar del 9/10/12. De la sentencia española comentada se desprende que: resulta evidente que el documento notarial alemán y el español son equivalentes en cuanto la función de fe pública ejercida por ambos es similar, sin que pueda resultar imprescindible la identidad de forma ya que por el principio *auctor regit actum* cada notario aplica su propia legislación y por tanto la estructura, menciones e identidades de la escritura nunca coincidirán exactamente, por lo que tal requerimiento dejaría sin efecto y sin valor alguno en España a la mayor parte de las escrituras públicas otorgadas en el extranjero.

Capítulo XI

Los contratos internacionales

El *CCCN* define al contrato como *"... el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales"* (art. 957). Cuando, ya sea en su celebración, en su desenvolvimiento o en su extinción se presenta algún elemento extranjero, estaremos ante un contrato internacional.

El lugar de domicilio de los contratantes, el lugar de celebración del contrato, el lugar de su cumplimiento, el lugar de situación del bien objeto del contrato pueden internacionalizarlo.

En tales casos, el principio de autonomía de la voluntad adquiere un rol primordial.

Efectivamente, en materia contractual, tanto en el ámbito interno como internacional, rige la libertad de contratación. En ese sentido, el art. 958 del *CCCN* expresa que: *"Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres"*.

Pero cuando estamos en presencia de un contrato internacional, la autonomía de la voluntad despliega otras características, por lo tanto, habilita a las partes a elegir a los jueces o árbitros que diriman sus controversias, así como a seleccionar la ley aplicable que rija el contrato en caso de conflicto.

En los fundamentos, los redactores se refieren a la consagración del principio de la autonomía de la voluntad, receptado en la jurisprudencia de nuestros tribunales, en la doctrina mayoritaria, en las soluciones adoptadas en el derecho comparado y en convenciones de las que nuestro país forma parte.

Ahora bien, el *CCCN* no sólo recepta la autonomía conflictual, sino también la llamada autonomía material. En los fundamentos, se justifica esta inclusión en los siguientes términos: "Según la práctica frecuente en la realidad argentina, se admite expresamente el ejercicio de la autonomía en su despliegue material, facultando a las partes a crear disposiciones contractuales que desplacen las normas coactivas del derecho elegido. También son aplicables los usos y prácticas comer-

ciales, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, cuando las partes los han incorporado al contrato o cuando, razonablemente, deban haberse entendido sujetas a ellos. Esta regla integra a la autonomía material de la voluntad, la tendencia contemporánea a regir el contrato por principios o normas del llamado 'derecho blando' *(soft law)*, elaborado en el seno de organizaciones intergubernamentales".

Cabe señalar que la Sección 11 se ocupa de los contratos internacionales en general. La Sección 12 contempla algunas disposiciones particulares sobre los contratos de consumo que tienen en cuenta las características especiales de tales actos debido a la presencia de una parte contratante débil que requiere la tutela del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no han sido regulados otras categorías de contratos. Los redactores han justificado tal decisión: "Se ha concluido que es preferible dejar en manos del juez la concreta adaptación de las normas generales a las particularidades concretas del caso" [1].

Proyectos de reforma anteriores, en cambio, dispusieron normas especiales para algunos tipos de contratos. En particular, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 proponía reglas sobre los contratos relativos a inmuebles o a su utilización, los contratos celebrados con consumidores, el transporte terrestre de mercaderías, el transporte terrestre de personas, los contratos de trabajo, y los contratos de intermediación y representación.

Cabe mencionar que la República Argentina es parte de algunas convenciones internacionales sobre contratos específicos. Se destacan la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980; la Convención sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (La Haya, 1986, no vigente); la Convención de La Haya de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediación y a la Representación.

§ 37. Jurisdicción

El art. 2650 del *CCCN* establece que: *"No existiendo acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción de actor:*

a) Los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos.

[1] Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV, "Derecho Internacional Privado", 2012, consultado en *www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf* (10/2/15).

b) Los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales.

c) Los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que ésta haya participado en la negociación o celebración del contrato".

En el derecho argentino de fuente interna encontrábamos los arts. 1215 y 1216 del CC[2] que en materia contractual consagraban como foros alternativos los tribunales del domicilio del demandado o los del lugar de ejecución del contrato.

Por su parte, los Tratados de Montevideo establecen la jurisdicción de los tribunales del domicilio del demandado o del lugar de la ley que rige el fondo, es decir, en materia contractual, el tribunal del lugar de ejecución del contrato.

El Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia contractual[3], en el marco del Mercosur, establece la jurisdicción de los tribunales del Estado del lugar de ejecución del contrato, o del tribunal del Estado del domicilio del demandado, o bien el tribunal del Estado de domicilio del actor, si éste prueba que cumplió con la obligación a su cargo[4].

Según lo dicho, el actor tiene varias posibilidades, a su elección. Una de ellas, la de iniciar la acción ante cualquier lugar de cumplimiento. Ésa es la interpretación

[2] Art. 1215, *CC*: *"En todos los contratos que deben tener su cumplimiento en la República, aunque el deudor no fuere domiciliado, o residiere en ella, puede, sin embargo, ser demandado ante los jueces del Estado".*

Art. 1216, *CC*: *"Si el deudor tuviere su domicilio o residencia en la República, y el contrato debiese cumplirse fuera de ella, el acreedor podrá demandarlo ante los jueces de su domicilio, o ante los del lugar del cumplimiento del contrato, aunque el deudor no se hallase allí".*

[3] El ámbito de aplicación del Protocolo de Buenos Aires está definido en el art. 1°: "El presente Protocolo se aplicará a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares, personas físicas o jurídicas: *a)* con domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del Tratado de Asunción; *b)* cuando por lo menos una de las partes del contrato tenga su domicilio o sede social en un Estado Parte del Tratado de Asunción y además se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de este Protocolo". A su turno, el art. 2° excluye de su ámbito de aplicación ciertas materias: *1.* Los negocios jurídicos entre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos análogos, especialmente los concordatos; *2.* Los acuerdos en el ámbito del derecho de familia y sucesorio; *3.* Los contratos de seguridad social; *4.* Los contratos administrativos; *5.* Los contratos laborales; *6.* Los contratos de venta al consumidor; *7.* Los contratos de transporte; *8.* Los contratos de seguros; *9.* Los derechos reales.

[4] El art. 7° del Protocolo de Buenos Aires dispone: "En ausencia de acuerdo tienen jurisdicción a elección del actor: *a)* Los jueces del lugar de cumplimiento del contrato; *b)* Los jueces del domicilio del demandado; *c)* Los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación". Los arts. 8° y 9°, respectivamente, califican el lugar de cumplimiento del contrato y domicilio del demandado.

amplia del contacto "lugar de cumplimiento", que ha acogido nuestra jurisprudencia y ha seguido nuestra doctrina mayoritaria.

Así fue establecido en el caso "Antonio Espósito e Hijos S.R.L. c. Jocqueviel de Vieu", en el cual la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo que la calificación de "lugar de cumplimiento" es distinta según se trate de determinar el juez competente o la ley aplicable. A los fines del art. 1215 del *CC*, para establecer la jurisdicción en materia de contratos internacionales, cualquier lugar de cumplimiento y no necesariamente el de la prestación más característica sirve para abrir la jurisdicción[5].

Asimismo, en el caso "Exportadora Buenos Aires S.A. c. Holiday Inn's Worldwide Inc.", la Corte Suprema resolvió que "en ausencia de tratado, la cuestión de competencia debe dirimirse sobre la base de normas de jurisdicción internacional en materia contractual, a saber los arts. 1215 y 1216 del CC, que abren la jurisdicción de los jueces argentinos cuando el domicilio o residencia del deudor estuviere en la República Argentina, o, concurrentemente, cuando el contrato de que se trate deba tener su cumplimiento en ella" y advirtió que "en ausencia de solución convencional específica, cualquier lugar de cumplimiento de las obligaciones en la República justifica la apertura de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos (conf. art. 1215, *CC*)"[6].

Por ende, cualquier lugar de ejecución o cumplimiento en la República Argentina abre la jurisdicción de nuestros tribunales, no sólo el expresamente convenido en el contrato, o el de la prestación más característica, sino también el lugar donde el deudor debió cumplir y no cumplió, e incluso, donde el acreedor debió cumplir y cumplió.

Por su parte, Goldschmidt, diferenciando el criterio del lugar de cumplimiento en materia de ley aplicable y de juez competente, sostiene: "En tren de buscar el derecho aplicable, ciencia y práctica buscan la unificación. Se rechaza el despedazamiento del contrato, aplicando por ejemplo, a su validez un Derecho y a sus efectos, otro *(grande coupure)* o a una parte un derecho y a la otra, otro *(petite coupure)*. Se antepone la prestación característica —en la compraventa la transferencia de la propiedad de la cosa vendida— y aplica el derecho del lugar donde ella ha de ser realizada a todo el contrato, inclusive a la prestación común (Schnitzer) ...". En cambio, en materia de jurisdicción "impera la pluralidad a fin de vehiculizar el derecho constitucional de la jurisdicción. No obstante, comprador y vendedor no tienen tres sino dos elecciones: entre el domicilio del demandado y el país en el cual el accionado debe cumplir; al contrario, ninguno de ambos puede deducir la demanda en el país en donde él mismo debe cumplir o inclusive cumplió. Ello es así, porque, por una vertiente, el legislador elige el país del cumplimiento porque supone

[5] CNCom., Sala E, 10/10/85, *LL*, 1986-D-46.

[6] CSJN, 20/10/98, *CSJN-Fallos*, 321-3:2894/2904; *LL*, 2000-A-403.

que en este país será fácil para el actor victorioso ejecutar la sentencia, y por otra vertiente, porque resultaría excesivamente gravoso para el demandado tener que litigar en un país al que no lo liga ninguna circunstancia"[7]. Boggiano, en cambio, amplía esta doctrina al sostener que cualquier lugar de cumplimiento abre la jurisdicción, aun cuando se trate del lugar de ejecución de la prestación que el propio actor debió cumplir, e incluso si ya cumplió con ella, en idéntica línea a la jurisprudencia nacional imperante[8].

El art. 2650 del *CCCN* establece, siguiendo los criterios de las normas derogadas y de acuerdo a la interpretación mayoritaria, los criterios atributivos de jurisdicción en materia contractual, en defecto de acuerdo válido de elección de foro.

En efecto, en ausencia de ejercicio de la autonomía de la voluntad de la que gozan los contratantes para elegir juez competente o someter su controversia a arbitraje resultarán competentes, a opción de actor:

1. *Los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado.* Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos. El juez del domicilio del demandado es el foro competente en general en todos los conflictos derivados de relaciones personales, con fundamento en que nadie puede agraviarse por ser demandado ante los tribunales de su propio país. Si en la negociación o celebración del contrato ha participado una agencia, sucursal o representación del demandado, serán competentes los jueces del lugar donde aquélla se ubica.
2. *Los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales.* La disposición que analizamos entonces recoge la jurisprudencia imperante. En cambio, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado incluía como criterio subsidiario el lugar de cumplimiento de la obligación reclamada (art. 24, inc. *b*), siguiendo la postura de Goldschmidt, y limitando así el criterio jurisprudencial amplio reconocido por nuestra Corte Suprema. Uno de los antecedentes más relevantes que opta por el mismo criterio es el Reglamento (CE) nº 44/01 del 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia contractual, según el cual las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro "en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiese ser cumplida la obligación que sirviese de base a la demanda" (art.

[7] Goldschmidt, *Jurisdicción internacional en contratos internacionales*, *LL*, 1986-D-46, comentario al fallo de la CNCom., Sala E, 10/10/85, "Espósito e Hijos S.R.L., Antonio c. Jocqueviel de Vieu".

[8] Boggiano, *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, 2ª ed., 2000, p. 132 y siguientes.

5°.1.a). En igual sentido, encontramos el art. 7°.1.a) del nuevo Reglamento (UE) n° 1215/12 del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 de diciembre de 2012 en la misma materia, en vigor desde el 10 de enero de 2015.

En suma, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación reconoce la interpretación amplia de nuestra jurisprudencia y de un importante sector de la doctrina, sobre el alcance de lugar de cumplimiento del contrato, para la determinación de la jurisdicción internacional.

§ 38. Derecho aplicable. Autonomía de la voluntad. Principios y límites

El art. 2651 del *CCCN* consagra el principio de la autonomía de la voluntad. Establece que: *"Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.*

El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:

a) *En cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros.*

b) *Elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario.*

c) *Las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido.*

d) *Los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato.*

e) *Los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso.*

f) *Los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno.*

g) *La elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país.*

Este artículo no se aplica a los contratos de consumo".

En primer lugar, cabe aclarar que cuando hablamos de derecho o ley aplicable a los contratos, nos podemos referir tanto al derecho aplicable a la forma del contrato, es decir, al elemento extrínseco, al continente, que permite hacerlo visible y constatar su existencia, como a la ley aplicable al fondo, es decir, a la validez sustancial, intrínseca del contrato, a su contenido. Los arts. 2651, 2652 y 2653 regulan el derecho aplicable a este último aspecto.

Vale precisar que en relación con la validez sustancial de los contratos de índole internacional, se pueden presentar dos situaciones: *1*) que las partes, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, hayan elegido la ley aplicable al contrato celebrado, o *2*) que las partes, por diversos motivos, no hayan hecho tal opción y que, por ende, deba acudirse a los criterios subsidiarios en la materia, a través de puntos de conexión rígidos como el lugar de celebración o el lugar de ejecución, o de criterios más flexibles en búsqueda del Derecho del Estado con el que el contrato tiene vínculos más estrechos *(«le principe de proximité para los franceses o the proper law of the contract, para el common law»)*[9].

De la primera situación se ocupa el art. 2651, es decir, cuando las partes ha preseleccionado el derecho aplicable al contrato en caso de controversia.

Debemos recordar que la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual ha sido objeto de al menos dos significados diversos. Por un lado, como fuente original del derecho, independiente de todo orden jurídico preestablecido. Por ende, estaríamos ante un derecho absoluto. Desde otra mirada, se entiende que la voluntad del sujeto es una fuente derivada del derecho, capaz de crear normas jurídicas porque determinado ordenamiento jurídico así lo permite. Entonces, sería un derecho subjetivo, derivado de un orden jurídico que lo acuerda[10].

En definitiva, "la facultad de elección de la ley del contrato encuentra su fundamento en el principio de libre disposición, al tiempo que aporta una significativa dosis de seguridad jurídica, permitiendo eliminar las dificultades propias de la determinación objetiva de la ley aplicable"[11].

9 Feldstein de Cárdenas, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 2000, ps. 341 y 342.

10 Uzal, *Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet*, *ED*, 208-721 y 722. Asimismo, Feldstein de Cárdenas, *Contratos internacionales*, 1995, ps. 63 y 64; idem, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 2000, p. 346.

11 De Miguel Asensio, "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", en "Diritto del Commercio Internazionale", vol. 12, n° 4, oct.-dic. 1998, p. 17.

El Código Civil derogado no contenía ninguna norma expresamente consagrada a la autonomía de la voluntad en el orden internacional. Quienes defendieron su aplicación en el ámbito internacional se fundaron en el art. 1197 de ese cuerpo legal. En cambio, quienes negaron esta posibilidad se basaron en los Tratados de Montevideo, en especial en la versión de 1940. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales reconocían este principio con ciertos límites.

En este sentido, Goldschmidt entiende que hay una práctica contractual en la Argentina favorable a la autonomía de las partes como punto de conexión [12], recepcionada en convenios celebrados por la Nación y reconocida por la jurisprudencia.

Por su parte, Boggiano fundamenta la autonomía conflictual en normas positivas, admitiendo dos alcances: *a)* con posibilidad de elección restringida a los lugares de real cumplimiento del contrato, con fundamento en los arts. 1209, 1210 y 1212 del *CC*, y *b)* con criterio amplio de elección, aun cuando el derecho elegido no coincida con el lugar de ejecución del contrato, sobre la base de la facultad de prorrogar la jurisdicción en jueces o árbitros que actúen en el extranjero que establece el art. 1° del *CPCCN*. Dado que para este autor, "la elección de un tribunal implica una elección tácita, pero inequívoca del DIPr del tribunal elegido, y pudiendo ser elegido el DIPr —que es lo más—, se puede elegir el derecho privado aplicable, que es lo menos" [13].

Ahora bien, la autonomía de la voluntad, aun para quienes la aceptan sin reparos, reconoce límites. El Código Civil contemplaba algunas de estas limitaciones. Así, si las partes hubiesen querido evadir fraudulentamente ese derecho mediante la autonomía de la voluntad, el contrato no tendrá eficacia en la República (arts. 1207 y 1208, *CC*).

Asimismo, una ley extranjera elegida por las partes o la que resulte naturalmente aplicable en virtud de normas de derecho internacional privado puede vulnerar los principios esenciales del derecho del foro, y por lo tanto, será desplazada (art. 1206, *CC*).

Respecto a la fuente convencional, mientras que el Tratado de 1889 no se pronuncia expresamente sobre la facultad de las partes de elegir la ley aplicable, en su versión de 1940 rechaza el principio (Protocolo Adicional de 1940, art. 5°) [14].

Sin embargo, para un sector de la doctrina, si un contrato, por ejemplo, es celebrado en Montevideo, y la prestación tiene lugar de cumplimiento en Buenos Aires, resultando aplicable el derecho argentino, por vía de la doctrina del reenvío, sería admisible el acuerdo de partes en tanto nuestro país acoge el principio de autonomía de la voluntad [15].

[12] Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., 1990, p. 198.

[13] Boggiano, *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, 2ª ed., 2000, ps. 678 y 679.

[14] Resulta muy ilustrativo el debate suscitado en torno a la aceptación o rechazo de la autonomía de la voluntad, que consta en las Actas de ambos Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado de Montevideo.

Ahora, el art. 2651 del *CCCN* reconoce con amplitud la autonomía de la voluntad contractual en consonancia con los lineamientos aceptados por la doctrina y jurisprudencia dominantes. El efecto, sienta un principio general: los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. Al delimitar las cuestiones que serán regidas por el derecho elegido, se advierte que otros aspectos se someterán a sus correspondientes leyes. Por ejemplo, la capacidad de los contratantes se rige por la ley de sus respectivos domicilios (art. 2616, *CCCN*) y la forma por lo dispuesto en el art. 2649 del *CCCN*.

Entendemos que, aunque la norma no lo explicita, su aplicación se limita a los contratos que presentan elementos extranjeros objetivamente relevantes (internacionalidad objetiva).

Por otro lado, la disposición analizada admite la elección expresa del derecho aplicable, pero también puede resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

Como anticipamos, el art. 2651 del *CCCN* admite expresamente la autonomía de la voluntad conflictual y material. En efecto, la doctrina ha distinguido dos especies o tipos de la llamada autonomía de la voluntad. Por un lado, las partes pueden elegir el derecho aplicable al contrato (autonomía conflictual de las partes). Pero las partes pueden asimismo convenir normas, reglas, para que rijan el contrato (autonomía material de las partes). En este punto, se han diferenciado dos situaciones: "Sea que las partes desconecten el contrato del imperio de cualquiera de los derechos positivos del mundo (autonomía universal de las partes o autonomía material de primer grado), sea que las partes combinen normas civiles y comerciales establecidas o admitidas por cualesquiera de los derechos que ellas podrían haber elegido (autonomía material de segundo grado). La autonomía material de segundo grado se basa en la facultad de las partes de declarar aplicables a su contrato fragmentos de los diversos derechos elegibles, por ejemplo, a la validez el derecho del lugar de la celebración, a la ejecución el derecho del lugar de cumplimiento, etcétera. En este supuesto, las partes no están obligadas por el derecho coactivo de cualquiera de los derechos elegibles, porque podrían haber elegido otro que no conociera estas normas coactivas. Pero tampoco las partes se pueden liberar de todas las normas coactivas; ellas están supeditadas al derecho coactivo común de los derechos elegibles por no poder escapar a éste por ningún acto de elección permitido" [16].

[15] Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., 1990, p. 392.

[16] Goldschmidt, *Transporte internacional*, *LL*, 1980-B-375.

Por otro lado, según la tesis de Boggiano, mientras que en la autonomía de la voluntad conflictual las partes no pueden desplazar las normas coactivas del derecho privado elegido, haciendo, en cambio, uso de la autonomía de la voluntad material, las partes "además de poder elegir el derecho aplicable al contrato, pueden también excluir del derecho privado elegido las normas coactivas vigentes en él. Tal exclusión sólo puede operarse mediante la incorporación al contrato de normas materiales contrarias a las normas coactivas del derecho privado rector del negocio" [17]. Es decir, siguiendo la tesis del autor, "las normas coactivas de los sistemas de derecho privado son dispositivas en los contratos internacionales. Todas las normas del derecho privado contractual son dispositivas para el DIPr. Esto significa que las partes, en los contratos multinacionales, no están imperativamente sujetas a ninguna norma coactiva de ningún derecho privado del mundo. Es éste un punto que debe aparecer claro. Las prohibiciones o mandatos imperativos dispuestos por los derechos privados para casos nacionales no obligan a las partes en sus negocios internacionales" [18].

El autor que seguimos razona de la siguiente manera para aseverar tales conclusiones, que son centrales en su teoría y obra: "Las partes pueden excluir el derecho elegido por el legislador para regir el contrato, eligiendo otro (cfr. autonomía conflictual del DIPr). Si las partes pueden excluir las normas coactivas del derecho privado elegido por el legislador íntegramente, eligiendo otro derecho privado nacional, pueden también excluirlas parcialmente, mediante la ya considerada autonomía material. Además, si las partes pueden desplazar íntegramente el plexo de normas coactivas y dispositivas del derecho designado por el legislador, también pueden excluir las normas coactivas del derecho por ellas elegido. No se advierte razón que obste a la procedencia de estos argumentos analógicos a *maiore ad minus*. En definitiva, esta autonomía se funda en los mismos razonamientos que sustentan, a mi juicio, la autonomía conflictual, pues sus consecuencias están virtualmente implícitas en la facultad de elegir el derecho aplicable excluyendo el determinado por las normas de conflicto subsidiarias del legislador. Se trata del ejercicio de autonomías *secundum legem*, considerando que la voluntad del legislador es que las partes obvien investigaciones sobre imprevisibles derechos aplicables y tribunales competentes, asegurando un derecho cierto y razonable para que aquéllas sepan a qué atenerse en el cumplimiento de sus obligaciones. Nada más justo que facultar a las mismas partes para efectuar una razonable elección mientras se celebran las negociaciones" [19].

17 Boggiano, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ª ed., 2011, p. 506.

18 Boggiano, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ª ed., 2011, p. 510.

19 Boggiano, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ª ed., 2011, p. 507.

El art. 2651, inc. c) del *CCCN* reconoce la autonomía material en los términos de la tesis sustentada por Boggiano: *"Las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido"*.

Asimismo, encontramos algunas reglas y ciertos límites a los que está sujeto el ejercicio de la autonomía contractual:

1. La elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato. Es decir, se permite el llamado *depeçage*.
2. En cualquier momento, las partes pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones del Código. Pero la norma impone un límite claro: esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros.
3. Se rechaza el reenvío. Efectivamente, elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario. En igual sentido, se expide el art. 2596, párr. 2°.
4. La elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país.
5. Los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato. Dada la importancia de esta inclusión, nos detendremos en este punto más adelante (§ 39).
6. La autonomía de la voluntad es limitada:
   a) Por los principios de orden público (art. 2600, *CCCN*).
   b) Por las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino, cualquiera sea la ley que rija el contrato (art. 2599, párr. 1°, *CCCN*).
   c) Por, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso (art. 2599, párr. 2°, *CCCN*).
   d) Por el fraude a la ley: los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno (art. 2598, *CCCN*).
   e) En los contratos de consumo, en los cuales no se admite la elección del derecho aplicable. La ley aplicable a estos contratos se rige por lo dispuesto en el art. 2655 del *CCCN*.

§ 39. Derecho aplicable. Elección de la «lex mercatoria»

El art. 2651, inc. *d)* del *CCCN* admite que las partes incorporen al contrato los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional.

Esta disposición introduce en el derecho internacional privado contractual argentino a uno de los conceptos más difíciles de definir en el ámbito de nuestra disciplina, como es la intrincada *lex mercatoria*[20], que surge en la doctrina a partir de mediados de la década del cuarenta, y tiene su auge especialmente en la década del sesenta.

Para algunos, constituye un tercer género, entre el derecho interno y el derecho internacional, un sistema jurídico universal, flexible y autónomo respecto a ambos; para otros, en cambio, es una ficción, es "un fantasma creado por profesores franceses de la Sorbona".

