

nacional público y privado, con el fin de ser à la fois pratique et hautement scientifique.

El *Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht* fue fundado en Berlín en 1926; edita, además de la *RebelsZ.* del mismo nombre, otras publicaciones; casos alemanes en el campo del derecho internacional privado (*Die Deutsche Rechtsprechung auf den Gebiete des Internationalen Privatrechts*), contribuciones o ensayos sobre derecho extranjero o derecho internacional privado (*Beiträge zum Ausländischen und Internationalen Privatrecht*), entre otras.

También integran esta nómina el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, con sede en Washington desde 1963; el Instituto Hispano Luso-Americano de Derecho Internacional, constituido en Madrid en 1951; el Instituto Asser, fundado en La Haya en 1965, y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), de Roma.

El *Institute of International Business Law and Practice*, fundado por la Cámara de Comercio Internacional, tiene en miras reunir a prácticos y académicos para tratar cuestiones concretas que se presentan en el comercio internacional.

## CAPITULO VI

### JURISDICCION INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ARGENTINOS

#### § 1

#### RELACION DEL CASO CON EL FORO

La jurisdicción del foro para decidir un caso multinacional se funda principalmente en las relaciones o contactos del caso con el foro. En primer lugar habrá que ver la relación de las partes de la controversia con el foro. También la relación de las circunstancias de hecho y las situaciones que sirvan de causa a controversia. Y la relación entre el objeto de la pretensión con el foro. Además, habrá que examinar la relación entre el foro y el derecho aplicable al caso (*forum et jus*).

Razones de justicia procesal son dominantes. El foro es apropiado o no para decidir un caso siempre que en él sea posible hacer justicia razonablemente a todas las partes. La relación con los hechos controvertidos puede ser muy importante para la actividad probatoria. Los contactos procesales y substanciales con el foro son decisivos de la jurisdicción internacional. El valor en juego es el debido proceso que ha de resguardarse en el caso multinacional.

Este es un principio general que naturalmente requiere una positivización en reglas o normas generales. El sistema jurídico contiene algunas. Pero hay carencia de

normas. La elaboración e integración es tarea importante en materia de jurisdicción internacional argentina. El principio que podríamos llamar de justicia procesal internacional, a diferencia de la justicia substancial internacional, sirve de orientación para la elaboración de las normas pero también para su interpretación y aplicación. En suma, para todo el proceso del funcionamiento de las normas de jurisdicción internacional una interpretación restrictiva por razones de conveniencia puede conducir a considerar que el foro carece de jurisdicción internacional. El parecido con la doctrina del *forum non conveniens* es manifiesta. La discreción anglosajona puede ejercerse en sistemas de derecho civil por vía de una discreta interpretación de las normas de jurisdicción internacional.

Es más aún, por vía de interpretación más restrictiva o más extensiva puede hacerse valer aspectos de conveniencia. Así es importante recordar que la Corte en *Eberth Clemens v. Brique Pault* consideró:

"Por lo expuesto, en general, la jurisdicción interna-cional es concurrente, no exclusiva. En cambio el derecho aplicable tiende en general, a la unidad. La jurisdicción puede ser exclusiva en determinados casos porque influyen valoraciones materiales de solución de fondo del caso que el foro se considera con derecho o poder para imponer. Son asuntos generalmente influidos por principios de orden público, normas de aplicación exclusiva o normas materiales imperativas" (ver caps. IX y XI).

Además, el principio de concurrencia de jurisdicciones hace presente la necesidad de reconocimiento o ejecución de sentencias extranjeras.

Pero ha de haber siempre un contacto razonable entre el caso y el foro. De no haberlo, la jurisdicción sería abusiva o exorbitante, esto es, ejercida sin contactos razonables, siquiera mínimos, que la sustenten (ver el caso "Zapata v. Stehlin", cap. XVII)

## § 11

JURISDICCION ARGENTINA Y DERECHO APLICABLE  
EN CONTROVERSIAS MULTINACIONALES

a) JURISDICCION INTERNACIONAL Y DERECHO APLICABLE

Existen relaciones muy considerables entre las normas de jurisdicción internacional que determinan el juez nacional competente para conocer y decidir una causa jusrprivatista multinacional y las normas de derecho internacional privado que determinan la solución material del caso. Tan próximas son esas dos cuestiones distintas que no cabe excluir su tratamiento de la parte general del D.I.Pr., aun cuando en sentido estricto quepa estudiar la jurisdicción internacional en el derecho procesal internacional. Es imposible, dejar de ver que las soluciones de los casos jusrprivatistas multinacionales, mediante cualquier clase de normas de derecho internacional privado, dependen mucho de quien sea el juez que individualizará la solución, cuestión, esta, regulada por las normas de jurisdicción internacional. Generalmente, a falta de normas uniformes de D.I.Pr., la determinación del juez nacional condiciona la aplicabilidad de las normas nacionales, internas, de D.I.Pr. Si un caso italoargentino, por ejemplo, quisiera ser resuelto por las partes adecuando sus conclusiones a la solución jurisdiccional que pudiere alcanzar la controversia, aquéllas deberían antes preguntarse por el juez nacional competente (italiano o argentino), y sólo luego de resolver esta cuestión, que resulta un verdadero presupuesto procesal de la solución de fondo, podrían determinar las normas nacionales italianas o argentinas de D.I.Pr. aplicables al caso, pues cada juez nacional aplicará las que su legislación le ordene, a falta de tratado unificador.

Empero, según se expón más adelante, ni aun la unificación internacional de las normas de D.I.Pr. (conflictuales o materiales) hace desdeñables o superfluas las cuestiones de jurisdicción internacional. Es preciso, pues, dar al estudio de estas relaciones mutuas el lugar que le corresponde en la parte general del D.I.Pr., sin que ello signifique confundir la naturaleza procesal de las normas de jurisdicción internacional con la naturaleza sustancial de las normas de D.I.Pr. Precisamente a evitar esa confusión tienden las siguientes consideraciones, relativas a las conexidades de aquellas normas de naturaleza y fundamentos distintos.

b) FUNDAMENTOS DE LAS NORMAS DE JURISDICCION INTERNACIONAL

1) *Derecho Internacional Público y jurisdicción internacional*

La jurisdicción internacional argentina es el poder de los jueces argentinos para decidir casos jusprivatistas multinacionales. El Derecho Internacional Público, como hemos visto, no impone normas precisas de jurisdicción internacional. Sólo contiene principios de orientación. Se requiere una relación razonable entre el caso y el foro. Ha de haber un mínimo de contacto razonable para que la jurisdicción pueda asumirse sin caer en exorbitancia o abuso jurisdiccional, cuya sanción más importante es el desconocimiento extranjero de la sentencia dictada por un tribunal que se arroga una jurisdicción exorbitante. Cabe recordar también en este contexto el caso *Zapata v. Stehlin* (ver extensamente en cap. XVII, p. 767.).

No hay dudas sobre el carácter limitativo de la soberanía jurisdiccional argentina que tienen dichas normas de jurisdicción internacional. Ese carácter fue inmediatamente advertido en los primeros pronunciamientos de la Corte vinculados al problema. Así, en el caso "Marciano Molina c. Morton" (Fallos, 7-267) la Corte consideró "que es un principio de derecho internacional que los tribunales de un Estado sólo ejercen jurisdicción directamente sobre las personas y cosas que se encuentran en su territorio.

porque fuera de él carecen de poder para hacer cumplir sus decisiones". En el caso "Gómez c. Baudrix, s. ejecución de sentencia" (Fallos, 7-282) confirmó la sentencia de instancia que daba lugar a la ejecución de una sentencia uruguaya en virtud de los principios del derecho internacional público y privado. Pero en el caso "Bustos c. Mantrola" (Fallos, 8-58) volvió a negar eficacia a actos extranjeros sobre la base de principios de territorialismo jurisdiccional. En igual sentido interpretando el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889, ratificado por la Argentina el 11/12/1894, se pronunció también el tribunal en el caso "Martinelli c. Panclo" (Fallos, 89-388).

Estas sentencias tienen el mérito de vincular el problema de la jurisdicción internacional al ámbito del derecho internacional público que garantiza la soberanía jurisdiccional argentina. Ello conduce a replantear los fundamentos en que se apoyan las normas de limitación de la jurisdicción interna nacional argentina. ¿Por qué los tribunales argentinos no habrán de considerarse dotados de jurisdicción para entender en todas las controversias jusprivatistas del mundo? Hay que responder muy cuidadosamente a este interrogante si se quiere comprender la naturaleza y funcionamiento de aquellas normas de jurisdicción internacional. Surge a primera vista una consideración sensata. El Estado argentino coexiste con otros Estados extranjeros. Estos también ejercen la jurisdicción. Desde un punto de vista lógicamente abstracto (normológico puro), cada Estado nacional podría declarar, en sus disposiciones internas, la pretensión de conocer en todas las causas del mundo. Desde una perspectiva realista y concreta (sociológica), ninguno de ellos abriga tan ilusoria pretensión. El límite de la jurisdicción propia viene impuesto por las probabilidades de reconocimiento y ejecución de las sentencias nacionales en países extranjeros. El estudio de dichas posibilidades conducirá a limitar la jurisdicción propia en casos de muy probable desconocimiento de sentencias nacionales. Tal desconocimiento extranjero tornaría líricas las sentencias nacionales dictadas en casos cuya realidad fáctica escapase al

imperio de los jueces que las hubieren pronunciado. En suma, el principio de efectividad de las decisiones limita la jurisdicción de los Estados nacionales.

## 2. Principios de independencia e interdependencia

A fin de superar las dificultades señaladas, los Estados suelen obligarse internacionalmente, por medio de tratados, a reconocer y, en su caso, ejecutar sentencias extranjeras bajo determinadas condiciones. He aquí ya una limitación positiva impuesta por el derecho internacional público convencional. No obstante, y con prescindencia de aquellos tratados internacionales, los Estados autolimitan por normas internas su jurisdicción internacional. Ya hemos considerado el principio de efectividad como fundamento de autolimitación jurisdiccional. Empero, otro principio sustenta también dicha autolimitación. Es el principio de independencia jurisdiccional. Podríamos afirmar que nuestra problemática se encuentra signada por el juego bidimensional de dos principios. Uno es el de independencia jurisdiccional. Según éste, los Estados consideran exclusiva y excluyente su jurisdicción en causas propias y, recíprocamente, se declaran incompetentes en causas que juzgan ajenas (territorialismo jurisdiccional). Otro es el de interdependencia jurisdiccional. Según éste, los Estados conceden extraterritorialidad a las sentencias extranjeras, admitiendo el ejercicio de extrañas jurisdicciones en causas relativamente vinculadas al Estado que reconoce aquellas sentencias, generalmente vinculadas a los aspectos ejecutivos de las decisiones foráneas.

Examinemos el principio de independencia. El Estado argentino tiene interés en que sus órganos jurisdiccionales se abstengan de resolver controversias enteramente extrañas a la paz nacional. Supongamos que dos españoles casados en Barcelona y domiciliados en Madrid otorgasen poder para demandar y contestar demanda, en Buenos Aires, sobre la nulidad del matrimonio español. Es evidente que tal controversia española nada tendría que ver con la vida social argentina. Imaginemos que una empresa domiciliada en Nueva York celebrara un contrato con una sociedad trasnacional europea domiciliada en Londres, y

que ante un conflicto surgido entre ellas la empresa domiciliada en Londres demandara a un representante en Buenos Aires de la sociedad neoyorquina, que por lo demás no ha intervenido en el contrato. Supongamos que se entable dicha demanda ante los tribunales de Buenos Aires, solicitándose embargo sobre bienes de la demandada sito en Buenos Aires. ¿Qué vinculación tendría aquel negocio con el mundo jurídico argentino? Como se advertirá, los dos casos propuestos son distintos en orden a los principios que limitan la jurisdicción de los jueces argentinos. En el caso del matrimonio español, evidentemente limita la jurisdicción argentina el principio de efectividad de las decisiones, ya que la sentencia de nulidad argentina ninguna probabilidad de reconocimiento tendría en España.

En el caso del contrato euroangloamericano, tal principio no sería fundamento bastante para limitar la jurisdicción argentina, por la radicación de bienes del demandado en el país, circunstancia que tomaría ejecutable el fallo nacional. El límite, en cambio, nacerá del interés del propio Estado argentino en no intervenir jurisdiccionalmente cuando la controversia verse sobre asuntos completamente ajenos a su territorio.

Sería interesante preguntarse por la situación creada si un tribunal argentino, a pesar de los argumentos expuestos, se declarase dotado de jurisdicción internacional para entender en dicho caso.

## 3. Principio de defensa: situación de "grave dificultad de la defensa en juicio"

Hemos anticipado ya que un eventual conflicto positivo de jurisdicción internacional podría conculcar, en circunstancias especiales, la garantía constitucional de defensa. Precisamente en el caso imaginado, en el cual el demandado en Buenos Aires no se domicilia en ésta, ni celebró en ella el contrato que causa la pretensión actora, ni se obligó a cumplir en tal ciudad prestación alguna por razón del negocio, puede configurarse una sustancial privación o grave dificultad de la defensa en juicio del demandado, que no ha podido razonablemente prever la demanda en Buenos Aires, ni organizar, por tanto, su defensa en ex-

traña jurisdicción. Máxime si el agravio se concreta en la inminente ejecutabilidad de esa sentencia sobre sus bienes sitos en el lugar del juez. Podría, en consecuencia, ponerse en "grave dificultad de la defensa en juicio" al demandado, en los términos de la jurisprudencia de la Corte (*Fallos*, 189-306; 192-240, 308; 193-487; 256-602).

Con independencia de la eventual privación de defensa sustancial, es además razonable que la autoridad jurisdiccional superior del país decida, revisándolos en cada causa, los límites externos de la soberanía jurisdiccional de la nación, esto es, los precisos alcances de los principios de interdependencia e independencia jurisdiccionales argentinos, sea interpretando normas internas, sea haciéndolo con normas oriundas de tratados internacionales.

Por su función delimitadora de la soberanía jurisdiccional de los jueces argentinos, aquellas normas de jurisdicción internacional revisten naturaleza federal autónoma, aun cuando se hallen incorporadas a leyes comunes. El deslinde de la jurisdicción de los jueces argentinos frente a la de tribunales extranjeros configura, de por sí, cuestión federal. No interesa que el juez argentino cuya jurisdicción internacional se cuestiona sea un juez provincial, porque aun así está en juego la jurisdicción argentina. No es decisivo que las normas de jurisdicción internacional se hallen incorporadas a un tratado para que su interpretación plantee cuestión federal, porque la cuestión federal surge de la naturaleza propia de esas normas delimitadoras de la jurisdicción argentina frente a otras jurisdicciones extranjeras. No se trata de normas federales de extranjería: se trata de la jurisdicción argentina vista desde el exterior y hacia el exterior del país, y de la regulación — si nos es lícito acudir a esta metáfora — del "servicio exterior" de la jurisdicción argentina. Es evidente para nosotros la naturaleza federal de dicha reglamentación en el derecho constitucional argentino, cualquiera que sea la dificultad de hallar en la Constitución nacional un texto normativo expícito para sustentar aquella afirmación nuestra.

Es facultad implícita del Congreso nacional dictar normas de jurisdicción internacional. Sería irrazonable que

las autoridades provinciales dictaran esas normas, por la necesidad esencial de regulación argentina uniforme. Todos los jueces argentinos deben aplicar las normas nacionales de jurisdicción internacional que revisten naturaleza federal.

En supuestos de carencia de normas de jurisdicción internacional específicas, se deberá aplicar por analogía las normas nacionales de competencia territorial. A este fin será fuente de elaboración muy importante la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre cuestiones de competencia.

Además, las normas de jurisdicción internacional argentinas deberán ser aplicadas al problema del reconocimiento de sentencias judiciales o arbitrales extranjeras. Los jueces provinciales argentinos requeridos de reconocimiento o ejecución de sentencias extranjeras apreciarán la jurisdicción internacional de los jueces extranjeros que las hayan pronunciado de conformidad con nuestras normas nacionales de jurisdicción internacional, siempre que no resulten aplicables normas de tratados.

Por otro lado, además del interés de los Estados en no desplegar actividad procesal destinada, desde el comienzo, a producir sentencias abstractas y carentes de efectividad, el interés del actor también tiende a entablar sus pretensiones ante el juez del país en el cual prevé razonablemente que la sentencia podrá ser ejecutada. Tal país será aquel en el cual el demandado resulte efectivamente vulnerable (domicilio del demandado, lugar de situación de sus bienes). El principio de efectividad consulta, pues, los intereses del demandante. Y también los del demandado, cuando éste tiene el centro de sus actividades en el lugar en que es demandado, pues no puede, salvo excepciones, alegar indefensión ante el foro de su domicilio. Desde luego, este principio puede ceder en las particulares circunstancias que seguidamente serán estudiadas. Resaltamos antes otra importante relación entre la protección de los intereses del demandante y la denegación internacional de justicia.

En ese orden de ideas, la defensa en juicio de los derechos materiales del demandante quedaría desvirtuada

si éste no pudiese demandar ante algún tribunal del mundo a un demandado nómada.

4. *Principio de defensa: denegación internacional de justicia*

En el famosísimo caso "Emilia Cavura de Vlasov c. Alejandro Vlasov" (Fallos, 246-87, o J.A., 1960-III-216), la Corte resolvió un conflicto de jurisdicción internacional no ya basada en la interpretación y aplicación de normas incorporadas a un tratado internacional, sino en virtud de normas internas incorporadas a una ley nacional de derecho común (art. 104, L.Matr.). La actora demandó a su esposo por divorcio y separación de bienes, invocando las causales de abandono voluntario y malicioso del hogar, adulterio e injurias graves. El matrimonio Vlasov había sido celebrado en Rumania, y en Buenos Aires constituyeron los cónyuges su domicilio tiempo después. El esposo se trasladó luego a Europa y, según él, había constituido domicilio real en Génova (Italia), por lo que opuso la incompetencia de los jueces argentinos para conocer en la causa de divorcio con base en los artículos 104, Ley de Matrimonio, y 90, inciso 9, Código Civil argentinos. El juez de primera instancia rechazó la excepción de incompetencia. La Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital la acogió declarando la incompetencia de los jueces argentinos. La Corte revocó tal decisión y declaró competentes a los jueces de Buenos Aires. Un análisis de las razones decisorias de la sentencia de la Corte muestra el siguiente panorama, de profundos fundamentos. En primer lugar, la Corte recuerda una vieja jurisprudencia suya, cuyos buenos oficios para la decisión del conflicto se evidencian en los argumentos del fallo. Se trata de la interpretación extensiva del artículo 9, ley 4055, a "otros conflictos insolubles entre jueces", que da lugar a la intervención de la Corte para dirimirlos (Fallos, 153-55; 162-171; 179-202; 181-137, y otros). En segundo lugar, aplicó el criterio jurisprudencial (sentado en Fallos, 178-304; 188-71; 201-483; 204-653, y otros) según el cual, aun cuando no estuviere caracterizada una típica cuestión de competencia, le incumbiría intervenir a la Corte si se llegara a producir una efectiva denegación de justicia por la declaración de incompetencia de los jueces a los que se sometiera las controver-

sias. Además, se fundamentó dicha intervención en la necesidad de controlar la garantía de la defensa en juicio comprometida (Fallos, 193-135). Es decir que el tribunal desentrañó la ratio de la norma aplicada (art. 24, inc. 7, decr.-ley 1285/58) y sus antecedentes definiéndola como finalidad de prevenir la denegación de justicia. He aquí el fundamento general de aquella norma. Sin embargo, tras descubrir dicha ratio genérica, la sentencia penetra en un aspecto especial y concreto de aquella razón: la finalidad de impedir también la denegación internacional de justicia. Como se advierte ya, tal fin quedó inescindiblemente vinculado a la garantía constitucional argentina de la defensa en juicio. Efectivamente: en tercer lugar, la Corte sentó el principio de concreción del concepto abstracto de privación de justicia, al establecer que este concepto debe ser contemplado con relación a las circunstancias de tiempo (Fallos, 233-144; 244-67 y 467), lugar y personas del caso planteado (en la propia sentencia "Vlasov", Fallos, 246, especialmente pág. 115, consid. 14, no enumerado en el pronunciamiento).

Por la índole de la materia aquí tratada, cabe considerar particularmente la concreción del concepto de privación de justicia con miras a sus circunstancias espaciales. En este orden de cosas, el tribunal tuvo presente la circunstancia de que el demandado tenía "sus negocios en los centros financieros industriales y comerciales más importantes del mundo", especialmente en empresas de navegación cuyos buques "pertenecen actualmente a la matrícula inglesa, italiana, panameña y griega". Estos elementos espaciales de juicio tornaban en extremo dificultosa la posibilidad de entablar la demanda contra Vlasov en el extranjero y, en cambio, fácilmente previsible el cuestionamiento por el demandado de la jurisdicción internacional de cualquier tribunal foráneo ante el cual pudiese ocurrir la actora, ya que el denunciado domicilio en Génova también podía mudarse o haberse ya mudado. En fin, escuetamente introduce la Corte una advertencia que en el caso parece razonable, aunque podría adquirir alcances muy extensos en otros. Dice, al concluir el considerando 14, que aquella dificultad de radicar la demanda

en el extranjero se agrava, en el caso, ante la imprevisibilidad de la decisión del juez extranjero sobre su propia jurisdicción internacional.