El debate doctrinario en torno a la noción de la *lex mercatoria* es álgido, puesto que roza cuestiones relevantes de la teoría general del derecho, principalmente el concepto mismo de sistema jurídico y las relaciones entre el Estado y el derecho[21].

[20] También ha sido llamada *"nueva lex mercatoria"*, *"common law of international transactions"*, *"autonomous law of world trade"*, *"droit (couturnier) du commerce international"*, o *"internationales Handelsrecht"*.

[21] El debate más serio y complejo está relacionado con las respuestas que se puedan dar al interrogante: ¿la *lex mercatoria* es un orden jurídico autónomo?

Para Goldman, la *lex mercatoria* es un orden jurídico autónomo, de carácter transnacional o anacional. Esta afirmación la funda en la existencia de una *societas mercatorum* coherente, que produce su propio derecho y que sanciona, ya sea a través de una justicia privada, constituida por los tribunales arbitrales, ya sea por su propia organización o administración, formada por las organizaciones corporativas. Según este autor emblemático en el tema que nos ocupa, las reglas de la *lex mercatoria* no son disposiciones dispersas, sino que forman un sistema de reglas coherente, cuya finalidad es la satisfacción de las necesidades del comercio internacional. Puede ampliarse en Goldman, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, en "Recueil des Cours", 109-477.

A su turno, esta teoría encuentra sustento en los trabajos de la escuela del pluralismo de los ordenamientos jurídicos, en particular en los desarrollos de Santi Romano. Para este autor, todo cuerpo social constituye un orden jurídico, no solamente el Estado. Todo lo que es derecho no debe necesariamente proceder del Estado, y mucho menos de una voluntad estatal ficticia. El orden jurídico supone una comunidad organizada por una institución capaz de garantizar el respeto de las normas generadas por la propia comunidad organizada. De entre sus obras, véase principalmente Romano, *L'ordre juridique*, 1975.

Sin embargo, esta asimilación de la *lex mercatoria* a un orden jurídico ha sido seriamente criticada. En su *Approche critique de la lex mercatoria*, Paul Lagarde cuestiona la existencia de una sociedad de mercaderes suficientemente organizada para constituir un orden jurídico. Para este destacado autor, solamente existirían islotes de organizaciones que aparecen en el comercio internacional, pero no existe una organización única. Constata que las reglas de la *lex mercatoria* tienen la necesidad de un contrato, como soporte, para devenir obligatorias, y que a su vez, la validez del contrato depende de la ley de los Estados: *«la réception par les ordres étatiques des normes de la lex mercatoria ne se ferait que sous réserve d'un contrôle des Etats sur le moyen d'accès des parties (qui sont aussi sujets des ordres étatiques) à ces normes extraétatiques»*. Además, Lagarde sostiene que la *lex mercatoria* no tiene un órgano jurisdiccional propio y por ende, no es un orden jurídico completo. A fin de cuentas, la eficacia del arbitraje depende del reconocimiento estatal. Véase Lagarde, "Approche critique de la lex mercatoria. Le droit des relations économiques internationales", en *Mélanges Goldman*, 1987, ps. 141 y 142.

La *lex mercatoria* constituye una realidad sumamente dinámica y rica desde el plano conceptual que se presenta como un polo de atracción inevitable para todo especialista del derecho comercial internacional[22]. Tal como manifiesta Madrid Martínez, no se trata de una noción unívoca, sino más bien de un continente dentro del cual se agrupan muchos elementos diferenciados entre sí y con sólo dos características comunes: su carácter anacional y la ausencia de fuerza vinculante *ex propio vigore*. Por ello, efectivamente la gran mayoría de las definiciones tienden a ser descriptivas[23].

En igual sentido, se pronuncia All: "bajo el amplio y genérico paraguas de la expresión *lex mercatoria* se da cobertura a distintas clases de normas cuyo origen, contenido, alcance y proyección son diferentes; dicho de otro modo, si bien el término induce en principio a pensar en una calificación 'unitaria', lo cierto es que con ella se alude tanto a usos comerciales profesionales (ya se encuentren codificados o no), como a condiciones generales de contratación y los *standard forms*, las *guidelines, restatements of law*, códigos de conducta, convenciones internacionales aún no vigentes, leyes modelo, principios generales del derecho, principios generales del derecho internacional, reglas inspiradas en la equidad, laudos arbitrales y normativa procedimental, entre otros"[24].

En cuanto a su contenido, prestigiosa doctrina sostiene que "si no es posible proveer una lista exhaustiva de todos los elementos de la *lex mercatoria*, en su formulación se encuentran, en efecto, una serie de principios generales: que las prestaciones contractuales deben ser equilibradas; interpretación de buena fe de los contratos; presunción de competencia de los operadores del comercio internacional; compromiso para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar el

[22] Strenger, *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*, en "Recueil des Cours", 227-217.

[23] Madrid Martínez, "Notas sobre la 'lex mercatoria': entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los estados americanos", en *Derecho internacional privado y derecho de la integración*, libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano, Diego P. Fernández Arroyo - José A. Moreno Rodríguez (coords.), 2013, ps. 333 y 334.

[24] All, "Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada internacional", en *Derecho internacional privado y derecho de la integración*, libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano, Diego Fernández Arroyo - José A. Moreno Rodríguez (coords.), 2013, ps. 184 y 185.

perjuicio; suposición, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales; deber de cooperación de las partes; exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses; validez de la aceptación tácita del contrato; reglas de interpretación de los contratos; transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos, etcétera ..." [25].

A la hora de definir la *lex mercatoria*, se pueden advertir tres grandes orientaciones. La primera la define como un orden jurídico autónomo, creado espontáneamente por las partes vinculadas en las relaciones económicas internacionales, que existe independientemente de los sistemas nacionales; una segunda tendencia la presenta como un cuerpo de reglas suficiente para resolver una controversia, actuando como alternativa a la ley nacional aplicable, y la tercera la considera como un complemento de la ley nacional que resulta aplicable, y como una consolidación gradual de los usos y de ciertas expectativas del comercio internacional.

De la mayoría de las definiciones de la *lex mercatoria*, se desprende la necesidad de poner de relieve un cierto estado de insatisfacción en relación con los sistemas nacionales, que son vistos como incapaces de brindar una solución a los problemas principales del comercio internacional.

Lo cierto es que más allá de los problemas de legitimación y eficacia que enfrenta aún la *lex mercatoria*, y de los debates doctrinarios, "los comerciantes siguen haciendo negocios en un mundo que se hace cada vez más pequeño, siguen estableciendo relaciones cada vez más complejas para las cuales el derecho estatal se está quedando sin respuestas. Las organizaciones internacionales y los gremios profesionales siguen procurando soluciones que, en buena parte de los casos, responden a necesidades prácticas, desplazando poco a poco el rol estelar del Estado en la codificación" [26].

Por ello, tal como afirma Moreno Rodríguez, "... desde una perspectiva más pragmática, se ha dicho que la pregunta no debería ser: *¿lex mercatoria*, sí o no?, sino: ¿cuándo y cómo?; es decir, lo que últimamente importa es el grado en que los Estados hoy día permiten que las partes, en un contrato comercial internacional, se refieran a ella para escapar de la aplicación de leyes domésticas" [27].

En efecto, la *lex mercatoria*, así como el *soft law* en general, encuentran sus límites en los derechos estatales. En efecto, como bien manifiestan Albornoz y All,

[25] Fernández Rozas, "Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional", en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2004, t. IV, ps. 41 y 42.

[26] Madrid Martínez, "Notas sobre la 'lex mercatoria': entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los estados americanos", en *Derecho internacional privado y derecho de la integración*, libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano, Diego P. Fernández Arroyo - José A. Moreno Rodríguez (coords.), 2013, p. 354.

[27] Moreno Rodríguez, *Derecho aplicable y arbitraje internacional*, 2013, p. 244.

"abrirse al *soft law* no puede significar una libertad tan grande que permita a los grupos de interés que los motorizan dar por tierra con las pautas básicas de convivencia de cada sociedad nacional, individualmente o en agrupaciones u otras formas de uniones de Estados. Todo sistema oficial tiene sus características particulares, muchas de las cuales son esenciales para la subsistencia de la comunidad como tal y, otras son estructurales de sus ordenamientos jurídicos. En ambos casos deben resistir los embates liberalizadores para lograr un justo equilibrio como resultado del cual se beneficie el comercio pero también éste beneficie a las sociedades en su conjunto y a los individuos sin ningún tipo de distinción. Esta puja siempre ha existido, pero parece presentarse con más ímpetu con motivo de la globalización de la economía y de la vida en general" [28].

Las normas de policía o de aplicación inmediata y los principios de orden público internacional limitan la autonomía de la voluntad de los contratantes, y constituyen un freno, una valla, para el derecho estatal extranjero, como para las estipulaciones contractuales, la *lex mercatoria* y cualquier otro tipo de regla o principio de *soft law*.

§ 40. Derecho aplicable. Criterios subsidiarios

El art. 2652 del *CCCN* establece los criterios para la determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes. En tales casos, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento.

Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.

La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

En ausencia de elección de la ley aplicable a los contratos internacionales, en el Código de Vélez Sarsfield debíamos remitirnos a lo dispuesto en los arts. 1205, 1209 y 1210, normas generales para todo tipo de contrato internacional, sin atender a las particularidades de algunos contratos específicos.

El art. 1205 establecía: *"Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados"*. A su turno, el art. 1209 disponía: *"Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su*

[28] All - Albornoz, *Desarrollo del "soft law" e impacto de las normas internacionalmente imperativas en el comercio internacional: desafíos sustanciales y procesales (con relación a algunos instrumentos contractuales*, en "Anuario Argentino de Derecho Internacional XX", 2011, p. 273.

validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros". Finalmente, el art. 1210 expresaba: "*Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros*".

Como se puede observar, existe una aparente contradicción entre el art. 1205, que somete los contratos a la ley del lugar de celebración, y los arts. 1209 y 1210, que los sujetan a la ley del lugar de ejecución. Es por ello que la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado a fin de dilucidar tal contradicción. En este sentido, mayoritariamente, se interpretó lo siguiente: si el contrato tiene *ab initio* algún contacto con la República Argentina, rigen los arts. 1209 y 1210, y se aplica la ley del lugar de cumplimiento. En cambio, si el contrato no tiene vinculación con nuestro país, la ley aplicable será la del lugar de celebración del contrato, conforme al art. 1205 del CC[29]. Es decir, debemos distinguir entre contratos con y sin contacto con el derecho argentino. Tendrán tal contacto si fueron celebrados o tienen lugar de cumplimiento en nuestro país. Por ende, si el contrato tiene un contacto argentino, rige la tesis de Savigny: se somete a la ley del lugar de cumplimiento. En cambio, si no presenta dicho contacto, se regirá por la ley del lugar de celebración, tesis célebre de Story.

Tal como advierte Goldschmidt es falso creer que todos los contratos con contacto argentino se rigen por el derecho argentino, y los que no lo poseen, por el derecho extranjero, ya que los primeros se regirán por la ley del lugar de cumplimiento, sea éste local, o extranjero[30].

En suma, "cuando la celebración del contrato o su ejecución se relacione, aunque sea parcialmente, con el territorio argentino, ya no cabe aplicar la norma del conflicto del art. 1205 del CC —cuyo punto de conexión es el lugar de celebración—, sino la que establecen los arts. 1209 y 1210 cuyo punto de conexión es el lugar de cumplimiento"[31].

En los arts. 1212 y 1213, el Código Civil aportaba calificaciones autárquicas flexibles del punto de conexión "lugar de cumplimiento", aun cuando en el caso de los contratos sinalagmáticos, queda abierto el interrogante dado que existen por lo menos dos lugares de cumplimiento. Para estos casos, un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia locales recurrió a la teoría de la prestación más característica.

Esta teoría "permite individualizar, identificar, la obligación que diferencia cada contrato de los demás. Es decir, se atribuye apriorísticamente al contrato internacional una naturaleza según la cual una prestación resulta más gravitante, más trascendente, que las restantes y con la suficiente virtualidad y entidad para tipificarlo, para distinguirlo de otros. La búsqueda se encamina hacia la ley más próxima a la dinámica del negocio, a su estructura interna"[32].

En efecto, con el fin de evitar el fraccionamiento que implica la aplicación de leyes diferentes para las prestaciones recíprocas originadas en un mismo contrato, la jurisprudencia inglesa recepcionó la teoría de Schnitzer (Suiza, 1945) sobre la prestación característica. Aquí se marca una diferencia entre el derecho anglosajón y el derecho continental: mientras los tribunales ingleses aplican la ley del lugar de cumplimiento de la prestación característica, el tribunal federal suizo adoptó desde 1966 la fórmula "domicilio del deudor obligado a cumplir la prestación característica" como punto de conexión[33].

Ésta también fue la versión que acogió la Convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980. El art. 4° establecía que "en la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presente una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país. Se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquel en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquel en que esté situado este otro establecimiento".

El Reglamento (CE) n° 593 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que sustituyó al Convenio de Roma de 1980 a partir del 17 de diciembre de 2009, ha introducido algunas diferencias en el punto que estamos abordando. En efecto, de acuerdo al art. 4° del Reglamento, a diferencia del Convenio, en defecto de elección de ley, la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la norma especificada para cada tipo particular de contrato[34]. Sólo en el caso de que el contrato no pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos corres-

29 Feldstein de Cárdenas, *Contratos internacionales*, 1995, p. 36.

30 Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., 1990, p. 394.

31 Boggiano, *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, 2ª ed., 2000, p. 700.

32 Feldstein de Cárdenas, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 2000, p. 357.

33 Najurieta, *Apogeo y revisión de la autonomía en contratos internacionales*, LL, 1986-A-1006.

34 Contratos de compraventa de mercaderías; contratos de prestación de servicios, contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario o de arrendamiento de un bien inmueble; con-

pondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En el caso de un contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad. Pero si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en cada caso, una cláusula de escape establece que ha de aplicarse la ley de ese otro país. Para determinar dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos.

A su turno, cuando la ley aplicable no pueda determinarse sobre la base de que el contrato pueda catalogarse como uno de los tipos especificados ni por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, el contrato debe regirse por la ley del país con el cual presente unos vínculos más estrechos. Para determinar ese país debe tenerse en cuenta también, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos.

A su vez, nuestro Código Civil se ocupaba de los contratos entre ausentes en el art. 1214: *"Si el contrato fuere hecho entre ausentes por instrumento privado, firmado en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, sus efectos, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, serán juzgados respecto a cada una de las partes, por las leyes de su domicilio"*. Para estos casos, el codificador optó por un punto de conexión acumulativo en cuanto a la validez del contrato, en cambio, los efectos, las prestaciones, y las obligaciones de las partes se rigen por la ley del respectivo domicilio[35].

Respecto a la fuente convencional, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 someten los contratos a la ley del lugar de cumplimiento, siguiendo la doctrina clásica de Savigny (arts. 32 del Tratado de 1889 y 37 del Tratado de 1940). El Tratado de 1940 prevé un punto de conexión subsidiario: el lugar de celebración del contrato (art. 40).

Los contratos entre ausentes se someten a la ley del lugar de ejecución. Mas, el art. 37 del Tratado de 1889 dispone que: "La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta". Y según el art. 42 de la versión de 1940, "la perfección de los contratos celebrados por correspondencia o por mandatario, se rige por la ley del lugar del cual

tratos de franquicia, contratos de distribución, contratos de venta de bienes mediante subasta, contratos celebrados en un sistema multilateral (art. 4°, inc. 1°, *a* a *h*).

35 Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., 1990, p. 395.

partió la oferta aceptada." De este modo surge con claridad que la ley aplicable al contrato es la ley del lugar de ejecución para todos los contratos, aunque el perfeccionamiento de los contratos celebrados entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta (versión 1889), o por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada (versión 1940).

Ahora bien, el nuevo art. 2652 del *CCCN* determina el derecho aplicable en defecto de elección por las partes. Establece al respecto las siguientes reglas:

1. El contrato se regula por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Es decir, se mantiene en primer lugar la conexión rígida que establecían los arts. 1209 y 1210 del *CC* y que disponen los Tratados de Montevideo.
2. Si el lugar de cumplimiento no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se califica como el lugar del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. Dadas las dificultades que se han presentado en la doctrina y en la aplicación práctica para obtener una calificación de lugar de cumplimiento, cuando las partes no lo han indicado, se lo identifica como el lugar donde el prestador más característico tiene su domicilio actual. De esta manera, es receptada la teoría de la prestación más característica tal como había sido aceptada mayoritariamente por la jurisprudencia argentina.
3. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración. En supuestos en donde no es posible identificar una prestación más característica que otra en el contrato, se someterá a la ley del lugar de su celebración. Aquí se recepta el criterio subsidiario adoptado por el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940.
4. La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada. A los fines de determinar el perfeccionamiento de los contratos entre ausentes, se recurre a la regla incorporada en la misma materia por el Tratado de 1940.

Por último, en relación con los criterios subsidiarios a la autonomía de la voluntad, cabe señalar que en los contratos internacionales celebrados electrónicamente es mucho más complejo fijar cuál es el lugar de celebración o de cumplimiento, sobre todo cuando aquéllos se desarrollan completamente *on line*. No obstante tales inconvenientes prácticos, tal como afirma Lorenzetti, "en la mayoría de los casos que presentan conflictos, hay lugar de celebración y cumplimiento fijados. Ello es así porque las partes tienen una conducta orientada al 'anclaje en el mundo real', fijando domicilios inscriptos en registros *off line*, aunque también utilicen sus dominios virtuales, y estableciendo lugares de cumplimiento y cláusulas de juris-

dicción. El legislador también pone frenos estableciendo la obligación del proveedor de servicios de la información de registrarse en un lugar determinado y reglamentando los sistemas de intercambio electrónico para que sean 'seguros', y por lo tanto, controlables según parámetros del derecho común"[36].

Siguiendo al mismo autor, podemos afirmar que si bien el proceso es indetenible y las relaciones virtuales tienden a su propia autonomía, por su misma configuración, lo cual hace que, por lo menos en algunos sectores, el "lugar" va a ser virtual, "este proceso no debe escandalizar, puesto que es una evolución hacia la abstracción totalmente controlable: el domicilio de las personas físicas, jurídicas, el lugar de los contratos en las relaciones globales es una cuestión de atribución de efectos jurídicos; lo que interesa verdaderamente es que haya una manera segura de imputar efectos jurídicos y no determinar si alguien vive en ese lugar, o si estuvo en él para la celebración o el cumplimiento. En la *web* hay y habrá muchas maneras de cumplir con este requisito (...) Por esta razón, deviene relevante la noción de lugar como concepto normativo, independizado de la ontología empírica ..."[37].

Ese "anclaje en el mundo real" del que nos había Lorenzetti, se refleja en las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, que dispone que la misma será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados (art. 1°.1)[38]. Esta circunstancia deberá resultar del contrato o de los tratos entre las partes, o de la información por ellas revelada en cualquier momento antes de la celebración del contrato, o al concluirse éste (art. 1°.2). A su turno, el art. 4°.*h* define "establecimiento" como todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar. Y a través del art. 6° se presume que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que otra parte demuestre que la que hizo esa indicación no tiene ningún establecimiento en ese lugar.

Asimismo, es importante destacar que dicha convención distingue claramente la noción de "domicilio real", denominándolo "establecimiento", del "domicilio virtual". En efecto, dispone que un lugar no constituye establecimiento por el mero hecho de que sea el lugar: *a)* donde estén ubicados el equipo y la tecnología que

[36] Lorenzetti, *Comercio electrónico*, 2001, p. 199.

[37] Lorenzetti, *Comercio electrónico*, 2001, p. 199.

[38] La Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, en vigor desde el 1° de marzo de 2013, no ha sido ratificada por la República Argentina. El texto completo y su nota explicativa se pueden consultar en *www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf* (15/2/15).

sirvan de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato; o *b)* donde otras partes puedan tener acceso a dicho sistema de información (art. 4°.4). Tampoco el uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculada a un país crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en tal Estado (art. 4°.5).

En igual inteligencia, la Directiva 31/00 de la UE relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, en sus considerandos dispone: "Se debe determinar el lugar de establecimiento del prestador de servicios a tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia del tribunal de justicia, según la cual el concepto de establecimiento implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período indefinido. Este requisito se cumple también cuando se constituye una sociedad durante un período determinado; cuando se trata de una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio de Internet, dicho lugar de establecimiento no se encuentra allí donde está la tecnología que mantiene el sitio ni allí donde se puede acceder al sitio, sino el lugar donde se desarrolla la actividad económica" (considerando 19)[39].

§ 41. Cláusula de excepción

El art. 2653 del *CCCN* consagra una cláusula de excepción para la determinación del derecho aplicable en ausencia de elección por las partes. Según esta "válvula de escape", excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos.

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

No existía una disposición de este tenor en el Código Civil. Tampoco encontramos norma similar en la fuente convencional vigente en la República Argentina.

El art. 2653 del *CCCN* flexibiliza los criterios adoptados en el artículo anterior para determinar el derecho aplicable en ausencia de elección de las partes, dado que habilita al juez a aplicar otro derecho con el cual el contrato presente vínculos más estrechos.

Para ello, el juez debe tener en cuenta que:

1. Es una facultad excepcional.
2. Opera a pedido de parte interesada.

[39] Puede ampliarse en Scotti, *Contratos electrónicos. Un estudio desde el derecho internacional privado argentino*, 2012.

3. Debe considerar todos los elementos objetivos y subjetivos del contrato que lo conduzcan a aplicar un derecho distinto al del lugar de su cumplimiento, definido en los términos del art. 2652 o, en su defecto, al del lugar de celebración, por entender que se encuentra más vinculado con la relación jurídica.

En efecto, "las facultades excepcionales que se atribuyen al juez están fundadas en el principio de proximidad y dan flexibilidad al sistema de derecho internacional privado contractual"[40].

En definitiva, el art. 2653 es una aplicación específica en materia contractual de la regla general contenida en el art. 2597 del *CCCN*.

Esta suerte de válvula de escape nos recuerda al art. 4°.5 del Convenio de Roma de 1980 y actualmente, al art. 4°.4 del Reglamento (CE) n° 593/08 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Esta norma comunitaria cataloga una serie de contratos conocidos (contratos de compraventa, prestación de servicios, franquicia o distribución), y los somete a una determinada ley aplicable en defecto de elección. En caso de que el contrato no pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. No obstante, si el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del que sugieren dichas normas, se regirá por la ley de dicho país. Se seguirá este mismo principio cuando no se pueda determinar la ley aplicable.

[40] Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV, "Derecho Internacional Privado", 2012, consultado en *www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf* (10/2/15).

Capítulo XII

Los contratos de consumo

A fin de remediar la desigualdad de las partes en las relaciones de consumo, los legisladores nacionales se han ocupado de dictar leyes protectorias que procuran hallar un cierto equilibrio negocial entre los contratantes.

En nuestra región, México ya en 1975 dictó una ley sobre esta materia. Por su parte, la Argentina cuenta con la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 de 1993 que se declara de orden público (art. 65).

Sin embargo, tanto nuestra ley como la de los restantes países de la región tienen por finalidad, en general, proteger al consumidor en casos nacionales, que no presentan ningún elemento extranjero.

En cambio, no encontrábamos en la legislación nacional normas de derecho internacional privado sobre jurisdicción o sobre ley aplicable que contemplen los casos de contratos internacionales de consumo.

En el ámbito convencional en materia contractual, ya sea respecto de ley aplicable o de jurisdicción, encontramos diversos instrumentos internacionales. Sin embargo, suelen no regular o directamente excluyen de su ámbito de aplicación a los contratos celebrados con consumidores.

Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940 regulan la jurisdicción competente, así como la ley aplicable en materia contractual utilizando los criterios clásicos, sin hacer ninguna alusión específica a los contratos de consumo.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, concluida en Viena en 1980, en su art. 2° establece que no se aplicará a las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso.

Al respecto, Garro y Zuppi afirman que la razón principal de excluir la venta a consumidores del ámbito de aplicación ha sido la de evitar un eventual conflicto

entre las normas de la Convención y las leyes de orden público de protección al consumidor[1].

Asimismo, la Convención sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías (no vigente), suscripta en la ciudad de La Haya el 30 de octubre de 1985, señala que no será aplicable, entre otras, a las ventas de mercaderías que se adquieran para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en el momento de celebrarse el contrato, no hubiese sabido ni debido saber que las mercaderías se compraban para darles ese uso (art. 2°).

La CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 (no ratificada por la Argentina), a diferencia de la Convención de Roma de 1980 de la Unión Europea, no previó ninguna norma especial para el contrato de consumo internacional. Además, las conexiones flexibles elegidas y la amplitud con que es receptada la autonomía de la voluntad se adecuan a las relaciones entre comerciantes internacionales, más no a las contraídas con consumidores.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales también excluye de su ámbito de aplicación a los contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos (art. 2°.*a*). En la nota explicativa de la Secretaría de UNCITRAL aclara que a diferencia de la exclusión en el mismo sentido que establece el art. 2°.*a*) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos Internacionales de Compraventa de Mercaderías la exclusión de este tipo de operaciones en el marco de la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas es absoluta, lo cual significa que la Convención no será aplicable a los contratos celebrados con fines personales, familiares o domésticos, aun cuando esa finalidad no resulte evidente para la otra parte.

En relación con los acuerdos del Mercosur sobre contratos internacionales, debemos recordar que el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (MERCOSUR\CMC\DEC n° 1/94) excluye también de su ámbito de aplicación los contratos de venta al consumidor (art. 2°.6).

Sin embargo, en diciembre de 1996, el Consejo del Mercado Común suscribió el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (Decisión CMC n° 10/96 del 22 de diciembre de 1996), fruto del trabajo de la Reunión de Ministros de Justicia. Este Protocolo fija el procedimiento y los tribunales competentes para entender en cuestiones controvertidas nacidas de las relaciones de consumo, cuando proveedor y consumidor tengan su domicilio en distintos Estados del Mercosur, o cuando teniendo domicilio en un mismo Estado la prestación característica de la relación de consumo tenga lugar en otro Estado Parte.

Tal como nos recuerda Perugini, "a medida que se avanzaba en el estudio y elaboración del Protocolo de Buenos Aires se advertía la necesidad de dedicarle un instrumento independiente al de consumo. Varias fueron las razones por las que se decidió desagregarlo del Protocolo de Buenos Aires. La diferencia de posiciones frente a la autonomía, el tratamiento diferenciado entre el consumidor y su contraparte, la necesidad de adecuar el proceso para proteger al consumidor, por ejemplo. Por otra parte, tratar cada jurisdicción separadamente permitía concluir antes el Protocolo y otorgar al Mercosur en no más de dos años un instrumento útil a sus objetivos de armonización"[2].

No obstante, hasta la fecha el Protocolo de Santa María no ha podido entrar en vigor, ya que su propio art. 18 dispone expresamente que: "La tramitación de la aprobación del presente Protocolo en el ámbito de cada uno de los Estados Partes, con las adecuaciones que fueren necesarias, sólo podrá iniciarse después de la aprobación del Reglamento Común del Mercosur para la Defensa del Consumidor en su totalidad, incluidos sus anexos, si los tuviere, por el Consejo del Mercado Común". Es decir que autoexcluye su aplicación y la supedita a la aprobación de un Código de Defensa del Consumidor, que aún no ha sido aprobado.

En consecuencia, observamos que muy pocas organizaciones internacionales y foros de codificación internacional se han ocupado del tema, por el contrario, tienden a excluirlo.

Tal como observa Lima Marques, "las normas nacionales, reguladoras del comercio internacional, y el derecho uniforme del comercio internacional o la denominada *lex mercatoria*, en general no se preocupan de proteger al consumidor y, al contrario, tratan de excluir estos contratos de su campo de aplicación"[3].

No podemos soslayar, sin embargo, que en el marco de las negociaciones de la CIDIP VII algunos de los Estados Miembros de la OEA han realizado interesantes propuestas: la delegación de Brasil presentó una propuesta de Convención Interamericana sobre la Ley Aplicable a algunos Contratos y Relaciones de Consumo, la delegación de los Estados Unidos de América presentó un esquema para una Ley Modelo sobre Mecanismos de Restitución Monetaria para Consumidores, y la delegación de Canadá presentó un informe sobre la Jurisdicción y la Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico.

En particular, el proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo

[1] Garro - Zuppi, *Compraventa Internacional de mercaderías*, 1990, p. 81.

[2] Perugini Zanetti, *Derecho internacional privado del consumidor*, ponencia en el "XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional", Rosario, 2005.

[3] Lima Marques, *La insuficiente protección del consumidor en las normas del derecho internacional privado. De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo*, 2001; publicado en *www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf* (12/2/15).

elaborado por Lima Marques, en su art. 2° dispone que "1. Los contratos y las transacciones realizadas en las que participen consumidores, especialmente los contratos celebrados a distancia, por medios electrónicos, de telecomunicaciones o por teléfono, encontrándose el consumidor en el país de su domicilio, serán regidos por la ley de ese país o por la ley que fuera más favorable al consumidor, a elección de las partes, sea la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución, de la prestación más característica, o la ley del domicilio o sede del proveedor de los productos o servicios. 2. Los contratos celebrados por el consumidor estando fuera del país en el cual se domicilia se regirán por la ley que resulte elegida por las partes, quienes podrán optar por la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución o la del domicilio del consumidor".

Asimismo, en el art. 3° sobre normas imperativas establece que: "1. No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las normas del país del foro que tengan carácter imperativo, en protección del consumidor. 2. En el caso en que la contratación hubiera sido precedida por cualquier actividad negocial o de marketing, por parte del proveedor o de sus representantes, en especial el envío de publicidades, correspondencias, *e-mails*, premios, invitaciones, filiales existentes o representantes y demás actividades dirigidas a la comercialización de productos y servicios y la atracción de clientela en el país del domicilio del consumidor, se aplicarán necesariamente las normas imperativas de ese país, para la protección del consumidor, acumulativamente con aquellas del foro y de la ley aplicable al contrato o relación de consumo".

Por su parte, en la UE, el art. 6° del Reglamento (CE) n° 593 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales dispone que "el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional ('el consumidor') con otra persona ('el profesional') que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: *a)* ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o *b)* por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades".

En suma, la Sección 12ª, por primera vez en el derecho argentino, incorpora reglas sobre contratos internacionales de consumo. Veamos.

§ 42. Jurisdicción

El art. 2654 del *CCCN* establece que: *"Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.*

También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor.

En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro".

Tal como adelantamos, si bien la legislación argentina se ha ocupado desde distintas perspectivas de los contratos de consumo y de la defensa de los derechos de los consumidores, ni las normas de Derecho internacional privado de fuente interna ni las normas convencionales se habían ocupado de brindar soluciones especiales para determinar la jurisdicción competente, atendiendo a las especiales circunstancias que rodean a aquéllos.

El art. 2654 del *CCCN* veda a las partes de un contrato de consumo la posibilidad de celebrar un acuerdo de elección de foro y, en consecuencia, determina para distintos supuestos los criterios atributivos de jurisdicción internacional.

Dispone que las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los siguientes foros concurrentes: *1)* los jueces del lugar de celebración del contrato, *2)* los del lugar del cumplimiento de la prestación del servicio, *3)* los de lugar de la entrega de bienes, *4)* los del lugar del cumplimiento de la obligación de garantía, *5)* los del domicilio del demandado, o *6)* los del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

En consonancia con lo dispuesto en el art. 2650, inc. *c*), también son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

En el caso de que la demanda sea entablada contra el consumidor, la otra parte contratante sólo puede interponerla ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor.

Tal como podemos observar, la disposición que comentamos sigue con algunas modificaciones las tendencias imperantes. En efecto, el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (Decisión CMC n° 10/96, del 22 de diciembre de 1996), no vigente, contiene una regla general en materia de jurisdicción, indicando en el art. 4° que "tendrán jurisdicción internacional en las demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo los jueces o tribunales del Estado en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor". El proveedor de bienes o servicios podrá demandar al con-

sumidor ante el juez o tribunal del domicilio de éste. El art. 5° brinda otras opciones excepcionales, a disposición exclusiva del consumidor, manifestada expresamente en el momento de entablar la demanda: *a)* los jueces del lugar de celebración del contrato; *b)* los jueces del lugar de cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes; o *c)* los jueces del lugar del domicilio del demandado.

Finalmente, a tenor del art. 6°, si el demandado tuviere domicilio en un Estado Parte y en otro Estado Parte filial, sucursal, agencia o cualquier otra especie de representación con la cual realizó las operaciones que generaron el conflicto, el actor podrá demandar en cualquiera de dichos Estados.

Por otro lado, el Reglamento (CE) n° 44/01 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil prevé un régimen específico para los contratos de consumo que se incluyen en la Sección 4ª del Capítulo II, estableciendo un conjunto de disposiciones especiales sobre la competencia relativa a los contratos celebrados por los consumidores encaminadas a brindar una protección especial a la "parte débil" de la relación jurídica, siempre que los consumidores se encuentren en una situación de inferioridad frente a la otra parte, o si se está ante una típica situación de asimetría contractual.

En efecto, el consumidor sólo goza de protección si el profesional ejerce actividades comerciales o profesionales en el Estado Miembro en cuyo territorio tenga domicilio el consumidor (criterio *doing business o mercado natural del empresario*) o, alternativamente, por cualquier medio, dirige estas actividades hacia dicho Estado Miembro (criterio *stream-of-commerce o mercado de conquista*)[4]. Una demanda interpuesta por un consumidor puede serlo ante el tribunal del Estado Miembro en el territorio donde se encuentra el demandado o ante el tribunal del Estado Miembro donde el consumidor tenga su domicilio. En caso de que un profesional promoviera una acción contra un consumidor, ésta sólo podría hacerse ante los tribunales de los Estados Miembros en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor[5].

[4] Sobre el art. 15.1.c), la doctrina sostiene que es una "norma de transacción", que trata de proteger y de impulsar el *e-commerce Business - to - Consumer*. Véase Calvo Caravaca - Carrascosa González, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, 2001, párr. 102.

[5] Si bien las normas se mantienen muy semejantes a las contenidas en el Convenio de Bruselas, el ámbito de aplicación ha sido modificado significativamente. No es más necesario haber realizado todos los actos tendientes a la contratación desde su domicilio, sino que será suficiente que el cocontratante haya desarrollado su actividad en el Estado donde reside el consumidor, o la haya dirigido hacia allí, siempre que el contrato celebrado se encuentre dentro del marco de dicha actividad. La eliminación en el art. 15 del Reglamento del requisito exigido en el art. 13 del Convenio de Bruselas relativo a que el consumidor hubiere realizado en el Estado de su domicilio los actos necesarios para la celebración del contrato, está vinculada a la dificultad para localizar esos actos en la contratación electrónica (cfr. De Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 2ª ed., 2001, p. 443).

En cambio, cuando es el consumidor quien se desplaza al país donde opera normalmente el empresario (consumidor activo), no se aplica la protección del art. 15. El consumidor, entonces, no podrá demandar en el país de su domicilio, ya que el empresario no penetró en su mercado.

En lo que concierne a los acuerdos de elección de foro en los contratos de consumo, el Reglamento prevé que sólo serán válidos si son celebrados con posterioridad al nacimiento de la disputa, o sin tan sólo aumentan los tribunales ante los cuales puede demandar el consumidor a su contraparte, o cuando atribuyan competencia a los jueces del Estado Miembro en el cual estuvieren domiciliadas o residan con habitualidad ambas partes al momento de celebrar el contrato, siempre que la ley de ese país no los prohíba.

De modo que, tal como surge del análisis realizado, los arts. 15 a 17 del Reglamento establecen la concurrencia de una serie, una conjunción de elementos subjetivos y objetivos para que el consumidor se pueda beneficiar de la protección en materia de competencia judicial internacional.

Cabe señalar que el Reglamento (UE) n° 1215/12, que sustituye a partir del 10 de enero de 2015 al Reglamento n° 44/01, mantiene el régimen favorable al consumidor preexistente.

En cambio, podemos observar que, sorprendentemente, el art. 2654 del *CCCN* no habilita al consumidor a demandar a su contraparte ante los jueces del lugar de su residencia habitual o domicilio, como contempla la regla general del Protocolo de Santa María ni siquiera bajo las condiciones que exige el Reglamento de la UE (en el caso del llamado "consumidor pasivo").

§ 43. Derecho aplicable

El art. 2655 del *CCCN* dispone que: *"Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos:*

a) Si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato.

b) Si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor.

c) Si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido.

d) Si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración".

El art. 2655, a diferencia del artículo anterior en materia de jurisdicción, distingue entre "consumidor pasivo" y "consumidor activo", a los fines de determinar la ley aplicable.

En tal sentido, sigue en líneas generales las reglas del Reglamento 593/08 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I, que sustituye al Convenio de Roma de 1980).

El art. 6° del Reglamento dispone que "el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (el consumidor) con otra persona (el profesional) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o *b)* por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades".

El ámbito material del precepto se extiende a cualquier contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, para lo cual se califica al consumidor pasivo en consonancia con el art. 15 del Reglamento de Bruselas. Eliminó la exigencia de que el consumidor hubiere realizado en el Estado de su domicilio o residencia habitual los actos necesarios para la celebración del contrato, de difícil individualización en el comercio electrónico.

Este cambio se fundamenta en la evolución de las técnicas de comercialización a distancia y en la exigencia de coherencia con el Reglamento (CE) n° 44/01 (consid. 24), actualmente sustituido por el Reglamento (CE) n° 1215/12.

Entonces, el art. 2655 del *CCCN* diferencia dos supuestos: *"Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos:*

a) *Si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato* [se ha mantenido esta exigencia, eliminada por el Reglamento de la UE, por ende, no se adecua razonablemente a la contratación a distancia celebrada a través de medios electrónicos].

b) *Si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor.*

c) *Si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido.*

d) *Si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.*

En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración".

Es decir, ante la ausencia de las mencionadas circunstancias, se siguen las reglas para la determinación de la ley aplicable a los contratos en general en ausencia de elección de ley aplicable (art. 2652, *CCCN*).

Por último, cabe poner de relieve que en materia de protección del consumidor juegan un rol muy preponderante los principios de orden público internacional, así como las normas de aplicación inmediata.

En este sentido, el art. 1094 del *CCCN* menciona el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

El art. 1095 dispone que el contrato de consumo se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

El art. 1097 del *CCCN* consagra el principio de trato digno: *"Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias".*

Por su parte, el art. 1098 del *CCCN* establece el principio de trato equitativo y no discriminatorio: *"Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores".*

Asimismo, el art. 1099 reconoce el principio de libertad de contratar, con motivo del cual *"Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo".*

Por otro lado, las disposiciones sobre cláusulas abusivas, es decir, aquellas que habiendo sido o no negociadas individualmente, tienen por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor (art. 1119 y ss.), y que, por tal razón, se tiene por no convenidas, bien pueden considerarse normas internacionalmente imperativas.

Capítulo XIII

Responsabilidad civil extracontractual

La Sección 13 brinda reglas sobre jurisdicción y ley aplicable en materia de responsabilidad civil, en general.

Se pueden incluir, en el ámbito de las obligaciones extracontractuales, en principio, todas aquellas que nacen sin convención, incluyendo las delictuales, cuasidelictuales, cuasicontractuales y las puramente legales.

La responsabilidad ante el incumplimiento de estas obligaciones genera casos muy diversos, que van desde la responsabilidad emergente de los accidentes por automóviles[1], ferrocarriles, aeronaves o buques, la difamación, la responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos, la responsabilidad por los hechos de terceros, la concurrencia desleal, hasta los casos de contaminación transfronteriza.

Esta circunstancia ha motivado la crítica ante la ausencia de reglas para los distintos supuestos, dadas sus particularidades. Así, Menicocci, quien sostiene que no resulta atinado subsumir toda la responsabilidad extracontractual bajo un solo precepto, afirma: "recordemos que en esta última categoría residual (en tanto se define por exclusión) se subsume todo deber de responder que no deriva de un contrato. Este déficit exhibe como inadecuado, un a priori de la conexión 'no contractual' si, en una sola conexión, se pretende subsumir el multifacético complejo de causas que pueden derivar, fuera de un contrato, en el deber de reparación, comprensivo desde el accidente de tránsito, el enriquecimiento incausado, el abordaje, la responsabilidad nacida de las rupturas intempestivas antes de la celebración del contrato, el accidente nuclear o la contaminación ambiental. Nos preguntamos —sin ánimo exhaustivo y, por lo demás, imposible— sobre la reparación de

[1] El mayor caudal de casos jurisprudenciales de responsabilidad extracontractual proviene de accidentes de tránsito que involucran a la Argentina y Uruguay, tales como "Reger de Maschio, Wally D. y otro, c. Annan, Guillermo A." (Juzg. Nac. Esp. Civ. y Com. nº 50, 10/10/83); "Gultor, Marcos c. Alvarez, O. Juana", (CNEsp. Civ. y Com., Sala II, 30/7/86); "Giuliani, Mario y otro c. Khafif, Isaac y otros", (CNCiv., Sala L, 23/9/96).

los daños ocurridos por una publicación en la red, difundida masivamente desde un lugar ignoto, la ocasionada por el desconocimiento de una filiación o el eventual reclamo alimentario del hijo nacido de donante de esperma anónimo cuya identidad pudo descubrir, la reproducción virtual de una obra protegida por derechos de propiedad intelectual, la reparación solicitada por el inversor sobre la gestión de un fondo de inversión contratado por el banco de inversión y ajeno al inversor. La sola enunciación de algunos de estos temas es suficientemente demostrativa de la insuficiencia de la utilización de una conexión universal" [2].

Sin perjuicio de la conveniencia de disposiciones que aprehendan casos especiales de responsabilidad civil, otros autores, como Fresnedo de Aguirre, sostienen la necesidad de algunas reglas generales: "Parece innegable que más allá de las posibles regulaciones puntuales de las subcategorías identificables dentro de la categoría genérica responsabilidad extracontractual, es necesario contar con un régimen general para regular aquellos casos en que no existe norma específica (...) Es decir que en cuanto a la extensión de la categoría, si bien es totalmente compartible que algunas cuestiones requieren, por su especificidad, una regulación propia e independiente —ejemplos: la responsabilidad del fabricante por el producto, la contaminación transfronteriza (Opertti), los accidentes de tránsito, etcétera—, parece importante regular la responsabilidad extracontractual en general como una categoría amplia, que le permita al aplicador del derecho calificar en ella una infinidad de relaciones jurídicas que le presenta a diario la realidad, y que resultaría imposible de prever y regular individualmente por el legislador" [3].

Esa regla de alcance general, tanto para la determinación del juez competente como de la ley aplicable, ha consistido en consagrar la conexión "lugar de producción del hecho", la célebre *lex loci delicti*.

Sin embargo, la rigidez de este criterio ha sufrido embates y la tendencia actual gira en torno a su matización o flexibilización, a través en general de su utilización como mera conexión alternativa o subsidiaria, pero ya no como punto de conexión único.

Asimismo, la *locus delicti* ha sido recalificada en los últimos tiempos como el lugar donde se produce efectivamente el daño. La diferencia entre el lugar donde se produce el hecho generador del daño y el lugar donde se produce la consecuencia dañosa es significativa en los llamados delitos a distancia, porque aquellos extremos ocurren, por definición, en distintos Estados.

[2] Menicocci, *Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en "XXVI Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional", San Miguel de Tucumán, 2014, ps. 53 y 54.

[3] Fresnedo de Aguirre, "Obligaciones extracontractuales", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 1157.

Cabe recordar, por último, que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (AG/RES-1613 (XXIX-0/99) había aprobado la inclusión para la CIDIP VI del tema relativo a los "conflictos de leyes en materia de responsabilidad extracontractual, con énfasis en el tema de la jurisdicción competente y las leyes aplicables respecto de la responsabilidad civil internacional por contaminación transfronteriza". Sin embargo, sólo se pudo alcanzar la aprobación de la CIDIP VI/ Resolución 7/02 en la tercera sesión plenaria celebrada el 8 de febrero de 2002. En dicha resolución, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado decidió continuar los trabajos sobre la materia. En cuanto a las cuestiones a analizar se reconoció la conveniencia de contemplar la expectativa fundada de los peticionantes a demandar ante foros accesibles con un régimen legal favorable, así como las expectativas fundadas de los reclamados a no ser demandados y juzgados ante foros o por leyes sin conexión razonable con el objeto de la demanda o con las partes [4].

§ 44. Jurisdicción

El art. 2656 del *CCCN* establece que: *"Excepto lo dispuesto en los artículos anteriores [5], son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil: a) el juez del domicilio del demandado; b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos"*.

El Código Civil no contenía ninguna norma respecto a la jurisdicción internacional en materia de responsabilidad civil.

Por su parte, el Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito de 1996, en vigor, en su art. 7° dispone que para ejercer las acciones comprendidas en ese Protocolo serán competentes, a elección del actor, los tribunales del Estado Parte: *a)* donde se produjo el accidente; *b)* del domicilio del demandado, y *c)* del domicilio del demandante.

El art. 2656 establece, entonces, que son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil: el juez del domicilio del de-

[4] Puede verse el Informe del Relator de la Comisión III: Conflictos de leyes en materia de responsabilidad extracontractual, con énfasis en el tema de la jurisdicción competente y las leyes aplicables respecto de la responsabilidad civil internacional por contaminación transfronteriza (aprobado en la tercera sesión plenaria celebrada el 8 de febrero de 2002); disponible en, *www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VI-Informe_relator3.htm* (15/2/15).

[5] Esta remisión a los "casos no previstos en los artículos anteriores", tanto en el art. 2656 sobre jurisdicción competente, como en el art. 2657 sobre ley aplicable indicaría que la responsabilidad contractual se rige por las disposiciones en materia de contratos, mientras que la sección 13ª de la Parte Especial se dedica exclusivamente, entonces, a la responsabilidad extracontractual.

mandado (foro general), o el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos (foro especial).

La disposición que analizamos es similar al art. 5°.3 del Reglamento 44/01 de la UE, según el cual son competentes los tribunales del lugar de producción del hecho dañoso. El demandante puede optar por demandar en virtud del foro general (domicilio del demandado) o en virtud del foro especial (lugar de producción del hecho dañoso).

El fundamento del foro especial previsto es el principio de proximidad razonable: el tribunal del lugar de producción del hecho dañoso está próximo al material probatorio.

Adviértase que el foro especial puede desdoblarse, según las circunstancias del caso, en dos: los jueces del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos.

§ 45. Derecho aplicable

En materia de derecho aplicable, el art. 2657 del *CCCN* dispone que: *"Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.*

No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país".

La rigidez de la regla del lugar de producción del daño ha llevado a la doctrina a formular una serie de propuestas correctoras. En los países del *common law*, los jueces recurren a conexiones más flexibles para determinar la ley aplicable atendiendo a las circunstancias del caso. En el derecho continental, algunos países también se apartan de alguna manera del criterio rígido de la *lex loci*, bien estableciendo una cláusula de salvaguarda por la que no se aplica la ley que ha sido designada en virtud de la norma de conflicto, bien prefiriendo aquella otra ley que presente "vínculos más estrechos". La tendencia actual está orientada a intentar que coincidan diversos puntos que tienen relevancia a fin de evitar que sea designada como legislación aplicable la de un Estado con el que los interesados no presentan vínculos significativos. También se pretende evitar que la determinación de la ley aplicable dependa de un único punto de conexión[6].

[6] Souba Torreblanca, *Derecho de daños y derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la propuesta de reglamento "Roma II"*, en "InDret", 1/2005, feb. 2005, ps. 8 y 9.

El derecho argentino, en materia de responsabilidad extracontractual, no brindaba respuestas satisfactorias.

Mucho ha debatido la doctrina sobre la aplicación del art. 8° del CC, al régimen internacional de la responsabilidad extracontractual.

El art. 8° del CC establecía que: *"Los actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado; pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes a las leyes del país, que regían la capacidad, estado y condición de las personas".*

Goldschmidt aplicaba el art. 8° del CC, en ausencia de norma convencional, a la referida cuestión, en tanto el artículo aludía a los actos voluntarios tanto lícitos o ilícitos[7]. En cambio, Boggiano concluye que "la comprensión intrasistemática del art. 8° lleva a entender que esta norma, si alguna virtualidad tiene, no rige específicamente los actos ilícitos"[8].

A su turno, el Tratado de Montevideo de 1889 dispone que las obligaciones que nacen sin convención se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden y el de 1940 agrega "y, en su caso, por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden" (art. 43).

Ante este panorama normativo, Fresnedo de Aguirre sostiene que "el art. 8° resulta incompleto e insatisfactorio; tampoco aparece como una vía apropiada cubrir la laguna mediante la aplicación analógica de los Tratados de Montevideo. En ambos casos se trata de reglas rígidas que pretenden captar de forma unitaria y exclusiva todos los supuestos de la responsabilidad civil. En efecto, la funcionalidad de la norma con una única conexión es escasa cuando se produce, por ejemplo, la disociación entre el lugar donde tuvo origen el hecho generador y aquel donde se producen sus efectos, pudiendo incluso localizarse éstos en el territorio de varios Estados. En cambio, sí cabría la aplicación analógica del Tratado de Montevideo de 1940 (art. 43, párr. 2°) para la hipótesis de que el acto ilícito genere responsabilidad extracontractual a partir de una relación preexistente. En este caso el acto se conecta con el derecho propio de esa relación resultando esta conexión más estrecha que la ley del lugar del acto y la ley común a las partes"[9].