✕ 5. *Principio de derecho internacional público y de derecho constitucional argentino*

En el caso "Vlasov", la doctrina de la privación de justicia aplicada en el orden jurisdiccional interno fue extendida, por analogía de supuestos, a la esfera internacional. Destaca la obvia irrevisibilidad de tal hipotética decisión por la misma Corte.

Y ello en virtud del análisis de la probable sentencia del juez extranjero sobre su propia jurisdicción. El resultado negativo de la jurisdicción extranjera condujo a la conclusión de que la actora quedaba privada internacionalmente de justicia si no se abría para ella un foro nacional. Ahora bien: la sentencia conjuga admirablemente el principio de derecho internacional público que proscribe la denegación internacional de justicia con el principio de derecho constitucional argentino de la defensa en juicio.

Interesa destacar, además, que en el conflicto de jurisdicción internacional no existe, estrictamente, una contienda entre jueces de distintos países por la inexistencia de un tribunal supranacional — hasta hoy — que pueda dirimir aquel conflicto entre un juez argentino y otro extranjero, positivo o negativo, e insusceptible de decisión supranacional imperativa. Es precisamente ante eventuales conflictos negativos de jurisdicción internacional que se agudiza el peligro para la defensa en juicio. No obstante, según intentaremos demostrar luego, también un conflicto positivo puede conculcar la garantía de defensa.

Por último, y con miras al estudio de eventuales conflictos negativos de jurisdicción que se pudiera plantear con jueces italianos, creo interesante anotar dos sentencias italianas vinculadas al problema. La *Corte di Cassazione*, por sentencia en sesiones unidas del 18/6/1965 (n° 1259), en la causa "Schenardi C. Calestani di Schenardi", ha declarado la falta de jurisdicción italiana en un juicio de separación entre cónyuges no residentes ni domiciliados

en Italia, sobre la base del artículo 76, *Código Procesal*, cuyo primer apartado dispone que "la demanda de separación personal se presenta al tribunal del lugar en el que tenga residencia o domicilio el cónyuge demandado". La misma Corte italiana, por sentencia del 21/3/1967 (n° 632), en la causa "Rossi di Montelera c. Forbes de Granard e Porc. Rep. presso il Tribunale di Torino", ha decidido que la jurisdicción italiana subsiste aun en el caso en que sólo el cónyuge actor tenga su domicilio o residencia en Italia. He tomado noticia de estas decisiones en el libro utilísimo, elaborado según el modelo del *casebook*, del profesor ordinario de la Universidad de Milán, Mario Giuliano, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, en su 2ª edición ampliada, revisada y puesta al día con la colaboración del profesor Fausto Pocar, edición Giuffrè, 1970, páginas 108, 109, 125, 175. Ver también, al respecto, los trabajos de Marmo, "I limiti della giurisdizione italiana nei giudizi di separazione personale", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1948, II, páginas 96 y siguientes y Bonifazi, "Separazione di coniugi e competenza giurisdizionale del giudice italiano", en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1966, páginas 203 y siguientes.

Tomando en cuenta las características de movilidad espacial continua del domicilio del demandado en el caso "Vlasov", aun habiendo supuesto una sentencia italiana como la recaída en la causa "Schenardi", nuestra Corte decidió muy bien afirmar la jurisdicción argentina ante la perspectiva de demandar en el extranjero a un cónyuge con domicilio nómada. Si se compara la sentencia italiana en "Rossi di Montelera" con el fallo en la causa "Vlasov", toma mayor fuerza de persuasión el pronunciamiento en "Vlasov" (ver, también, Bidart Cárpos, "Problemas de jurisdicción internacional italiana en el reconocimiento de sentencias italianas de divorcio", en *J.A.*, secc. doctr., 1974-173).

El demandado errante no puede ostentar los intereses normales del demandado estable. A éste le interesa, justamente ser demandado ante el juez de su fácil acceso, ante el cual puede eficazmente organizar y ejercer su defensa. Parece sensato protegerlo más que a su agresor. A éste no

puede concedérselo que demande ante el juez que más lo favorezca, procesalmente o, con mayor razón, materialmente, sobre el mérito de su pretensión (*forum shopping*). La garantía de defensa del demandado se une al principio de independencia jurisdiccional de los Estados.

Las cuestiones de jurisdicción internacional están resueltas en casi todos los países mediante normas específicas (cf. Giuliano, *ob. cit.*, págs. 17 y sigs.) o por normas derivadas de la competencia territorial interna (Giuliano, *ob. cit.*, págs. 10 y sigs.). Tales disposiciones generales pueden provocar resultados injustos en algunos casos concretos. Ya Aristóteles nos enseñó sabiamente que "la causa de que no todo pueda determinarse por ley es que sobre ciertas cosas es imposible establecer una ley, sino que hace falta un decreto. Porque para lo indefinido la regla debe ser también indefinida, como la regla de plomo usada en la arquitectura de losbos, regla que se acomoda a la forma de la piedra y no permanece la misma. Pues así también el decreto se acomoda a los hechos". (*Ética a Nicómaco*, V. X). He aquí la sabiduría de la norma indefinida de jurisdicción internacional que deja a las partes "decretar" la elección del juez competente.

Sin embargo, no en todas las materias los Estados autorizan a las partes para que éstas decreten la elección del juez competente. En juicios que afectan el estado de las personas, v.gr., el interés público prevalece sobre cualquier interés privado e impide la próroga de jurisdicción internacional en jueces elegidos convencionalmente.

Se advierte, así, una coordinación de intereses públicos y privados que sirven de sustento a las normas de jurisdicción internacional.

Cabe recordar que la regla Vilasov es el actual artículo 227, Cód. Civ. ref. ley 23.515 (v. cap. XVII.).

#### e) NORMAS DE JURISDICCION INTERNACIONAL Y NORMAS DE CONFLICTO

##### 1. *Paralelismo en la elección del derecho aplicable y del juez competente*

Si las normas de jurisdicción internacional tienen preponderantemente en cuenta la solución que se persigue atribuir al caso, las normas de conflicto contemplan, sobre todo, el problema que el caso jurisprudista multinacional plantea. Las normas de conflicto toman en cuenta los hechos de la causa. Las normas de jurisdicción internacional consideraran, además, las conductas necesarias para la realización de las soluciones de la causa.

En tales condiciones, ¿será posible justificar un paralelismo en la elección del derecho aplicable y del juez competente? ¿Es razonable atribuir jurisdicción internacional a los jueces del país cuyo derecho se elige para solucionar el caso? Este interrogante no debe ser confundido con otra cuestión estrictamente vinculada a él, pero diametralmente opuesta, a saber: si también resulta justificado excluir la jurisdicción internacional de los jueces en un país en razón de no ser aplicable al caso el derecho de ese país. Si esta última cuestión fuese respondida afirmativamente, es evidente que los jueces sólo se considerarían dotados de jurisdicción internacional cuando su *lex fori* se aplicase para decidir sobre el fondo del caso. Ello equivaldría a excluir radicalmente la posibilidad de aplicación de leyes extranjeras por los jueces nacionales. En- pero, tal radicalismo es insostenible en la práctica de las soluciones "paralelas" casos jurisprudistas multinacionales, pues conduce a resultados harto aberrantes.

Examinemos separadamente las dos cuestiones planteadas.

##### 2. *Jurisdicción dependiente del derecho aplicable ("forum causae")*

En cuanto a la atribución de jurisdicción internacional concurrente a los jueces del país cuyo derecho resulta aplicable al caso, razones atendibles conducen a justificar

la jurisdicción del *forum causae* (juez cuya ley rige la causa).

Es razonable admitir que si el derecho argentino resulta aplicable al caso, las partes puedan dirimir la controversia ante los jueces argentinos. Ahora bien: la jurisdicción de los jueces argentinos no puede excluir, en principio, la de otros jueces extranjeros fundada en consideraciones procesales independientemente del derecho aplicable. Además, aquel *forum causae* argentino quedaría plenamente justificado si el derecho argentino fuera aplicable al caso no exclusivamente por vía de las normas de conflicto argentinas (aplicables siempre por los jueces argentinos), sino por la elección concordante de las normas de conflicto vigentes en los países a los cuales el caso se vincula sustancialmente, por los hechos de su causa. Tal armonía de elecciones convergente sobre el derecho argentino aplicable sería, sin duda, razón suficiente para abrir el *forum causae* argentino concurrente.

Empero, si el derecho material argentino es aplicado sólo por indicación de las normas de conflicto argentinas, ¿es razonable admitir igualmente la jurisdicción Internacional argentina, aunque sea concurrente?

### 3. Jurisdicción razonablemente previsible

Imaginemos un contrato celebrado entre dos partes domiciliadas en países cuyas normas de conflicto eligen como aplicable al contrato el derecho del lugar de su celebración. Ese contrato, no obstante, tiene su lugar de cumplimiento en la Argentina. ¿Es razonable que una controversia sobre el contrato pueda ser decidida por los jueces argentinos por la circunstancia de que, según las normas de conflicto argentinas, el contrato se rige por el derecho material argentino? A primera vista parecería que no. Sin embargo, ¿no es razonable exigir de las partes la previsión de que el contrato podría sujetarse al derecho del lugar de ejecución sobre la base de las normas de conflicto de tal lugar? A mi modo de ver, la exigencia de esa previsión no carece de razonabilidad, pues los intereses sustanciales de las partes y los terceros se han vinculado

al lugar de ejecución en donde el contrato desarrollará su función económica típica, no resultando plausible que aquéllas se desinteresen del derecho vigente (de colisión y material) del lugar que les interesó económicamente.

Desde una perspectiva nacional, es inobjetable que el legislador argentino atribuya jurisdicción Internacional a sus jueces para decidir controversias multinacionales que aquél considera sometidas al derecho material argentino. Más justificado se presenta aquel paralelismo de competencias legislativa y jurisdiccional cuando se establece mediante acuerdos entre varios países. En los tratados de derecho civil internacional de Montevideo, tanto de 1889 cuanto de 1940, los países ratificantes han convenido que "las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio". (art. 56). Empero, los párrafos siguientes del mismo artículo admiten otros foros concurrentes con el *forum causae*. Desde esta perspectiva convencional, la elección del derecho material aplicable es uniforme, de modo que todos los países concuerdan en la individualización del derecho aplicable y, por ende, del *forum causae*. La uniformidad de la norma de jurisdicción internacional queda asegurada por la uniformidad de las normas de conflicto convencionales.

No obstante, si las normas de conflicto sufriesen interpretaciones nacionales discordantes, se abriría nuevamente la posibilidad de jurisdicciones internacionales divergentes, a causa de que varios países ratificantes podrían juzgar aplicable al caso su derecho material propio, con lo cual cada uno de ellos se consideraría dotado de jurisdicción internacional, y podría acontecer que una de las partes entablase demanda en un país que se considerase con jurisdicción, mientras que la otra entablara la acción ante otro país que también se atribuyese la jurisdicción. En estos casos, esa divergencia interpretativa sobre las normas de conflicto produciría el peligro de sentencias contradictorias.

Supongamos que los jueces argentinos consideran que la eficacia de la prestación de unos servicios contractuales se relaciona con Buenos Aires, mientras los jueces uru-

guayos entienden que se vincula a Montevideo (art. 38, inc. b del tercer párrafo, del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, diciembre de 1940). Cada uno de ellos se consideraría con jurisdicción internacional para dirimir la controversia sobre el contrato (art. 56). Es evidente que en tales casos extremos el *forum causae* pierde relevancia práctica, pues quedará desplazado por el foro más efectivo, esto es, por aquel cuya sentencia tenga más posibilidades de efectividad: de ordinario, el foro del domicilio del demandado, en el cual éste, generalmente, posee bienes vulnerables.

#### 4. El "*forum causae*" más efectivo

Nuestra argumentación no es enteramente ajena a la realidad jurisprudencial relativa al Tratado de Montevideo de 1940.

En la importante sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 15/3/1968, en la causa "Emilio Luis Lamas c. Banco Mercantil del Río de la Plata de la ciudad de Montevideo" (Folios, 270-151, o J.A., 1-1969-65), se trataba de un contrato entre el actor y el banco demandado, celebrado por correspondencia, cuyo objeto era gestionar la aceptación por Yacimientos Petrolíferos Fiscales de un préstamo ofrecido por el banco que comisionó al actor para tal gestión. La mayoría de la Corte juzgó que el contrato se regía por el derecho del lugar de su cumplimiento, que consideró localizado en Buenos Aires (art. 38, tercer párrafo, b), por la eficacia de los servicios vinculada al domicilio de Y.P.F. En cambio, uno de los jueces votó en disidencia, con serios fundamentos interpretativos del Tratado, aunque insuficientes para desvirtuar la argumentación de la mayoría. El doctor Risolia interpretó que el artículo 42 del Tratado es específico con relación al 38 y lo desplaza en materia de contratos celebrados por correspondencia. Tal norma especial haría aplicable a esos contratos la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada, pues la perfección de los contratos que contempla queda implicada en el concepto de existencia a que alude el artículo 37 del mismo Tratado. En consecuencia, todo cuanto se refiere al contrato entre ausentes

quedaría regido por la ley elegida en el artículo 42. Pero, además, por si ello no fuera bastante, consideró que aun aplicando la norma de conflicto general del artículo 37, el lugar de cumplimiento era Montevideo porque la comisión pretendida por el actor debía pagarse en el domicilio del demandado. De modo que para la disidencia el derecho aplicable era el uruguayo y, por ende, el *forum causae* también.

Como se advierte, si un juez argentino pudo interpretar el Tratado en aquel sentido, podrían también hacerlo los jueces uruguayos. ¿Cuál sería el resultado? Supongamos una sentencia condenatoria del banco demandado, que en realidad fue absoluta (sentencia de la C.S.N. en la misma causa, de fecha 26/12/1974; cfr. E.D., 60-527, nota de Cassagne), dictada en Buenos Aires. Los jueces uruguayos estarían obligados a ejecutarla, pues gozaría de la misma fuerza que en la Argentina (art. 5 del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940), pero a condición de que hubiera sido dictada por juez competente en la esfera internacional (art. 5, inc. a, del mismo Tratado).

Ahora bien: los jueces uruguayos, a fin de establecer la jurisdicción internacional de los jueces argentinos, deberían interpretar las normas de conflicto convencionales sobre contratos. Si tal interpretación condujese a los jueces uruguayos a considerar aplicable al contrato el derecho material uruguayo, la sentencia argentina habría sido dictada por jueces incompetentes en la esfera internacional. Hay que resaltar que el domicilio del banco demandado radicaba en Montevideo, y que el banco no constituyó voluntariamente la jurisdicción argentina (art. 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional).

He aquí la dependencia de la jurisdicción internacional respecto del derecho aplicable. Tal dependencia trasladada las divergencias interpretativas de las normas de conflicto a las normas de jurisdicción internacional. ¿Es razonable someter una cuestión procesal, que debería ser decidida con reglas evidentes, a las dudas interpretativas propias del derecho aplicable? Ello depende de un tema cada día más atrayente: el de saber si las normas de conflicto

convencionales han de ser flexibles o precisas. Si han de ser flexibles, no cabe abandonar la jurisdicción internacional a las variantes determinaciones de las normas flexibles; si han de ser precisas y evidentes, es razonable aquella dependencia o paralelismo de competencias. Las normas de conflicto de los tratados de Montevideo sobre contratos son altamente precisas. Sin embargo, como quedó expuesto, no están exentas de toda necesidad de precisión, tal como se advierte con la determinación del lugar especial al que la prestación de los servicios se vincula. Vemos la importancia que tiene la norma para resolver contratos de trabajo internacional.

En este orden de ideas, es interesante observar que la valiosísima Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea (cfr. proyecto y relato de los profesores Mario Giuliano y Paul Lagarde y del director del Ministerio de Justicia de los Países Bajos, Th. van Sasse van Isselt, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, nº 1, 1973, págs. 189 a 260), que contiene ciertas normas de conflicto flexibles, no regla la jurisdicción internacional. Es claro que esas normas flexibles mucho dependerán de las normas de jurisdicción internacional de los diversos países de la Comunidad. No en vano el profesor Batiffol ha tratado las teorías del profesor Cavers sobre normas de conflicto flexibles a continuación de sus críticas a las ideas foristas de Ehrenzweig, en el primer capítulo, "Conflicts de lois et conflits de juridictions", de su curso en la Academia de Derecho Internacional sobre "Le pluralisme des méthodes en droit international privé" (R.D.C.A., 1973-II, vol. 139, págs. 100 y sigs.). Hay que destacar que desde el 1/2/1973 está en vigor la Convención de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y comercial en la Comunidad Económica Europea. Por ello, la precitada Convención de Roma podrá descansar, digamos, sobre las soluciones de esta Convención de Bruselas (cfr. Droz, "Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun" *Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Dalloz, Paris, 1972).

### 5. Pluralidad de derechos aplicables y "forum causae"

Cabe considerar aquí diversas cuestiones que se suscitan con motivo de la deducción de jurisdicción internacional de los tribunales del país cuyo derecho resulta aplicable al fondo de la controversia. A un caso concreto pueden resultar aplicables varios derechos nacionales, aunque por cierto a distintos aspectos del caso (v.gr., capacidad de las partes, validez formal y sustancial del acto). En esta hipótesis, ¿habrá que considerar con jurisdicción internacional a cuantos países resulten competentes para regir los diversos aspectos del caso mediante sus derechos nacionales?

### 6. Incerteza sobre el derecho aplicable

Además, al entablar las pretensiones y defensas no siempre es posible afirmar con certeza el derecho aplicable al caso, que puede variar según la investigación de los hechos en el curso del proceso de conocimiento. ¿Cómo se podrá, entonces, afirmar la jurisdicción internacional de un tribunal por la razón de ser aplicable su *lex fori* al fondo del asunto?

Estas objeciones toman sin duda discutible la enunciada deducción de la jurisdicción internacional de las normas de derecho internacional privado.

Y así como puede resultar embarazoso desprender la jurisdicción internacional del derecho aplicable, también puede llevar a graves dificultades la interpretación y aplicación de normas de jurisdicción internacional que impliquen el tribunal competente por medio de referencias que implican conceptos de derecho de fondo. Es lo que ocurre con el artículo 3285, C.C.. Para determinar si corresponde dirigir las acciones al juez del domicilio del único heredero del causante, es necesario saber si sustancialmente un solo heredero tiene derecho a la herencia, lo cual no se conoce hasta la decisión del mérito de las pretensiones de herencia.

7. Interpretación de las normas de jurisdicción internacional según el principio de certeza

Una dificultad análoga presenta la interpretación del artículo 1215, C.C., una de las normas de jurisdicción internacional en materia contractual multinacional. Dicha norma abre la jurisdicción argentina a los litigios relativos a contratos que deban ser cumplidos en la República, aunque el deudor no esté domiciliado en ella ni resida aquí.

¿Qué se entiende por "lugar de cumplimiento" a los fines de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos para entender en litigios contractuales vinculados a múltiples sistemas jurídicos nacionales? No cabe entender lo mismo que a los fines de conectar el derecho aplicable al contrato (arts. 1209, 1210, 1212 a 1214, C.C.). Goldschmidt juzga obvia la razón del distinguo: "En materia de derecho aplicable se evita, dentro de lo posible, el fraccionamiento subjetivo del contrato (*la petite coupure*); al contrario, de la órbita de la jurisdicción internacional, cuantas más jurisdicciones se ponen a disposición de los interesados, tanto más cómoda se hace la realización de la justicia. Por ello, a los efectos de los artículos 1215 y 1216, C.C., 'lugar de cumplimiento' es cualquier lugar de cumplimiento del contrato. Por consiguiente, el vendedor puede deducir la demanda ante los jueces del país en donde el comprador está obligado a pagar. Pero el actor no puede entablar la demanda en el país en el cual debió cumplir (y cumplirlo), sino que debe demandar, o en el domicilio del demandado, o en el lugar en donde el demandado debió cumplir" (cf. *Derecho internacional privado*, 4ª ed., 1982, n° 315). En otro lugar de la citada obra de Goldschmidt se expresa que "el actor no debe ir a los tribunales del país en donde se ejecutará (o se habrá ejecutado ya) la prestación característica por ser la característica, sino que debe ir a los jueces del país en donde el demandado debe llevar a cabo la prestación con miras a la cual la demanda fue incoada. Y que puede, por cierto, coincidir con la prestación característica; ello es así por la sencilla razón de que sólo en este supuesto la localización del tribunal brinda la ventaja de la fácil realización de una eventual condena" (cf. n° 321; la bastardilla es nuestra).

Como se advierte, Goldschmidt sumministra en verdad dos fundamentos de la distinción de conceptos de "lugar de cumplimiento". El primeramente enunciado, relativo a la *comodidad* de las partes a fin de realizar la justicia, y el segundo, concerniente a la *efectividad* de una condena eventual. Sin perjuicio de las razones en que Goldschmidt apoya el distinguo, cabe agregar otra, a mi juicio de jerarquía superior a aquellas. Es perentorio formular el distinguo para asignar al artículo 1215, C.C., un sentido acorde con su función procesal de hacer evidente, a las partes y a los jueces, los lugares en que se puede entablar las pretensiones, y esto, antes de entablarlas. Este es el primer valor que interesa al orden jurídico en esta cuestión: la seguridad de hallar un juez con jurisdicción internacional en sitios preestablecidos con claridad y evidencia. En segundo lugar, interesa brindar comodidad a las partes. Estas, por lo demás, sabrán prever, según las circunstancias, el foro más efectivo, o podrán organizar, con prudente previsión, las garantías que tornen electivo determinado foro. Por ende, la primordial finalidad del distinguo radica en la necesidad de no embarazar el concepto procesal "lugar de cumplimiento" que requiere *evidencia* con el mismo concepto sustancial "lugar de cumplimiento" que requiere *proceso de conocimiento*.