Por otra parte, el Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito de 1996 establece que la responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regulará por el derecho interno del Estado Parte en cuyo

[7] Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, 4ª ed., 1982, n° 329.

[8] Boggiano, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ª ed., 2011, p. 565.

[9] Fresnedo de Aguirre, "Obligaciones extracontractuales", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 1192.

territorio se produjo el accidente. Sin embargo, si en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en otro Estado Parte, el mismo se regulará por el derecho interno de este último (art. 3°).

El art. 2657 del *CCCN* establece, en principio, que el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. En consecuencia, lo determinante es dónde realmente se produce el daño, y no dónde se ha generado, en caso de que los dos lugares no coincidan.

Sin embargo, en similar sentido al Protocolo de San Luis, flexibiliza el criterio clásico indicando que cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país (domicilio común).

Asimismo, el art. 2657 del *CCCN* tiene gran analogía con el Reglamento (CE) n° 864/07 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), cuya norma general dispone: "*1.* Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. *2.* No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país. *3.* Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los aps. 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión".

Esta última posibilidad también está consagrada en el Código Civil y Comercial de la Nación a través del art. 2597, de alcance general.

Sin embargo, a diferencia de la norma comunitaria, nuestra normativa no habilita el ejercicio de la autonomía de la voluntad en esta materia [10].

[10] El Reglamento n° 864/07 en su art. 14 dispone: "Libertad de elección. *1.* Las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan: *a)* mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño, o bien *b)* cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño. *2.* La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros".

Capítulo XIV

Títulos valores

La Sección 14 del Capítulo III está abocada a regular los títulos valores, en general, y el cheque, en particular.

Nuestro país carecía de un régimen integral sobre este tema. Existían, en cambio, leyes especiales, tales como el decr.-ley 5965/63 sobre letra de cambio y pagaré, que no contiene ninguna disposición de derecho internacional privado; la Ley de Cheques 24.452 de 1995, modificada por la ley 24.760 de 1996, que incluye una norma indirecta en su art. 3°. A su turno, las facturas de crédito están reguladas por la ley 24.760 de 1996, que fue modificada por la ley 24.989 de 1998 y por decr. 1002/02, del 12/6/02.

De acuerdo a los propios fundamentos del Anteproyecto, hoy convertido en el Código Civil y Comercial de la Nación, se ha incluido el tratamiento de los títulos valores y el cheque para colmar los vacíos existentes. Se aclara que en la materia se han tenido como fuentes la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (CIDIP I), Panamá, 1975, los Tratados de Montevideo, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 y el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay, cuyas soluciones razonables representan el pensamiento actual de los países americanos. En consecuencia, se ha decidido en materia de jurisdicción aceptar como criterio atributivo de jurisdicción el lugar donde la obligación deba cumplirse o el del domicilio del demandado, a opción del actor. En relación del Derecho aplicable se adopta el principio de autonomía de las obligaciones cambiarias, pero armonizando ciertas soluciones con el principio de la unidad.

Por su parte, en relación al cheque se ha admitido la regla del art. 33 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques (CIDIP II), Montevideo, 1979, y el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, que someten a un mismo Derecho todo lo relativo al término de presentación, a los tipos de cheques, los derechos del tenedor y girado, y la necesidad del protesto u otros ac-

tos equivalentes se regulan por la ley del Estado donde el cheque debe pagarse, solución que coincide con las previsiones del art. 3° de la ley 24.452, modificada por ley 24.769.

§ 46. Jurisdicción

El art. 2658 del *CCCN* establece que: *"Los jueces del Estado donde la obligación debe cumplirse o los del domicilio del demandado, a opción del actor, son competentes para conocer de las controversias que se susciten en materia de títulos valores.*

En materia de cheques son competentes los jueces del domicilio del banco girado o los del domicilio del demandado".

El derecho internacional privado argentino de fuente interna carecía de normas de conflicto que determinen la jurisdicción competente y la ley aplicable a la letra de cambio, ya que el art. 738 del Cód. de Comercio fue derogado por el decr.-ley 5965/63, ratificado por ley 16.478, sin que el nuevo ordenamiento cambiario introdujera normas indirectas. La laguna obligó, según un amplio sector de la doctrina, a aplicar por analogía las disposiciones sobre letra de cambio contenidas en el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional, de Montevideo de 1940[1]. Con la aprobación y ratificación de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, suscripta en Panamá el 30 de enero de 1975, en el marco de la CIDIP I, nuevas disposiciones especiales y más modernas podían colmar el vacío normativo[2].

El art. 34 del Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 dispone que las cuestiones que surjan entre las personas que han intervenido en la negociación de una letra de cambio se ventilarán ante los jueces del domicilio de los demandados en la fecha en que se obligaron, o del que tengan en el momento de la demanda.

A su vez, el art. 35 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 establece los mismos criterios y extiende su aplicación a los cheques u otro papel a la orden o al portador.

Según el art. 8° de la CIDIP I, los tribunales del Estado Parte donde la obligación deba cumplirse o los del Estado Parte donde el demandado se encuentre domiciliado, a opción del actor, serán competentes para conocer de las controversias que se susciten con motivo de la negociación de una letra de cambio[3].

En similar sentido a la CIDIP I, el art. 2658 establece la jurisdicción para conocer de las controversias que se susciten en materia de títulos valores de los jueces del Estado donde la obligación debe cumplirse o los del domicilio del demandado, a opción del actor.

Contiene una disposición especial respecto a los cheques, en cuyo caso, resultan competentes los jueces del domicilio del banco girado o los del domicilio del demandado.

§ 47. Forma

Según el art. 2659 del *CCCN*: *"La forma del giro, del endoso, de la aceptación, del aval, del protesto y de los actos necesarios para el ejercicio o para la conservación de los derechos sobre títulos valores se sujetan a la ley del Estado en cuyo territorio se realiza dicho acto"*.

La fuente interna, de acuerdo a lo dicho en relación con el art. 2658, no contenía ninguna norma al respecto. A su turno, el art. 2° de la CIDIP I dispone que la forma del giro, endoso, aval, intervención, aceptación o protesto de una letra de cambio, se somete a la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice. En igual sentido, los arts. 26 del Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 y 23 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940.

El art. 2659 del *CCCN* somete a la ley del lugar de realización la forma del giro, del endoso, de la aceptación, del aval, del protesto y de los actos necesarios para el ejercicio o para la conservación de los derechos sobre títulos valores. La norma armoniza con lo dispuesto por las fuentes convencionales en vigor, y es una aplicación de la regla general en materia de forma de los actos jurídicos: la célebre *locus regit actum*.

§ 48. Derecho aplicable

El art. 2660 del *CCCN* establece que: *"Las obligaciones resultantes de un título valor se rigen por la ley del lugar en que fueron contraídas.*

Si una o más obligaciones contraídas en un título valor son nulas según la ley aplicable, dicha nulidad no afecta otras obligaciones válidamente contraídas de acuerdo con la ley del lugar en que han sido suscriptas.

Si no consta en el título valor el lugar donde la obligación cartular fue suscripta, ésta se rige por la ley del lugar en que la prestación debe ser cumplida; y si éste tampoco consta, por la del lugar de emisión del título".

[1] Goldschmidt, *El primer caso de calificaciones en la jurisprudencia argentina*, *ED*, 8-943; ídem, *Derecho internacional privado*, 4ª ed., 1982, p. 404, n° 319; Pardo, *Régimen internacional de los títulos de crédito*, 1970, p. 59 y ss.; Kaller de Orchansky, *Manual de derecho internacional privado*, 1976, p. 418; Cámara, *Letra de cambio y vale o pagaré*, 1971, t. III, p. 537; Aparicio, *Régimen internacional de la letra de cambio*, *LL*, 151-1032.

[2] Así se hizo en el fallo del Juzg. Nac. Com. n° 7, Secretaría 14, 21/10/86, "Banco do Brasil S.A. c. Astilleros Corrientes S.A.", publicado en *http://www.fallos.diprargentina.com*.

[3] Las disposiciones sobre letra de cambio son aplicables a los pagarés (art. 9°) y a las facturas entre Estados Parte en cuyas legislaciones tengan el carácter de documento negociables (art. 10).

La fuente interna no contenía ninguna norma al respecto que determinara el derecho aplicable a las obligaciones contraídas a través de títulos valores.

Como mencionamos, la doctrina y la jurisprudencia argentinas postularon como solución para los casos de letras de cambio y pagarés provenientes de países no ratificantes de los Tratados de Montevideo, la aplicación analógica de las normas indirectas contenidas en el Tratado de 1940. Tal como nos recuerda Noodt Taquela, "a partir de la entrada en vigencia para Argentina de la Convención Interamericana sobre Letra de Cambio, las normas de los arts. 23 a 35 del Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940, han dejado de ser aplicables con relación a Argentina, Paraguay y Uruguay, ya que los tres países son ratificantes de la Convención de la CIDIP I sobre letra de cambio. No parece difícil advertir que para solucionar la laguna normativa de la dimensión autónoma, debe recurrirse a las normas indirectas contenidas en la Convención interamericana de letra de cambio. Se trata de la Convención más actual de la cual Argentina es parte en esta materia, sus normas guardan suficiente proximidad analógica y por último hay que tener en cuenta que si no aplicamos el Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 a las letras de cambio y pagarés conectados con Paraguay y Uruguay, sería absurdo aplicarlo con los países no ratificantes"[4].

El Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 establece que las relaciones jurídicas que resultan del giro de una letra entre el girador y el beneficiario se regirán por la ley del lugar en que la letra ha sido girada; las que resultan entre el girador y aquel a cuyo cargo se ha hecho el giro, lo serán por la ley del domicilio de este último (art. 27). A su turno, las obligaciones del aceptante con respecto al portador y las excepciones que puedan favorecerle se regularán por la ley del lugar en que se ha efectuado la aceptación (art. 28). Por último, los efectos jurídicos que el endoso produce entre en endosante y el cesionario, dependerán de la ley del lugar en que la letra ha sido negociada o endosada (art. 29). El Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 contiene normas similares en su art. 25 y siguientes.

Por su lado, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (CIDIP I) establece en su art. 3° que todas las obligaciones resultantes de una letra de cambio se rigen por la ley del lugar donde hubieren sido contraídas. A su turno, el art. 4° agrega que si una o más obligaciones contraídas en una letra de cambio fueren inválidas según la ley aplicable conforme a los artículos anteriores, dicha invalidez no afectará aquellas otras obligaciones válidamente contraídas de acuerdo con la ley del lugar donde hayan sido suscriptas. Finalmente, el art. 5° dispone que cuando una letra de cambio no indicare el lugar en que se hubiere contraído una obligación cambiaria, ésta se regirá por la ley del lugar donde la letra deba ser pagada, y si éste no constare, por la del lugar de su emisión.

Recordemos que la República Argentina no ha ratificado la Convención de Ginebra de 1930 que establece una ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés ni la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (Nueva York, 1988)[5].

En suma, el art. 2660 del *CCCN* guarda identidad con lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (CIDIP I).

§ 49. Sustracción, pérdida o destrucción

El art. 2661 del *CCCN* dispone que: *"La ley del Estado donde el pago debe cumplirse determina las medidas que deben adoptarse en caso de hurto, robo, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento.*

Si se trata de títulos valores emitidos en serie, y ofertados públicamente, el portador desposeído debe cumplir con las disposiciones de la ley del domicilio del emisor".

La fuente interna, como hemos dicho, no contenía ninguna norma al respecto. El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 tampoco contemplaba una norma específica para los casos de sustracción, pérdida o destrucción material del documento. En cambio, el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 introdujo una disposición especial: "La ley del Estado en donde la letra debe ser pagada determina las medidas que han de tomarse en caso de robo, de extravío, de destrucción o de inutilización material del documento" (art. 31).

Asimismo, el art. 7° de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (CIDIP I) dispone que la ley del Estado donde la letra de cambio deba ser pagada determina las medidas que han de tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento.

[4] Una opinión distinta tiene al respecto Antonio Boggiano, quien sostiene que sería más adecuado colmar las lagunas del DIPr autónomo con las normas materiales ginebrinas, que con las normas de conflicto de Montevideo de 1940, porque por esa vía se respeta el espíritu de las Convenciones de Ginebra que nuestro legislador quiso insuflar al derecho argentino. Concluye que si el título internacional se vincula a países ratificantes de la Convención de Ginebra, podríamos aplicar las normas materiales argentinas —adaptadas a la Convención—, de lo contrario habría que recurrir a las normas de conflicto del Tratado de Montevideo. Agrega que si en la órbita de Ginebra se presentan conflictos, aun jurisprudenciales, deba resolvérselos aplicando las normas de colisión del Tratado de Montevideo de 1940 (cfr. Noodt Taquela, "Títulos valores", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 1220 y ss.).

[5] Las normas de conflicto de Ginebra nunca podrían haberse adoptado en el DIPr argentino, ya que rigen la capacidad para obligarse a través de letras de cambio por la ley de la nacionalidad.

El art. 2661 del *CCCN* guarda, entonces, armonía con las disposiciones vigentes en el plano convencional, que ya se aplicaban analógicamente ante la ausencia de normas específicas.

§ 50. Régimen internacional del cheque

El art. 2662 del *CCCN* establece la ley aplicable al cheque. Dispone que: "La ley del domicilio del banco girado determina: *a)* su naturaleza; *b)* las modalidades y sus efectos; *c)* el término de la presentación; *d)* las personas contra las cuales pueda ser librado; *e)* si puede girarse para "abono en cuenta", cruzado, ser certificado o confirmado, y los efectos de estas operaciones; *f)* los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y su naturaleza; *g)* si el tenedor puede exigir o si está obligado a recibir un pago parcial; *h)* los derechos del librador para revocar el cheque u oponerse al pago; *i)* la necesidad del protesto u otro acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el librador u otros obligados; *j)* las medidas que deben tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento, y *k)* en general, todas las situaciones referentes al pago del cheque.

La Ley de Cheques 24.452 dispone que el domicilio del girado contra el cual se libra el cheque determina la ley aplicable. El domicilio que el librador tenga registrado ante el girado podrá ser considerado domicilio especial a todos los efectos legales derivados del cheque (art. 3°)[6].

En la fuente convencional, sólo contamos con el art. 33 del Tratado de Montevideo de 1940 que establece que si bien las disposiciones sobre letra de cambio rigen también para los cheques, la ley del Estado en que el cheque debe pagarse, determina: *1)* El término de presentación. *2)* Si puede ser aceptado, cruzado, certificado o confirmado y los efectos de esas operaciones. *3)* Los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y su naturaleza. *4)* Los derechos del girador para revocar el cheque u oponerse al pago. *5)* La necesidad del protesto u otro acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el girador u otros obligados. *6)* Las demás situaciones referentes a las modalidades del cheque.

Como podemos apreciar, el art. 2662 del *CCCN* rige todos los aspectos que menciona expresamente, vinculados al cheque, en tanto medio de pago, por la ley del domicilio del banco girado, en concordancia con el art. 3° de la Ley de Cheques 24.452.

[6] El antecedente normativo de esta disposición es el art. 1°, párr. 2° del decr.-ley 4776/63, que establecía que "el domicilio del banco contra el cual se libre el cheque (girado) determina la ley aplicable".

Capítulo XV
Los derechos reales

La Sección 15 de la Parte Especial de las "Disposiciones de derecho internacional privado" se dedica a determinar la jurisdicción y la ley aplicable a los derechos reales sobre bienes inmuebles, registrables, muebles de situación permanente y muebles que carecen de tal situación.

Los bienes, entendidos tan sólo como cosas susceptibles de ser objeto de derechos reales, son entidades corpóreas que ocupan un lugar en el espacio, sin posibilidad, algunas de ellas, de cambiar de situación, como los bienes raíces, y otras, como los muebles, con esa aptitud más o menos acentuada, según su destino civil y económico.

Los derechos reales, por su parte, son los derechos en las cosas, ya que requieren para ser ejercitados el contacto directo del titular con el objeto, implican una relación inmediata entre la persona y la cosa, objeto del derecho, a diferencia de los derechos a las cosas, que aunque recaen en definitiva sobre las cosas, establecen una relación inmediata entre personas, sujeto activo y pasivo, y sólo un vínculo mediato sobre las cosas[1].

Goldschmidt explica que los derechos reales son una especie de los derechos absolutos, que exigen la abstención de cualquier persona con respecto a un bien determinado. Los derechos reales como especie del género derechos absolutos se caracterizan por recaer en una cosa o bien material[2].

Alcorta se pregunta si se aplicará la misma ley a los derechos reales y a los derechos personales u obligacionales. Concluye que será diferente la ley en uno y otro caso en virtud de los diversos elementos que actúan en cada uno. En el derecho de las obligaciones prima la autonomía de la voluntad, pero ello no es así en los dere-

[1] Vico, *Curso de derecho internacional privado*, 2ª ed., 1935, t. 2, ps. 312 y 313.

[2] Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., 1990, p. 266 y siguientes.

chos reales, en los que aquélla sufre limitaciones por encontrarse en juego intereses de orden social[3].

El *CCCN* define al derecho real como aquel *"... poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código"* (art. 1882).

Tradicionalmente, la doctrina, acompañada por la legislación y la jurisprudencia, han distinguido los distintos tipos de bienes, sometiéndolos a distintos criterios.

En materia de jurisdicción, universalmente se ha aceptado la competencia de los tribunales del lugar de situación de los bienes. Se trata de la regla *forum rei sitae*.

Ahora bien, "la estrecha relación existente entre los derechos reales y el Estado de situación de los bienes inmuebles se plantea de diferente manera en el sector derecho aplicable que en el de la jurisdicción". En efecto, mientras que la localización del derecho sobre un bien inmueble con el cual el caso tiene la relación más estrecha, su sede, se vincula con la pretensión de que la reglamentación material sea sólo una; en el ámbito de la competencia judicial internacional, la vinculación exigida es por lo general bastante más débil, ya que las exigencias de realización de la justicia pueden generar la apertura de diversos foros de competencia para el mismo supuesto[4].

Es muy clara en este sentido la apreciación de Pallarés: "Cuando en el ámbito de la competencia internacional se habla de derechos reales sobre bienes inmuebles se alude a las acciones reales de naturaleza reivindicatoria y no a los negocios que se producen en torno al derecho real. Desde esta perspectiva, la acción real se concibe como aquella que tiene por objeto reclamar el cese de la intromisión de un tercero sobre el dominio de la cosa. Los contratos celebrados con el objeto de constituir un derecho real inmobiliario no quedan asimilados en su tratamiento normativo a ese derecho real (Fernández Arroyo). En este último caso, la competencia del tribunal del *situs* sólo puede tener carácter concurrente con otros foros razonables"[5].

En relación al derecho aplicable, la regla clásica es la célebre *lex rei sitae*, la ley del lugar de situación, principalmente respecto de los bienes inmuebles.

Sin embargo, la extensión o alcance de esta regla ha sido objeto de disparos tratamientos. Algunas cuestiones quedan sin dudas bajo su órbita: determina las cosas que pueden ser objeto de derechos reales y su régimen jurídico; rige la creación, modificación, transmisión y pérdida de los derechos reales; regula los tipos de derechos reales que se pueden constituir, decide sobre los modos de adquisición de los derechos reales.

[3] Alcorta, *Curso de derecho internacional privado*, 2ª ed., 1927, t. 2, p. 350.

[4] Pallarés, "Bienes materiales", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 879.

[5] Pallarés, "Bienes materiales", en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), 2003, p. 879.

No obstante, la causa de adquisición o transferencia de tales derechos reales, sea una compraventa, una donación, otro contrato, una sucesión o el propio régimen patrimonial, se rige por sus propios criterios. Las condiciones de validez del contrato se someten a la ley elegida por las partes, o por los criterios subsidiarios que determine la fuente interna o convencional aplicable, en ausencia de autonomía de la voluntad; la sucesión como tal se regirá por la ley del último domicilio del causante o por su nacionalidad, según el criterio que adopte el derecho del foro; el régimen patrimonial del matrimonio se regulará por la ley del lugar del domicilio conyugal, el primero o el último, según lo disponga el derecho del juez competente, o por la ley elegida por las partes, para las legislaciones que así lo admiten.

La producción de los efectos reales de tales actos jurídicos se someterán a la *lex situs*, que podrá exigir un determinado requisito formal, como el instrumento público, o la realización de algún acto, como la tradición, la inscripción registral, la publicidad, etcétera.

En materia de bienes muebles, en cambio, sobre todo para aquellos que podemos caracterizar como "bienes en tránsito", dada la imposibilidad de ubicarlos físicamente, territorialmente en un determinado lugar, se ha recurrido a una suerte de ficción jurídica, de acuerdo a la cual se presume que el bien mueble se encuentra en el lugar donde su propietario tiene el domicilio. Es una suerte de presunción *iuris et de iure*, pues no se podrá probar que el bien, en realidad, se encuentra en otro lugar, en otro Estado. De cualquier manera, se le aplicará la ley del lugar del domicilio del dueño, a los fines de brindar seguridad jurídica.

§ 51. La calificación de bien inmueble

El art. 2663 del *CCCN* brinda un buen ejemplo de calificación *ex lege causae*. En efecto, indica que: *"La calidad de bien inmueble se determina por la ley del lugar de su situación"*.

El art. 10 del *CC* disponía el régimen internacional de los bienes inmuebles y sometía a la "calidad de tales", en referencia a los bienes raíces situados en la República, exclusivamente a las leyes del país. Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 receptan la misma regla (arts. 26 y 32, respectivamente).

El art. 2663 del *CCCN* contiene una disposición especial para la calificación de los bienes inmuebles y efectivamente la somete a la ley del lugar de su situación, siguiendo así lo dispuesto por la norma derogada y de acuerdo, como dijimos, a la teoría de la *lex causae*[6].

[6] La teoría de la *lex causae* es aquella que considera que la calificación debe hacerse con base en el derecho extranjero designado, incluidos sus propios conceptos o categorías, con lo cual se logra conservar la interpretación de la relación jurídica concreta.

En consecuencia, si los bienes están situados en el país, será de aplicación el art. 225 y siguientes del *CCCN*.

§ 52. Acciones reales sobre inmuebles. Jurisdicción

El art. 2664 del *CCCN* determina la jurisdicción internacional en materia de acciones reales sobre inmuebles: *"Los jueces del Estado en que están situados los inmuebles son competentes para entender en las acciones reales sobre dichos bienes"*.

Nuestras normas derogadas no contenían disposiciones que determinaran la jurisdicción para entender en las acciones reales sobre bienes inmuebles. Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 indican que las acciones reales y las denominadas mixtas deben ser deducidas ante los jueces del lugar en el cual exista la cosa sobre la que la acción recaiga. Si comprendieren cosas ubicadas en distintos lugares, el juicio debe ser promovido ante los jueces del lugar de la situación de cada una de ellas (art. 67 y 64, respectivamente).

El art. 2664 cubre esa laguna y atribuye jurisdicción exclusiva a los jueces del lugar de situación de los bienes para entender en acciones reales sobre bienes inmuebles. En efecto, esta disposición de la Parte Especial, corrobora el art. 2609, inc. a).

§ 53. Acciones reales sobre bienes registrables. Jurisdicción

El art. 2665 del *CCCN* atribuye la jurisdicción internacional en materia de acciones reales sobre bienes registrables: *"Los jueces del Estado en el que fueron registrados los bienes son competentes para entender en las acciones reales entabladas sobre dichos bienes"*.

Las normas derogadas no contenían disposiciones de Derecho internacional privado sobre los bienes registrables. Tampoco fueron contemplados por las normas convencionales.

El art. 2665 atribuye jurisdicción a los jueces del lugar del registro respecto de las acciones reales que pueden entablarse sobre bienes registrables.

§ 54. Acciones reales sobre bienes no registrables. Jurisdicción

El art. 2666 del *CCCN* se ocupa de la jurisdicción en materia de acciones reales sobre bienes no registrables. Dispone que: *"Los jueces del domicilio del demandado o del lugar de situación de los bienes no registrables son competentes para entender en las acciones reales sobre dichos bienes"*.

Nuestras normas derogadas no contenían disposiciones que determinaran la jurisdicción para entender en las acciones reales sobre bienes muebles no registrables.

El art. 2666 atribuye jurisdicción internacional concurrente a los jueces del lugar del domicilio del demandado (foro general) y a los jueces del lugar de situación de los bienes muebles no registrables (foro especial), a elección de la parte actora.

§ 55. Derechos reales sobre inmuebles. Derecho aplicable

El art. 2667 del *CCCN* se ocupa de establecer el derecho aplicable a los derechos reales sobre inmuebles. Indica que: *"Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación.*

Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados"[7].

[7] La legalización es un acto administrativo por el que se otorga validez a un documento público extranjero, comprobando la autenticidad de la firma puesta en un documento y la calidad en que la autoridad firmante del documento ha actuado. El acuerdo más relevante en esta materia vigente en la Argentina es el Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961, sobre Supresión de la Exigencia de Legalización en los Documentos Públicos Extranjeros, más comúnmente llamado Convenio de la Apostilla. Este texto dispone que entre Estados Miembros no será necesaria la legalización para el reconocimiento mutuo de documentos, aunque se podrá exigir un sello o apostilla. Se excluyen los documentos expedidos por Agentes Diplomáticos y Consulares y los documentos administrativos que se refieran a una operación mercantil o aduanera. Los Colegios de Escribanos de la República Argentina se encuentran habilitados para la intervención con apostilla, conforme la delegación de funciones otorgada por la Cancillería Argentina. La Convención de la Apostilla se encuentra vigente entre ciento siete Estados. Puede consultarse el estado actual del convenio en *www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=41* (15/2/15).

Además existen otros convenios que eximen de la necesidad de legalizar algunos documentos, tales como el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscripto el 27 de junio de 1992, entre los Estados Partes del Mercosur; el Acuerdo sobre Simplificación de Legalizaciones en Documento Públicos Argentinos y Brasileños, firmado el 16 de octubre de 2003 y en vigencia desde el 15 de abril de 2004; la Convención de Asistencia Judicial y de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en materia Civil, con la República Italiana, vigente desde el 6 de octubre de 1989; el Acuerdo sobre Intercambio de Actas de Estado Civil y la Exención de Legalización de Documentación firmado con la República Italiana, firmado en Roma el 9 de diciembre de 1987; entre otros.

Respecto a los documentos privados y en los supuestos de documentos públicos en donde no resulte aplicable ninguna Convención en vigor, deben estar legalizados, certificados o visados por el Consulado Argentino correspondiente en el país de origen. En la República Argentina rige el decr. 1629/01, que modifica el Reglamento Consular Argentino referido a los documentos extranjeros autenticados, regulado por decr. 8714/63. El precepto, dispone que es suficiente la intervención de los diplomáticos argentinos en el exterior mediante su firma, sello aclaratorio y demás re-

Vélez Sarsfield en los arts. 10 y 11 del CC regulaba los bienes *uti singuli*, diferenciando:

a) Los inmuebles y los muebles de situación permanente o muebles inmóviles, que se rigen por la *lex rei sitae*.

b) Los muebles de situación no permanente o móviles se regulan por la *lex domicilii* del propietario.

El art. 10 del CC disponía: *"Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República"*.

El art. 10 del CC adoptaba una metodología unilateralista, pues sólo se refería a bienes inmuebles situados en la Argentina. Sin embargo, la doctrina mayoritaria extiende el criterio de la *lex rei sitae* al supuesto de inmuebles situados fuera de la República, por resultar un caso análogo al regulado por el propio art. 10.

La expresión más controvertida del precepto es la que hace referencia a "... a la capacidad de adquirirlos ...". En efecto se han pronunciado al respecto diversas teorías que intentaron corregir el "expansionismo" del art. 10.

Según una postura doctrinaria, compartida por nuestra jurisprudencia, la interpretación literal e histórica del art. 10 indica que la capacidad de adquirir o transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la Argentina se rige exclusivamente por la ley territorial. Se trataría de una excepción a los arts. 6°, 7° y 948 que regulan la capacidad por la ley del domicilio. Esta posición coincide con una de las fuentes, Story, pero se aparta de Savigny quien somete la capacidad de las personas para adquirir o enajenar inmuebles a la ley personal del domicilio. Tal es la postura sostenida por Pardo, aunque reconoce la impropiedad de la solución y propone su reforma[8]. Asimismo, Goldschmidt, luego de analizar las notas a los arts. 3283 y 2507, concluye que en virtud de la soberanía, Vélez Sarsfield ha querido regir la capacidad por la *lex rei sitae*. Sin embargo, el autor reconoce que aunque la interpretación literal e histórica lleva a esta conclusión, la considera injusta y entiende que deberían aplicarse los principios generales sobre capacidad[9]. Por otro lado, Romero del Prado sostiene que el art. 10 sólo se refiere a los bienes inmuebles y no a

caudos que las disposiciones administrativas del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, establezcan para legalizar un documento, sin necesidad de intervención posterior por parte de otra autoridad argentina.

8 Pardo, *La necesidad de la reforma del régimen internacional de los bienes*, LL, 136-1409.

9 Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., 1990, ps. 270 y 271.

las personas. Por ello entiende que la expresión "capacidad de adquirirlos" alude a la susceptibilidad o no de los inmuebles de ser adquiridos, si están dentro o fuera del comercio. Un argumento que apoya su postura es la nota al art. 6° donde el codificador siguiendo a Freitas y a Savigny señala: "La última parte del artículo no se opone al principio de que los bienes son regidos por la ley del lugar en que están situados pues en este artículo se trata de la capacidad de las personas y no del régimen de los bienes o de los derechos reales que afectan"[10]. A las mismas conclusiones llega Lazcano[11]. Calandrelli y Alcorta entienden que el art. 10 ha sido tomado de Story, salvo en lo relativo a la capacidad de adquirirlos. Según el primero de los autores, se opera un reenvío interno de la norma del art. 10 a la norma indirecta de los arts. 6° y 7° que señalan la competencia de la *lex domicilii*[12]. En igual sentido se pronuncia Boggiano[13]. Para otra interpretación, se debe diferenciar entre capacidad de hecho y de derecho. La primera queda sometida a la ley del domicilio, la segunda, a la ley territorial. Machado, Llerena, Guastavino, Salvat, Gorostiaga, Bibiloni y Colmo opinan en este sentido. Finalmente, Vico realiza una variante a la postura anterior, señalando que el art. 948 debe entenderse referido a la incapacidad de derecho, por ello el art. 10 del CC también se limita a ella[14].

La expresión "las solemnidades que deben acompañar dichos actos" se ha entendido que sometía a las formas prescritas por la ley argentina la transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el país. Por ende, resultaba necesario remitirse a los arts. 1211 y 3129 del CC, que constituían excepciones a la la aplicación de la regla general *locus regit actum* (arts. 12 y 950, CC).

El art. 1211 del CC disponía que: *"Los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente"*. En similar sentido, el art. 3129 del CC establecía que: *"Puede también constituirse hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la República, por instrumentos hechos en países extranjeros, con las condiciones y en las formas dispuestas por el art. 1211. De la hipoteca así constituida debe tomarse razón en el oficio de hipotecas, en el término de seis días contados desde que el juez*

10 Romero del Prado, *Régimen de los bienes muebles y régimen sucesorio de los mismos. Ley aplicable a uno y otro*, LL, 48-372.

11 Lazcano, *Derecho internacional privado*, 1965, p. 381.

12 Véase las obras de Calandrelli, *Cuestiones de derecho internacional privado*, 1911, t. II; Alcorta, *Curso de derecho internacional privado*, 2ª ed., 1927, t. 2.

13 Boggiano, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., 1991, t. 1, p. 1022.

14 Véase la obra de Vico, *Curso de derecho internacional privado*, 2ª ed., 1935, t. 2.

ordene la protocolización de la obligación hipotecaria. Pasado ese término la hipoteca no perjudica a tercero. La hipoteca constituida desde país extranjero debe tener una causa lícita por las leyes de la República".

A su turno, en la fuente convencional, los Tratados de Montevideo no distinguen entre bienes muebles e inmuebles, ni tampoco entre bienes muebles de situación permanente y muebles móviles. Proponen una única regla: *la lex rei sitae*, adoptado un criterio decididamente territorialista (arts. 26 del Tratado de Montevideo de 1889, y 32 del de 1940).

Para resolver las cuestiones que pueden plantearse, respecto de ciertas categorías de bienes de localización problemática, consagra reglas subsidiarias que le atribuyen un *situs* (arts. 27, 28, y 29 del Tratado de 1889, y 33 del de 1940).

En atención al posible cambio de situación de las cosas muebles y sobre sus efectos sobre los derechos de los interesados, los Tratados de Montevideo han establecido el respeto a los derechos adquiridos (arts. 30 y 31 del Tratado de 1889, y 34 y 35 del Tratado de 1940).

El art. 2667 del *CCCN* determina la ley aplicable a los bienes inmuebles, siguiendo la máxima estatutaria: la *lex rei sitae*, o *lex situs*, es decir, la ley del lugar de situación del inmueble. Si bien utiliza el mismo criterio que el art. 10 derogado, acota su ámbito a los derechos reales, quedando otras cuestiones vinculadas a estos bienes sujetas a sus respectivas leyes. Es decir, que la capacidad, que tanto debate había generado en ocasión de interpretar el art. 10 del *CC*, con las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, queda en claro que aquélla queda sometida al lugar del domicilio de la persona humana (art. 2616).

En suma, quedarán sometidos a *lex situs* principalmente, además de su calificación según dispone el art. 2663, los derechos reales y los modos de adquisición y transferencia de los bienes inmuebles.

Si los bienes están situados en la República Argentina, sólo resultarán admitidos los derechos reales enumerados por el art. 1887 del *CCCN*[15], pues nuestro ordenamiento jurídico adopta un sistema de *numerus clausus*.

Asimismo, los diferentes modos de adquisición de derechos reales sobre inmuebles situados en la Argentina son exclusivamente los previstos en el art. 1892 y siguientes del *CCCN*[16].

[15] Tales derechos reales taxativamente previstos por el legislador argentino son: el dominio; el condominio; la propiedad horizontal; los conjuntos inmobiliarios; el tiempo compartido; el cementerio privado; la superficie; el usufructo; el uso; la habitación; la servidumbre; la hipoteca; la anticresis; la prenda (art. 1887, *CCCN*).

[16] El art. 1892 dispone, en lo sustancial, que la adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. No es necesaria, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente.

La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiera.

El segundo párrafo del artículo que comentamos contiene una norma similar a la del art. 1211 del *CC*: *"Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados"*.

Sin embargo, adviértase que se ha omitido la referencia a la protocolización de estos contratos por orden de un juez competente si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, a los fines de reconocerle efectos jurídicos a la tradición de aquéllos. La doctrina ha criticado esta omisión en atención a las negativas consecuencias que ello acarrearía en el tráfico inmobiliario[17].

§ 56. Derechos reales sobre bienes registrables. Derecho aplicable

El art. 2668 del *CCCN* establece que los derechos reales sobre bienes registrables se rigen por el Derecho del Estado del registro.

Las normas derogadas no contenían disposiciones de Derecho internacional privado sobre los bienes registrables. Tampoco fueron contemplados por las normas convencionales. Sin embargo, la mayoría de la doctrina sostenía que estos bienes debían ser sometidos al derecho del país en cuyos registros figurasen.

De acuerdo al art. 2668 del *CCCN*, en consonancia con la tendencia en el derecho comparado, los derechos reales sobre bienes registrables quedan sometidos a la ley del respectivo lugar del registro.

§ 57. Derechos reales sobre muebles de situación permanente. Derecho aplicable. Cambio de situación

El art. 2669 del *CCCN* dispone que: *"Los derechos reales sobre muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, se rigen por el derecho del lugar de situación en el momento de los hechos sobre los que se plantea la adquisición, modificación, transformación o extinción de tales derechos"*.

[17] *Cfr.* Herrera, *El régimen de los poderes y de la transferencia de derechos reales sobre inmuebles ubicados en la República Argentina en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial 2012*, *ED*, ejemplar del 13/11/12.

El desplazamiento de estos bienes no influye sobre los derechos que han sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior.

El art. 11 del CC disponía que: *"Los bienes muebles que tiene situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos son regidos por las leyes del lugar en que están situados, pero los muebles que el propietario lleva consigo, o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tiene para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño"*.

La nota al art. 11 reconoce dos fuentes: Story y Savigny. Recuérdese que la regla general para Story somete los muebles a la ley del domicilio del propietario, con ciertas excepciones respecto de los muebles que poseen una localidad implícita o son anexos a un inmueble. En cambio, Savigny somete estos bienes a la *lex rei sitae*, salvo el equipaje del viajero y las mercaderías en tránsito. La mayoría de la doctrina se inclina por la tesis de Savigny como la adoptada por Vélez Sarsfield. Sin embargo, como bien señala Kaller de Orchansky, la oposición se desvanece, pues, en cada caso concreto, las soluciones coinciden por aplicación de la regla para uno y de la excepción para el otro, o viceversa.

Este precepto es una norma completa u omnilateral. La misma comprende tres hipótesis: *1)* muebles de situación permanente, sometidos a la *lex situs*; *2)* muebles que el propietario lleva consigo y que son de su uso personal, regulados por la *lex domicilii*, y *3)* muebles que se tienen para ser vendidos o transportados, sujetos a la ley del domicilio del propietario.

Al respecto, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas oportunidades. Así, la Cámara Civil 1ª de la Capital, en 1937, en autos "Stanford, Sarita c. Stanford, Carlos E. (suc.)", ha establecido que el criterio que debe adoptarse para decidir si un bien mueble tiene situación permanente en la República es el de apreciar si las circunstancias demuestran que el titular tenía la intención de que el bien permaneciera o no en nuestro país. Esa intención debe inferirse de la naturaleza del bien, de las circunstancias en que su dueño lo ha colocado y de la manera como se ha comportado a su respecto[18].

Por otra parte, cabe destacar que, aun cuando se trata de cosas muebles móviles, si el propietario es desconocido por estar la cosa perdida o abandonada o cuando se discute sobre quién reviste la calidad de propietario, será de aplicación la *lex situs*, ya que resulta inaplicable la *lex domicilii*. Boggiano interpreta que la *lex situs* cumple en estos casos una función subsidiaria[19]. Ello ocurrió con la moneda extranjera hallada a bordo de un buque mercante holandés anclado en un puerto argentino, que fue considerada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, como bien mueble de situación permanente en el país, al cual se le aplicó la *lex rei sitae*[20].

En suma, según el art. 2669 del *CCCN*, los derechos reales sobre muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos se rigen por el derecho del lugar de situación en el momento de los hechos sobre los que se plantea la adquisición, modificación, transformación o extinción de tales derechos. Aclara que el desplazamiento de estos bienes no influye sobre los derechos que han sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior. La disposición mantiene lo regulado en la parte 1ª del art. 11 del CC referido a los bienes muebles de situación permanente, pero agrega en qué momento debe tomarse ese lugar de situación, previendo la posibilidad de su modificación en tanto, aun cuando no exista intensión de moverlos, por su naturaleza no han dejado de ser bienes muebles, tal como el clásico ejemplo del mobiliario de una casa.

§ 58. Derechos reales sobre muebles que carecen de situación permanente. Derecho aplicable

El art. 2670 del *CCCN* dispone que: *"Los derechos reales sobre los muebles que el propietario lleva siempre consigo o los que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar se rigen por el derecho del domicilio de su dueño. Si se controvierte o desconoce la calidad de dueño, se aplica el derecho del lugar de situación"*.

El art. 11 del CC en su parte 2ª se ocupaba de los bienes que no tienen situación permanente, tal como comentamos respecto del art. 2669 del *CCCN*, sometiéndolos a la ley del lugar del domicilio del propietario.

En síntesis, el art. 2670 rige por la ley del lugar del domicilio del propietario a los bienes que éste lleva consigo, son de su uso personal, sin importar si se encuentra o no en su domicilio, así como los que tienen por destino ser vendidos o transportados a otro lugar. Esta disposición es muy similar al art. 11 derogado en su parte pertinente. Asimismo, se ha adoptado el criterio que tenía consenso en la doctrina en cuanto al sometimiento al lugar de situación a este tipo de bienes en los casos en que no sea conocido el dueño.

18 *JA*, 1942-I-715, con nota de Alberto J. Spota, *La unidad y pluralidad de las sucesiones*.

19 Boggiano, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ª ed., 2011, ps. 373 y 374.

20 CNCiv., Sala D, 16/9/63, "Argemar", *LL*, 112-313, con nota de Werner Goldschmidt.

Capítulo XVI

La prescripción

La Sección 16 de la Parte Especial de las "Disposiciones de derecho internacional privado" se ocupa de la prescripción en un único artículo, el art. 2671, la última norma del Código Civil y Comercial de la Nación.

Dispone, simplemente, que la prescripción se rige por la ley que se aplica al fondo del litigio.

La prescripción puede definirse como un modo de crear derechos (en el caso de la prescripción adquisitiva) o de extinguir obligaciones (en el supuesto de la prescripción liberatoria). Ambos tipos de prescripción buscan "afianzar la certeza y la estabilidad de las relaciones jurídicas entre particulares; en el caso de la prescripción adquisitiva, mediante la creación de un nuevo título: el de propietario por haber poseído pacíficamente un bien raíz durante determinado tiempo; y en el de la liberatoria, mediante la extinción de una acción: la del acreedor que no ha reclamado, durante un tiempo establecido por la ley, su crédito al deudor" [1].

Se han motivado controversias en torno a la calificación de la figura de la prescripción, en tanto para los países anglosajones pertenece al ámbito del derecho procesal, mientras que para los del sistema continental europeo y sus herederos, como el derecho argentino, constituye un instituto del derecho civil, sustantivo, de fondo[2].

[1] Balestra, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 1997, p. 190.

[2] El célebre caso de las "Letras de Tennessee", resuelto por el Tribunal Supremo alemán en 1882 resulta ilustrativo para el encuadre de la prescripción —en este caso liberatoria— en el derecho sustantivo o material, por un lado, o en el derecho procesal o adjetivo, por el otro. Se presenta aquí un típico conflicto de calificaciones. Dichas letras de cambio habían sido libradas en Tennessee, Estados Unidos, para cuyo derecho el instituto de la prescripción es materia de derecho procesal, materia sometida a la ley del foro. En cambio, para el derecho alemán (en Alemania se llevaba a cabo el proceso judicial) la prescripción es materia sustantiva o de fondo.

Pero el tribunal alemán debía aplicar el derecho de Tennessee a la prescripción de las letras por haber sido éstas emitidas allí. Siendo la prescripción materia del derecho de fondo para el tribu-

El Código Civil no contemplaba normas de derecho internacional privado sobre prescripción.

En cambio, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 contienen un título dedicado a esta figura (arts. 51 a 55). Disponen que la prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley a la que las obligaciones correlativas están sujetas. Respecto a la prescripción extintiva de acciones reales, se rige por la ley del lugar de la situación del bien gravado. Si el bien gravado fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en que se haya completado el tiempo necesario para prescribir. Por otra parte, la prescripción adquisitiva de bienes muebles o inmuebles se rige por la ley del lugar en que están situados. Si el bien fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en que se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

El último artículo del Título correspondiente a las "Disposiciones de derecho internacional privado" somete a la prescripción en general a la ley que se aplica al fondo del litigio.

Sorprende que la norma no haga distinción entre la prescripción liberatoria o extintiva (acciones personales y reales) y la prescripción adquisitiva, tal como lo hacen los Tratados de Montevideo y proyectos de reforma anteriores.

En cambio, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 disponía que la prescripción extintiva de las acciones personales se rige por el derecho al que están sujetas las obligaciones respectivas. La prescripción extintiva de las acciones reales se rige por el derecho del lugar de situación del bien. La prescripción adquisitiva de cosas muebles o inmuebles se rige por el Derecho del lugar donde están situados. Similares disposiciones proponía el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998, en el Libro VIII ("Del derecho internacional privado", Capítulo XI, "Disposiciones comunes a los derechos personales y reales").

nal alemán, no encontraba sin embargo en el derecho de fondo de Tennessee, norma alguna que regulase tal prescripción, pues ésta se halla regulada en el derecho procesal.

A la vez, el derecho procesal alemán aplicable al caso por ser el derecho del tribunal no contenía tampoco norma alguna aplicable a la prescripción, porque para el derecho alemán la prescripción es materia de derecho sustantivo.

En consecuencia, el tribunal declaró imprescriptibles a las letras, no obstante que tanto para uno como otro derecho, las letras y las obligaciones en general son esencialmente prescriptibles.

Capítulo XVII

Temas de la Parte Especial no codificados por el CCCN

Varios fueron los temas de la Parte Especial del derecho internacional privado que el Código Civil y Comercial de la Nación no abordó. Los motivos de tal decisión son múltiples. En algún caso, por exceder el ámbito material de dicho cuerpo legal: la materia civil y mercantil. Es por ello que no encontramos disposiciones, por ejemplo, sobre relaciones laborales transfronterizas y contrato internacional de trabajo[1], o sobre derecho penal internacional[2].

Otros temas, dada su especificidad y en algunos casos, por contar con normas especiales, no han sido objeto de tratamiento de las "Disposiciones de derecho internacional privado" del *CCCN*. Por ejemplo, no se incorporaron normas sobre contratos internacionales en especial (salvo respecto de los contratos de consumo), típicos del comercio internacional, como los contratos de transporte (terrestre, aéreo, marítimo, multimodal) y los de seguro[3].

[1] El art. 3º de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 dispone que: *"Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él; en cuanto se ejecute en su territorio"*. Podemos concluir que adopta el criterio rector del lugar de ejecución del contrato.

[2] El derecho penal internacional "se refiere, pues, a las reglas que determinan el límite de validez espacial de la ley penal de cada Estado, las reglas referentes al auxilio judicial internacional en la materia, las reglas que siendo internacionales por su origen legislativo, prevén y sancionan infracciones de estructura internacional, quedando en cambio excluidas las normas internacionales que sancionan los hechos ilícitos cometidos por los Estados particulares" (cfr. Biocca, *Derecho internacional privado. Un nuevo enfoque*, 2004, t. I, p. 34). Entran dentro de esta rama del DIPr, temas como la asistencia y auxilio jurisdiccional en materia penal, distintos mecanismos de cooperación internacional para prevenir y sancionar delitos transnacionales, como el tráfico internacional de niños, la cooperación para el traslado de condenados y para la extradición. Estos temas se encuentran regulados por numerosas normas convencionales, y dentro del derecho interno, por la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal 24.767, de 1996.

[3] De acuerdo a los Fundamentos del Anteproyecto: "Respecto de otras categorías contractuales, se ha concluido que es preferible dejar en manos del juez la concreta adaptación de las nor-

Tampoco se introdujeron disposiciones sobre los derechos de propiedad intelectual[4] e industrial[5], ramas jurídicas que cada día asumen un mayor grado de autonomía científica y legislativa.

Una materia que ha quedado pendiente de regulación consiste en las garantías reales mobiliarias. Como sostiene Alí, una ley de DIPr debiera contar con normas que las contemplen[6]. Al respecto, se podría haber tenido en cuenta las disposicio-

más generales a las particularidades concretas del caso" —cfr. Fundamentos del Antoproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV, "Derecho Internacional Privado", 2012, consultado en *www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf* (10/2/15)—.

[4] En la Argentina, el art. 13 de la ley 11.723, de 1933, dispone que todas las disposiciones de dicha ley, salvo las del art. 57, son igualmente aplicables a las obras científicas, artísticas y literarias, publicadas en países extranjeros, sea cual fuere la nacionalidad de sus autores, siempre que pertenezcan a naciones que reconozcan el derecho de propiedad intelectual. El artículo siguiente, a su turno, establece que para asegurar la protección de la ley argentina, el autor de una obra extranjera sólo necesita acreditar el cumplimiento de las formalidades establecidas para su protección por las leyes del país en que se haya hecho la publicación, salvo lo dispuesto en el art. 23, sobre contratos de traducción. Finalmente, de acuerdo al art. 15, la protección que la ley argentina acuerda a los autores extranjeros, no se extenderá a un período mayor que el reconocido por las leyes del país donde se hubiere publicado la obra. Si tales leyes acuerdan una protección mayor, regirán los términos de la ley argentina. Asimismo, contamos con numerosas convenciones ratificadas en esta materia. Entre ellas, hemos ratificado en 1894 el Tratado sobre propiedad literaria y artística (Montevideo, 1889); en 1950 la Convención sobre propiedad literaria y artística (Buenos Aires, 1910); en 1953 la Convención interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas (Washington, 1946); en 1958 la Convención Universal sobre derecho de autor (Ginebra, 1952); en 1967 el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Bruselas, 1948) y en 1999 el Acta de París (1971); en 1992 el Tratado sobre el registro internacional de obras audiovisuales (Ginebra, 1989); en 1995 el Acuerdo de la OMC (Marrakech, 1994) y, consecuentemente, el AADPIC; en 1999 el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (Ginebra, 1996); en materia específica de derechos conexos: en 1973 el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Ginebra, 1971); en 1992 la Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Roma, 1961) y en 1999 el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (Ginebra, 1996).