En tales condiciones, no hallo razón para negarle al actor la posibilidad de entablar la demanda en el país en que él debió cumplir y cumplirlo, aunque su prestación hubiese sido la más característica, pues a los efectos del artículo 1215, C.C., "lugar de cumplimiento" significa cualquier lugar de cumplimiento del contrato, sea o no el que incumbe a la prestación típica sustancialmente relevante para seleccionar el derecho aplicable.

Supongamos que el actor ha obtenido una garantía o cautela en el lugar de la prestación característica que él ya cumplió a fin de asegurar el cumplimiento de una obligación atípica del demandado; v.gr., el vendedor obtuvo garantías suficientes por el pago de mercaderías vendidas. El vendedor-actor podría reclamar el pago del precio de las mercaderías en el lugar de cumplimiento de la obligación típica que él ya ejecutó (trasferencia del dominio de las mercaderías al comprador-demandado).

Imaginemos que el vendedor entrega mercaderías en Buenos Aires y un comprador de Londres debe pagar el precio en Zurich, habiendo otorgado el comprador garantías suficientes en Buenos Aires. No hay, a mi juicio, impedimento para que el actor pueda demandar en Buenos Aires el pago que no se cumplió como era debido en Zurich, sin necesidad de demandar en el domicilio del comprador en Londres.

En conclusión, es suficiente determinar cualquier lugar de ejecución del contrato para que se considere a los jueces de tal sitio revestidos de jurisdicción internacional. Generalmente, el eventual actor tomará a tiempo garantías en algún lugar de ejecución, a fin de robustecer su efectividad convirtiendo un foro de cumplimiento en foro de patrimonio. Esta solución ha sido admitida por la jurisprudencia (ver cap. XXVI).

#### 8. Derecho aplicable dependiente de la jurisdicción ("forum shopping")

Es hora ya de tratar el segundo de los problemas planteados. ¿Es razonable la regla según la cual, cuando los jueces de un país se consideren dotados de jurisdicción internacional para decidir un caso jusprivatista multilateral, pueden aplicar, sin más, su *lex fori*? Es difícil desvincular esta cuestión del nombre de Ehrenzweig, quien ha difundido, como principio general, la posibilidad aquí señalada con el interrogante de la duda (cfr. Ehrenzweig, "Specific principles of private transnational law", en *Recueil des Cours*, 1968-II, t. 124, págs. 167/379).

La aplicación de la *lex fori* fue disfundida por Ehrenzweig como un estándar jurídico, como una tendencia general, mas no — la lucidez y conocimiento del autor le impidieron comulgar con un radicalismo tan aberrante — como una regla inflexible, excluyente de la posibilidad de aplicación del derecho extranjero en forma sistemática. Hemos caracterizado su tendencia con el vocablo alemán *Heimwärtsstreben*, que Goldschmidt traduce como "afán hacia los pagos" (*La doble nacionalidad en derecho internacional privado*, Bs.As., 1973, n° 150). No sería inmoderado calificar la tendencia a la *lex fori* como chauvinista.

Hay que reconocer, empero, que la tendencia a la aplicación de la *lex fori* vive aún vigorosamente en la conciencia jurídica de los jueces. Desde luego, la aplicación del derecho extranjero exige tareas arduas, costosas, de resultados a veces inciertos y otras veces injustos e inadmisibles en el foro. Las causas de aquella inclinación general a la *lex fori* son graves. Pero no menos graves son las dificultades e injusticias a las que conduce la tendencia a la *lex fori*. El profesor Batiffol ha puntualizado sobria y magistralmente las críticas a dicha tendencia (*Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, lug. cit., págs. 88 y sigs.).

#### 9. Jurisdicciones exorbitantes

La primera dificultad grave en la aplicación práctica de aquella concepción radica en la diversidad de normas nacionales de jurisdicción internacional, en la falta de un sistema uniforme de distribución de la jurisdicción de los jueces nacionales. Ello conduce a una creciente multiplicación de jurisdicciones exorbitantes. En materia contractual, por ejemplo, puede haber jurisdicción concurrente en los lugares de ejecución del contrato, de celebración, del domicilio del demandado, de situación de bienes del deudor. Ahora bien: esa concurrencia de jurisdicciones engendra, de admitir la aplicación cuasistemática de la *lex fori*, incerteza sobre el derecho aplicable al contrato y, además, la posibilidad de que el actor elija unilateralmente, al momento de demandar, el juez competente y, por esa vía, nada menos que el derecho aplicable al fondo de su pretensión (*forum shopping*). La primera consecuencia destruye la seguridad jurídica; la segunda, sumada a la primera, arruina la justicia.

Bien es verdad que el actor podría prevalerse de la jurisdicción más favorable a su demanda en razón de la diversidad de normas de conflicto vigentes en los distintos foros y, por ende, el *forum shopping* no quedaría exclusivamente posibilitado por la aplicación de la *lex fori*. Empero, no deja de facilitar ese *forum shopping* la tendencia de la *lex fori*. Mientras que por la diversidad de normas de conflicto la elección unilateral del derecho aplicable es una

posibilidad dudosa, tal elección por la aplicación de la *lex fori* es una posibilidad cierta para el actor.

Sobre jurisdicción exorbitante ver el caso *Zapata v. Stehlin* (véase en cap. XVII).

#### 10. El "forum shopping" y la indefensión sustancial

Las consecuencias del *forum shopping* son tan injustas que los partidarios de la *lex fori* renunciarían razonablemente a defender esa tendencia hasta dichas consecuencias. Tendrían que aceptar una excepción al estándar forista. Es que en tales supuestos la aplicación de la *lex fori* le causaría indefensión sustancial al demandado, si éste no pudo prever que sería agredido ante un tribunal completamente ajeno a las previsiones razonables de las partes al momento de celebrar el negocio. No estaría aquí en cuestión tan sólo la garantía de defensa en juicio procesal del demandado, sino precisamente su garantía de defensa sustancial, esto es, la posibilidad de que le fuesen eficazmente tutelados sus derechos subjetivos materiales jusprivatistas. Tal garantía sustantiva se volatilizaría, pues una de las partes (el actor) podría, por su sola voluntad procesal, dejar al demandado sin *normas materiales (lex causae)* que resguardaran sus intereses, pues regirían las inesperadas (para el demandado) normas materiales de la *lex fori* para decidir una cuestión que jamás se vinculó a esas normas impuestas por el actor. Si el demandado fuera vulnerable en el país del juez, por tener bienes allí, aquél sufriría un menoscabo directo y concreto de su defensa material.

¿Es tolerable ese menoscabo? Lo juzgo contrario al orden público argentino, por violatorio de la garantía de defensa consagrada en el artículo 18, C.N., y, por ende, comprendido en el artículo 14, inciso 1, C.C. (cfr. nuestro estudio "Nullidad incierta del matrimonio extranjero por impedimento de ligamen. Carga de la prueba y defensa en juicio", en *J.A.*, Doctr., 1974-759).

En definitiva, la *lex fori* de los jueces argentinos no será aplicable si con ello se lesiona la garantía de defensa en sentido sustancial que la Constitución nacional confiere al

demandado, argentino o extranjero. Me inclino a pensar que la citada garantía es reconocida en el moderno derecho constitucional de los Estados nacionales. He aquí un interesante tema de investigación comparativa, obviamente tangencial al objeto de las presentes consideraciones. Tal vez como resultado de dicha comparación quepa afirmar aquella garantía como un "principio general de las naciones civilizadas", con el consiguiente alcance vinculado al *Jus cogens* del derecho internacional público.

Hay que admitir, además (como se expone más detalladamente al considerar el funcionamiento de la norma de conflicto), que las calificaciones procesales de ciertas cuestiones dudosas, el reenvío generalmente admitido al derecho propio y el despliegue chauvinista del orden público (cfr. Martin Wolff, *Derecho internacional privado*, pág. 17) contribuyen en buena medida a la preponderancia de la *lex fori*.

#### 11. La "lex fori" como socorro

En fin, no cabe omitir que motivos de urgencia y eficacia inmediata tornen razonable la elección de la *lex fori* para decidir ciertos casos. Así, v.gr., si los tribunales argentinos tienen jurisdicción para discernir la tutela o la curatela, el cuidado de la persona protegida se rige por la *lex fori* (art. 409, C.C.). Parece una solución digna de encomio, máxime si se compara la fecha de su adopción (1869) con la fecha de la Convención de La Haya (1961) sobre la "competencia de autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, actualmente en vigor en Alemania, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Suiza, que somete las medidas de protección de los menores a la ley interna de las autoridades competentes para adoptarlas. Empero, si bien esas soluciones satisfacen la necesidad de medidas seguras e inmediatas, no escapan a preocupaciones desde el punto de vista de la justicia de la elección del derecho aplicable" (cfr. Batifol, *Recueil des Cours*, cit., págs. 87/88; Batifol-Lagarde, vol. II, n° 501; Mosconi; Von Steiger; Kropholler, cit. Batifol).

d) NORMAS DE JURISDICCION INTERNACIONAL  
Y NORMAS DE POLICIA

1. *Jurisdicción argentina dependiente de la "lex fori"*

Mediante las normas de policía, el legislador nacional elige su derecho interno (*lex fori*) como aplicable a un caso multinacional. He aquí la autoelección del derecho propio del legislador de normas de policía, inspiradas en el fin de proteger ciertos intereses generales y públicos del país comprometidos inmediatamente en los actos multinacionales. Se trata de la incidencia de los intereses nacionales en los casos multinacionales jusprivatistas, incidencia que adquiere mayor importancia cuando los Estados se proponen organizar, controlar y dirigir las estructuras jusprivatistas que repercuten, en conjunto, en la planificación económica de aquellos Estados. Ciertamente, no sólo intereses públicos económicos dominan la finalidad de las normas de policía, sino también intereses públicos familiares, asistenciales, sociales. Nuestra problemática se refiere ahora a las relaciones que presentan esas normas con las que regulan la jurisdicción internacional.

En primer lugar, se puede establecer que en la materia en que el legislador argentino dicte una norma de policía de derecho internacional privado, allí también se debe afirmar la jurisdicción internacional de los jueces argentinos. He aquí el paralelismo de competencias que permite deducir la jurisdicción internacional argentina de las normas de policía argentinas.

Resulta interesante dedicar, en este contexto, algunas consideraciones al artículo 7, Ley de Matrimonio argentina n° 2393 derogada por la ley 23.515. Se trataba, indudablemente, de una norma de policía destinada a la defensa de la indisolubilidad del vínculo de los matrimonios celebrados en la Argentina, que el legislador había querido proteger sometiendo la disolubilidad de tales vínculos al derecho de familia argentino exclusivamente. Es incuestionable que los jueces argentinos tenían jurisdicción para entender en las acciones de divorcio y nulidad de los matrimonios celebrados en la Argentina si el marido ha tenido algún domicilio en ella (art. 104). Empero, si sólo la

celebración del matrimonio vinculare a los cónyuges con la jurisdicción argentina, el artículo 7 era base de jurisdicción bastante. Esta jurisdicción no era exclusiva, como lo entreeva claramente el mismo artículo 7 al comienzo. El juez extranjero del lugar del domicilio conyugal del matrimonio (art. 104), celebrado en la Argentina, debía aplicar estrictamente el derecho argentino (art. 7) para juzgar su disolución con efectos en la Argentina.

Era notable también el artículo 82, Ley de Matrimonio. Esta norma de policía enfocaba el matrimonio extranjero disoluble, según las leyes del país de su celebración, por causas no reconocidas en el derecho argentino, y que sólo se disolverá en la Argentina según el derecho argentino. Así se deberá entender, sin duda, la autoelección del derecho propio mediante la referencia al artículo 81 que hacía el artículo 82.

Ello significa que los jueces y autoridades argentinas sólo reconocerían disoluciones en la Argentina de matrimonios foráneos según la *lex fori*. Un juez argentino no podía aplicar un derecho divorcista extranjero para divorciar, en el país, un matrimonio disoluble por divorcio, v.gr., en el país de su celebración. La jurisdicción internacional argentina quedaba aquí vinculada a la necesidad de aplicar la *lex fori*. En suma: en materia de disolución de matrimonios, los jueces argentinos aplicarían siempre su *lex fori*.

Sin embargo, no deja de ser una curiosa paradoja la aplicación, en la Argentina, de la *lex fori* a la disolución de matrimonios extranjeros y, por otro lado, el reconocimiento de sentencias de disolución de matrimonios extranjeros dictadas por jueces extranjeros a los que se consideraba en la Argentina dotados de jurisdicción internacional. La paradoja parece radicar en que los jueces argentinos no aplicaban un derecho extranjero de disolución matrimonial en sus sentencias, pero sí, en cambio, reconocían eficacia en la Argentina a sentencias foráneas que disolvían matrimonios extranjeros según un derecho familiar extranjero. Para reconocer esas sentencias, los jueces y autoridades argentinas no necesitaban aplicar o imitar directamente un derecho extranjero, aunque si debían juzgarlo inofensivo del orden público argentino

MICA  
SPZ 71111  
EN AFS.

(arts. 517 y 519, C.Proc.). Pero, ¿qué clase de norma de policía resultaba el artículo 82, Ley de Matrimonio, si se muestra tan flexible y tolerante con sentencias extranjeras de divorcio, aunque no lo hacía directamente con las leyes extranjeras en que tales sentencias se fundaban? No cabe soslayar la autocontradicción axiológica del orden público argentino.

En este orden de ideas, cuadra plantear las relaciones que existen entre las normas de policía de derecho internacional privado matrimonial argentino y las normas argentinas de jurisdicción internacional en litigios matrimoniales. El estudio de dichas relaciones esclarece algunas dificultades en esta materia y resulta importante a fin de comprender la señalada autocontradicción.

Siempre que los jueces argentinos tenían jurisdicción internacional conforme al artículo 104, Ley de Matrimonio, aplicaban al fondo del asunto su *lex fori* (arts. 7 y 82, i.Matr.). He aquí una norma de policía que se aplicaba tanto a matrimonios argentinos como a matrimonios extranjeros.

En cuanto a sentencias extranjeras de disolución matrimonial, si ellas disuelven matrimonios argentinos se enfrentaban con el artículo 7, Ley de Matrimonio; si disolvían matrimonios celebrados en el extranjero se enfrentaban con el artículo 104, Ley de Matrimonio, y los recaudos del artículo 517, Código Procesal. Con relación a ellas no se oponían las normas de policía de los artículos 7 ni 82.

## 2. "Lex fori" dependiente de la jurisdicción argentina

La cuestión quedaba, entonces, reducida a la disolución de matrimonios extranjeros. En estos casos, la "lex fori" argentina estaba condicionada por la jurisdicción interna argentina (art. 104, L.Matr.). Si esta jurisdicción argentina no era exclusiva, los jueces extranjeros dotados de jurisdicción internacional podían dictar sentencias de divorcio vincular aplicando el derecho que sus normas de conflicto les indiquen con plena eficacia en la Argentina.

## 3. Jurisdicción de los jueces extranjeros

Pero, ¿cuándo los jueces extranjeros están dotados de jurisdicción internacional según el derecho argentino? Esta es la pregunta clave, de cuya respuesta depende el reconocimiento de divorcios sentenciados en el extranjero de matrimonios celebrados en el extranjero.

Hay que tener en cuenta la trascendental sentencia recaída en la causa "Jobke, Alfredo J., c. Neidig, Carlos A.", fallada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 9/5/1975 (ver J.A., 29-1975-99, y E.D., 62-288, con nota de Werner Goldschmidt). Esa sentencia brinda la respuesta a la cuestión planteada, interpretando la Ley de Matrimonio, artículo 104. Véase ahora capítulo XVII.

Tienen jurisdicción internacional concurrente los jueces extranjeros de los siguientes lugares: a) último lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges en el extranjero; b) domicilio del demandado; c) domicilio de los dos cónyuges separados; d) a falta de certeza sobre el domicilio del demandado o de los cónyuges separados, cabe considerarlos radicados en el lugar de su residencia (art. 90, inc. 5, Cód. Civ. argentino).

Hay que advertir una condición esencial para que funcionen tales jurisdicciones foráneas concurrentes: que el matrimonio celebrado en el extranjero no haya tenido último domicilio conyugal en la Argentina. En cambio, si la última e indiscutida convivencia de los cónyuges tuvo lugar en la Argentina, la jurisdicción de nuestros tribunales es exclusiva y excluyente de toda otra extranjera (cfr. consid. 8º de la sentencia de la Corte en la causa recordada).

He aquí cómo una cuestión que normalmente debería ser resuelta por la ley argentina indicando el derecho aplicable a la disolución de los matrimonios extranjeros, sea por normas de conflicto, sea bilateralizando la norma de policía del artículo 7 (derecho del lugar de celebración), se resuelve indicando los foros extranjeros que consideraría con jurisdicción internacional. Los jueces de esos lugares decidirán según su derecho de colisión y material.

4. *Aplicación indirecta del derecho extranjero por vía de reconocimiento de una sentencia extranjera*

¿Se trata de que el artículo 104 contenía una verdadera norma de colisión, y no meramente de jurisdicción internacional en esos casos? En efecto: consideramos aplicable a la disolución y nulidad de matrimonios celebrados en el extranjero el derecho del domicilio conyugal o el derecho del último domicilio de la demandada o el derecho de los domicilios de los cónyuges separados (ver "Jobke"). Pero ese derecho aplicable lo sería sólo indirectamente por vía de reconocimiento de una sentencia extranjera.

5. *La inaplicabilidad de la "lex fori" conduce a la ausencia de jurisdicción argentina*

En esta materia es exacto afirmar que cuando la *lex fori* argentina no era aplicable (art. 7 y arts. 104 y 82), los jueces argentinos carecían de jurisdicción internacional, y recíprocamente, cuando aquéllos la tenían sólo aplicaban su *lex fori*. He aquí el unilateralismo más absoluto de las normas de policía (arts. 7 y 82), que condicionadas a su vez por las normas de jurisdicción internacional (art. 104), delimitaban el ámbito de aplicación espacial del derecho matrimonial argentino, desinteresándose de la cuestión por falta de jurisdicción internacional siempre que ese derecho matrimonial no resulte apriorísticamente aplicable. Cualquier aplicación de un derecho matrimonial extranjero quedaba abandonada a los jueces extranjeros (cfr. Loussouarn, "Cours général de droit international privé", en *Recueil des Cours*, 1973-II, t. 139, pág. 376).

En suma: mientras la jurisdicción internacional de los jueces extranjeros (art. 104) no permitía eludir la aplicación del artículo 7 a la disolución de matrimonios celebrados en la Argentina (derecho matrimonial argentino), aquella jurisdicción foránea permitía claramente eludir la aplicación del artículo 82 a la disolución de matrimonios celebrados en el extranjero (derecho matrimonial argentino). Cuando el matrimonio era extranjero, la carencia de jurisdicción internacional argentina posibilitaba el reconocimiento en el país de una sentencia extranjera e, indirectamente,

tamente, del derecho que aplicase el juez extranjero competente (uso jurídico extranjero).

En cambio, un matrimonio extranjero no se disolvía por los jueces argentinos (art. 82), ya que la *lex fori* no preveía disolución judicial (art. 82, y art. 31, ley 14.394). Siempre registrará la *lex fori* para el juez argentino.

¿Es justo que un matrimonio extranjero no pueda ser disuelto en la Argentina según su derecho propio por jueces argentinos? Los jueces argentinos no disuelven aunque reconozcan la disolución. ¿Por qué? Este unilateralismo está inspirado por una concepción relativista del orden público argentino. Este considera contrario a dicho orden público el divorcio con relación a los jueces argentinos, pero no con relación a las sentencias de jueces extranjeros. Ahora, una concepción relativista del orden público, apenas si podrá subsistir como concepción de orden público.

En definitiva, se advierte que tanto las normas de jurisdicción internacional del artículo 104 como las normas de policía de los artículos 7 y 82 se hallaban inspiradas por un criterio de valoración material (jusprivatista): el orden público matrimonial relativo a la defensa de los vínculos argentinos (art. 7) y de los vínculos extranjeros, sólo cuando ellos se relacionasen con la jurisdicción argentina (arts. 104 y 82). He aquí la fórmula de transacción.

Se advierte en la transacción una relación de limitación espacial de las normas materiales argentinas por las normas de jurisdicción internacional, con lo cual ingresamos ya en el tema de las relaciones existentes entre aquellas clases de normas.

Cuando el derecho material argentino no se halla delimitado en su aplicación espacial por normas de policía que tienen esa función delimitadora, entonces, las normas de jurisdicción internacional producen esa limitación del derecho material argentino.

Empero, cuando una norma de policía argentina no indica como aplicable el derecho material argentino, ¿se debe considerar carente de jurisdicción internacional la justicia argentina?

La situación ha cambiado radicalmente con la ley 23.515 y el nuevo artículo 161 Cód. Civ. argentino (v. cap. XVI.1).

e) NORMAS DE JURISDICCION INTERNACIONAL Y NORMAS MATERIALES

Es innegable la gran afinidad que existe entre las soluciones que brindan las normas de policía y las que proporcionan las normas materiales de fuente nacional. Ambas normas solucionan el problema del caso multinacional según criterios de justicia material de la *lex fort*. Con la diferencia, no obstante, de que las normas de policía pueden remitir la solución a normas de la *lex fort* aplicables a casos internos como a casos multinacionales, mientras que las normas materiales brindan directamente soluciones especiales para casos multinacionales, inaplicables, en cambio, a controversias puramente internas.

Las normas materiales de derecho internacional privado argentino de fuente interna (v. gr., arts. 138 y 139, C.C.) solo son aplicables a casos multinacionales en los que la jurisdicción internacional incumbe a los jueces argentinos por aplicación de normas de jurisdicción internacional argentinas tanto internas como de fuente internacional, siempre que no resulten aplicables normas materiales de fuente internacional (tratados de unificación de derecho privado o costumbres internacionales).

Las normas materiales, o algunas cláusulas materiales insertas en el Tratado de Montevideo, unificadoras de derecho privado, dependen también de las normas de jurisdicción internacional del mismo Tratado, pues los jueces nacionales podrían asignar a dichas normas o cláusulas una significación relativamente laxista. Así, v. gr., la cláusula de orden público común del artículo 1 del Tratado de Derecho Civil Internacional dependerá significativamente de la *lex fort* en sus precisiones necesarias para ser aplicada. ¿Quién calificará si una incapacidad tiene carácter penal, religioso, racista, nacionalista o ideológico? A pesar de la concreción de tales pautas, no siempre se las aplicará sin previas precisiones segura-

mente influidas por la *lex fort*. Los impedimentos del artículo 13 no se examinan de la misma dependencia de la *lex fort* del Estado que puede desconocer el matrimonio celebrado con los impedimentos de los incisos b, c, d y e.

Las normas materiales uniformes de fuente internacional se relacionan también con las normas de jurisdicción internacional que se suelen hallar en la misma fuente convencional. Es un hecho que las normas materiales unificadoras de soluciones creadas especialmente para casos multinacionales típicos (contratos de transporte aéreo, marítimo, venta) dependen considerablemente del derecho vigente en el tribunal al que se ha asignado jurisdicción internacional. La *lex fort* puede llegar a designar las normas materiales (cf. Lagarde, "Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois?", en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1964, págs. 235 y sigs.), hasta el punto de que se ha hablado de una jurisdicción supranacional (cf. Riese, "Une jurisdiction supranationale pour l'interprétation du droit unifié", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1961, págs. 717 y sigs.)<sup>28</sup> a fin de evitar la desunificación material.

Por otra parte, algunos tratados de unificación remiten la solución de determinados aspectos de los casos a la ley interna del tribunal dotado de jurisdicción (arts. 21, 22 y 25 de la Convención de Varsovia de 1929 sobre contratos de transporte aéreo). Ahora bien: la *lex fort* determina el convenio que ha dejado indelimitadas ciertas cuestiones que someti6 a las normas materiales del tribunal convencionalmente elegido. No se puede negar que las normas de jurisdicción internacional convencionales desempeñan el papel de normas de conflicto, al elegir, mediante la selección del tribunal, las normas materiales nacionales del juez. De nuevo aparece en el horizonte la posibilidad del *forum shopping* (véase nuestro estudio "Uniform Law in Practice. The Latin American Experience", *Undroit Comparé* 1987, Oceana 1989.).

En cuanto a las normas materiales de fuente consuetudinaria internacional, sus relaciones con la jurisdicción internacional son también considerables. Es evidente que

las cláusulas de ventas marítimas, de pagos bancarios internacionales, de referencia a los usos profesionales, aparecen muchas veces ante jurisdicciones nacionales. Cuál no será, pues, la importancia de saber qué normas de jurisdicción internacional pueden conducir el litigio ante los jueces de uno u otro país, a fin, precisamente, de plantearlo ante los jueces que reciban, interpreten, limiten o nieguen tales normas materiales consuetudinarias conforme a sus leyes internas del modo que más interés a las partes. Estas normas materiales pueden verse, a su vez, influidas por las normas de conflicto del juez, por sus normas de policía y por sus normas materiales nacionales relativas a casos multinacionales. Las partes harán bien en no descuidar el problema de la jurisdicción internacional aun aquí y, por si acaso, más allá del arbitraje que pudiera merecer la controversia.

## § III

AUTONOMIA DE LAS PARTES EN LA ELECCION  
DE JUECES ARGENTINOS O EXTRANJEROS  
(ACUERDOS DE PRORROGA  
DE JURISDICCION INTERNACIONAL)

a) REFORMAS AL ARTICULO 1  
DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

La Comisión integrada por los doctores Carlos J. Colombo, Néstor D. Cichero y Jaime L. Anaya, a los efectos de elaborar un proyecto de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y creada por resolución 34, del 23 de noviembre de 1978, tomada por el ministro de Justicia de la Nación, proyectó reformas trascendentes al artículo 1 del Código, que ya había sufrido una modificación sustancial en virtud de la ley 21.305 (E.D., 66-891). Una de las reformas restringió el ámbito de la prorrogabilidad de la jurisdicción en jueces extranjeros o árbitros que

actúen fuera de la República a los asuntos exclusivamente patrimoniales de índole internacional; se requiere la internacionalidad de la controversia. La otra suprimió la limitación al ejercicio del derecho de prórroga por razón del momento en que pueda acordársela.

De modo que la prórroga no sólo puede ser acordada antes de los hechos que den origen a la controversia, tal como lo dispuso la modificación introducida por la ley 21.505, sino en cualquier tiempo. Quedan a salvo las normas especiales de los tratados internacionales, las prohibiciones legales y la jurisdicción argentina exclusiva<sup>372</sup>

El artículo 1 del Código Procesal está alineado ahora en la tendencia a autorizar la prórroga. Así, la ley 20.461 (B.O., 14/6/1973) autorizó al Banco de la Nación a prorrogar la jurisdicción en tribunales extranjeros, autorización que mantienen el artículo 29, párrafo 2º, de la ley 21.351 y el artículo 27, párrafo 2º, de la ley 21.799. La ley 20.758, artículo 47, párrafo 2º, estableció análoga autorización para el Banco Nacional de Desarrollo, la cual se mantiene en el artículo 50, inciso 2, de la ley 21.629. La ley 20.548 (B.O., 9/11/1973) autoriza al Poder Ejecutivo nacional a prorrogar la jurisdicción en tribunales extranjeros y en tribunales arbitrales con dirimente imparcial.

b) FUNDAMENTOS DE LA PRORROGABILIDAD

Al estudiar la reforma introducida por la ley 21.305, habíamos destacado la insuficiencia de los fundamentos que se expresó para sustentarla, considerando las siguientes razones que justifican la prórroga de jurisdicción internacional: la elección equitativa del tribunal competente, la certeza sobre jurisdicción internacional, la prevención del

<sup>372</sup> Según la reforma de la ley 22.434: "Carácter. La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable.

"Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el art. 12, inc. 4, de la ley 48, exceptuándose la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en los que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley".

*forum shopping*, la prevención de cuestiones de litispendencia y de sentencias contradictorias, la identificación de la *lex fori* con la *lex causae*, la elección de un tribunal neutral, la efectividad de jurisdicción internacional mediante un foro de patrimonio acordado, la unidad concreta de la solución para la controversia internacional, que en definitiva tienden a la ~~privación~~ <sup>privación</sup> del comercio internacional <sup>373</sup>. Estos fundamentos, invocados por la Comisión con respecto al nuevo artículo 1, han de ser analizados ahora con particular interés, por su carácter de criterios interpretativos.

"El art. 1 del proyecto mantiene la solución de la ley 21.305 admitiendo la prorrogabilidad de la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, dejando a salvo los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva, a lo que agrega los supuestos en que la ley argentina prohíbe tal prórroga. Además, ciñe el ámbito de la prorrogabilidad a los asuntos patrimoniales de índole internacional. Esta restricción se funda en que, si bien la prórroga a favor de jueces extranjeros o árbitros que actúen fuera del país puede ser instrumento adecuado para facilitar y promover el comercio internacional, especialmente a través de la armonía y uniformidad en las decisiones que por su medio se alcanzan, tal justificación sólo concierne a las controversias de carácter internacional. Ha de tenerse en cuenta que la exigencia de que el caso sea de carácter internacional encuentra respaldo en el derecho comparado y en los fundamentos científicos de la prorrogabilidad. Cabe destacar, en tal sentido que, mediante conformidad de las partes, esta prórroga puede actuar para prevenir la elección unilateral de jurisdicción que favorezca la pretensión sustancial del actor, esto es, lo que la doctrina conoce como prevención del *forum shopping*: agrégase a ello también la eliminación de intrincadas cuestiones de litispendencia internacional y de sentencias contradictorias, la posibilidad de elegir un nuevo tribunal neutral o con jurisdicción efectiva para la ejecución del fallo, la identificación de la ley del tribunal competente con

la ley de fondo aplicable a la controversia y, especialmente, la obtención de la unidad concreta en la solución del caso. Estos principios sólo alcanzan sus proyecciones más relevantes en las controversias de carácter internacional.

"En cambio, el proyecto se aparta de la solución vigente en cuanto supone toda limitación al ejercicio del derecho de prórroga por razón del momento en que pueda acordarse. La prohibición de la prórroga durante o después del momento en que se producen los hechos que motivan la intervención de jueces extranjeros o árbitros que actúen fuera de la República, es susceptible de suscitar graves incertidumbres, toda vez que suele ser difícil determinar y más aún probar cuándo se produjeron los hechos que dan lugar al litigio. Adviértase que, para establecer el momento en que se desencadenan los aludidos hechos, tendrán que apreciarse circunstancias de difícil valoración y hacer mérito de elementos, frecuentemente subjetivos, sobre las diferencias de las partes en la interpretación de los negocios o acerca de conductas, no siempre precisas, para fijar los hechos, con los que se inicia la controversia.

"La conformidad de partes requerida por la norma y por el artículo 2 es esencial tanto para la prórroga interna como para la internacional. Es obvio que, no mediando libre acuerdo de voluntades, carecerá de eficacia, siendo suficiente a tales efectos la aplicación de la regla genérica sobre el consentimiento; es, por tanto, innecesario que el artículo se refiera especialmente a esa circunstancia. Por lo demás, no ha de perderse de vista que la regulación propuesta en el artículo 1 tiene su complementación eventual cuando el laudo o sentencia deban ejecutarse en la República en los requisitos cuyo cumplimiento exigen los artículos 517 y 519 bis".

Ver: "Fundamentos de las reformas en particular", en E.D.L.A. 1980-816, han de ser analizados ahora con particular interés, por su carácter de criterios interpretativos.

#### 1. Equidad de la elección

Las partes pueden acordar la elección del tribunal competente, con miras a la sustancia y circunstancias de la

<sup>373</sup> Ver *supra*, cap. V.

concreta controversia, actual o eventual, que las normas legales sólo pueden contemplar con criterios de tipicidad ordinaria. Pero los casos atípicos, y aun los típicos en que puedan resultar competentes tribunales alejados de los intereses de las partes, requieren que ellas puedan convenir la competencia de los jueces que más les satisfagan. No siempre el legislador está en condiciones de determinar los tribunales ante los cuales más les conviene litigar a las partes. Y tratándose de controversias exclusivamente patrimoniales, debe prevalecer generalmente la tutela de los intereses privados <sup>374</sup>.

## 2. *Certeza sobre la jurisdicción internacional*

Los Estados nacionales a los que se vincula la controversia internacional legislan, por lo general, unilateralmente sobre jurisdicción internacional (v. gr., arts. 1215 y 1216, C.C.). De ahí la posibilidad de conflictos positivos o negativos de jurisdicción internacional, imposibles de dirimir supranacionalmente, pues son excepcionales los resueltos mediante tratados y aun a éstos puede interpretárselos discordantemente.

Es ilustrativa de esta situación la divergencia de votos en el fallo de la Corte recaído en la causa "Emilio L. Lamas c. Banco Mercantil del Río de la Plata de la ciudad de Montevideo", del 15 de marzo de 1968 (*Fallos*, 270-151), cuyo estudio es aleccionador para la prevención de incertidumbre sobre la jurisdicción internacional reglada por el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 <sup>375</sup>. El acuerdo de prórroga previene a las partes contra esta costosa e incua incertidumbre, tomando evidente e indiscutible el tribunal ante el cual aquéllas deberán discutir la controversia. De ahí que el artículo 1215 de nuestro Código Civil también deba ser entendido persiguiendo esta finalidad de certeza <sup>376</sup>. La doctrina com-parada acoge este fundamento de la prórroga <sup>377</sup>.

<sup>374</sup> Ver *supra*, cap. IV, § II, A, 5.

<sup>375</sup> Goldschmidt, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, Buenos Aires, 4ª ed., 1982, n.º 187; ver también cap. XXVI, § IX, A y B.

<sup>376</sup> Ver *supra*, cap. VI.

<sup>377</sup> Ver notas 10, 15, 18 y 22.

También ha sido invocado en el célebre caso fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 12 de junio de 1972, "The Bremen et al. c. Zapata off Shore Co.", 407 US 1 (1972), el cual posee gran valor comparativo en el derecho argentino <sup>378</sup>.

## 3. *Prevención del "forum shopping"*

Tal como lo caracterizó la Comisión reformadora, el *forum shopping* consiste en la elección unilateral del tribunal que más favorezca la pretensión sustancial del actor <sup>379</sup>. El acuerdo de *prorrogatio fori* suprime radicalmente tan irrisoria especulación <sup>380</sup>.

## 4. *Prevención de cuestiones de litispendencia y de sentencias contradictorias*

La prórroga elimina los problemas y conflictos procesales originados por la multiplicidad de procesos en países distintos, evitando que las partes recurran al doble proceso para neutralizar las sentencias respectivas. Esta múltiple actividad procesal internacional puede conducir a resultados reñidos con la defensa en juicio formal y sustancial <sup>381</sup>. Ello es así por la posibilidad de que una jurisdicción extraña a la causa se haga efectiva sobre bienes del condenado en un *forum non conveniens*. He aquí el peligro que la prórroga suprime, evitando una eventual violación al principio de defensa integrante de nuestro orden público <sup>382</sup>.

<sup>378</sup> Ver su comentario *infra*, cap. XXVI, § I, B, 2, d.

<sup>379</sup> Ver nota 3.

<sup>380</sup> Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, París, 1972, n.º 171, pág. 111; ver también *supra*, págs. 215 y sigs., lugar en el cual se analiza la problemática y las consecuencias del *lesivo forum shopping*.

<sup>381</sup> Ver nuestro trabajo "Nulidad incierta de los matrimonios celebrados en el extranjero: defensa en juicio y carga de la prueba", en J.A., 1974-759, Doctrina.

<sup>382</sup> Ver nuestro trabajo "Conflictos sobre jurisdicción internacional ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cuestiones federales de jurisdicción internacional", en E.D., 62-619 y sigs.

### 5. Identificación de la "lex fori" y la "lex causae"

Si bien la elección del derecho aplicable no implica necesariamente la elección de los jueces del país cuyo derecho se ha elegido, es usual que ambas elecciones sean convergentes a fin de identificar la ley del tribunal competente con la ley de fondo aplicable a la controversia. De tal identificación se siguen varias ventajas prácticas innegables. En primer lugar, evita al tribunal competente la investigación y aplicación del derecho extranjero, pues la *lex causae* es, por elección de las partes, la propia *lex fori*. En segundo lugar, suprime las dificultades embarazosas a que conduce la distinción entre cuestiones procesales y sustanciales, como la prescripción, la carga de la prueba, las presunciones legales<sup>383</sup>. Finalmente, es claro que esta identificación simplifica y, por ende, acelera el proceso. La elección del tribunal además, implica la elección del derecho internacional privado del país al que pertenece el tribunal, pues éste aplicará como punto de partida su propio sistema de derecho internacional privado.<sup>384</sup>

### 6. Elección de un tribunal neutral

La posibilidad de elegir un tribunal de un país neutral respecto de los intereses de las partes favorece la garantía de imparcialidad. Tal fue uno de los considerandos de la famosa sentencia de la Corte Suprema estadounidense en el caso "Zapata". Razones de prestigio pueden influir también, sobre todo tratándose de partes pertenecientes a países en vías de desarrollo<sup>385</sup>. No pudiendo retener la controversia ante los jueces del país, pero no queriendo someterse por prestigio interno e internacional a los tribunales de la otra parte, acuerdan una jurisdicción neutral. He aquí la fórmula de transacción. Pero cabe advertir que el argumento de neutralidad es válido también para el

<sup>383</sup> Ver este problema en el magistral cap. V, "Substance-procedure", de Willis L. M. Reese, en su "General course of private international law", *Recueil des Cours*, 150, 1976-II-85 y sigs.

<sup>384</sup> Ver nuestra "Introducción".

<sup>385</sup> Ver Mayenflsch, *La clause arbitrale de juridiction et la clause arbitrale dans les contrats de vente à caractère international*, Fribourg, 1957, pág. 30, nota 2.

supuesto de controversias entre partes de equilibrado poder económico, tal como ocurrió en el caso "Zapata".

Es también comprensible esta elección de los tribunales de un tercer Estado, por la resistencia de las partes a que sólo una de ellas se obligue a litigar en jurisdicción extranjera por dificultades del desconocimiento de las normas procesales extrañas, del idioma, de la representación y asesoramiento que tornan más costoso el proceso en el extranjero. De ahí que se pueda distribuir estas cargas mediante la elección de un tribunal perteneciente a un tercer Estado. Erróneo, si aquellas dificultades conducen en el caso concreto a una manifiesta indefensión de cualquiera de las partes, habría que evitar siempre una denegación de justicia<sup>386</sup>.

### 7. Efectividad de la jurisdicción internacional mediante un foro de patrimonio acordado

Las partes pueden acordar la jurisdicción internacional de un *foro de patrimonio bilateral*. Ello se logra alanzando ambas partes el cumplimiento de las obligaciones emergentes del fallo. Esas garantías pueden ser muy diversas, pero lo importante es que pueda hacerse las efectivas por la misma jurisdicción elegida.

Tales garantías tornan autosuficiente la jurisdicción elegida y su efectividad es plena para solucionar íntegramente la controversia, generalmente en pretensiones condenatorias, ya que en dichos casos será innecesario hacer reconocer el fallo ante los tribunales del domicilio del demandado o de los lugares en que el condenado posea bienes. En estos casos, la elección puede ser bien delibada por las partes, especialmente con relación a la onerosidad del negocio. Pero es claro que en algunos tipos de contratos no es posible, económicamente, acudir a la consiliación de garantías de cumplimiento del fallo eventual.

<sup>386</sup>

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 246-87, "Emilia Cavara de Vasov c. Alejandro Vasov", ver *supra*, Cap. VI Cap. XVII. En cuanto al debido proceso en Estados Unidos, ver *Leilar*, *American conflicts law*, 3ª. ed., 1977, pág. 53; especialmente sobre contratos de adhesión, ver *infra*, II.

### 8. *Unidad concreta de la solución para la controversia internacional*

La solución concreta asignada por un tribunal o árbitro efectivo conduce a la uniformidad concreta de la decisión, transformando una controversia multinacional total, esto es, un caso que requiere una solución hacendera mediante el cumplimiento de conductas a cumplir multinacionalmente, en un caso multinacional parcial, cuya solución es practicable íntegramente en un solo país, aun cuando los hechos problemáticos se vinculen a una pluralidad de sistemas jurídicos estatales. Con esa solución, todo el caso se resuelve de modo único y concreto en el país donde las partes lo localizaron.

### 9. *Promoción del comercio internacional*

"No basta, desgraciadamente, tener razón en la serena región de los principios, mientras los deseos más legítimos permanezcan prácticamente irrealizables porque motivos puramente políticos persisten en obstaculizar la circulación y las comunicaciones de las personas y las mercaderías. Hasta hay países en que es erigida en sistema la entrega más o menos absoluta de todo comercio en manos de la autoridad pública. Digámoslo claramente: en ello hay una tendencia en oposición con el concepto cristiano de la economía social. La libertad de actuación de que el comerciante tiene necesidad vale lo mismo más allá que más acá de las fronteras de su país" (alocución de Pío XII, 28 de abril de 1950).

Todos los criterios expuestos son factores que promueven el comercio internacional, necesitado de certeza y uniformidad concreta en las soluciones de los negocios, sean éstas espontáneas o litigiosas. Se hace para ello imperioso prevenir conflictos de jurisdicción internacional. Y es claro que las concepciones conducentes a invertir a cada Estado nacional vinculado a un caso internacional de una jurisdicción exclusiva y exorbitante, como principio general, resultan reñidas con la facilitación del comercio exterior. De modo que en un contrato internacional es más valioso un acuerdo razonable sobre la juris-

dicción que cualquier imposición coactiva, porque puede ser harto difícil solucionar adecuadamente las luchas y conflictos entre jurisdicciones y autoridades nacionales. Todos los Estados tienen igual soberanía para arrogarse jurisdicción internacional, pero no todos pueden ejercer efectivamente dichas competencias jurisdiccionales con la misma intensidad ante el caso. Las partes pueden acordar, con equitativa libertad, los tribunales competentes. Y los Estados nacionales siempre pueden subsidiarlas para garantizar condiciones equitativas del acuerdo, porque éste depende del debido proceso. He aquí el principio que se debe preservar en toda prórroga de jurisdicción internacional. Preservado el debido proceso, la seguridad que puede realizar la prórroga de jurisdicción internacional es indudable instrumento promotor del comercio internacional, en el cual ha de prevalecer aquella certeza frente a restricciones locales que no reposan en estrictas exigencias del interés particular de los Estados nacionales. Por lo demás, la celeridad y seguridad jurídica es un principio fundamental que orientó la reforma (*Fundamentos de las reformas en general*, I).