[5] La Ley de Patentes argentina 24.481 sancionada en 1995 y modificada por la ley 24.572 de 1996, establece que podrán obtener los títulos de propiedad industrial regulados en la misma, las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, imponiendo como único requisito la constitución de un domicilio especial en el país. A su turno, la Ley de Marcas 22.362 de 1980 exige solamente la constitución de un domicilio especial en la Ciudad de Buenos Aires, que servirá, en el caso de que el solicitante sea una persona física o jurídica domiciliada en el extranjero, para establecer la jurisdicción y para notificar las demandas de nulidad o caducidad de marcas.

[6] Alí, *Consideraciones sobre las garantías mobiliarias desde la perspectiva del sistema argentino*, en "DeCITA", nº 7/8, 2007, p. 250 y ss. En igual sentido, Manicocci, *Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en "XXVI Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional", San Miguel de Tucumán, 2014, p. 57.

nes de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, adoptada en oportunidad de la CIDIP VI (Washington DC, 2002). Asimismo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, más conocida por sus siglas en inglés, UNCITRAL) cuenta desde 2002 con un grupo de trabajo sobre garantías reales que ha elaborado una serie de textos normativos de interés[7].

Finalmente, cabe señalar que hay dos temas clásicos del derecho comercial internacional que no han sido objeto de reforma en el Título IV, Capítulo III. Nos referimos a la actuación internacional de las sociedades comerciales y a la quiebra internacional o insolvencia transfronteriza. Ha sido una oportunidad perdida, dado que si bien contamos con disposiciones especiales, en la ley 19.550 (arts. 118 a 124) y en la ley 24.522 (arts. 2º.2; 3º.5 y 4º)[8], son normas que han sido objeto de crítica y en más de una ocasión se ha propugnado o, incluso, proyectado su necesaria reforma.

Dado el interés que revisten ambos temas para el derecho internacional privado, realizaremos un breve análisis de las normas que complementan al Código Civil y Comercial de la Nación en la materia.

§ 59. Actuación internacional de las sociedades

a) Persona jurídica constituida en el extranjero. Remisión

En primer lugar, cabe señalar que el *CCCN* contiene algunas reglas que resulta pertinente mencionar sobre las personas jurídicas.

Así, el art. 147 del *CCCN* establece que: *"Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución"*.

A su turno, el art. 150 dispone que: *"Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.*

Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades".

[7] Tales textos pueden consultarse en *www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/security.html*.

[8] Recuérdese que la ley 26.994, aprobatoria del Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 5º dispone que: *"Las leyes que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio, excepto lo establecido en el art. 3º de la presente ley, mantienen su vigencia como leyes que integran o complementan al Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por el art. 1º de la presente"*. En consecuencia, las leyes 19.550 y 24.522 conservan este carácter.

b) Ley de Sociedades Comerciales (LSC)

La ley 19.550 en 1972, en la Sección 15 del Capítulo 1 trata: "De las sociedades constituidas en el extranjero", en los arts. 118 a 124. Estas disposiciones regulan la existencia, forma, actos aislados y en juicio, ejercicio habitual de actos del objeto social y los requisitos para instalar una sucursal o representación (art. 118); el régimen de las sociedades de tipo desconocido (art. 119), la contabilidad societaria (art. 120); la capacidad de los representantes (art. 121); el emplazamiento en juicio (art. 122); la constitución de sociedad en la República (art. 123) y la actuación de sociedades constituidas en el extranjero con domicilio o principal objeto en la República (art. 124).

En primer lugar, en cuanto a la ley aplicable, dispone la norma indirecta contenida en el art. 118 de la ley 19.550: *"Las sociedades constituidas en el extranjero se rigen en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de su constitución ..."*.

Como podemos ver, el punto de conexión utilizado en nuestro derecho interno es el lugar de constitución, lo cual es criticado por parte de la doctrina por el carácter contingente del mismo, que puede favorecer la posibilidad del fraude a la ley.

Por su parte, en cuanto a la realización en el país de actos aislados y actos en juicio, el art. 118 de la ley 19.550 también prescribe: *"... Se hallan habilitadas [las sociedades constituidas en el extranjero] para realizar en el país actos aislados y estar en juicio ..."*.

Esta disposición se inspira en el sistema de la extraterritorialidad parcial, sistema que se ubica entre el de la territorialidad estricta y el de la extraterritorialidad total.

El sistema de la extraterritorialidad parcial distingue dos categorías de actos: *1)* los que la persona jurídica realiza por ser tal, aquellos a través de los cuales se manifiesta su capacidad genérica o potencial (actuar en juicio, adquirir bienes, contratar, inscribir sus marcas y patentes, etcétera), y *2)* los actos que tienden a alcanzar el objeto para el cual se ha constituido o capacidad específica.

La ley 19.550 no define el denominado acto aislado, aunque podemos llamar de tal manera a aquel cuya realización no requiera para su ejecución la designación de un representante permanente o la instalación de una sucursal, agencia o asiento de sus negocios.

Asimismo, el art. 118 en la parte pertinente dispone: *"Ejercicio habitual. Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe: 1) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país; 2) Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República; 3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará.*

Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales".

Dicho precepto atiende a una actuación permanente y no ocasional, continuada y no interrumpida. En efecto, actualmente la gran empresa requiere la descentralización de algunas áreas de actividad: a través de establecimiento de sucursales, agencias, establecimientos, filiales, para lo cual debe cumplir los requisitos establecidos por la norma transcripta.

Por su lado, el art. 119 dispone: *"El art. 118 se aplicará a la sociedad constituida en otro Estado bajo un tipo desconocido por las leyes de la República. Corresponde al juez de la inscripción determinar las formalidades a cumplir en cada caso, con sujeción al criterio del máximo rigor previsto en la presente ley"*[9].

La ley 19.550 no asimila la sociedad atípica a la que posea caracteres similares de acuerdo con la ley argentina, sino que le impone las formalidades máximas establecidas para las sociedades constituidas en el país, es decir que la autoridad de contralor deberá someter a la sociedad de tipo desconocido a las normas pertinentes previstas para las sociedades anónimas.

El art. 120 expresa: *"Es obligación para dicha sociedad llevar en la República contabilidad separada y someterse al contralor que corresponda al tipo de sociedad"*.

Esta norma se refiere a los supuestos previstos por el art. 118, párr. 3° y no al caso de la sociedad de tipo desconocido prevista por el art. 119, pese a la propia redacción del art. 120. La Exposición de Motivos, en cuanto señala que los arts. 118 y 120 se complementan, es terminante al respecto.

El art. 121 dispone: *"El representante de sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que para los administradores prevé esta ley, y, en los supuestos de sociedades de tipo no reglamentados, las de los directores de sociedades anónimas"*.

El representante de la sociedad extranjera debe ajustar su conducta al art. 59 de la ley 19.550, contrayendo las mismas responsabilidades que los administradores de sociedades locales (art. 276 y ss.) y en los supuestos de tipos desconocidos, las de los directores de las sociedades anónimas.

Por su parte, el art. 122 establece: *"El emplazamiento a una sociedad constituida en el extranjero puede cumplirse en la República: a) originándose en un acto aislado, en la persona del apoderado que intervino en el acto o contrato que motive el litigio; b) si existiere sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación, en la persona del representante"*.

Esta norma dispone el régimen de las sociedades extranjeras a los efectos del emplazamiento en juicio distinguiendo, según vimos, entre los dos grandes ámbi-

[9] Debemos advertir que aunque la letra de la ley de sociedades continúe refiriéndose al juez de la inscripción, a partir de la sanción de la ley 22.316 de 1980 el Registro Público de Comercio quedó a cargo de la Inspección General de Justicia (IGJ), en sede administrativa. Por ello, cuando la ley hace referencia al juez debe entenderse que alude a la IGJ.

tos de actuación de una sociedad constituida en el extranjero: realización de actos aislados en el país (inc. *a*) y ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social (inc. *b*).

Por su lado, la norma directa contenida en el art. 123 de la ley 19.550 expresa: *"Para constituir sociedad en la República, deberán previamente acreditar ante el juez del registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en el Registro Público de Comercio y en el Registro Nacional de Sociedades por Acciones, en su caso"*.

La doctrina mayoritaria coincide en que el término "constituir" comprende "formar parte de" o "participar en sociedades existentes en la República". Es decir, que tanto constituye sociedad aquel que se asocia originariamente con otro para fundar una sociedad como aquel que se asocia a otras personas ya socios, en una sociedad existente, en funcionamiento, a través de la adquisición de cuotas o acciones de aquélla.

Finalmente, el art. 124 expresa: *"La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento"*.

Esta norma contempla una importante excepción al art. 118, párr. 1° (ley aplicable), pues al contrario de éste y a los fines de evitar el fraude a la ley, somete a las leyes argentinas a las sociedades constituidas en el extranjero que tengan su sede en el país o su principal objeto esté destinado a cumplirse en éste, en lo que concierne al cumplimiento de formalidades de constitución, o su reforma y contralor de funcionamiento[10].

Cabe mencionar que existen diversos proyectos de reformas en materia de sociedades extranjeras, que, en tanto su análisis excede el objeto de esta breve reseña, no abordaremos. Simplemente deseamos mencionar, en este sentido, el Ante-

[10] Cabe señalar que la doctrina argentina más prestigiosa ha discutido arduamente sobre la naturaleza de la norma que contiene el art. 124 de la *LSC*. En efecto, tanto ha sido concebida como una norma de policía de derecho internacional privado o como una disposición sancionatoria del fraude a la ley en materia societaria. Entre los primeros, hallamos autores, como Boggiano, para quien se trata de una norma de policía en virtud de la cual se defiende la aplicación del derecho argentino con todo rigor y exclusividad cuando una sociedad tiene su sede en el país o cuando el objeto principal está destinado a cumplirse en el territorio de la República Argentina (cfr. Boggiano, *Curso de derecho internacional privado*, 2ª ed., 2000). En cambio para autores como Goldschmidt, Kaller de Orchansky, Blocca, Feldstein de Cárdenas y Basz se trata de una típica norma sancionatoria del fraude, según la cual si alternativamente aparecen los elementos señalados, la sociedad será considerada como local respecto de las formalidades de constitución, o de su reforma y contralor de funcionamiento (cfr. Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., 1997; Kaller de Orchansky, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, 1994; Blocca - Cárdenas - Basz, *Lecciones de derecho internacional privado*, 2ª ed., 1997).

proyecto de Reforma de Ley de Sociedades Comerciales[11] y el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003.

Por otra parte, no podemos desconocer algunas resoluciones generales de la Inspección General de Justicia en materia de actuación internacional de las sociedades comerciales. Nos referimos, entre las más importantes, a las resoluciones generales 7/03, 8/03, 2/05, 3/05, 9/05, 12/05, 11/06, y 4/07[12], que en líneas generales im-

[11] En junio de 2003 la Comisión presidida por el doctor Jaime Luis Anaya e integrada por los doctores Salvador Darío Bergel y Raúl Aníbal Etcheverry, presentaron al ministro de Justicia un Anteproyecto de modificación a la Ley de Sociedades Comerciales que reforma diversas reglas del capítulo dedicado a sociedades extranjeras.

[12] La Res. 7/03 establece ciertos recaudos para la inscripción de las sociedades extranjeras en el país tanto para la realización de actos permanentes en el país como para la participación en una sociedad local (arts. 118, párr. 3° y 123, ley 19.550).

La Res. General IGJ 8/03 dispuso la creación del Registro de Actos Aislados de Sociedades Constituidas en el Extranjero, en el que se inscribirán las operaciones sobre inmuebles ubicados en la ciudad de Buenos Aires, en las que intervenga una sociedad extranjera, cuando el acto sea calificado como aislado.

La Res. General 2/05 del 16 de febrero de 2005 (*BO*, 17/2/05) estableció en su art. 1° que no inscribirá en el Registro Público de Comercio a los fines de los arts. 118, párr. 3° y 123 de la ley 19.550, sociedades constituidas en el extranjero que carezcan de capacidad y legitimación para actuar en el territorio del lugar de su creación en el desarrollo de su propia actividad o con los alcances descriptos en los arts. 118, párr. 3° y 123 de la ley 19.550, respectivamente. En el artículo siguiente dispone que si tales sociedades pretenden desarrollar alguna de las actividades mencionadas en el art. 118, párr. 3°, o art. 123 de la ley 19.550, deberán previamente adecuarse íntegramente a la legislación argentina, cumpliendo al efecto con las disposiciones contenidas en la Resolución General IG N° 12/03. Asimismo, entre otras disposiciones de interés, el art. 9° de la citada resolución define a las llamadas "Jurisdicciones *off shore*" como "todas aquellas —entendidas en sentido amplio como Estados independientes o asociados, territorios, dominios, islas o cualesquiera otras unidades o ámbitos territoriales, independientes o no— conforme a cuya legislación todas o determinada clase o tipo de sociedades que allí se constituyan, registren o incorporen, tengan vedado o restringido en el ámbito de aplicación de dicha legislación el desarrollo de todas sus actividades o la principal o principales de ellas en dicho territorio". Asimismo la norma mencionada califica a las "sociedades *off shore*" como "aquellas sociedades constituidas en el extranjero que conforme a las leyes del lugar de su creación o incorporación tengan vedado o restringido —en el ámbito de aplicación de dicha legislación— el desarrollo de todas sus actividades o la principal o principales de ellas en dicho lugar de creación o incorporación".

La Res. General 3/05 del 9 de marzo de 2005 (*BO*, 10/3/05) estableció que para la inscripción en el Registro Público de Comercio prevista por el art. 118, párr. 3° de la ley 19.550, la publicidad impuesta por el inc. 2° del mismo, cuando se trate de sociedades por acciones o de responsabilidad limitada o constituidas bajo un tipo desconocido por las leyes argentinas, deberá tener el contenido indicado en el art. 10, incs. *a*) y *b*) de la citada ley, en relación con el acto constitutivo de la sociedad y de las reformas al mismo, si las hubiere, en vigencia al tiempo de solicitarse la inscripción (art. 1°). Asimismo en el art. 3° la resolución mencionada dispone que: "Las sociedades por acciones constituidas en el extranjero que soliciten su inscripción conforme a los arts. 118, párr. 3° y 123, de la ley 19.550, deberán presentar documentación que contenga la individualización de quienes

pusieron una serie de recaudos y medidas tendientes a fiscalizar la actuación de las sociedades constituidas en el extranjero.

c) Fuente convencional

En el terreno del derecho convencional aplicable a las sociedades, encontramos el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y el Trata-

fueren sus accionistas, de conformidad con las disposiciones de este artículo. Dicha individualización deberá corresponder a una fecha no más de treinta días anterior a la solicitud de inscripción correspondiente y deberá constar en el aviso a que se refiere el art. 1° ...".

En relación con las sociedades que provengan de jurisdicciones *off shore* y/o consideradas de baja o nula tributación y/o categorizadas como no colaboradoras en la lucha contra el lavado de dinero y el crimen transnacional, la resolución en el mismo artículo establece que la Inspección General de Justicia podrá requerir los elementos que estime conducentes a acreditar antecedentes de los accionistas, comprendidos los que correspondan a condiciones patrimoniales y fiscales de los mismos.

La negativa o imposibilidad de individualización de accionistas obstará a la inscripción, tal como prescribe el art. 4°.

El art. 1° de la Res. General 9/05 de la Inspección General de Justicia del 19 de octubre de 2005 (*BO*, 20/10/05) dispone que este organismo no hará lugar a la inscripción en el Registro Público de Comercio, o en su caso declarará las resoluciones adoptadas irregulares e ineficaces a los efectos administrativos, de los acuerdos que se adopten en asambleas de accionistas o reuniones de socios en las cuales hayan participado ejerciendo derechos de voto sociedades constituidas en el extranjero que, a la fecha de las referidas asambleas o reuniones de socios, no hayan cumplido debidamente con las presentaciones requeridas por los arts. 3° y 4° de la Res. General IGJ 7/03, o bien sociedades inscriptas como "vehículo" conforme a la Res. General IGJ 22/04 o calificadas posteriormente en esa calidad cuya sociedad o sociedades controlantes, a igual fecha, tampoco hayan cumplido con las antes mencionadas presentaciones.

Será condición para ello que, de acuerdo a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 8° de la Res. General IGJ 7/03, los votos emitidos, por sí o en concurrencia con los de otros participantes, hayan sido determinantes para la formación de la voluntad social.

Se aplicará también lo establecido en el tercer párrafo de la norma citada y, en su caso, sanción de multa a los administradores de la sociedad participada, que cualquiera sea la cuantía de la participación de la sociedad constituida en el extranjero, hayan permitido la misma.

La Res. General IGJ 12/05 establece la acreditación por parte de las sociedades constituidas en el extranjero de que, de acuerdo con su actividad y situación patrimonial, el cumplimiento de su objeto se desarrolla principalmente fuera de la República Argentina. Identificación de sus socios.

La Res. General IGJ 11/06 establece que la Inspección General de Justicia verificará el mantenimiento en términos positivos del patrimonio neto y, si lo hubiere, el del capital asignado inscripto en el Registro Público de Comercio, que corresponda a la actuación de sociedades constituidas en el extranjero a través de su sucursal o mediante otra cualquiera de las modalidades que prevé el tercer párrafo del art. 118 de la ley 19.550.

La Res. General IGJ 04/07 establece el procedimiento para el cumplimiento del Régimen Informativo Anual aplicable a las sociedades constituidas en el extranjero conforme lo dispuesto por los arts. 206, 220 y concs. del Anexo "A" de la Res. General IGJ 7/05.

do de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940[13] que, con algunas diferencias, contemplan normas indirectas que regulan el reconocimiento de la personalidad y la capacidad de actuación extraterritorial de las sociedades mercantiles domiciliadas en uno de los Estados Partes que desean actuar en otro. Además, nuestro país ha ratificado la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles (CIDIP II, Montevideo, 1979)[14]. Asimismo, en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado realizada en La Paz, en 1984 (CIDIP III) se aprobó la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado[15], en la cual se establecieron normas que coinciden en gran medida con las creadas durante la CIDIP II. Sin embargo, esa última convención no vincula a nuestro país.

Ahora bien, mientras que el Tratado de Derecho Comercial de Montevideo de 1889 somete a la ley del país donde la sociedad tiene su domicilio comercial, la forma del contrato social, las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros (art. 4°), el Tratado de 1940 establece que se rige por la ley de su domicilio comercial la calidad del documento que requiere el contrato de sociedad, el contenido del mismo, las relaciones jurídicas entre los socios, entre los socios y la sociedad, y entre la sociedad y terceros (arts. 6° y 7°). En cambio, los requisitos de la forma del contrato social se someten a la ley del lugar de celebración, y las formas de publicidad quedan sujetas a lo que determine cada Estado. Como podemos observar, el Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940 hace una clara distinción entre la ley aplicable en materia de imposición y calidad del instrumento constitutivo, la reglamentación de las formalidades del mismo, y la publicidad[16].

Con respecto a la actuación internacional de las sociedades extranjeras, el Tratado de 1889 prescribe que se rigen por la ley del país donde se ejercitan los actos comprendidos en su objeto social (art. 5°). El Tratado de 1940 somete el ejercicio de actos *habituales* comprendidos en el objeto social, en cuanto a los requisitos que lo hacen viable a la ley del Estado donde se intenta realizarlos (art. 8°). Si bien ambos tratados reconocen de pleno derecho en los otros Estados contratantes y reputan hábiles a las sociedades para ejercer actos de comercio y estar en juicio (arts. 5° del

[13] La Argentina está vinculada a Bolivia, Perú y Colombia por el Tratado de 1889 y a Uruguay y a Paraguay, por el Tratado de 1940.

[14] Los Estados que han ratificado la Convención Interamericana sobre Sociedades Mercantiles son: Argentina, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

[15] Esta Convención no ha sido ratificada por la República Argentina. Sin embargo, ha sido ratificada y se encuentra en vigor entre Brasil, Guatemala, México y Nicaragua. Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Haití, Uruguay y Venezuela, hasta el momento, se han limitado a firmarla.

[16] Recordemos que esta misma distinción establece el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 en materia de formas aplicables a los actos jurídicos.

Tratado de 1889 y 8° del Tratado de 1940), el segundo exige la habitualidad de los actos comprendidos en el objeto de su institución para que queden sujetos a las leyes del país en que intentan realizarlos. En lo que concierne al emplazamiento en juicio, el art. 7° del Tratado de 1889 establece: "Los jueces del país en que la sociedad tiene su domicilio legal son competentes para conocer en los litigios que surjan entre los socios o que inicien terceros contra la sociedad. Sin embargo, si una sociedad domiciliada en un Estado realiza operaciones en otro, que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los tribunales del último". El art. 11 del Tratado de 1940 consagra una norma muy similar.

Como podemos observar, la gran diferencia del sistema convencional de los Tratados de Montevideo con nuestro derecho interno consiste en el punto de conexión utilizado: mientras en el orden convencional se emplea el domicilio comercial (asiento principal de los negocios), en el orden interno se acude al lugar de constitución.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles (CIDIP II, Montevideo, 1979) contiene los siguientes principios:

a) La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales se rigen por la ley del lugar de su constitución (art. 2°). La Convención Interamericana contiene una calificación autárquica de "ley del lugar de constitución", la que debe entenderse como la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de las sociedades mercantiles.

b) Se establece, al igual que en los Tratados de Montevideo y en la mencionada Convención adoptada en la CIDIP III, que las sociedades comerciales debidamente constituidas en un Estado Parte serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados. Este reconocimiento no excluye la facultad del Estado para exigir la comprobación de que la persona jurídica existe, conforme a la ley del lugar de su constitución (art. 3°).

c) Las sociedades comerciales quedan sujetas a la ley del Estado donde realizaren los actos comprendidos en su objeto social. La misma ley se aplicará al control que una sociedad mercantil, que ejerza el comercio en un Estado, obtenga sobre una sociedad constituida en otro Estado (art. 4°).

d) Se establece que la ley designada en la Convención podrá no ser aplicada en el Estado que la considere manifiestamente contraria a su orden público internacional (art. 7°).

e) En ningún caso la capacidad reconocida a las sociedades constituidas en un Estado podrá ser mayor que la capacidad que la ley del Estado de reconocimiento otorgue a las sociedades constituidas en este último (art. 3°).

f) Las sociedades constituidas en un Estado que pretendan establecer la sede efectiva de su administración central en otro Estado podrán ser obligadas a cumplir los requisitos establecidos en la legislación de este último (art. 5°). La CIDIP III contiene una norma muy similar. Se puede advertir que esta norma recepta una aplicación del instituto de fraude a la ley.

g) Con respeto al emplazamiento de las sociedades mercantiles constituidas en un Estado para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en su objeto social, quedarán sujetas a los órganos jurisdiccionales del Estado donde los realizaren.

§ 60. Quiebras internacionales o insolvencia transfronteriza[17]

a) Noción y sistemas de regulación

Los primeros marcos legislativos en la materia suelen aludir al término "quiebra", en cambio, los emprendimientos más recientes se refieren a "insolvencia". Ello no es un dato menor. En efecto, la moderna terminología empleada responde a una cuestión de hecho, la insolvencia es una situación fáctica real, el deudor no se encuentra en condiciones de pagar sus deudas y sus bienes no son suficientes para solventar su pasivo. La quiebra es un término jurídico, por ello, dependerá de cada régimen legal cuál será su alcance: a cuáles sujetos abarcará y cuál será su presupuesto objetivo.

En consecuencia, el término "insolvencia" pretende englobar todas las situaciones de incapacidad, de impotencia patrimonial de una persona física o de existencia ideal ("el deudor") para hacer frente con modos y medios ordinarios a las propias obligaciones, situación que se pone de manifiesto por incumplimientos u otros hechos exteriores. Esta noción abarcadora comprende los procedimientos contra todo tipo de deudores, así como los procedimientos destinados no sólo a liquidar los bienes del deudor, sino también a reorganizar su patrimonio. Quedan así comprendidos procedimientos tales como la quiebra, el concurso preventivo, el salvataje, la reorganización, la reestructuración, las negociaciones extrajudiciales, etcétera.

Ahora bien, no podemos soslayar que el fenómeno que aquí nos convoca es la denominada insolvencia internacional o transfronteriza. Podemos calificar como tal a una situación de impotencia patrimonial como la descripta, en la que hallamos elementos extranjeros, tales como un patrimonio internacionalmente disperso y/o

[17] Este análisis puede ampliarse en Scotti, *La insolvencia internacional a la luz del derecho internacional privado argentino de fuente interna*, en "Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja", n° 1, 2007, ps. 156 a 191; disponible en *derecho.uba.ar/revistagioja* (12/2/15).

la existencia de acreedores locales y extranjeros. Precisamente el carácter internacional del fenómeno es el que convoca al derecho internacional privado para su estudio y acabada comprensión.