### c) INTERNACIONALIDAD DE LOS ASUNTOS EXCLUSIVAMENTE PATRIMONIALES

Con criterio encomiable, la reforma condiciona la prorrogabilidad de la jurisdicción en jueces extranjeros o árbitros que actúen fuera de la República a la *internacionalidad* de la controversia eventual o actual. La Comisión afirma, con indudable acierto, que los enunciados fundamentos científicos de la prorrogabilidad conciernen en los casos internacionales. El precedente desarrollo de tales fundamentos demuestra su estricta atinencia a las controversias de índole internacional. Sólo en éstas se justifica aquella prorrogabilidad. He aquí una restricción trascendente de la reforma, que lleva a sus justos límites el ejercicio de la prórroga en tribunales extranjeros y, por consiguiente, le dota de una razonabilidad tanto menos discutible cuanto más se despliegan las relaciones comerciales internacionales y se comprende los mutuos benefi-

cios de tal creciente y saludable expansión, cualesquiera que sean las coyunturales incidencias que las normas de policía del comercio exterior rellejen sobre aquellas relaciones jurprivatistas.

En el derecho comparado se extiende la exigencia de la internacionalidad del asunto por la aparición de elementos de extranjería relevantes. Un asunto es internacional cuando aparece de tal modo conectado a múltiples sistemas jurídicos nacionales que puede suscitar un conflicto de jurisdicción internacional<sup>387</sup>. La posición doctrinal, que tan meritoriamente ha sido defendida en contra del requisito de la internacionalidad<sup>388</sup>, no parece haber prevalecido, pues el profesor Henri Batiffol, en un comentario donde hace referencia a la autonomía conflictual de las partes, estrechamente vinculada a la prorrogabilidad que hemos reservado a los contratos de índole internacional, afirma: *Félicitons-nous de ce que cette vue, qui paraît bien indispensable, gagne décidément de terrain*<sup>389</sup>.

El artículo 1 introducido por la ley 21.305 autorizó la prórroga de jurisdicción internacional y de competencia territorial interna "en los asuntos exclusivamente patrimoniales". En cuanto a la prórroga de competencia territorial interna, cabe suponer que resulta autorizada en asuntos exclusivamente patrimoniales absolutamente internos, esto es, sin elementos de extranjería que tornen internacional la controversia.

Ahora bien: en el régimen de la ley 21.305, la prórroga de jurisdicción internacional "a favor de jueces extranjeros

<sup>387</sup> Batiffol, "Problèmes de contrats privés internationaux", *Cours de droit*, Paris, 1961-1962, pág. 36; Goldman, "Un traité fédérateur: La convention entre les Etats membres de la CEE sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1971, pág. 8; En Alemania: MünchKZB, "Prorogation und Schiedsverfahren im internationalen Zivilverfahren", en *Zwischenstaatliche Fragen des internationalen Zivilverfahrens*, pág. 178; aunque es dudosa la posición de la jurisprudencia. En los países escandinavos: Eck, "The contractual forum: Scandinavia", *American Journal of Comparative Law*, 1964, vol. 13, part. 1<sup>a</sup>, pág. 177.

<sup>388</sup> Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, 1965, n.º 296-311, págs. 186-197.

<sup>389</sup> Batiffol, comentario a Boggiano, *Derecho Internacional privado*, Buenos Aires, 1<sup>a</sup> ed., 1978, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1980, n.º 1, l. 69, pág. 215.

o de árbitros que actúen fuera de la República" parece igualmente procedente en controversias internas, pues en el texto del antiguo artículo no se requiere que el asunto sea internacional para que pueda funcionar la prórroga en favor de jueces o árbitros extranjeros. De modo que aun en controversias derivadas de un contrato celebrado en la Argentina para cumplir en el país sin elementos objetivos de extranjería, se podría ejercer la prórroga de jurisdicción internacional.

La Convención de La Haya del 15 de abril de 1958, sobre compraventa internacional de mercaderías, permite la prórroga en compraventas de carácter internacional (art. 1, párrs. 1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup>).

La Convención de La Haya del 25 de noviembre de 1965 prevé la elección del tribunal en relaciones internacionales (art. 2).

Del examen comparativo surge, como regla general, que la prórroga en favor de tribunales extranjeros es admitida en controversias internacionales. La prórroga de jurisdicción en jueces extranjeros tiene fundamento en la necesidad de facilitar el intercambio y comercio internacionales. No parece justificada en casos absolutamente internos, sin conexiones de extranjería que permitan caracterizar la internacionalidad del litigio.

#### d) TIEMPO DEL ACUERDO

##### 1. Prórroga "ante litem nataam"

Aunque la prórroga puede ser acordada separadamente del contrato principal, lo usual es pactarla como cláusula incorporada al mismo contrato, para dirimir las eventuales controversias que el negocio pudiese suscitar. Tales cláusulas son incorporadas tanto en contratos negociados cuanto en contratos de adhesión a condiciones generales predispuestas típicamente. Sobre su inclusión en éstos volveremos más adelante. La prórroga *ante litem nataam* cumple paradigmáticamente la función preventiva de conflictos de jurisdicción internacional. Este tipo de prórroga ya había sido admitido por la ley 21.305.

## 2. Prórroga "post litem natain"

Ante la mayor peligrosidad de la cláusula compromisoria admitida por el artículo 1 de la ley 21.305, respecto del compromiso prohibido por este mismo, se ha sugerido interpretar el nuevo artículo mediante un argumento *a fortiori*: si la ley admite la cláusula compromisoria, con mayor razón ha admitido el compromiso (ver Goldschmidt, "Modificación del art. 1 del decreto-ley 17.454 y su enjuiciamiento", E.D., 66-669, esp. pág. 672).

Empero, el artículo 1 establece que el acuerdo será válido, "únicamente, cuando haya sido celebrado con anterioridad a los hechos que motivan la intervención de éstos" (jueces extranjeros o árbitros que actúen fuera de la República).

Frente a la prohibición legal expresa de acordar la prórroga durante o después de ocurridos los hechos litigiosos, la interpretación *a fortiori* expuesta resulta una derogación interpretativa de la prohibición legal y, consiguientemente, una interpretación que conduce a la prescindencia de la prohibición y que excede el marco de posibilidades interpretativas que el sentido inequívoco de la norma expresaba con la palabra "únicamente".

Es lo cierto, sin embargo, que la prohibición de la prórroga durante o después de suscitarse los hechos que motivan la intervención de los árbitros o jueces parece irrazonable y, además, proclive a suscitar incertidumbre. Irrazonable, porque no se advierte fundamento que la sustente, pues las partes de una controversia ya suscitada pueden acordar con mejor conocimiento de causa una prórroga de jurisdicción que los contratantes enfrentados a una controversia sólo eventual; proclive a generar incerteza, porque en la realidad será harto difícil probar cuando se produjeron "los hechos que motivan" la *litis*. Sería entrar en pruebas y calificaciones de elementos generalmente subjetivos, pues los hechos generadores de la controversia pueden consistir en diferencias interpretativas de un negocio, de conductas sin precisión objetiva y temporalmente continuadas. Sería ingresar en un campo peligrosamente conjetural, erizado de presunciones, indi-

cios y sospechas sobre el momento exacto en que nació la *litis* en los hechos. Pues se alude a los hechos, y no a la introducción de la demanda o a la traba de la *litis* ante un tribunal cuya jurisdicción fuera a ser consentida tácitamente mediante acuerdo implícito de partes. Por estos fundamentos que dio la Comisión se introdujo una reforma en el artículo 1, que faculta el acuerdo de prórroga en cualquier momento. Cabe así la *prorrogatio tacita post litem natain*, generalmente mediante consentimiento de la competencia del tribunal por actos procesales concluyentes<sup>390</sup>. La reforma ha introducido una regla consagrada en el derecho comparado: se la admite en Francia<sup>391</sup>, Inglaterra<sup>392</sup>, Alemania<sup>393</sup>, Holanda<sup>394</sup>, Suiza<sup>395</sup>, entre otros.

Empero, se ha de advertir que algunos sistemas extranjeros sólo admiten la prórroga *post litem natain* en forma escrita<sup>396</sup>.

## e) DERECHO APLICABLE AL ACUERDO DE PRORROGA

En el caso de cláusulas de prórroga de jurisdicción incorporadas a un contrato internacional (*prorrogatio ante litem natain*), el derecho aplicable al contrato rige la validez de la prórroga. Es muy delicado establecer si la misma *lex contractus* rige la cuestión atinente a la disparidad de poder negociador (*disparity of bargaining power*) y sus

<sup>390</sup> Conf. art. 56, párr. 3º, Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.

<sup>391</sup> Batiffol-Lagarde, t. II, n° 688, pág. 381; Gaudemet-Tallon, ob. cit. *supra*, nota 18 n° 264 y sigs., págs. 168 y sigs.

<sup>392</sup> Graveson, *Conflict of laws*, London, pág. 116; el excelente estudio de Kahn-Freund, "Jurisdiction agreements: some reflections", en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 26, octubre de 1977, pág. 828.

<sup>393</sup> *Matthes, Die deutsche internationale Zuständigkeit*, págs. 72 y sigs.

<sup>394</sup> Sauverplanne, "Les modes non formels de la volonté en droit néerlandais", *Trav. Ass. Henri Capitant*, t. XX, págs. 223 y sigs.

<sup>395</sup> Guldener, *Das internationale und interkantonalzivilprozessrecht der Schweiz*, pág. 74, nota 233.

<sup>396</sup> Austria: § 104 de la *Jurisdiktionsnorm*; Yugoslavia: art. 64 del *Cód. Procesal Civil*; Polonia: arts. 1104 y 1105 del *Cód. Procesal Civil*; Checoslovaquia: art. 37, 1.º de la ley del 4 de diciembre de 1963; Bulgaria: art. 9 del *Cód. Procesal Civil*; Portugal: art. 100, 2.º del *Cód. Procesal Civil*; Italia: art. 2 del *Cód. Procesal Civil*.

efectos. En cuanto dichas cláusulas sean consideradas parte integrante del contrato, sin autonomía propia, es lógico sujetar su validez, y todas las cuestiones a ella concernientes, a la *lex contractus*. Así lo hacen doctrinas y jurisprudencias muy atendibles.<sup>397</sup>

Pero es dudoso si debe regirse por dicha *lex contractus*, porque suele resultar una compleja cuestión de derecho internacional privado determinar la ley aplicable al contrato internacional, especialmente cuando las mismas partes no han elegido el derecho aplicable. Ahora bien: la prórroga ha de regirse por un derecho indiscutible, inmediatamente evidente para las partes, a fin de no dificultar gravemente el acceso a la jurisdicción. De ahí que se haya propiciado la aplicabilidad del derecho del país al que pertenece el tribunal elegido.<sup>398</sup> En cambio, parece excesivo acumular la aplicación del derecho del tribunal prorrogado y la del o de los tribunales derogados: sin embargo, se ha propuesto esta acumulación.<sup>399</sup> La ley del tribunal designado parece de insoslayable efectividad, porque de él mismo depende considerarse competente. Sin embargo, el derecho del tribunal ante el cual se intenta el reconocimiento o ejecución de un fallo extranjero, si esto es necesario, puede apreciar afectado su orden público ante una prórroga inválida según su *lex fori* por violación del principio de defensa. Es un problema que debe ser estudiado en el contexto de los casos concretos, y en el que no cabe afirmar una regla rígida en el derecho argentino.

Pero el tema es de gran importancia, pues el derecho aplicable a la prórroga rige también su interpretación, especialmente si la *prorrogatio fori* debe considerarse exclusiva o no, si la elección de domicilio o la designación del

lugar de cumplimiento deben considerarse acuerdos tácitos de prórroga. Me inclino a pensar que se debe buscar cual es el derecho aplicable a la prórroga siguiendo el principio de mayor efectividad. También sería deseable no subordinar la *compétence à l'examen du fond*<sup>400</sup>, por lo que sería aconsejable independizar lógicamente la *lex contractus* de la *lex prorogatio fori* aunque puedan resultar concurrentes. He aquí la relativa autonomía del acuerdo de prórroga respecto del contrato.

Tratándose de una prórroga *post litem natam* separada del contrato, debería regirse por la *lex fori* del tribunal prorrogado.

#### II EXCLUSIVIDAD DE LA JURISDICCION INTERNACIONAL ARGENTINA

La prórroga sería inválida si estableciera la jurisdicción de un tribunal extranjero cuando la jurisdicción argentina es exclusiva. Así ocurre, v. gr., con el artículo 614, último párrafo, de la ley 20.094 (E.D., 50-687)<sup>401</sup>. Ahora bien: tal exclusividad y la invalidez de la prórroga en tribunales extranjeros sólo podrá hacérselas autónomamente efectivas en jurisdicción argentina. Pero se podría juzgar válida la prórroga en una jurisdicción extranjera efectiva. He aquí la relatividad de la jurisdicción argentina exclusiva, pues la prórroga podría ser juzgada nula en nuestro país pero válida ante el tribunal extranjero prorrogado. Al parecer, tales reglas de exclusividad rigen también en el extranjero; así, en los Estados Unidos de América, la sección 3<sup>a</sup> (8) de la Carriage of Goods by Sea Act (46 U.S.C.A. § 1303 (8)) invalida cláusulas de prórroga en conocimientos relativos al comercio con los Estados Unidos.

397 Sentencia de la Corte de Apelaciones de París del 27 de enero de 1955 (ver *Revue Critique de Droit International Privé*, 1955, n.º 2, págs. 330 y sigs., con nota de Motulsky); sentencia de la Corte Suprema de Holanda del 12 de diciembre de 1947; sentencia de la Corte Suprema de la República Federal de Alemania del 29 de febrero de 1963, en *Juristenzeitung*, 1968, pág. 385; doctrina de Riezler, *Internationales Zivilprozessrecht*, 1949, págs. 295 y sigs., esp. pág. 308; Kahn-Freund, "Jurisdiction agreements: Some reflections", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, parte 4<sup>a</sup>, octubre de 1977, pág. 827 y doctrina allí citada.

398 Baillifol-Lagarde, *Droit international privé*, t. II, n.º 695.

399 Gaubertien-Fallon, *ob. cit.*, pág. 77.

400 Baillifol-Lagarde, *ob. cit.*, pág. 382, nota 32.

401 Ver *infra*, cap. XXVI.

g) NORMAS LEGALES ARGENTINAS PROHIBITIVAS DE LA PRORROGA

Generalmente, estas prohibiciones establecerán la exclusividad de la jurisdicción argentina. Pero cabe la prohibición de toda prórroga aun en tribunales argentinos. De ahí que la improprorogabilidad se funde en el posible carácter imperativo de normas argentinas de jurisdicción internacional. Cabría entender que en contratos internacionales de seguros resulta nula tanto la prórroga en tribunales extranjeros cuanto la prórroga en tribunales argentinos (art. 16, primer párrafo, ley 17.418 [E.D., 20-9-20]); de modo que sólo la competencia territorial interna sería prorrogable. Empero, la norma en cuestión no prohíbe expresamente la prórroga internacional, pues si bien dice que "es admisible la prórroga de jurisdicción dentro del país", no dice que *sólo y exclusivamente* dentro del país se admite la prórroga. Sería tal vez excesivo interpretar extensivamente la norma, asignándole alcances prohibitivos de la prórroga internacional. Sin embargo, la interpretación restrictiva de la norma parece tomarla superflua. Pero si el contrato es internacional y no se viola el artículo 12 de la ley 12.988<sup>402</sup>, me inclino a pensar que se debe admitir la prorrogabilidad tanto en tribunales extranjeros como en jueces argentinos<sup>403</sup>.

h) CLAUSULAS DE PRORROGA EN CONTRATOS DE ADHESION A CONDICIONES GENERALES PREDISPUES- TAS

La sola circunstancia de tratarse de una cláusula de prórroga incorporada a un contrato celebrado por la adhesión de una de las partes a condiciones generales predispuestas, entre las que se inserta aquella cláusula, no basta para desvirtuar la eficacia de la prórroga. De modo que se habrá de enjuiciar especialmente si una irrazonable disparidad de poder negociador permitiera invalidar el

<sup>402</sup> Ver *infra*, cap. XXVI, § VII, B, 1.

<sup>403</sup> Ver *infra*, cap. XXVI, § VII, A.

consentimiento, pues la conformidad de partes requerida en el artículo 1 supone un libre acuerdo de voluntades, regido por las reglas generales del consentimiento aplicadas a la naturaleza particular de los pactos de prórroga. Tal disparidad de poder negociador es indiciario. No deja de resultar interesante destacar que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos la prórroga debe ser acordada libre de fraude, violencia o abuso de poder dominante; de modo que respete el derecho de defensa<sup>404</sup>. También ha subordinado la validez y eficacia de las *cognovit clauses* a la inexistencia de *unfair disparity of bargaining power*<sup>405</sup>.

Además del criterio de validez del consentimiento, es claro que se puede acudir al principio federal del debido proceso para apreciar si la prórroga coloca al adherente en tal situación procesal que le impide o dificulta gravemente acudir a la jurisdicción con razonable posibilidad de defensa (art. 18, Constitución nacional).

Tratándose de contratos internacionales, será infrecuente que la prórroga, por la menor cuantía del asunto, conduzca a una indefensión tal del adherente que importe, en los hechos, una cláusula de exoneración. De todos modos, las cláusulas de prórroga no podrán ser incorporadas subrepticamente, excluyendo la posibilidad razonable de su ponderada deliberación por las partes.

No deja de ser interesante que la jurisprudencia francesa haya considerado la prórroga como "cláusula anormal, tratándose de relaciones comerciales cumplidas localmente y celebradas por su sucursal local con un cliente local", cuando impone la jurisdicción del tribunal de la sede social de la sociedad<sup>406</sup>. Este criterio puede

<sup>404</sup> Ver *infra*, cap. XXVI, I, B, 2, d, donde se analiza el caso "The Bremen et al. c. Zapala off Shore Co.", 407 U.S. 1 (1972).

<sup>405</sup> "D. H. Overmyer Co. v. Fricke Co.", 405 U.S. 174 (1972); "Swarb v. Lenox", 405 U.S. 191 (1972); "Burkett v. Finger Lake Dev. Corp.", 32 F.11. Appel 3d. 396, 336 N.E. 2d. 628 (1975); conf. Lelliar, *American conflicts law*, 3ª ed., 1977, pág. 53, nota 9. Se puede ver también la jurisprudencia, en sus diversos matices, en Reese-Rosenberg, *Conflict of laws. Cases and materials*, 1978, New York, pág. 185.

<sup>406</sup> Paris, 11 de octubre de 1965, Dalloz, 1966, sum. 62, citado por Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, 1976, pág. 74, nota 99.

resultar aplicable a algunos contratos nacionales en que se excluye la prórroga internacional en virtud de la reforma introducida por la ley 22.434.

También se ha exigido que la prórroga resulte claramente de la voluntad de las partes y *tel n'est pas le cas dans un contrat d'adhésion*<sup>407</sup>. Concordantemente, en los Estados Unidos se ha juzgado inoponible una cláusula arbitral porque "se ha utilizado un contrato-formulario y la disparidad de poder económico torna ilusoria la elección"<sup>408</sup>.

Desde una perspectiva doctrinal, se ha llegado a pregonar "la facultad del juez de rechazar la validez de la cláusula de arbitraje cuando los poderes de negociación desiguales o la utilización de formularios suscitan dudas sobre la existencia de un consentimiento libre"<sup>409</sup>. He aquí un criterio extremo, que abre camino a toda clase de suspicacias y que permitiría, en cualquier caso de duda, o de pretexto de dudas, ampararse en una conciencia judicial escrupulosa o directamente discriminatoria.

La conformidad de las partes ha de ser juzgada según las normas generales ilustradas por una doctrina acorde con las realidades de la moderna contratación. De ahí que se podría juzgar con criterios concretos, atendiendo a la persona del adherente, la excusabilidad de su error<sup>410</sup>. En este sentido, el artículo 929 del Código Civil argentino, v.g., establece una directiva suficientemente flexible, especialmente cuando el error de una de las partes depende de un hecho de la otra<sup>411</sup>, como cabría considerar la predisposición unilateral de las condiciones generales.

La naturaleza de las personas también es muy considerable. Recordemos que la Corte Suprema de los Estados Unidos desestimó la argumentación del propio gobierno norteamericano, quejoso de haber sido obligado a adherirse a las condiciones impuestas por la Bethlehem Steel Corporation, en razón de necesidades de guerra, sobre la

<sup>407</sup> Berlioz, *ob. cit.*, pág. 75.

<sup>408</sup> 262, F. Supp. 605, 606 (S.D.N.Y., 1966).

<sup>409</sup> Ehrenzweig-Louisell, *Jurisdiction in a Nutschell*, 1964, pág. 69; Ehrenzweig, *Conflict of Law*, 1962, pág. 157.

<sup>410</sup> Cheshire, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, 1963.

<sup>411</sup> Giorgi, *Obligaciones*, t. III, n° 269, pág. 273.

construcción de trasportes de tropa. La Corte juzgó que el gobierno tenía armas de negociación, incluyendo la requisición, y no podía cuestionar la fuerza obligatoria del contrato<sup>412</sup>.

Finalmente, cabe destacar que siempre se puede ejercer el control jurídico sobre el contenido de las condiciones generales, además del que concierne específicamente al acto de adhesión a ellas (ver cap. XXVII).

#### § IV

### CONFLICTOS DE JURISDICCION INTERNACIONAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

#### CUESTIONES FEDERALES DE JURISDICCION INTERNACIONAL.

#### a) JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SOBRE INTERPRETACION DE TRATADOS INTERNACIONALES

##### 1. Interpretación de tratados, sin *distingos*

En la causa "Constantino Lavalleja en autos con Agustín Guerrero, sobre nombramiento de tutor a la menor María Cristina Guerrero" (Fallos, 111-121), se dirimió un conflicto entre las jurisdicciones uruguayas y argentina para el discernimiento de la tutela de una menor en virtud de las normas pertinentes del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (art. 19 en relación con el 7). La Corte consideró procedente el recurso extraordinario en virtud del artículo 14, inciso 3, de la ley 48, por estar comprometida la interpretación de un tratado y ser contraria la sentencia recurrida al título que se fundó en dicha interpretación. Fijó la recha inteligencia del Tratado, decidiendo que sus artículos 9, 24 y 64 resultaban inaplicables al caso. Es interesante señalar que el

<sup>412</sup> "United States v. Bethlehem Steel Corporation", 315 U.S. 289 (1942); pero ver el dissent del Justice Frankfurter.

## Capítulo 1 Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado

### I. Razón de ser del DIPr

1. Desde tiempos remotos los seres humanos han desarrollado algún tipo de actividad con trascendencia jurídica fuera de su entorno más inmediato ("actividad exterior") generando así, inicialmente, en un terreno meramente especulativo, el planteo de ciertos problemas particulares. Así, llegó un momento en el que se empezó a ver que tal vez no fuera adecuado que las reglas vigentes en una determinada demarcación política se aplicaran a supuestos que no estaban exclusivamente vinculados con ella. Por eso no debe sorprender que ya hace ocho siglos un glosador llamado Acursio se preguntara por la ley que debía aplicarse en Módena al ciudadano de Bolonia sugiriendo la posibilidad de que no fuera en todo caso aplicable la ley local (en su magnífico libro *Choice of Law and Multistate Justice*, pp. 6-21, Friedrich K. Juenger nos muestra otros varios ejemplos de aquel DIPr rudimentario).

Con el tiempo, la actividad a la que hacemos referencia no sólo se ha ido multiplicando y diversificando sino que ha ido generando nuevos problemas y necesitando, en consecuencia, nuevas soluciones. En este inicio del siglo XXI nos encontramos con un panorama mundial que sigue marcado por la división en Estados nacionales, cada uno con sus correspondientes organización jurisdiccional y ordenamiento jurídico. Es verdad que muchísimos Estados se ven afectados por la existencia -hacia afuera- de los fenómenos de globalización e integración que, en algunos aspectos, respecto de determinados movimientos y todavía parcialmente, van desdibujando de algún modo las fronteras nacionales, al mismo tiempo que aumenta la importancia de organismos internacionales y, en algún caso, supranacionales. Es cierto también que paralelamente los Estados han ido perdiendo notablemente poder de decisión respecto de actores privados y que unos cuantos de ellos han llevado a cabo procesos de descentralización político-administrativa a favor de entidades regionales, sumándose así a los que ya tenían esa estructura desde su constitución como tales. Pero, con todo, seguimos teniendo por el momento, al menos tantos ordenamientos jurídicos y organizaciones jurisdiccionales como Estados nacionales, ordenamientos y organizaciones que difieren entre sí, sin que los esfuerzos de armonización y unificación jurídica encarados en múltiples instancias internacionales hayan logrado modificar esencialmente dicha situación. Ni siquiera, dentro de los sistemas tan integrados como el de la Unión Europea.

En tal contexto, resulta que los particulares (personas físicas y jurídicas) superan cada vez con mayor facilidad las fronteras nacionales (más las segundas que las primeras) para entablar todo tipo de relaciones jurídicas de carácter privado. Los supuestos son innumerables ya que los desplazamientos internacionales masivos de personas físicas, tan comunes hoy en día, ya sean de carácter más o menos permanente como los movimientos migratorios o a corto plazo como los desplazamientos por motivos profesionales o turísticos, constituyen una fuente inagotable para la realización de tales relaciones, debido a que las personas desplazadas contraen, se casan, tienen hijos, se accidentan, etc. Del mismo modo, el desplazamiento internacional de las empresas en busca de beneficios fiscales o de mano de obra barata, se ha convertido en algo cotidiano. Sin embargo, como es obvio, hace mucho tiempo que ya no es necesario desplazarse para llevar a cabo algún tipo de "actividad exterior". Y no sólo nos referimos a casos tan diferentes como los de quien contrae matrimonio "por poder" o los de una empresa que realiza vertidos tóxicos provocando daños ambientales en un país vecino. Pién-



sese en la amplísima gama de posibilidades abierta por los avances informáticos y la presencia ubicua de Internet, haciendo posible celebrar contratos o violar la propiedad intelectual desde cualquier lugar del mundo donde exista acceso a una computadora personal conectada a la red.

Como puede verse, la mencionada "actividad exterior" –consustancial a la época en que vivimos– tiene la virtud o el defecto de poner en contacto dos o más sistemas diferentes. Y como éstos han estado tradicionalmente previstos, en principio, no para tal actividad sino para situaciones que podríamos llamar internas u homogéneas, surge la necesidad de una reglamentación específica. Vocación ecuménica de los particulares y pluralidad de sistemas (Carrillo Salcedo) son, de este modo, presupuestos del DIPr. Incluso, aunque en un sector determinado las normas materiales vigentes en todos los Estados vinculados con una concreta relación jurídica sean idénticas, la certeza en cuanto al derecho aplicable no alcanza a borrar la necesidad de normas que brinden respuestas a preguntas tales como ¿ante quién habrá que plantear la solución de las controversias que se susciten en el trascurso de dicha relación? o ¿qué efectos tendrán dichas soluciones fuera del Estado en el cual se tomen? Puede aducirse que la pluralidad de organizaciones jurisdiccionales no es una cuestión de derecho privado (Prujiner) pero, al impactar sobre el conjunto del derecho, la importancia del dato se torna insoslayable.

2. Ejemplo: si una empresa láctea de la provincia argentina de Santa Fe vende parte de su producción a un supermercado de Buenos Aires, nos encontramos en el marco de certeza jurídica que otorga la existencia de un solo ordenamiento y una única jurisdicción; en consecuencia, la tarea de determinar quién está facultado para solucionar una disputa entre los contratantes y las concretas normas aplicables al caso es sencilla, unívoca y, en el peor de los casos, hay una autoridad máxima común que tiene la potestad de solucionar de manera definitiva cualquier conflicto que se pueda plantear. La cuestión varía sustancialmente si, aprovechando las facilidades que brinda –o debería brindar– la normativa mercosureña, la empresa santafesina, decide vender parte de su producción a un establecimiento comercial de Porto Alegre (Brasil). En este caso, la certeza indicada se diluiría por la presencia de dos ordenamientos jurídicos y dos sistemas jurisdiccionales sin una autoridad judicial superior común. De ahí la necesidad de unas respuestas para resolver tal incertidumbre. Estas respuestas, que puede adoptar cada Estado individualmente o en conjunto con otros, constituyen el DIPr.

## II. Objeto del DIPr

### 1. Concepciones formalistas y sustancialistas

3. Uno de los puntos básicos de esta obra consiste en tratar de evitar, tanto como sea posible, el relato de disquisiciones meramente teóricas que tanto han ocupado (y gustado, aparentemente) a los internacionalprivatistas desde que, a mediados del siglo XIX, comenzaron a sentarse las bases de lo que se denomina el DIPr clásico. Pero dedicar siquiera unas pocas líneas al objeto de la disciplina parece inevitable. Sucede que alcanzar cierto consenso en el seno de determinada comunidad científica respecto de algún elemento del saber al cual la misma dedica sus esfuerzos intelectuales, no es una tarea simple ni un resultado que se consigue por obra del azar. Este mero dato, habida cuenta de la diversidad de tradiciones, influencias e intereses que se desarrollan en una ciencia, es por sí mismo suficientemente importante como para ser tenido en cuenta. Si además el acuerdo de pareceres se refiere a algo tan crucial como es el objeto de la disciplina tratada, merece ser valorado en toda su dimensión desde el principio y sin ambages, a la vez que obliga a realizar algunas consideraciones de fondo. En



efecto, partiendo de la idea de que eso es más o menos lo que ha ocurrido durante mucho tiempo, explícita o implícitamente, entre los estudiosos del DIPr (Dominguez Lozano), pueden irse desgranando unas nociones básicas.

Para arribar a tal estado de consenso ha sido necesario que se produzca el abandono progresivo de las doctrinas normativistas que, con distintos matices, definen el objeto del DIPr tomando como *prius* lo que en puridad es claramente un *posterior*, una consecuencia de la existencia de un objeto a regular: el conjunto de reglas elaboradas para llevar a cabo dicha regulación. Es decir que, 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 campo de trabajo de los estudiosos (el objeto) queda limitado a una porción de la producción legislativa. El conjunto de normas de DIPr es tomado así a un mismo tiempo como objeto y contenido de la disciplina y el problema es que, aunque en general esto no suscite una gran preocupación doctrinal, a partir de esa confusión se derivan muchas otras.

Que el punto de partida sea inadecuado no es tan grave como las consecuencias de los planteamientos normativistas. Lo que en principio podría considerarse una actitud lícita además de pragmática, al evitar el tratamiento de un problema engorroso para ocuparse de algo más tangible -las normas positivas-, se deslegitima al producir una serie de efectos perniciosos encadenados. El primero de ellos consiste en definir "el problema" del DIPr como una supuesta contradicción entre ordenamientos jurídicos, sin advertir que, en todo caso, ésta no se produce sino respecto de relaciones concretas. El ordenamiento jurídico brasileño, el Código Civil de Brasil o cualquier norma concreta de derecho material brasileño no contradicen -ni están "en conflicto"- los correlativos ordenamiento, Código o norma concreta de Uruguay ni de cualquier otro país. Simplemente sucede que, en uso de sus potestades soberanas y sobre la base de su tradición jurídica, intereses y necesidades, cada Estado establece las reglas que considera adecuadas. Para los normativistas la función exclusiva del DIPr es la de resolver el "conflicto" mediante la elección de una de las leyes implicadas -segundo efecto-. De este modo el DIPr queda reducido a los conflictos de leyes y la norma de DIPr a la norma de conflicto -tercer efecto-, que es como se llama a la particular norma jurídica que tiene por finalidad remitir a uno de los derechos materiales vinculados con cada supuesto, como se verá más adelante. 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).

Con todo, la consecuencia más insostenible de cualquier concepción diseñada con los parámetros indicados es que conduce indefectiblemente a una opción perversa: o no se deja sitio para la dimensión judicial del contenido, o se rompen los moldes de una mínima rigurosidad argumentativa. Lo primero se ha observado en la doctrina alemana, en la cual, al constatar que las cuestiones "procesales" se producen en la realidad y no se pueden borrar por arte de magia, se ha recurrido al expediente artificial de englobarlas en una disciplina "vecina" o "afín", desarrollable en un "anexo", a la que se llama Derecho procesal civil internacional. Lo segundo se produce al intentar, sin salir del esquema formalista, establecer otra categoría dentro del DIPr, la del "conflicto de jurisdicciones", soslayando la explicación de por qué y cómo se parte de dos problemas distintos con el mismo razonamiento.

4. La superación de esas teorías acerca del objeto nos lleva a hablar, en razón de todo lo anterior, de la producción de un consenso, referido en primer lugar al carácter sustantivo que presentan hoy en día las doctrinas dominantes. Frente al dato, de naturaleza técnica, antes



señalado de la coexistencia en el mundo de una pluralidad de ordenamientos normativos y organizaciones jurisdiccionales, se centra la atención en otro, de carácter fáctico, constituido por las relaciones que no agotan su vida dentro de uno solo de esos ordenamientos u organizaciones. Dicho de otro modo, 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. Un español domiciliado en Rosario (Argentina) que sufre un accidente de tránsito con su automóvil patentado en Argentina mientras realiza un viaje de turismo por Paraguay, al colisionar contra un vehículo patentado en Paraguay conducido por un paraguayo que puede no ser su propietario, da lugar a una relación jurídica de carácter privado cuyos elementos constitutivos (la nacionalidad y el domicilio de las personas intervinientes -conductores, propietarios, víctimas, entidades aseguradoras-, el lugar de patentamiento de los vehículos, el lugar de producción del hecho generador de responsabilidad extracontractual) pertenecen a distintos Estados, cada uno con sus jueces y sus normas sobre responsabilidad.

La posición sustancialista, que podría ser vista nada más que como un cambio de perspectiva, exterioriza otra actitud de fondo a la vez que genera importantes consecuencias. La actitud estriba en la preocupación (casi diríamos, la reivindicación) por independizar el aspecto científico de la evidencia ontológica de las normas (Álvarez González). Es como si se dijera: idealmente, todavía no hay normas y de lo que se trata es de vislumbrar cuál es la porción de la realidad social que compete al DIPr. Incluso, en el mismo contexto, el mencionado consenso puede tomarse como la confirmación de una idea definida de la ciencia del DIPr, dibujada ahora con unos contornos más nítidos y emancipada definitivamente del Derecho internacional público (Rigaux).

El mérito de esta aproximación al objeto del DIPr consiste en que brinda el material para desbaratar los efectos de las teorías opuestas que indicamos más arriba. Concretamente, al basarse en la relación jurídica privada espacialmente dispersa o heterogénea, la concepción sustancialista identifica como función del DIPr la de resolver "totalmente" tal discontinuidad, partiendo de la consideración del particular conflicto de intereses que dichas relaciones comportan (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo). En consecuencia, la eminente funcionalidad de las doctrinas sustancialistas permiten -aún cuando no obliguen a ello- estructurar un contenido del DIPr donde la dimensión judicial ocupe un lugar primordial por derecho propio, ubicación que constituye uno de los elementos distintivos del DIPr contemporáneo ya que no es exagerado afirmar que el DIPr actual se centra esencialmente en su dimensión judicial (Jayme).

## 2. La situación privada internacional

5. En segundo término puede hablarse también de la progresiva formación de un consenso respecto a cuál es el objeto concreto que se extrae de la aproximación sustancial: la situación privada internacional, o sea, esa relación jurídica de carácter privado cuyos elementos están vinculados con dos o más ordenamientos jurídicos u organizaciones jurisdiccionales. Es verdad que dichas relaciones son en realidad muy distintas entre sí, pero esto no puede erigirse en un obstáculo para la formación del consenso propugnado. También los animales presentan características muy diversas y a nadie se le ocurre dudar de que constituyen el objeto de una ciencia llamada zoología. Lo trascendente es que todas las relaciones consideradas tengan un denominador común que las diferencie de las demás relaciones jurídicas de derecho privado. Si hubiera un sólo tipo posible de situaciones privadas internacionales, si el "grado de heterogeneidad" (Álvarez González) fuese único y constante, la ciencia del DIPr, además de aburrida, no hubiera llegado hasta aquí y no tendría muchas perspectivas de evolución.

Dicho objeto es perfectamente "aislable" idealmente, siempre que el discurso se man-



tenga en el ámbito de la reflexión científica, sin contaminarse con el ingrediente particularista que se introduce al observar el problema desde un sistema jurídico determinado. Sin embargo los problemas aparecen desde el principio, al admitirse unánimemente que el denominador común es la presencia de (al menos) un elemento extranjero en la relación jurídica, produciendo desde ese momento una enorme mancha de relatividad sobre el lienzo de la cuestión tratada.

Si en vez de tomarse en cuenta un dato material -el elemento- se fijara la atención en una característica -la heterogeneidad, la dispersión de los elementos- el desarrollo sería distinto. Mientras que la determinación de la extranjería del elemento nos sitúa compulsivamente en un ordenamiento porque sólo se puede ser extranjero respecto de un ordenamiento determinado -ya que no existe la extranjería absoluta (Lalive)-, la heterogeneidad se puede ver "desde afuera". En este sentido -y sólo en este- resulta válida la afirmación de W. Goldschmidt: "la ciencia capta la realidad de manera lógica y neutral"; al jurista también le cabe la obligación de aplicar "su" ciencia poniéndose al servicio del operador jurídico, tarea que desempeña en un marco geográfico determinado condicionado por elementos de muy diversa índole, entre ellos los puramente normativos -legislativos y decisorios-. Así se logra mantener claramente el deslinde entre la perspectiva científica y la positivista (esta última, entendida en un sentido muy amplio que no se agota con la referencia a un sistema estatal, típica de la aproximación normativista).

6. El argumento de la separación de ambas perspectivas (González Campos) es el que permitió romper con la idea según la cual para que una relación cupiera en el objeto del DIPr era necesario que el elemento extranjero fuera "relevante". La ruptura se produce porque el elemento de extranjería debe ser para quien lo trabaja, el legislador, quien decide, en función de diversos parámetros, la importancia que le concede al mismo a la hora de proceder a la reglamentación de las relaciones de DIPr. Incluso en varias de las modernas codificaciones estatales de DIPr aparece una mención expresa a la vinculación con el extranjero, en cuanto criterio delimitador del ámbito de aplicación de las normas del sistema de DIPr codificado (arts. 1 Ley federal austriaca de DIPr, 3.1º Ley de introducción al Código civil alemán, 1.2º Ley rumana de DIPr -esta última se refiere expresamente a relaciones "que incluyan un elemento de extranjería"-).

Llegados a este punto, debe admitirse que el hecho de que una relación jurídica quede comprendida dentro del sector de la realidad social que ha sido "aislado" en cuanto objeto del DIPr, no traiga siempre como consecuencia que aquélla quede regulada por normas propias del DIPr, provoca cierta "relatividad" en el discurso. Pero en este caso se trata de un núcleo, acaso inexpugnable, de relatividad (consustancial al DIPr, según Sixto Sánchez Lorenzo), mientras que de la otra manera el relativismo anega toda la especulación. Así, una señora alemana domiciliada en Montevideo que contrae matrimonio en dicha ciudad con un vecino suyo de nacionalidad uruguaya, establece una típica relación de DIPr, por más que para el legislador uruguayo la nacionalidad extranjera de uno de los contrayentes / cónyuges no constituya un dato relevante a la hora de determinar el derecho aplicable a la celebración, a los efectos y a la eventual disolución del matrimonio.

Precisamente -hablando de relatividad-, si en lugar de partir del elemento extranjero nos centramos en la heterogeneidad de la relación jurídica, el mismo argumento (la dualidad de perspectivas) nos permite dejar también aparcado el tan traído y llevado problema de la relatividad de dicho elemento. De allí que una relación jurídica (por ejemplo, un contrato) cuyos elementos "pertenece" todos al mismo ordenamiento es ajena al objeto del DIPr, independientemente del punto de vista que adopte el estudioso para observarla. Ahora bien, por idéntica lógica, si las partes de esa relación contractual deciden someterse a los tribunales de un Estado diferente a aquel con cuyo ordenamiento se vinculan todos los elementos del con-



trato, o se produce una modificación subjetiva u objetiva que provoca la dispersión del mismo, se configura claramente un caso de DIPr. Las soluciones elaboradas por los legisladores de cualquiera de los ordenamientos implicados y las que finalmente resulten de la eventual intervención de sus respectivas autoridades judiciales, sí evaluarán la relevancia y la relatividad de los elementos extranjeros (extranjeros, respecto de cada uno de ellos), y la consiguiente proximidad o ajenez de la situación, pero eso comporta una instancia diferente, que no debe confundirse con la determinación del objeto de la disciplina.

### III. Contenido del DIPr

#### 1. Contenido y objeto del DIPr

7. No es ocioso insistir en que, en definitiva, lo verdaderamente importante es que la concepción asumida sea rigurosa desde el punto de vista argumental y que las demás piezas de la construcción teórica encajen entre sí y resistan los embates de los supuestos prácticos. Sobre la base de esa idea, es preciso distinguir claramente dos cuestiones que, a pesar de estar íntimamente ligadas, tienen un alcance bien distinto. En efecto, mientras que la consideración de las situaciones privadas internacionales como objeto del DIPr condiciona la determinación del contenido, la heterogeneidad que las caracteriza despliega una notable influencia sobre la definición y aplicación de las técnicas específicas de reglamentación (Álvarez González, Espinar Vicente).

Para decirlo de otro modo, el distinto grado de heterogeneidad que presentan las relaciones que constituyen el objeto del DIPr no condiciona en absoluto la respuesta a la pregunta ¿qué materias componen el contenido del DIPr? Y esto es así porque la determinación del contenido también es una tarea exclusiva de los estudiosos (González Campos), a quienes les basta para llevarla a cabo con analizar la aptitud de una serie de materias para atacar la reglamentación jurídica del sector de la realidad identificado como necesitado de un tratamiento diferenciado. Para aquéllos, la heterogeneidad es un problema implícito, abstracto si se quiere. El legislador, en cambio, no se puede limitar a detectar la heterogeneidad de los supuestos sino que está obligado a elaborar respuestas versátiles que tengan en cuenta, tanto como sea posible, que esa característica se va a presentar con muy diversos ropajes. Al final del camino, el único que se enfrenta en la realidad con la *heterogénea heterogeneidad* de la situación privada internacional es el aplicador del derecho, a quien le toca el difícil papel de maniobrar con las respuestas perfeñadas *ex ante* por el legislador para solucionar con justicia los casos concretos.