La doctrina especializada ha elaborado dos grandes criterios o sistemas de regulación de la insolvencia internacional: el sistema de la territorialidad y el de la extraterritorialidad. Bajo estos esquemas analíticos se ha analizado desde el punto de vista jurídico y, en especial, desde el derecho internacional privado a este fenómeno.

El *sistema de la territorialidad* toma como punto de partida la afirmación de que las normas de un determinado sistema jurídico tienen validez y obligatoriedad únicamente dentro del territorio del Estado en donde ejercen poder las autoridades que las dictaron. Si llevamos esta afirmación al terreno o ámbito de la quiebra internacional, implica que, determinado el estado de cesación de pagos en un país, el trámite concursal comprenderá únicamente el patrimonio que se encuentre en dicho territorio, y que tal estado concursal no habilita la apertura de procedimientos similares en otros países en los que la fallida tenga bienes, créditos o deudas.

Es decir que deberíamos acreditar el estado de cesación de pagos en cada territorio en donde se encuentre parte del patrimonio de la concursada o donde ella realice algún tipo de actividad.

En esta concepción es plenamente válido, entonces, que una persona sea insolvente, declarada fallida en un Estado, y solvente, plenamente capaz en otro.

Una consecuencia lógica de ello es la pluralidad de la quiebra, o sea que deberán abrirse tantos procesos de insolvencia como deudas tenga la empresa, sociedad o comerciante deudor en distintos Estados, y acreditar en cada uno su imposibilidad de hacer frente a las obligaciones asumidas.

Los defensores de la territorialidad se fundan en la imposibilidad de regular un fenómeno internacional a nivel local; el estatuto de la quiebra es real, pues lo importante son los bienes y no la persona del deudor; la liquidación de esos bienes está regulada por normas procesales de orden público inderogables por disposiciones extranjeras; si se admitiera que la quiebra declarada en un Estado propagara sus efectos en el territorio de los Estados donde hubiera bienes del deudor, se paralizaría su actividad comercial y se le impediría restablecer su equilibrio económico.

Este sistema territorial es el que ha imperado históricamente en las legislaciones nacionales para administrar los bienes de todo deudor a través de procedimientos colectivos, recurriendo a las reglas procesales locales para la realización y reparto de los bienes y a las reglas sustanciales en todo lo pertinente, en especial en cuanto a la prelación de los créditos, desconociendo en general cualquier procedimiento que se hubiera abierto en el extranjero, y en muchos casos, relegando o negando derechos a los acreedores foráneos.

Sin embargo, más en la teoría que en la práctica, más en los libros que en las legislaciones, se abrió paso otro sistema: el de la *extraterritorialidad*. Éste implica

que quien es fallido en un Estado, debe serlo en los demás, que el patrimonio de la persona es único y cualquier procedimiento concursal debe comprenderlo en su totalidad, el que a su vez es prenda común de los acreedores, y que la determinación del estado de cesación de pagos o la sentencia de quiebra traspasan las fronteras del Estado en el que fueron dictadas, obligando la quiebra en los demás.

Hace más de cien años, ya se destacaban las ventajas de este sistema: "Es obvio que, en el estado actual del comercio y de las comunicaciones, sería mejor en nueve de diez casos que todos los acuerdos de los deudores insolventes con sus acreedores se llevaran a cabo en un solo procedimiento, y generalmente en un solo lugar; mejor para los acreedores, que serían tratados de forma igual, y mejor para el deudor, porque todos sus acreedores estarían igualmente vinculados a los pagos que realizara" [18].

En síntesis, quienes abogan por la extraterritorialidad argumentan que el estatuto de la quiebra es personal, pues su objeto principal es la persona y no sus bienes; en consecuencia, quien es fallido en un Estado debe serlo en los demás; las sentencias gozan de extraterritorialidad; la extraterritorialidad del auto declarativo de quiebra se funda en las necesidades del comercio internacional; el patrimonio es único y constituye la prenda común de los acreedores; proporciona mayor seguridad a los acreedores, que pueden conocer la situación de su crédito dentro de la masa concursal, a través de un conjunto de normas claras; un único procedimiento supone un considerable ahorro en gastos administrativos; permite una distribución equitativa y eficiente entre los acreedores de los bienes del deudor en caso de liquidación de su patrimonio [19].

Este sistema puede adoptar a su vez dos formas, como son la del *juicio único* (donde todos los deudores y acreedores deben presentarse a estar a derecho en un único proceso concursal, por ejemplo, el del domicilio o sede principal del establecimiento del deudor, que se regirá por una única ley, la *lex concursus*), o la de *juicios plurales* (en la cual podrán abrirse tantos juicios de quiebras como Estados donde se encuentre parte del patrimonio del deudor, es decir, existe tanto pluralidad jurisdiccional como legislativa) [20].

18 Lowell, *Conflict of laws as applied to assignments for creditors*, en "Harvard Review", nº 1, 1888, ps. 259 a 264, cit. por Morales de Setién Ravina, *Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos*, en "Revista de Derecho Privado", nº 23, 1999, p. 42.

19 La explicación de estos argumentos puede consultarse en Morales de Setién Ravina, *Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos*, en "Revista de Derecho Privado", nº 23, 1999, ps. 46 y 47.

20 Este sistema ha sido adoptado por los Tratados de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y 1940.

Ahora bien, no debemos confundir extraterritorialidad-territorialidad con unidad-pluralidad. En efecto, si bien el sistema territorialista conlleva necesariamente la pluralidad de juicios, el sistema extraterritorialista admite ambas modalidades: unidad y pluralidad. Téngase presente que la extraterritorialidad no significa juicio único. Su característica definitoria consiste, como dijimos, en el reconocimiento extraterritorial del hecho generador de la quiebra, es decir, del estado de insolvencia.

Por otra parte, la pluralidad no tiene las mismas características según se trate de un sistema territorial o extraterritorial de regulación de la insolvencia internacional. Efectivamente, en el primer caso, los juicios plurales son sucesivos y a voluntad de los acreedores.

En el segundo supuesto, en cambio, la pluralidad no depende de la voluntad de los acreedores, sino que es impuesta por ley. Son juicios plurales y simultáneos.

La práctica ha demostrado las deficiencias de los sistemas antagónicos detallados. En efecto, ningún país aplica un sistema u otro sino con algún grado de desviación, de alteración, en relación con la pureza de su formulación[21]. Por ello se han buscado soluciones conciliadoras entre ambos extremos. Así, se han elaborado sistemas denominados mixtos, ecléctico o intermedios. Éstos pueden prever la existencia de un procedimiento principal y la facultad de abrir procedimientos secundarios o que la quiebra declarada en un Estado se extienda a los bienes muebles existentes fuera del mismo, pero no a los inmuebles; o bien se reconocen efectos extraterritoriales en cuanto a las personas, pero no en cuanto a los bienes, entre otros supuestos.

Un claro ejemplo de sistema intermedio ha sido el adoptado en los últimos años en la Unión Europea, a través del Reglamento 1346/00 sobre Procedimientos de Insolvencia del Consejo Europeo del 29 de mayo de 2000, en vigor desde el 31 de mayo de 2002. Esta normativa típicamente comunitaria ha optado por un sistema coordinado entre un procedimiento principal y procedimiento/s secundario/s. En consecuencia, el denominado procedimiento principal tiene alcance universal y efectos extraterritoriales, pero se pueden incoar procedimientos secundarios paralelos, territoriales, locales, en principio, posteriores a la apertura del procedimiento principal y de liquidación en los Estados Miembros en los que el deudor tenga un establecimiento. Asimismo, la Ley Modelo de UNCITRAL de 1997 sobre Insolvencia Transfronteriza adopta un sistema similar de procedimientos principales y no principales.

A partir de la elaboración de estos nuevos marcos normativos, algunos autores hablan de un tercer sistema o principio: el de la universalidad cualificada o modificada, según el cual existiría un foro central, o principal en una jurisdicción determinada, con efectos extraterritoriales y que al mismo tiempo, a su alrededor, se coordinarían y subordinarían otros procedimientos paralelos, secundarios, auxiliares, territoriales, en otras jurisdicciones[22].

[21] Berends, *The UNCITRAL Model Law on cross-border Insolvency: a comprehensive overview*, en "Tulante Journal of International and Comparative Law", nº 66, 1992.

b) Ley de Concursos y Quiebras 24.522 (LCQ). Ámbito de aplicación del art. 4º. Jerarquía superior de la fuente convencional

El art. 4º de la ley 24.522 en análisis indica que se aplicará: "... *Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales ...*", es decir que la propia norma concursal, a nivel legislativo, reconoce la supralegalidad de los tratados internacionales en la materia, que en la práctica son los Tratados de Montevideo en sus respectivos títulos pertinentes. En este sentido, siendo que esta disposición fue introducida ya en 1972 (ley 19.551) se le debe reconocer su espíritu "vanguardista", atento a que este principio fue recién reconocido jurisprudencialmente por la Corte Suprema en 1992 (*in re* "Ekmekdjian c. Sofovich") e incorporado en la Constitución Nacional en la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22).

En efecto, nuestra fuente convencional en esta materia es la grandiosa obra codificadora que constituyen los célebres Tratados de Montevideo, en donde encontramos una regulación de avanzada para la época.

En el Tratado de Derecho Comercial Internacional firmado en Montevideo el 12 de febrero de 1889 por los plenipotenciarios de la Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay, y ratificado por los gobiernos de la Argentina, Paraguay (en 1888), Uruguay (en 1892), Bolivia (en 1903), Perú (en 1889) y el que adhirió Colombia (en 1933), hallamos el Título X, "De las falencias" (arts. 35 a 48).

A su vez, el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo suscripto el 19 de marzo de 1940 por los delegados de Uruguay, Brasil, Colombia, Bolivia, la Argentina, Perú y Paraguay, y ratificado por la Argentina (1956), Uruguay (1942) y Paraguay (1958), vigente actualmente entre estos tres países, que reformó el Tratado de 1889, incluye el Título VIII, "De las quiebras" (arts. 40 a 53).

Por último, cabe mencionar el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940, ratificado por la Argentina, Paraguay y Uruguay, que en su Título IV (arts. 16 a 20) se dedica al concurso civil de acreedores, sometiéndolo a las leyes y a la jurisdicción de los tribunales del país del domicilio del deudor (art. 16). Prevé, al igual que los tratados de derecho comercial, según veremos, la posibilidad de juicio único o plurales, promovidos a instancia de los acreedores locales, si hubiera bienes

[22] Morales de Setién Ravina, *Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos*, en "Revista de Derecho Privado", nº 23, 1999, p 43.

ubicados en uno o más Estados, distintos de los del domicilio del deudor (arts. 17 y 20). En todo caso, los acreedores locales tendrán derecho de preferencia sobre los bienes ubicados en el territorio en donde sus créditos deben ser satisfechos (art. 20, *in fine*).

El Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 específicamente prevé en su art. 53 que el procedimiento se aplica no sólo a quiebras, sino también a todo tipo de liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos, y otras instituciones análogas contenidas en las leyes respectivas de los Estados contratantes. Es decir que aun cuando en su título utiliza el término "quiebras", lo hace en sentido amplio. Se trataría de un alcance semejante al que en la actualidad le damos al término que hemos preferido emplear: "insolvencia".

A su turno, el art. 40 del Tratado de 1940 establece: "Son jueces competentes para declarar la quiebra, los del domicilio del comerciante o de la sociedad mercantil, aun cuando practiquen accidentalmente actos de comercio en otro u otros Estados, o tengan en alguno o algunos de ellos, agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal". Un texto muy similar encontramos en el art. 35 del Tratado de 1889.

A su vez, el art. 41 del Tratado de 1940 expresa: "Si el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas, los jueces o tribunales de sus respectivos domicilios". Idéntico texto tiene el art. 36 del Tratado de 1889.

Así, nos encontramos ante un juicio de quiebra único (arts. 40, Tratado de 1940; 35, Tratado de 1889) o ante juicios de quiebra plurales y simultáneos (arts. 41, Tratado de 1940; 36, Tratado de 1889).

En la primera hipótesis, el juicio único se tramita ante el juez del domicilio de la casa matriz. Todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán valer sus derechos conforme a la ley y al juez que ha declarado la quiebra (arts. 40, Tratado de 1889; 48, Tratado de 1940). La ley aplicable será la *lex fori*. Es decir, y como lógica consecuencia, la ley aplicable será también única.

Las medidas preventivas dictadas en tal juicio se harán efectivas sobre los bienes que el fallido tenga en los otros Estados, con arreglo a las leyes locales de quiebra (arts. 37, Tratado de 1889; 43, Tratado de 1940).

La hipótesis del art. 41 del Tratado de Montevideo de 1940 (art. 36, Tratado de 1889) debe leerse juntamente con el art. 45 (art. 39, Tratado de 1889) que dispone: "Los acreedores locales podrán, dentro del término de sesenta días, contados a partir de la última publicación a que se refiere el artículo anterior, promover en el respectivo Estado nuevo juicio de quiebra contra el fallido o concursado civilmente si no procediese la declaración de quiebra. En tal caso, los diversos juicios de quiebra se seguirán con entera separación y serán aplicadas, respectivamente, en cada uno de ellos, las leyes del Estado en donde el procedimiento se radica. Asimismo se

aplicarán las leyes correspondientes a cada juicio distinto y separado para todo lo concerniente a la celebración de concordatos preventivos u otras instituciones análogas. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las medidas a que se refiere el art. 43, de lo dispuesto en el art. 47 de este Título y de las oposiciones que puedan formular los síndicos o representantes de la masa de acreedores de los otros juicios".

Ahora bien, la facultad que brinda este artículo se encuentra limitada en el tiempo, ya que sólo puede ejercerse dentro de los sesenta días contados desde la publicación de los edictos (por treinta días) a que se refiere el art. 44, es decir, un total de noventa días. En efecto, el Tratado de 1940 ha reducido este plazo en comparación con el previsto en el de 1889, ya que según este último, las publicaciones debían efectuarse durante sesenta días, extendiendo el plazo total a ciento veinte días.

Si los acreedores dejan vencer dicho plazo, deberán hacer valer sus derechos y presentar sus títulos ante el juez y de conformidad con la ley del Estado que ha declarado la quiebra (arts. 48, Tratado de 1940; 42, Tratado de 1889).

Si, en cambio, los acreedores ejercen dicha facultad, se tramitarán juicios independientes y separados pero simultáneos y se aplicará en cada uno de ellos el derecho vigente del Estado en que el procedimiento se radica.

Cabe reiterar que aun en el caso de juicios plurales se reconoce la extraterritorialidad del hecho generador de la quiebra. Por ello no será necesario probar el estado de insolvencia para solicitar la apertura de un nuevo proceso. Asimismo, la extraterritorialidad se manifiesta en la consagración de la llamada disponibilidad internacional de los dividendos (arts. 47, Tratado de 1889; 41, Tratado de 1940).

Como es fácil advertir, para que un caso concreto quede comprendido en el art. 40 (art. 35, Tratado de 1889) o en el art. 41 (art. 36, Tratado de 1889) con las consecuencias que según vimos esta decisión acarrea, resulta imprescindible distinguir cuándo nos hallamos frente a una "agencia o sucursal" o ante una "casa comercial independiente".

Podemos extraer un parámetro para efectuar dicha distinción de la lectura de las Actas del Congreso de Montevideo de 1889 de donde se desprende que el criterio para distinguir la dependencia o independencia de una sucursal respecto de la casa matriz o central es *económico*, sin perjuicio de que otros indicios contribuyan a discernir entre uno y otro caso.

Cabe señalar que los arts. 40 del Tratado de 1889 y 46 del de 1940 distinguen acreedores locales y extranjeros según una cualidad de sus respectivos créditos: el lugar de pago. En efecto, disponen que son acreedores locales aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en el Estado donde se declara la quiebra. En consecuencia, serán acreedores extranjeros aquellos que tengan por lugar de pago un Estado distinto a aquel en donde se abre el procedimiento. Debe tenerse presente que esta calificación autárquica ha sido adoptada de modo unánime por nuestra doctrina y jurisprudencia aun cuando resulte aplicable nuestra fuente de Derecho interno (art. 4°, *LCQ*).

c) Sistema de regulación adoptado por el art. 4º de la ley 24.522

El texto del art. 4º de la *LCQ* dispone: *"La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina ..."*. Es decir que para abrir un concurso en la República no será necesario probar el estado de cesación de pagos, en tanto hecho generador de la insolvencia. De tal manera, advertimos que el legislador ha captado la sentencia extranjera de apertura de quiebra como un hecho, como un dato fáctico.

La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto: "La ley 24.522 prevé un régimen específico para los concursos declarados en el extranjero, y reconoce a aquella declaración efectos extraterritoriales por cuanto es causal para la apertura del concurso en el país. No (...) resulta necesario entonces, la previa acreditación del estado de cesación de pagos sino que la ley permite que el mismo deudor —cuyo concurso fuera declarado en el extranjero— o un acreedor —cuyo crédito fuera pagadero en el país— puedan instar la formación del concurso (Rivera - Roitman - Vítolo, *Ley de Concursos y Quiebras*, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, p. 256) ... [C]abe señalar que la posibilidad de decretar en el país una quiebra 'causada' por un proceso universal de liquidación de bienes en el extranjero hace que el concurso nacional sea 'derivado' del extranjero, pero independiente y autónomo, ya que la apertura declarada en la Argentina no importa una 'exequaturización' de aquella declaración extranjera (Uzal, María E., 'Panorama actual de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado. Análisis de la posibilidad de aplicación extraterritorial del art. 4º de la ley 24.522', *ED*, 172-910) ... Dicho de modo diverso: no es la sentencia extranjera, una vez reconocida, la que abre la quiebra argentina, sino, como quedó expresado, la sentencia que dicta el juez argentino, siendo esta última y no aquélla la que confiere por sí misma condición ejecutoria a la quiebra local. O sea, los efectos de la quiebra local comienzan desde la fecha de la sentencia nacional de apertura, sin que se retrotraigan a la fecha de la sentencia extranjera, del mismo modo que la conclusión de los efectos de la sentencia de quiebra extranjera no inciden en la quiebra local". En este caso, se había adjuntado testimonio de la sentencia de quiebra de People and Partners S.R.L. dictada por el Tribunal de Milán - División Quiebras, debidamente legalizada, lo que fue considerado como suficiente prueba documental para abrir un nuevo procedimiento de quiebra en la Argentina[23].

No obstante, en los términos utilizados por Rouillón[24], podemos decir que la "primera regla" es la territorialidad de la sentencia de quiebra extranjera, en tanto el concurso extranjero no puede invocarse en la Argentina para disputar los derechos de los acreedores locales sobre los activos existentes en la República, ni tampoco puede invocarse para anular los actos celebrados por el deudor. La "segunda regla" es la "extraterritorialidad limitada" de la sentencia de quiebra extranjera, atento a lo dispuesto en la primera frase del art. 4º, convirtiéndose en una excepción a la regla general de nuestra normativa concursal, según la cual los acreedores que peticionan la quiebra deben probar el estado de cesación de pagos (arts. 1º y 83, *LCQ*).

Según podemos apreciar, sólo gozan del "privilegio" de estar exentos de probar la cesación de pagos el propio deudor y los acreedores locales, no, en cambio, quienes tengan a su favor créditos extranjeros.

Finalmente, la doctrina suele analizar la vinculación entre el art. 2º, inc. 2º y el art. 4º de la *LCQ*.

El art. 2º, inc. 2º es una regla especial que requiere la existencia de bienes en el país para habilitar al juez argentino a que declare la quiebra.

Ahora bien, dicha norma consagra un "foro de patrimonio", por el cual no interesa que el deudor domiciliado en el extranjero tenga agencia o sucursal en la República, simplemente basta con que posea "bienes existentes en el país". La aceptación o adopción del foro del patrimonio lleva implícito, conlleva a la adopción o aceptación de una postura territorialista en materia de quiebras o insolvencia internacional, implica la posibilidad —o exigencia— de abrir, iniciar, instar, tantos pedidos de quiebra o trámites concursales independientes como bienes del deudor existan en distintos territorios nacionales.

Boggiano ha sostenido que, en tanto que respecto de los bienes existentes en el país queda habilitada la jurisdicción argentina sin invadir la jurisdicción de tribunales extranjeros respecto de bienes ubicados en el exterior, se materializa la posibilidad de la pluralidad de juicios, prevista en el art. 4º de la *LCQ*, en virtud del foro del patrimonio. Es decir, la jurisdicción internacional argentina fundada en la existencia de bienes en el territorio argentino de un deudor domiciliado en el extranjero no es exclusiva. En efecto, los jueces del domicilio o de la sede social del deudor tienen competencia concurrente. De este modo, el concurso declarado en el extranjero no podrá ser invocado en la República para disputar los derechos de los acreedores locales sobre los bienes ubicados en la Argentina, ni para anular los actos celebrados en el país por el deudor (art. 4º, párr. 1º, segunda frase). Pero la declaración de concurso o de quiebra por parte del juez del domicilio extranjero del deudor será causal de apertura del concurso argentino, respecto de los bienes existentes en nuestro país a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacer-

[23] CNCom., Sala F, 24/2/11, "People and Partners S.R.L. s/Quiebra", *LL*, 7/9/11, p. 8, con nota de G. E. Gerbando.

[24] Rouillón, *Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y las reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza*, en International Insolvency Institute, en *www.iiiglobal.org*; idem, *Cuestiones de derecho internacional privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)*, en *RDCO*, dic. 1984, nº 102, p. 788.

se efectivo en la República Argentina (art. 4°, párr. 1°, primera frase)[25]. Es decir, no será necesario acreditar el estado de insolvencia. Sin embargo, la quiebra declarada en la Argentina será obligatoriamente territorial, ya que se limita a la liquidación del activo existente en el territorio nacional[26].

En similar sentido, con relación a la posibilidad de la apertura de un proceso local a pedido de un deudor extranjero o del síndico de un proceso foráneo si se carece de acreedores y de bienes en el país, sostiene Uzal que "... no se advierte suficiente conexión jurisdiccional de nuestros tribunales con los hechos del caso, como para asumir que una declaración de concurso o quiebra en el propio territorio pueda tener efectos útiles que justifiquen abrir y tramitar todo un proceso local completo, sin incurrir en un dispendio injustificado de actividad jurisdiccional ..."[27].

En conclusión, el sistema de regulación de la insolvencia internacional en nuestra legislación es de territorialidad-pluralidad a todos los efectos, excepto en lo que concierne al reconocimiento de la sentencia declarativa de concurso en el extranjero para ser alegada como causal de apertura en el país.

d) Las preferencias nacionales

La disposición que ha provocado los debates más arduos en la doctrina y jurisprudencia nacionales es la consagración de las llamadas preferencias nacionales o locales[28].

[25] Boggiano, *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, 2ª ed., 2000, p. 870 y siguientes.

[26] Puede verse una aplicación y una particular interpretación del art. 2°, inc. 2° de la ley 24.522 en el fallo de la CNCom., Sala D, 13/4/00, "Proberan International Corp. S.A. s/Pedido de quiebra por: Braticevich, Jorge", *LL*, 2001-B-101 y ss. La Sala pese a la aparente inexistencia de bienes en el país y a la letra expresa del art. 2°, inc. 2°, sostiene que la jurisdicción argentina es competente para decretar la quiebra de la deudora domiciliada en el extranjero. Juzga que "la norma legal sub examine no agrega un nuevo requisito para el concursamiento de las personas de existencia visible o ideal, sino que delimita y preserva el ámbito de eficacia jurisdiccional del juez argentino —sin perjuicio de la exportación del decreto de quiebra—, lo que será juzgado según las normas de importación del país extranjero de que se trate". Véase asimismo un análisis de dicho pronunciamiento en Feldstein de Cárdenas - Rodríguez - Scotti, "Jurisdicción internacional en materia de insolvencia transfronteriza: deudores sin domicilio ni activo en la Argentina?", en *Derecho internacional privado y de la integración*, Sara L. Feldstein de Cárdenas (dir.), 2004; y en Roullión, *¿Puede el juez argentino declarar la quiebra de una persona sin bienes en el país y domiciliada en el extranjero? El caso Proberan International Corp.*, *LL*, 2002-A-387.

[27] Uzal, *Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado*, 2009, p. 529.

[28] Un emblemático ejemplo de las controvertidas opiniones e interpretaciones sobre la regla de las preferencias nacionales es el caso "Banco Europeo para América Latina c. Cura Hnos. S.A.", fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 8/9/83, en *LL*, 1983-D-402, con nota de Sandineti, *El artículo 4° de la ley 19.551: su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte*.