Sólo a partir de la aclaración anterior, puede elegirse entre las concepciones en presencia acerca del contenido del DIPr, entendido éste como corolario lógico de la posición asumida respecto del objeto (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo). Para ello deben tomarse como referencia dos parámetros básicos: de un lado, la función asignada al DIPr acorde con la aproximación sustancialista, y, de otro, la correspondencia de las materias consideradas con los adjetivos "privada" e "internacional" que acompañan al sustantivo "situación".

#### 2. Depuración del contenido

8. Según el primer parámetro indicado, el contenido tiene que abarcar todas las materias que permitan al DIPr desplegar su función básica y esencial, que no es otra que la de brindar las herramientas para poder resolver cabalmente de la manera más sencilla posible *todas* las cuestiones que se suscitan en torno a la situación privada internacional. Es en este



sentido que se habla de una concepción funcional del objeto, por oposición a la concepción normativista antes descrita. Una situación privada internacional puede dar lugar a muchas cuestiones, bien diferentes entre sí aunque conectadas unas con otras. La determinación de las normas que se aplican al fondo de la situación planteada puede no ser la única cuestión. En el caso que la situación resulte problemática o controvertida será necesario saber qué personas u órganos podrán ser llamados a resolverla y cómo lo harán. El proceso que se siga ha de tener seguramente particularidades respecto de un supuesto meramente interno, ya que es posible que se necesite la cooperación de autoridades de otros Estados para, por ejemplo, realizar notificaciones o sustanciar pruebas en ellos. Y es probable, además, que la decisión adoptada como resultado de ese proceso precise también de la cooperación de autoridades extranjeras para ser efectiva. Todas las materias o sectores que tratan cada una de estas cuestiones debe formar parte del contenido.

9. El segundo parámetro lleva, en primer lugar, a eliminar del catálogo de materias del DIPr, aquellas que se refieren a relaciones en las cuales intervienen sujetos de derecho público en su esfera propia de actividad (von Overbeck). Así, se caen de la lista materias tales como el derecho penal internacional, el derecho fiscal internacional, el derecho administrativo internacional o el derecho de la seguridad social internacional. Tales materias sólo pueden encajar bien en el contenido del DIPr si se parte de una aproximación normativista del objeto (también denominada, justamente, publicista), ya que, utilizando el mismo criterio, no puede dudarse de que las normas correspondientes a ellas también son susceptibles de "entrar en colisión" y que, por lo tanto, debe determinarse el ámbito espacial de vigencia de las mismas. En cambio, si el Estado u otros entes de derecho público participan en el ámbito propio de los particulares, las relaciones jurídicas que protagonizan entran en principio en el DIPr.

También se excluyen el derecho de la nacionalidad y el derecho de la extranjería, aunque aquí la cuestión recibe ciertas matizaciones basadas en que la frontera entre lo público y lo privado está más difuminada, especialmente si se piensa en los casos concretos, por diversas razones entre las cuales las de carácter histórico tienen un peso muy significativo (Audit). De hecho, la doctrina de muchos países ha permanecido fiel a una concepción amplia del contenido en la cual participan estas dos materias junto a los "conflictos de leyes" y los "conflictos de jurisdicciones", lo que se denomina "DIPr *lato sensu*" (Vallindas). Las razones esgrimidas para la inclusión han ido desde la famosa necesidad de dar una "respuesta de conjunto" (Batiffol / Lagarde), hasta la existencia de "ciertos datos comunes" a todas las materias y la constatación de que ellas "han evolucionado legislativamente en el mismo sentido, bajo la presión de los mismos sucesos" (Loussouarn / Bourel), pasando por la argumentación histórica y, para la nacionalidad, por su importancia como punto de conexión en algunos sistemas como los de Europa continental (Calvo Caravaca). No obstante, no caben dudas de que en la relación esencial reglamentada por cada una de estas dos materias el Estado aparece con su poder de imperio y que para darles cabida dentro del contenido es necesario referirse a un objeto menos definido, como el "tráfico jurídico externo" o el "tráfico privado internacional" (González Campos).

El argumento de que en muchos países la nacionalidad sigue siendo un factor clave para determinar el derecho aplicable a una relación jurídica (no en los del MERCOSUR, desde luego) no alcanza para justificar la inclusión del derecho de la nacionalidad, como materia, dentro del DIPr; ni siquiera en esos países. Téngase en cuenta que el contenido de dicha materia en sí es eminentemente de derecho público (constitucional, administrativo), ya que las relaciones jurídicas de las que se ocupa son relaciones entre el Estado como ente típico de derecho público y los particulares, ocupándose de cuestiones para nada privatistas, tales como las condiciones para adquirir, perder o recuperar la nacionalidad. No muy distinto es lo que debe decirse respecto a la extranjería, centrada en los requisitos que fija un Estado para el ingreso,



permanencia, acceso al mercado laboral, expulsión, etc., de los no-nacionales.

Todo esto no impide, lógicamente, que desde una perspectiva académica docente sea conveniente exponer determinados aspectos relacionados con ambas materias que son prácticamente inescindibles de las cuestiones de DIPr, al socaire de la explicación de estas últimas. Así, cuando se explican las características del proceso judicial en un caso de DIPr puede hacerse necesario poner de relieve los distintos derechos de los que gozan según algunas normativas vigentes los nacionales y los que no lo son respecto, por ejemplo, a la excepción de arraigo en juicio o el beneficio de litigar sin gastos. Pero claro que eso dista mucho de desarrollar totalmente tales materias. Además, las normas sobre derechos humanos presentan una clara tendencia a borrar esas diferencias (discriminaciones) y, aunque existen resistencias y retrocesos, es sumamente deseable que llegue un día en que las mismas desaparezcan. Precisamente, todo lo relativo a los derechos de los no-nacionales cabe perfectamente en la materia derechos humanos, cuya incorporación a los planes de estudios debería propugnarse. Cabe acotar que en el ámbito de las relaciones intramercosureñas la caución de arraigo ha sido eliminada por el Protocolo de Las Leñas de 1992 y que la jurisprudencia ha dado muestras de un tratamiento más bien restrictivo respecto de los ámbitos donde aun subsiste (ver, por ejemplo la Sentencia de la Corte Suprema de Argentina en el caso *Plenkovich*, de 3 de abril de 2001).

10. A su turno, el carácter internacional de la situación objeto del DIPr plantea un problema diferente al anterior. Este tiene que ver con la procedencia de incluir en el contenido otras materias referidas a relaciones jurídicas que también adolecen de cierta "discontinuidad", pero en un sentido distinto del que se obtiene de tomar como referencia a los ordenamientos estatales. Específicamente, desde una vertiente diferente a la que se presenta en este trabajo, se habla de derecho conflictual espacial (con conflictos interlocales, interprovinciales o interregionales), personal, temporal, jerárquico y material (Kegel), relacionados todos -de distinta manera- con la determinación de la esfera de vigencia de los "sistemas" en contradicción.

En la literatura de DIPr es común usar, con cierta promiscuidad --como lo estamos haciendo nosotros--, los calificativos "internacional" y "heterogénea", dando implícitamente por sentado que la heterogeneidad predicada de las relaciones jurídicas objeto del DIPr viene señalada por la vinculación de éstas con dos o más Estados soberanos. Ahora bien, no es muy fácil poner en duda que si los elementos de una relación jurídica se hallan conectados a distintos sistemas de derecho material, dotan a ésta de heterogeneidad. Reconocer que la misma sólo afecta a un sector del DIPr (como en algunos países federales o descentralizados, respecto del sector del derecho aplicable), sirve pura y exclusivamente para indicar su carácter parcial. Es verdad que la pluralidad tomada como uno de los presupuestos de la existencia del DIPr es de ordenamientos normativos y de organizaciones judiciales; pero de allí a exigir que la discontinuidad de cada caso concreto tenga que afectar a ambos hay un largo trecho.

En países como Estados Unidos y Canadá, por ejemplo, la materia (generalmente conocida como *conflict of laws*, *conflicts law* o, simplemente, *conflicts*) se ocupa tanto de las relaciones interestatales (interprovinciales) como de las internacionales, y por cierto más de las primeras que de las segundas. Incluso, cabe llamar la atención sobre un dato: la reciente evolución del DIPr comunitario europeo, con el reconocimiento de la competencia legislativa de la Comunidad en esta materia (art. 65 TCE) operada por el Tratado de Ámsterdam, ha sentado las bases para que el DIPr "intracomunitario" se asemeje cada vez más al DIPr interestatal norteamericano (Basedow, Jayme / Kohler). Todo esto nos lleva a tener que aclarar que seguimos usando la expresión "situación privada internacional" porque se compadece mejor con la terminología habitualmente utilizada para designar la materia. Pero, como se desprende de lo anterior, es evidente que el adjetivo *heterogénea* encaja mucho mejor en la definición del objeto y que el "derecho *interlocal* privado" forma parte insoslayable del DIPr.



Otra cosa bien distinta es que algunas de las "materias" generadas por la heterogeneidad se excluyan del contenido del DIPr por otros motivos, en general, por su más que relativa importancia. En lo que hace referencia a los "conflictos interpersonales", sin embargo, el debate debería replantearse en muchos lugares del mundo a la luz de la progresiva formación de una sociedad multicultural al influjo de la inmigración, lo que va generando la necesidad de elaborar técnicas jurídicas que faciliten la convivencia de valores sobre la base del respeto a la identidad cultural (Jayme).

Por nuestra parte, no sólo nos rendimos ante la evidencia de que los presupuestos del derecho interlocal privado se den de distinta manera y de que no exista pluralidad de jurisdicciones, sino también a la que presenta en ciertos países un ámbito material limitado para el mismo (como en el caso español, donde las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas en que está dividido el Estado, sólo alcanza a determinados aspectos del derecho privado). Pero creemos que, en dicho contexto, el origen constitucional de la competencia legislativa de las entidades descentralizadas y la consiguiente "limitación" de las potestades de ellas son irrelevantes en orden a borrar la heterogeneidad (parcial o relativa) de las situaciones ni la necesidad de solucionarlas. Es preciso tener en cuenta, además, que el derecho interlocal privado no afecta exclusivamente a los Estados plurilegislativos sino que también puede repercutir en Estados *homogéneos* por el hecho de que una relación jurídica tenga elementos pertenecientes a ambos. Finalmente, el argumento que se refiere a la utilización de las mismas técnicas en el DIPr y en el derecho interlocal privado como justificante de la inclusión de éste en aquél (Borrás) no parece baladí, sobre todo si se mide su peso en el ámbito docente de la cuestión.

11. ¿Qué queda entonces dentro del DIPr una vez efectuada la depuración? Quedan las materias que, en su conjunto, sirven para solucionar los problemas sustanciales y procesales que se suscitan en torno a la situación privada internacional (Lagarde). Para los primeros se organiza la materia o sector del DIPr "derecho aplicable", heredera sólo en parte de aquella llamada "conflictos de leyes". Los segundos se han venido regulando desde antaño mediante otra denominada "conflictos de jurisdicciones" -terminología muy común en la doctrina francesa- o, con mayor propiedad, "derecho procesal civil internacional" -habitual en la doctrina alemana y de amplia aceptación en otros países-. Aquí se comprenden la determinación de la competencia judicial internacional, el reconocimiento de actos y decisiones, el tratamiento del proceso civil heterogéneo y la asistencia judicial internacional. Es decir que, con un nombre o con otro, lo cierto es que los problemas "procesales" de los cuales se ocupa este sector del DIPr son tan diferentes entre sí que algunos ni siquiera revisten tal carácter. Es lo que sucede, señaladamente, con el reconocimiento de determinados actos, cuestión que encaja mejor en el sector del derecho aplicable.

Sin embargo, no es ese el argumento decisivo que ha llevado a algunos autores a conceder autonomía -obviamente dentro del DIPr- al sector del "reconocimiento" (Mayer). La cuestión de fondo radica para ellos, en "la distinta forma en que se suscita el conflicto de intereses", especialmente cuando se trata del reconocimiento de decisiones adoptadas por autoridades extranjeras: mientras que en el derecho aplicable y la competencia judicial internacional el conflicto de intereses privados se plantea alrededor de un auténtico problema que hay que resolver, en el reconocimiento tal conflicto se refiere a una situación privada internacional ya sancionada (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo). Si además se piensa que los mecanismos utilizados por el sector de la competencia y el del reconocimiento son diferentes y que, sobre todo, el "auge de la cooperación" impacta decisivamente en éste, siendo en cambio sólo un elemento más en aquél, los postulados del tratamiento separado (mejor que la autonomía) del reconocimiento resultan convincentes. A la postre, algunos aspectos del sector lo acercan más al derecho aplicable que a la competencia judicial internacional (Audit) y otros lo alejan por



igual de ambos.

El problema remanente es que a la construcción le sobran unos flecos que le restan prolijidad. En efecto, si el reconocimiento y la competencia ganan autonomía en desmedro de la existencia de un derecho procesal civil internacional omnicomprendivo de las cuestiones de esta índole, los demás "problemas procesales que se plantean en torno a la situación privada internacional" quedan a la deriva. Es evidente que no pertenecen en términos concretos a ninguno de los dos sectores emancipados. De otra parte, la carencia de un elemento común diferenciador entre cuestiones tan dispares como, por ejemplo, el derecho aplicable al proceso, las posibilidades de extender el beneficio de la justicia gratuita a quien no posea vinculación con el foro o los medios con que cuentan las autoridades judiciales para obtener pruebas fuera de su jurisdicción, dificulta enormemente la tarea de configurar un cuarto sector homogéneo y con cierta entidad. De ahí que la idea de un contenido donde subsistan las dos categorías conocidas (derecho aplicable y derecho procesal civil internacional) nos parezca, desde una perspectiva de deslinde científico, *menos insatisfactoria* que la otra. Esto no impide que a la hora de explicar el DIPr pueda dar mejores resultados descuartizar concienzudamente el pretendido derecho procesal civil internacional, otorgando tratamiento separado a cada una de sus partes. Así, en este libro, además de la jurisdicción y el reconocimiento (secciones 2ª y 5ª de la parte general) incluimos una sección 4ª titulada "problemas del proceso "internacional" y cooperación jurídica internacional".

### 3. Organización del contenido: alcance de la Parte general

12. Realizada la presentación de unas "materias" concretas como componentes del contenido del DIPr, se plantea la cuestión de saber cómo se organiza éste, si es que resulta posible intentar alguna organización. Nos referimos a las posibilidades que existen de, al igual que sucede con otras ramas del saber jurídico, pensar una Parte general comprensiva de un conjunto de problemas generales que haga las veces de andamiaje estructural válido y aplicable para toda la disciplina (Maury). Históricamente, los intentos de construcción de una Parte general del DIPr pueden verse de alguna manera como la búsqueda dentro del plano científico de una autonomía que no tenía en el plano legislativo (Oppetit). Pero además en el discurso se entromete una tercera dimensión, la docente, que es muy importante tener en cuenta.

Globalmente, la idea se desenvuelve a la par que se mantiene la vigencia de una concepción netamente conflictualista (normativista) del DIPr, con la consecuente limitación del contenido al sector del derecho aplicable; la Parte general es en este sentido, con variaciones, un intento de sistematización de las cuestiones que plantea la norma indirecta o norma de conflicto (ver Cap. 6), como norma clásica de ese DIPr "unidimensional". Su excesivo carácter teórico - además de la futilidad de muchos de sus desarrollos - ha generado tan despiadadas como justas críticas (Juenger), aunque también férreas defensas (Dolinger). Desde sus primeras postulaciones, la parte general fue acogiendo en su seno distintos contenidos, pero siempre definidos por su relación con la norma de conflicto. Sirve para comprobar esta afirmación tomar en consideración cualquier esquema tradicional, donde podrá verse por lo general, el tratamiento de una temática que discurre entre la naturaleza del conflicto de leyes, los desarrollos doctrinales, el análisis de la estructura y la aplicación de la norma de conflicto y la teoría de las fuentes (Aguilar Navarro). Por ejemplo, en el ámbito americano, el *Informe Final del Segundo Seminario sobre la enseñanza del derecho internacional* organizado por la O.E.A. (Bogotá, 1979) contiene una resolución según la cual la Parte general debe abarcar: objetivos, finalidad y métodos; fuentes; historia; la norma, su estructura y sus problemas; calificación; cuestión previa y adaptación; fraude a la ley; puntos de conexión; reenvío, aplicación y eficacia de la ley extranjera; orden público internacional. François Rigaux, por su parte, agrega a la



lista de "problemas tradicionales" aquellos que conciernen a la estructura de las normas de DIPr, pero siempre dentro del sector del derecho aplicable: normas materiales, conexiones alternativas, subsidiarias y condicionales, normas de aplicación inmediata, etc.

Otras veces, y acaso más modernamente, la noción de Parte general tiene una comprensión ciertamente más restringida, haciendo referencia exclusivamente a los problemas que se producen en la aplicación de la norma de conflicto multilateral en sí misma considerada y, por conexión, los que aparecen con la aplicación del derecho material extranjero y del DIPr extranjero (Kegel, Goldschmidt, Dolinger). Esto no es óbice para que en la exposición de la asignatura DIPr, se sigan incluyendo en la parte general los temas señalados en el párrafo anterior, que mal podrían ubicarse en la Parte especial, si para ésta se reserva la tarea de describir las materias en las que hallan aplicación aquellos problemas. Sería algo así como hablar de una Parte general restringida (aspecto científico) y otra ampliada (aspecto didáctico). Sin embargo, sin necesidad de violar esta concepción, algunos de los temas tratados en la última podrían incluirse en una especie de introducción, como de hecho hacen algunos autores.

13. La noción que se tenga acerca de la Parte general habrá de variar sustancialmente si se abandona una concepción estrictamente normativista del objeto del DIPr. De hecho, según Julio D. González Campos, los esfuerzos doctrinales por construir una "teoría general" del DIPr basada en la norma de conflicto multilateral y sus problemas de aplicación, constituyen la culminación de una de las consecuencias negativas de la influencia del pensamiento positivista en la disciplina: el apartamiento progresivo de la realidad social regulada por el DIPr con el consiguiente exceso de abstracción en el razonamiento. En particular habrá que tener en cuenta la interrelación necesaria que guarda esa elaboración con la delimitación del contenido de la disciplina, el que a su vez se ve condicionado por la definición que se haga del objeto. Objeto, contenido y posibilidades -o mejor, necesidad- de construir una Parte general, son conceptos que se implican entre sí y no pueden escindirse sin comprometer la solvencia lógica que debe mantener toda elucubración científica. De cualquier manera, no debe perderse de vista que teorizar acerca de la parte general del DIPr es una tarea complicada, debido, de un lado, al grado de complejidad que entraña la triple dimensión de análisis señalada y, de otro, a la existencia de diferentes "niveles" de producción jurídica presente en la configuración de los sistemas (estatal, convencional, institucional).

Sobre la mezcla de ambos datos, cabe recordar la innegable trascendencia que tuvo la codificación del DIPr para todos los intentos de pergeñar una Parte general (Nølde). Es precisamente mediante la codificación que se va dando una regulación positiva a todos ellos y que va cobrando cuerpo la mentada "concepción restringida" de la Parte general. En el ámbito convencional la muestra emblemática es sin dudas la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (CIDIP II), regulando aplicación del derecho extranjero, institución desconocida, recursos procesales, orden público, fraude a la ley, derechos adquiridos, cuestión preliminar y adaptación (Mackelt).

14. Pero si ahora se piensa en un DIPr abocado a la vez a solucionar los problemas sustanciales y procesales de las relaciones jurídicas privadas heterogéneas, los planteamientos cambian. Lo habitual viene siendo incluir en la Parte general el desarrollo de las cuestiones de derecho aplicable y de derecho procesal civil internacional, precedidos de una introducción en la cual se vierten las definiciones fundamentales (objeto, contenido, proceso de codificación, historia). La parte especial se destina a la aplicación de todo ello al derecho civil internacional y, sólo en algunos casos, al derecho comercial internacional (Boggiano). En la dimensión legislativa, puede observarse algo parecido en algunas codificaciones elaboradas mediante una Ley especial.



Frente a este hábito, se han manifestado dudas acerca de que sea necesario elaborar una parte general, basadas en su falta de adecuación respecto de una Parte especial que afecte por igual a todas las cuestiones de derecho privado (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo). Desde nuestro punto de vista, sin embargo, la división sigue siendo defendible en términos generales, siempre que la parte especial se reserve exclusivamente a dichas cuestiones de derecho privado. Si en lugar de incluir en ésta al derecho comercial internacional, se incluye un derecho del comercio internacional con acusados componentes publicistas, lógico es que las dudas entren en escena.

Se produce entonces una especie de dilema: si se incorpora a la parte especial sólo el derecho comercial internacional, manteniendo la obligada coherencia con el carácter privado asignado a la relación jurídica objeto del DIPr, el resultado es en cierto modo artificial; en efecto, al dejar fuera -por su "publicismo"- aspectos esenciales y estrechamente ligados a los "privados", se propicia un tratamiento sesgado del comercio internacional y, en tal sentido, tal vez inapropiado para captar cabalmente su realidad. Si, en cambio, se quiere mantener la unidad del derecho del comercio internacional se cae fatalmente en su autonomía, ya que un derecho del comercio internacional "completo" no cabe en el DIPr; pero debe saberse que de este modo el DIPr se convierte en derecho internacional (exclusivamente) civil y que el derecho del comercio internacional será sólo relativamente autónomo porque no podrá prescindir de muchos elementos de la parte general del DIPr. Nosotros hemos asumido el riesgo de incluir las cuestiones "privadas" del derecho del comercio internacional en este libro de DIPr, tratamiento que nos resulta inevitable mientras su autonomía no se consolide en nuestros países.