Ante todo, cabe destacar que nuestra legislación concursal no discrimina a los acreedores según su nacionalidad o domicilio. Acreedor extranjero es aquel cuyo crédito es pagadero en el exterior y acreedor local, aquel cuya acreencia es pagadera en la Argentina[29]. Éste es el criterio adoptado por los Tratados de Montevideo y por nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritarias, según ya dijimos. Por ello, tratándose de una cualidad del crédito, el lugar de pago, y no del acreedor, en rigor, correspondería referirnos a créditos extranjeros y créditos locales.

Más controvertida, por su parte, es la calificación de un crédito con lugares de pago alternativos a elección del actor: uno en la Argentina y otro en el extranjero. La doctrina y la jurisprudencia predominantes han juzgado que se trata de un crédito local. Así se han pronunciado nuestros tribunales en los célebres casos "Trading Americas S.A."[30] y "Banco Europeo para América Latina c. Cura Hnos. S.A."[31].

Realizadas estas aclaraciones, debemos señalar que tal como manifiesta Roullion, la regla de las preferencias nacionales sufrió una evolución destacable en la legislación y la jurisprudencia argentinas en la que pueden identificarse diversas etapas: un primer período entre 1859 y 1970, de moderada interpretación discriminatoria, un segundo, entre 1970 y 1983, de intensa discriminación y finalmente, la etapa en que transitamos, en la cual dicha discriminación se ha disminuido radicalmente, aunque aún subsiste[32].

A lo largo de este proceso, el sistema de las preferencias nacionales fue objeto de duras críticas, incluso desde los más prestigiosos constitucionalistas argentinos. En efecto, Bidart Campos sostuvo que el acreedor pagadero en el extranjero tiene derecho a la jurisdicción ante nuestros tribunales en pie de igualdad con los acreedores argentinos a fin de obtener una sentencia que proteja su derecho de propiedad[33].

[29] Goldschmidt entendía que no era suficiente para calificar como extranjero a un acreedor por el sólo hecho de que las partes hubieren acordado como lugar de pago un país extranjero sino que además sería necesario que el lugar de pago hubiera sido dispuesto en el interés del deudor, pues de lo contrario el acreedor podría renunciar a su derecho a exigir el pago en el extranjero y pedir el cumplimiento en el domicilio del deudor (cfr. Goldschmidt, *El art. 4° de la ley 19.551*, *ED*, 100-853).

[30] CNCom., Sala E, 15/9/83, *JA*, 1983-IV-186.

[31] CSJN, 8/9/83, *LL*, 1983-D-404.

[32] Roullión, *Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y las reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza*, en International Insolvency Institute, en *www.iiiglobal.org* (10/11/13).

[33] Bidart Campos, *El art. 4° de la Ley de Concursos y la Constitución*, *ED*, 104-1019. El eminente jurista sostenía que la protección constitucional de los derechos de los acreedores extranjeros es múltiple: *a)* el derecho a la jurisdicción, que importa permitir al acreedor de marras, que carece de una quiebra extranjera a la cual acudir, verificar su crédito y concurrir a la masa de acreedores en la Argentina sin postergación alguna, y en pie de igualdad con los acreedores que llamaríamos internos; *b)* el derecho de propiedad, que no consiente que el acreedor extranjero sea colocado en

Desde otro punto de vista, se ha puesto de relieve el carácter anacrónico de la disposición que analizamos. A fines de la década de los setenta, Cámara ya sostenía que "en 1859 era posible encontrar argumentos para ligar los bienes locales a los acreedores locales. Hoy en día, que ni existe estabilidad respecto de la situación de los bienes, su distribución sobre una base ficticia, como es el lugar de pago de la deuda, no puede ser defendida, ni desde el punto de vista jurídico ni desde el económico. Por otra parte, la tendencia hacia la creación de entidades jurídicamente separadas ha convertido el problema de 1859 en una cuestión esencialmente académica"[34]. En la misma inteligencia, Mairal sostiene que la distinción es vetusta, pues en la actualidad tanto acreedores locales como extranjeros contribuyen con sus respectivos créditos a permitir el funcionamiento de la empresa hasta el momento de su quiebra[35].

Asimismo, Goldschmidt, bajo la vigencia de la ley 19.551, criticó con vehemencia el art. 4º en cuanto consagraba las preferencias nacionales, y concluía que la posposición de acreedores extranjeros sólo debe realizarse cuando se trata de acreedores extranjeros pertenecientes a un concurso abierto en el extranjero, pero si el deudor no tiene bienes en el exterior y se trata de créditos exclusivamente pagaderos en el extranjero, los titulares de tales créditos deben ser admitidos, ya que de lo contrario se violan los arts. 14, 17 y 20 de la *CN*[36].

En una opinión contraria, y podríamos decir, minoritaria, se encuentra Boggiano, quien ha defendido la operatividad de las preferencias nacionales en todo concurso argentino, sin distinciones por cuanto, entre otros argumentos, entiende que sería absurdo establecer que la declaración de quiebra en el extranjero no pueda ser invocada para disputar derechos de los acreedores locales y admitir, por otro lado, que la ausencia de declaración de quiebra sí pueda suprimir la preferencia local de aquellos mismos acreedores locales. Además, para el autor, en tanto esta solución es la adoptada en el Tratado de Montevideo de 1940, se alcanzaría así la armonización entre las fuentes internas e internacionales que vinculan a nuestro país en la materia[37].

lugar relegado; *c*) el principio de razonabilidad, que tampoco tolera distinguir entre acreedores internos y extranjeros cuando el concurso del deudor tramita únicamente en la Argentina y su patrimonio responsable ante la masa de acreedores se halla en territorio argentino; *d*) la igualdad jurídica y la igualdad ante la ley, que repudian discriminaciones arbitrarias, hostiles, desprovistas de fundamento suficiente, etcétera.

[34] Cámara, *El concurso preventivo y la quiebra*, 1980, t. I, p. 338.

[35] Mairal, *El tratamiento de los créditos pagaderos en el extranjero bajo la Ley de Concursos*, *LL*, 1981-C-1190.

[36] Goldschmidt, *El art. 4º de la ley 19.551*, *ED*, 100-853.

[37] La opinión sustentada por Boggiano ha quedado plasmada en célebres casos jurisprudenciales en los que el jurista sentenció. Nos referimos al ya citado fallo "Litai", y a la CNCom., Sala E, 15/9/83, "Trading Americas S.A. s/Quiebra", *LL*, 1983-D-421. En lo pertinente, Boggiano sostuvo: "el fundamento del privilegio no se relaciona con ningún concurso extranjero, sino con la concurrencia de créditos pagaderos en el país y en el extranjero ante un concurso argentino".

Lo cierto es que bajo la legislación vigente sólo los créditos *exclusivamente* pagaderos en el extranjero pueden ser postergados en el cobro. Pero además deben darse dos condiciones adicionales: *1*) debe tratarte de una quiebra, puesto que sólo en los procedimientos liquidatorios los acreedores pueden pedir su apertura y únicamente en ellos puede predicarse la existencia de saldo[38]. Además, debe tratarse de una quiebra que concluya por pago total, puesto que en otros casos, como el avenimiento o la distribución final, no existe saldo y, en consecuencia, no podría operar esta postergación en el cobro[39], y *2*) el acreedor cuyo crédito tiene lugar de pago exclusivo en el extranjero debe a su vez pertenecer a un concurso declarado en el extranjero. Durante la vigencia de la ley 19.551, así como en el marco del Tratado de Montevideo de 1940 (art. 48), la regla de las preferencias nacionales es mucho más discriminatoria, puesto que rige aun cuando no existe otro proceso abierto. En la actualidad, en el derecho argentino de fuente interna, las preferencias locales sólo operan cuando coexisten dos procedimientos concursales. Ahora bien, la doctrina no resulta coincidente en cuanto a determinar qué se entiende por "pertenecer a un concurso en el extranjero". En este sentido, se han formulado varias posibilidades: *1*) haber solicitado verificación del crédito; *2*) haber sido efectivamente verificado; *3*) haber cobrado el crédito, o *4*) haber podido presentarse a verificar aun cuando no se haya hecho[40].

Por otra parte, no podemos soslayar que la normativa vigente ha dejado un importante vacío en lo que respecta a la forma de presentación de los acreedores extranjeros que pertenecen a concursos abiertos en el extranjero en el procedimiento local. Sancinetti, en este sentido, considera que la norma no determina si los créditos deben ser verificados individualmente, postergándolos en el cobro, o si se admite la representación colectiva para solicitar el remanente[41]. Esta inquietud, en cambio, había sido disipada bajo la vigencia de la ley 19.551, ya que, tal como pos-

[38] El saldo, según el art. 228 de la *LCQ* es el sobrante que se reintegra al fallido luego de cancelar el capital y los intereses de los créditos verificados. Cabe destacar que la ley 11.719 se refería al "sobrante" y la ley 19.551, al "remanente".

[39] Alberdi, *¿Es aplicable el art. 4º de la ley 19.551 a todos los concursos o solamente a las quiebras*, *LL*, 1981-A-768; Costa, *Aplicación del art. 4º de la ley 19.551*, *ED*, 105-898. Así también lo ha reconocido nuestra jurisprudencia en varios precedentes, entre ellos podemos mencionar el de la SCBA, 19/10/93, "Scola, Alfredo A. y Cía. S.C.A.", *LL*, 1994-A-267.

[40] Ralsberg, *¿Cómo se verifica el crédito de un "acreedor extranjero"?*, en "Revista Errepar", nov. 2001.

[41] Sancinetti, *El art. 4º de la Ley de Concursos: historia e histeria de una reforma*, en *RDCO*, 1984, ps. 156 y 157.

tula Kaller de Orchansky, para ahondar más en la discriminación había introducido el adverbio "individualmente", que significaba que una vez pagados íntegramente los créditos locales, el concurso argentino no debía continuar y, en consecuencia, los acreedores extranjeros cobrarían individualmente, conforme al adagio «*prior tempore, potior iure*»[42]. El hecho de que el legislador haya omitido en la reforma dicho adverbio, probablemente da cuenta de un cambio de criterio al respecto.

Finalmente no podemos dejar de advertir que aun cuando nuestra legislación actual es relativamente moderada en la discriminación entre acreedores locales y foráneos, sabido es que la posibilidad de que los acreedores extranjeros cobren sobre el saldo es, al decir de Roullion, ilusoria, ya que en la práctica aquél nunca existe[43].

e) *La condición de reciprocidad*

La reciprocidad, a diferencia de la regla de las preferencias locales, no es una condición para la postergación o no en el cobro del crédito, sino que es lisa y llanamente un requisito para su admisibilidad. Y, por otra parte, nuevamente distinguiéndose de las preferencias nacionales, se aplica tanto a procesos falenciales como concursales.

Esta regla, resabio de la teoría de la *comitas gentium* o cortesía internacional, condiciona la verificación de un crédito extranjero a que se demuestre que un crédito local sería reconocido y podría cobrarse, en igualdad de condiciones, en un concurso del país donde el crédito extranjero es pagadero.

Debemos señalar que desde la entrada en vigor de la ley 24.522 se ha introducido una importante excepción a la regla de la reciprocidad. En efecto, los acreedores extranjeros cuyos créditos están respaldados con una garantía real sobre bienes situados en la República Argentina no tienen necesidad de probar la mentada condición.

El debate más importante generado sobre la reciprocidad ha girado en torno a su prueba, en particular a quién o quiénes deben probarla y, en tal caso, cómo deben hacerlo.

En relación con la carga de la prueba, se ha aceptado que si bien en principio le incumbe al acreedor interesado en la verificación, la reciprocidad podrá ser acreditada por el juez, la sindicatura e incluso, los restantes acreedores (quienes, tal vez, pueden estar interesados en demostrar la no reciprocidad para tutelar sus créditos). En esta inteligencia, en el caso "Cacace, Horacio s/Quiebra s/Incidente de impugnación de Sherrant S.A.", la Cámara sostuvo que el art. 4º exige que se demuestre la reciprocidad "... sin esclarecer, concretamente sobre quién recae tal demostración. Al no hallarse expresamente establecida la carga de la prueba, cabe, dentro de las facultades instructorias y de investigación de los jueces, requerir a las partes interesadas los elementos que le permitan establecer el contenido del derecho extranjero eventualmente aplicable al caso"[44].

Por otra parte, en una serie de casos jurisprudenciales, se ha adoptado un criterio flexible que ha permitido probar la reciprocidad mediante la presentación de los textos legales pertinentes, certificados y traducidos, en su caso, acompañados de dictámenes de expertos en la materia que afirman en líneas generales que "un crédito local sería reconocido y podría cobrarse, en igualdad de condiciones, en un concurso del país donde el crédito extranjero es pagadero"[45].

Así, en un fallo se admitió el testimonio escrito y la declaración jurada de un profesional de derecho habilitado en los EE.UU. para actuar en procesos de quiebra (CNCom., Sala A, 10/9/91, "Cavifré S.A. s/Quiebra - incidente de revisión por Overland Trust"). En otro caso, se consintió la presentación de la opinión de un experto sobre la inexistencia de reglas discriminatorias en el derecho inglés (Juzg. Civ. y Com. nº 13 Rosario, 26/2/96, "Massey Ferguson S.A."). En un caso más reciente, fueron aceptados, por un lado, un dictamen emitido por un letrado colegiado en Madrid, afirmando que en virtud de la normativa concursal que rige en España, un crédito pagadero en la República Argentina cuyo deudor haya sido declarado en concurso en España puede ser incluido en la masa de acreedores o masa activa del concurso en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que cualquier otro acreedor del concursado; y por otro lado, la respuesta brindada por el Colegio de Abogados de Madrid, dando cuenta de que la normativa española no distingue, como norma general, a los acreedores por su nacionalidad o a los créditos por el lugar de pago debido (CNCom., Sala E, 4/3/08, "Gelabert, Pedro A. s/Concurso preventivo s/Incidente de revisión promovido por Crédito Platense S.A.").

Nuestra jurisprudencia ha ido aún más lejos al establecer que en caso de que exista una pluralidad de acreedores pagaderos en un mismo país extranjero, es suficiente si uno sólo de ellos acredita el derecho extranjero y, asimismo, juzgó que una vez que los tribunales argentinos hayan admitido la reciprocidad en relación con un determinado sistema jurídico foráneo ya no es necesario que en el futuro otros acreedores la acrediten[46].

[42] Kaller de Orchansky, *Régimen de la quiebra extranacional*, LL, 129-1183; Idem, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, 1994, ps. 494 y 495.

[43] Cfr. Roullón, *Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y las reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza*, en International Insolvency Institute, en *www.iiiglobal.org* (10/11/13).

[44] CNCom., Sala B, 22/8/90.

[45] Un análisis exhaustivo de la forma de probar la condición de reciprocidad, puede verse en Cichero, "Algunas reflexiones acerca de los concursos transnacionales y el reconocimiento de las acreencias verificatorias", LL, "Suplemento Actualidad", ejemplar del 8/8/02.

[46] Juzg. 1ª Inst. Distrito Judicial 3 Civ. y Com. Venado Tuerto, Santa Fe, 25/9/96, "Banco Integrado Departamental Coop. Ltdo.", publicado en *http://www.justiciasantafe.gov.ar*.

En autos "Sabate Sas S.A. en: Covisan S.A. p/Conc. p/Verif. tardía" [47], la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, el 28/4/05 decidió que adolece de exceso de rigor ritual manifiesto en la apreciación de la carga probatoria la sentencia que rechazó el pedido de verificación de un crédito por falta de prueba del requisito de reciprocidad mencionado en el art. 4° de la ley 24.522 —en el caso, por una factura que establecía como condición de pago de las mercaderías recibidas por la concursada una transferencia bancaria a Francia—, pues aunque en principio la carga de la prueba de la reciprocidad incumbe al acreedor peticionante, su omisión no necesariamente debe determinar el rechazo del pedido verificatorio desde que el requisito puede acreditarse a través de la actividad del síndico o, incluso, del propio juez.

En el voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci, al que adhiere el doctor Pérez Hualde, entre otros argumentos se advierte uno que es más que significativo: "Es verdad que la legislación concursal argentina no distingue según la nacionalidad ni el domicilio del acreedor sino conforme una cualidad del crédito (ser pagadero en el extranjero) y por eso, como regla, la exigencia no es inconstitucional (...) pero no puede ignorarse la realidad: normalmente, cuando se pacta que la obligación es pagadera en el extranjero es porque el acreedor es de nacionalidad de ese país o está domiciliado en ese país. Consecuentemente, un exceso de rigor en la carga de la prueba puede llevar, indirectamente, a la discriminación del acreedor mismo". Y a renglón seguido prosigue: "Si la reciprocidad es expresión de un medio sancionatorio, no parece razonable aplicar semejante sanción cuando el juez tiene todas las posibilidades de determinar el derecho aplicable en el país donde el crédito debe ser cumplido".

Como podemos apreciar, por vía pretoriana, la estricta condición de reciprocidad se ha flexibilizado notoriamente.

f) La paridad en los dividendos

El párrafo final del art. 4°, introducido por la ley 22.917, consagra la denominada paridad en los dividendos. En su Exposición de Motivos, se justificaba su incorporación a la regulación de las quiebras transnacionales del siguiente modo: "... tiende a provocar una suerte de retorsión, no mediante exclusión de la verificación, sino a través de la retención de dividendos, que son lo importante, respecto de aquellos acreedores que hubieran satisfecho créditos propios, luego de la fecha de apertura del concurso argentino, mediante procedimientos seguidos en otra nación, afectando así la paridad de los interesados que es uno de los fines del trámite

[47] Publicado en *LL*, "Suplemento de Concursos y Quiebras", 8/7/05, con nota de la doctora María Elsa Uzal; *ED*, ejemplar del 29/9/05, con nota del doctor Alfredo Mario Soto.

falencial (...) Se busca 'igualar' al acreedor que obtuvo beneficio propio con los demás que respetaron en mayor medida el procedimiento común".

Sin lugar a dudas, esta regla tiene por finalidad garantizar el principio de igualdad de los acreedores, la célebre *pars condicio creditorum*, pilar esencial del derecho concursal, aun cuando no siempre se logra tal objetivo en la práctica, como sucede, por ejemplo, cuando el acreedor cobró en el extranjero más de lo que se distribuyó en el proceso argentino.

Para que esta norma opere, el acreedor quirografario debe haber obtenido un beneficio individual en un proceso judicial o extrajudicial en desmedro de los demás, para lo cual debe haber fraccionado su crédito. Además, debe tenerse presente que si el procedimiento en el que obtuvo el cobro de una porción de su crédito resulta ser un concurso extranjero, quedará de todas maneras postergado al saldo, en virtud del párr. 2° del art. 4° de la *LCQ*.

Cabe destacar que prácticamente no se han presentado casos en que fuera de aplicación la regla de la paridad en los dividendos.

- Parte Tercera. Balance y reflexiones finales

En julio de 1849, con la publicación del vol. VIII del *Sistema de derecho romano actual* de F. C. von Savigny, nació oficialmente el paradigma del derecho internacional privado moderno.

En tiempos de gobernanza global, en la era posmoderna, ¿ese paradigma entró en crisis? Una respuesta afirmativa quizás pueda ser muy atrevida, sin embargo, resulta claro que nos encontramos en un período de transición, de profundas transformaciones, de nuevas tendencias, asistimos a una época de *agglornamento*.

Sin dudas, el derecho internacional privado de nuestros días presenta características distintas de aquel del siglo XIX: la presencia de dificultades notorias para la localización de las relaciones jurídicas a través del método conflictual, el surgimiento y afianzamiento de un derecho uniforme, su materialización, la atenuación de las diferencias entre el DIPr y el DIP, la convivencia de normas estatales, de *hard law*, y de reglas no estatales, de *soft law*, la aparición de nuevos actores que opacan el rol del Estado como centro de producción normativa de carácter exclusivo.

Asimismo, dentro del objeto del derecho internacional privado cada vez con más fuerza juega un rol central el reconocimiento de las relaciones jurídicas, constituidas bajo la órbita de un derecho extranjero, y la cooperación jurídica internacional.

El derecho internacional privado ha dejado de ser una disciplina especializada y elitista, alejada del resto del ordenamiento jurídico, como la Cenicienta de las materias en las carreras de Abogacía. Las situaciones jurídicas privadas de alcance internacional hoy nos involucran a todos, no sólo a las grandes multinacionales, que operan en el mundo de los negocios internacionales.

La complejidad de la sociedad posmoderna impone, exige soluciones renovadas, plurales, a través de una multiplicidad de fuentes estatales y extraestatales, en donde actores públicos y privados deben cumplir sus respectivos roles para el logro de una óptima gobernanza global.

Los escenarios actuales son más complejos: la globalización, la diversidad cultural, la integración socio-económica, el ciberespacio, el fenómeno migratorio tem-

poral y permanente. Nuestra disciplina necesita adaptarse a las nuevas exigencias. A ello responde el pluralismo de fuentes y de métodos.

Nuestro derecho internacional privado debe organizar las reglas nacionales, internacionales, supranacionales y transnacionales en pos de la coordinación de los sistemas jurídicos en juego y debe evitar la mera multiplicidad de fuentes superpuestas, inconexas e, incluso, contradictorias. Un buen pluralismo normativo persigue la coherencia, la complementación, la coordinación y el diálogo entre las distintas fuentes.

En definitiva, asistimos a la metamorfosis del Estado, y por lo tanto, del derecho internacional privado clásico. Pero ello no significa que aquél cumpla un rol prescindente, irrelevante. Todo lo contrario, es el Estado precisamente quien debe asumir, en primer lugar, el rol de garante de los derechos fundamentales de todos los seres humanos, ya sea en sus relaciones internas, ya sea en sus relaciones regionales, internacionales, transfronterizas, transnacionales. Las relaciones entre derecho internacional privado y derechos humanos es primordial, y el Estado no debe perder de vista que la razón de nuestra disciplina sólo puede ser alcanzada si son resguardados los derechos y garantías fundamentales del hombre.

En suma, el derecho internacional privado del siglo xxi cuenta con nuevos escenarios, nuevas fuentes, nuevos métodos, nuevos actores, nuevas instituciones y, en consecuencia, nuevos desafíos.

Respecto al derecho internacional privado argentino de fuente interna, se imponía desde hace muchos años una reforma integral. Contábamos con un DIPr decimonónico que exigía una puesta al día urgente.

Sin lugar a dudas, las nuevas "Disposiciones de derecho internacional privado", insertas en el Título del IV del Libro Sexto sobre "Disposiciones comunes a los derechos personales y reales", configuran un avance significativo para esta disciplina.

Si bien los desarrollos jurisprudenciales, académicos, y en investigación en el ámbito del derecho internacional privado argentino alcanzan reconocimiento a nivel nacional, regional, e incluso, mundial, la carencia de autonomía legislativa, la ausencia de un conjunto de normas ordenadas y coherentes en la materia constituían un déficit notorio y arduamente criticado por los especialistas.

Hasta la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, teníamos una serie de reglas antiguas, aisladas, incompletas, inconexas y, en algunos casos, contradictorias.

El Título IV del Libro Sexto nos brinda, sin perjuicio de críticas menores a algunos artículos en especial o a omisiones, un cuerpo de normas modernas y consistentes. Sin embargo, aún no contamos con un conjunto completo de disposiciones de derecho internacional privado que contemplen el abarcativo contenido de esta rama jurídica. Hemos observado varios temas que, por motivos diversos, no han podido ser incluidos en el nuevo Código. En consecuencia, en algunas materias seguiremos padeciendo de normas vetustas, o bien nos enfrentaremos con vacíos legislativos.

Esta situación podría haber sido superada de haberse adoptado una ley o Código de derecho internacional privado, reconociéndole su plena autonomía.

De todos modos, reiteramos: el progreso es innegable. Lo deseable hubiera sido una ley especial destinada a todos los problemas que se generan en el vasto campo del derecho internacional privado; lo posible ha sido la entrada en vigor de estas disposiciones, acotadas a la materia civil y comercial.

Aún quedan muchos desafíos por delante. Para cumplir con los retos que tiene nuestra disciplina, es necesario apostar al diálogo, en el sentido que le atribuyó el maestro Erik Jayme.

Goldschmidt nos enseñaba magistralmente que el Derecho internacional privado es un Derecho de la tolerancia. Hoy el derecho internacional privado tiene un desafío mayor, no sólo debe aceptar, respetar, tolerar, sino que debe dialogar, debe ir en búsqueda del encuentro fecundo entre ordenamientos jurídicos, entre jurisdicciones, entre las fuentes normativas, entre los Estados, entre las regiones, las culturas y las civilizaciones que coexisten y se interrelacionan en un mundo global.

E.V.A.L