#### **IV. Fenómenos condicionantes del DIPr actual**

##### **1. Globalización**

15. Antes de señalar cómo condiciona al DIPr, resulta fundamental saber a ciencia cierta cuáles son los elementos que componen esa situación tantas veces caracterizada, desde las más variadas perspectivas y con las finalidades más diversas, como globalización. El primer paso que hay que dar para introducirse por ese camino consiste, entonces, en reconocer el carácter real del fenómeno y diferenciarlo de la vestimenta ideológica con la cual se lo ha adornado posteriormente y que muchas veces se confunde con aquél. ¿Cuál es ese fenómeno real al que nos referimos? El que se produce principal aunque no exclusivamente por el auge de la dimensión transnacional del comercio, de los esquemas de organización productiva, de los mercados financieros y de los flujos de inversión, a lo que se corresponde el declive de la dimensión nacional de los mismos y la pérdida de influencia de los ámbitos de decisión y de regulación estatales. Nadie sensatamente puede negar la existencia de este fenómeno o conjunto de fenómenos que ha ocupado el centro del debate de las ciencias sociales en la última década. Lo que sí es materia para la discusión es el alcance y las características que tiene y que debería tener la globalización y, sobre todo, el carácter pretendidamente irreversible de algunas de sus consecuencias. Y esto es discutible porque no forma parte de los datos innegables que brinda la realidad, sino del andamiaje intelectual perfeñado después del surgimiento de la fase actual de la globalización -sobre fines de la década del 80- con el objetivo de justificar y aún de potenciar algunas de sus tendencias, más conocido como "pensamiento único" o "neoliberalismo". Es precisamente en ese aparato ideológico donde se centran principalmente las críticas del polifacético movimiento que reclama una globalización alternativa y que es deliberadamente mal llamado "antiglobalización". Este movimiento ha generado un debate que no sólo ha logrado poner sobre el tapete cuestiones hasta hace poco intocables



(como las relativas a las patentes farmacéuticas, los paraísos fiscales, el secreto bancario, el carácter autónomo de los bancos centrales, etc.), sino que además ha hecho que prominentes actores de la globalización eminentemente financiera —como es el caso de Joseph E. Stiglitz— aparezcan ahora criticando duramente el accionar de instituciones centrales de dicho modelo (Estefanía).

Es importante dejar aclarado que se habla de “fase actual de la globalización” con la deliberada intención de subrayar que, pese a lo que a veces se pretende hacer creer, el interés de consolidar la dimensión transnacional de la economía no es nada nuevo. Por el contrario, como bien ha dicho Osvaldo Martínez, “todos los capítulos de la modernidad son capítulos de la globalización”. Hay quien incluso retrotrae el inicio de la tendencia hasta mucho más allá del inicio de la era moderna y de la expansión del sistema capitalista. Por mi parte, creo que es difícil no admitir que cuando las potencias europeas comenzaron a secuestrar seres humanos en el continente africano para traerlos a la explotación brutal de los campos de algodón norteamericanos o de la caña de azúcar caribeña y sudamericana, estaban actuando, acaso sin saberlo, dentro de esa dimensión. Y lo mismo hacían Karl Marx y Friedrich Engels cuando, desde una perspectiva filosófico-política muy concreta, llamaban a los proletarios del mundo a unirse hace ya más de 150 años. Y desde esa perspectiva se desarrolló, como se sabe, la idea de la vocación internacional del capital y se llamó la atención sobre los profundos cambios que se estaban produciendo con el acceso de la burguesía empresarial al poder. Algo que hoy resulta una verdad de Perogrullo.

Lo que es verdad es que la globalización versión cambio de milenio es un fenómeno cualitativa y cuantitativamente diferente a cualquiera que haya existido antes. Y esto es así, fundamentalmente, por el impacto que tiene sobre la internacionalización el desarrollo impresionante de las tecnologías aplicadas a la producción en serie, a los transportes, a las comunicaciones y a la informática. En efecto, al influjo de los avances tecnológicos, las cifras que ofrecen en la actualidad los intercambios comerciales, las inversiones o los movimientos especulativos de capital, son a menudo inmanejables, casi imposibles de aprehender. Hasta hace no muchos años se hablaba de algunas pocas empresas multinacionales muy concretas; hoy su número ha superado las 50.000. Los efectos que estas dimensiones despliegan sobre las estructuras de los Estados son también muy diferentes a los que se producían hasta hace pocos años. No sólo ha cambiado la realidad en sí de la sociedad internacional. También el contexto en el que esa realidad se desenvuelve ha sufrido profundas transformaciones.

En este contexto, Caterina García Segura ha logrado resumir muy bien en unos pocos puntos las características esenciales de la globalización actual. De ellas, las que mejor definen a este fenómeno son:

- la tendencia a extenderse planetariamente;
- su alcance todavía parcial, ya que hay regiones, países y buena parte de la población del mundo que están todavía excluidos de la globalización, mientras que entre los países incluidos sus efectos no han sido totalmente homogéneos;
- su estabilidad en el tiempo, en el sentido de que el proceso no había sufrido retrocesos significativos, si se excluye el estrepitoso fracaso del Acuerdo Multilateral de Inversiones que prácticamente quitaba toda participación de los Estados en la regulación y orientación de las inversiones internacionales, hasta el baldazo de agua fría que significaron los episodios del 11 de septiembre de 2001 (todavía es muy pronto para calibrar las consecuencias que podrán tener sobre la globalización en curso la recesión iniciada en el año 2001 en algunos países centrales —principalmente en Estados Unidos— y los “efectos colaterales” de la lucha contra el terrorismo global, aunque ya se dejan notar claramente en lo que respecta a la libre circulación de personas);
- su carácter predominantemente económico-financiero, aunque sus consecuencias se manifiestan cada vez más en ámbitos tales como la cultura o el derecho;



-la preeminencia de los actores transnacionales y la consiguiente limitación del papel de los actores estatales, los cuales, sin embargo, siguen manteniendo un margen importante -y, agregaría, indispensable- de acción;

-y, por último, su incapacidad para homogenizar totalmente la diversidad cultural, político-institucional y de valores existentes en el mundo contemporáneo.

Pero existen todavía más elementos ciertamente característicos de esta globalización real que nos toca vivir. Piénsese, por ejemplo, en la uniformidad de las reglas que gobiernan los intercambios comerciales internacionales, especialmente a partir de la aceptación casi universal de la OMC y de su autoridad para dirimir las controversias que se suscitan entre los Estados en el marco de dichos intercambios. O en la presencia ubicua de las directrices trazadas desde el FMI y el BM en la definición de las políticas económicas de la gran mayoría de los Estados, como es el caso de los latinoamericanos, con unas recetas irrealizables de nefastos resultados (Stiglitz). Es preciso tener en cuenta también que si se admite que dentro de la fundamental perspectiva económica de la globalización pueden distinguirse tres dimensiones básicas, a saber: la productiva, la comercial y la financiera, parece bastante claro que la tercera es la que ocupa el centro de la escena, toda vez que es ella la que con mayor fuerza caracteriza al fenómeno en estudio. Este dato es especialmente relevante a poco que se observe la desvinculación cada vez mayor entre la economía real y los mercados financieros.

Frente a todo lo anterior, es justo reparar también en actitudes claramente positivas que trae aparejada la existencia de un modo de pensar global y que pueden enmarcarse dentro de lo que ha dado en llamarse *glocalización*, esto es, pensar globalmente y actuar localmente. Nos referimos a los avances que se han producido en ámbitos tales como la ecología o los derechos humanos, en los cuales la conciencia de la dimensión universal de determinadas cuestiones ha comenzado a erosionar viejos principios que sobrevivían más por la fuerza de determinados intereses que por su solvencia ética y racional. Sin ir más lejos "la preferencia ascendente por la democracia" a la que se refiere Robert Cox es, con todos los matices necesarios, un dato indudablemente positivo de este cambio de milenio (García Segura).

16. Todos los fenómenos que acabamos de mencionar inciden directa o indirectamente sobre el DIPr, tanto sobre el objeto como sobre el contenido. Es indudable que, en general, han contribuido a multiplicar y diversificar las relaciones jurídicas de DIPr. Así, por ejemplo, la masiva presencia de empresas extranjeras en los países del MERCOSUR, en una medida muy considerable impulsada por la privatización del sector público de cada uno de ellos -que es uno de los fenómenos que ha traído aparejado, más que la globalización, el pensamiento único-, ha generado un sinnúmero de situaciones privadas internacionales. En un contexto más amplio, los compromisos asumidos por los Estados en el marco de organismos tales como la OMC, al mismo tiempo que entronizan el libre comercio y, por lo tanto, aumentan exponencialmente las posibilidades de realizar todo tipo de operaciones comerciales internacionales, imponen para ellos una serie de restricciones que a la larga repercuten sobre los particulares.

Los avances tecnológicos en materia informática están impactando también de un modo extraordinario sobre las soluciones de DIPr para algunas materias -como los contratos y la responsabilidad extracontractual- incluso sobre las más comúnmente aceptadas de aquellas (Kessedjian, Calvo Caravaca / Carrascosa). Así, por ejemplo, una solución ampliamente recibida en el derecho comparado en materia contractual, es la de proteger al consumidor mediante la limitación o prohibición de la autonomía de la voluntad en los contratos de consumidores, por un lado, y mediante la determinación de la jurisdicción de los jueces y de la aplicación del derecho del país del domicilio o de la residencia habitual del consumidor, por otro lado. Así se prevé en el sistema de DIPr vigente en la UE, en los sistemas estatales de países



Europeos comunitarios y no comunitarios y, para hablar de algo más cercano, en el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo de 1996.

Sin embargo, la multiplicación exponencial de contratos internacionales "en la red", lleva a preguntarse legítimamente si esa solución que aparece como tan justa y lógica en contratos de consumo en general, puede resultar también aplicable a la contratación a través de Internet. Téngase en cuenta que, de admitirse la solución general, la oferta de productos y servicios por medio de la red quedaría limitada sólo a las grandes empresas, que serían las que están en condiciones de organizar una adecuada previsión de eventuales pleitos contra ellas en cualquier país del mundo (cualquier país donde haya una computadora conectada a la red y una persona con deseos de consumir), bajo las reglas de ese país. Erik Jayme es uno de los que más claramente ha planteado esta nueva situación que, según él, es uno de los síntomas que marcan la transición del DIPr desde la postmodernidad al futurismo. Ahora bien, existen al menos dos posibilidades para evitar este tipo de situaciones: una consiste en evitar, mediante un artilugio técnico, que el sitio en la red del proveedor de bienes o servicios esté operativo en aquellos países en los cuales él no quiere verse potencialmente demandado (Palao Moreno); otra, más ambiciosa, es alcanzar algún tipo de reglamentación material especial que sea generalmente aceptada (Juenger).

17. Desde otra perspectiva, es muy importante subrayar que, tal como se ha venido señalando desde la escuela del pensamiento crítico, el Estado sigue siendo un participante activo de la economía política global. Susan Strange ha puesto de relieve que si bien es cierto que el Estado ha perdido el control sobre determinadas dinámicas globales que son controladas por otros actores (como es el caso de las grandes empresas multinacionales) y que la necesidad de defender su seguridad económica le lleva a luchar por situarse favorablemente en el mercado global, la situación actual es fruto de una serie de decisiones estatales (García Segura). No es para nada antojadizo afirmar que los que deciden en primera y última instancia en el seno de organismos tales como la OMC, el FMI o la OCDE, son los países del G-7 (o G-8 si sumamos a Rusia). Parece claro que, aun cuando todos los Estados, grandes y pequeños, estén sufriendo profundas transformaciones y sus funciones y capacidades se vean reformuladas, sigue siendo indudable que todos tienen un ámbito propio de decisión, individual o colectivo cuando actúan asociados o integrados. Además, a partir del 11 de septiembre de 2001, parece que algunos han redescubierto la fuerza de lo público y recurren al Estado (o al súper Estado europeo) para arreglar las cuentas de compañías o sectores en crisis.

En este punto debe recordarse que los países latinoamericanos siguieron unas recetas preconizadas pero nunca cumplidas por los países poderosos del planeta. No es difícil ver que los mismos que dan lecciones de apertura seguidas a pies juntillas en América Latina, son los que ponen toda clase de trabas al ingreso de nuestros productos, tanto primarios como manufacturados. Y algo similar ha sucedido respecto de la aparentemente indispensable reducción del papel del Estado en todo lo referido a infraestructuras, investigación científica, educación, salud o programas sociales. Por eso nos animamos a decir que, pese a que la situación internacional traza evidentemente límites al poder decisorio real de los Estados, especialmente de los que no han alcanzado un nivel de desarrollo significativo, pese a que el FMI, la OMC, las multinacionales, etc., etc., constituyen una realidad innegable, son los Gobiernos nacionales los que en última instancia eligen e implementan las medidas concretas que regulan la vida en cada Estado. A ellos les incumbe impulsar no sólo las políticas sino también la elaboración de las normas estatales (entre ellas las de DIPr), la incorporación o no a determinadas convenciones internacionales (con normas de DIPr) y la participación o no en procesos de integración (que elaboran normas de DIPr). Ninguna de esas actividades es ni puede ser neutral. Y de cómo se orienten dependen en gran medida los efectos concretos que los fenómenos que trae aparejados la globalización están teniendo y van a tener en el futuro sobre los Estados.



## 2. Integración económica y política

18. Nadie, ni el más escéptico anti-integracionista, se anima a negar ya el enorme impacto que han tenido los procesos de integración económica y política sobre el DIPr. Mirado el DIPr desde la perspectiva de la configuración actual de los sistemas estatales que lo reglamentan, se advierten rápidamente diversos ingredientes de complejidad que es preciso destacar (ver Cap. 2.I.1) y, sin lugar a dudas, el que tiene más trascendencia por los cambios de fondo que trae aparejados es el que tiene que ver con la integración. El conjunto de normas estatales y convencionales vigentes en cada Estado no cubre la totalidad de las situaciones internacionales posibles, ya que asistimos a un proceso progresivo de diferenciación dentro del mismo, caracterizado por la segregación de una categoría de situaciones vinculadas con un espacio integrado (Desantes Real). Vale la pena insistir: entre todas las transformaciones que han obligado a una adecuación de los discursos explicativos acerca del DIPr, el fenómeno de la integración ocupa un lugar preponderante. Si el discurso "nacionalista" del DIPr tenía su punto de partida en la noción de soberanía legislativa, es lógico que deba ser actualizado a la luz, precisamente, de la competencia reconocida a los órganos de algunos sistemas de integración para elaborar normas de DIPr, ya sea mediante cesión de soberanía (caso europeo, supranacional) o sin ella (caso mercosureño, intergubernamental).

Lo cierto es que la existencia de un fenómeno de integración económica y política supranacional o intergubernamental, de partida, incide sobre los presupuestos del DIPr. Por un lado, la pluralidad de ordenamientos se mitiga por la presencia, siempre limitada, de normas comunes elaboradas por los órganos de integración; en el sistema comunitario europeo, además, este dato se refuerza por la vigencia de un auténtico ordenamiento común caracterizado por los principios de autonomía, eficacia directa y primacía, y por un sistema jurisdiccional que garantiza la interpretación uniforme y la solución de las controversias. Por otro lado, el "imperio" de las libertades *fundamentales* de circulación que se dan -bien que con ciertos límites y excepciones- en un espacio integrado, provoca que los supuestos heterogéneos (las relaciones jurídicas cuyos elementos se localizan en distintos Estados integrados) se multipliquen exponencialmente. O sea que mientras el primer presupuesto denota una suave tendencia a la baja, el segundo cotiza en los niveles más altos posibles.

19. Pero la integración no sólo repercute sobre los presupuestos; también puede generar la configuración de un espacio "comunitario", diferente del espacio interno y del puramente internacional, regido por sus propias normas y por unos principios característicos que en su conjunto pueden constituir un ordenamiento diferente. En la CE es una realidad y se le llama derecho comunitario; en el MERCOSUR lo que existe es un derecho de la integración que va, paulatinamente, cobrando perfiles propios, como se puede atisbar en los laudos arbitrales producidos hasta ahora (Noodt Taquela, Uriondo de Martinoli). La presencia y el desarrollo de ese nuevo ordenamiento -tanto mayor cuanto más se profundiza en carácter y más se amplía en contenido la integración- provoca dos consecuencias importantísimas para el DIPr: por una parte, los órganos de la integración tienen la posibilidad, dentro de los límites que cada proceso de integración fije, de elaborar normas para regular las relaciones de tráfico privado externo que pueden afectar tanto a los intercambios intracomunitarios como a los que vinculan a un Estado miembro con uno que no lo es (en la CE este rasgo es muy claro, ya que el DIPr comunitario afecta tanto a las relaciones intracomunitarias como a otras que no lo son -Jayme / Kohler-); por otra parte, las normas y, sobre todo, los principios de ese ordenamiento común trazan una serie de límites a la elaboración de normas de DIPr por los legisladores de los Estados miembros y al funcionamiento de los sistemas estatales de DIPr.



20. Lo que mencionamos aquí ha adquirido unas proporciones sorprendentes en la UE, sobre todo a partir de la entrada en vigor de la reforma del Tratado constitutivo de la CE producida en Ámsterdam en 1997 (en vigor desde el 1º de mayo de 1999). En efecto, en Europa se dieron –y de una manera paradigmática– todos los efectos de la integración que acabamos de mencionar: modificación de los presupuestos del DIPr, diferenciación de las situaciones privadas internacionales, límites y directrices comunitarios para los sistemas nacionales de DIPr, y elaboración progresiva de un DIPr común. Ese DIPr común, que estaba constituido por convenciones intergubernamentales (y que, por lo tanto, no configuraba un DIPr comunitario *stricto sensu* sino un DIPr de ámbito comunitario, también llamado “DIPr cuasicomunitario”), empezó primero a conocer una tímida comunitarización sectorial a través de la inclusión de normas de DIPr en textos comunitarios de derecho material (sobre temas tan disímiles como seguros, marcas, contratos de utilización de inmuebles por tiempo compartido y otros referidos a consumidores), y está ahora mismo experimentando una nueva etapa absolutamente novedosa desde la comunitarización total del DIPr dispuesta por el Tratado de Ámsterdam.

En efecto, este último introdujo una modificación verdaderamente revolucionaria en el art. 65 del Tratado de la CE. A partir de ese momento todo el DIPr (la norma mencionada se refiere a todos los sectores comprendidos en su contenido, es decir, jurisdicción internacional, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y demás cuestiones incluidas en la cooperación judicial y extrajudicial internacional; el artículo también se refiere a “las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”) podrá ser regulado por normas de derecho comunitario derivado, es decir, el que elaboran los órganos comunitarios. De hecho, el 29 de mayo de 2000 se aprobaron tres reglamentos comunitarios (de aplicación directa en todos los países comunitarios a excepción de Dinamarca que cuenta con un estatus especial al respecto) sobre DIPr, relativos a jurisdicción internacional y reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de familia, a notificaciones y a procedimientos de insolvencia –respectivamente–, el 22 de diciembre del mismo año se aprobó un reglamento sobre jurisdicción internacional y reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de derecho privado patrimonial, destinada a sustituir a la Convención de Bruselas de 1968, y el 28 de mayo de 2001 se aprobó un reglamento relativo a la obtención de pruebas (y varios textos más se aprobarán en un futuro inmediato). De este modo ha comenzado a llevarse a cabo la anunciada “comunitarización” del DIPr europeo, que abre una serie de interrogantes acerca de la repercusión de dicho proceso en la actividad interna y externa de los países comunitarios.

21. A pesar de este (y otros muchos) desarrollos europeos, es bien sabido que la integración siempre fue también un *desideratum* americano. Todas los prohombres de la independencia bregaron por ella. Bolívar, San Martín, Artigas, O’Higgins, Martí y tantos otros, plantearon incansablemente, en los dichos y en los hechos, esta necesidad, la misma que se ha mantenido siempre, con momentos peores y mejores en el espíritu de los pueblos americanos. Pero lo que siempre fue un objetivo político de fondo, se ha convertido además, con la modificación del escenario mundial, en una imposición de la realidad. No es fruto de la casualidad ni de la moda que la última década del siglo XX haya estado marcada, en el continente americano, por el resurgir del ideal de la integración, aunque desarrollado por ahora a escala subregional. Hasta el país más poderoso de la tierra ha visto la necesidad de introducirse por este camino, mediante la creación de una zona de libre comercio profundizada con sus vecinos norteamericanos y el impulso de un proyecto continental de libre comercio cuyo lanzamiento está previsto para el año 2005. El Caribe, Centroamérica, el Norte y el Sur de Sudamérica, han visto resurgir con nuevo impulso y en un contexto bien diferente los procesos de integración económica entre los Estados.



La situación es bastante clara. Los Estados llamados centrales protegieron siempre el desarrollo y la fortaleza de los mercados nacionales. En algunos casos, actuando individualmente, en otros casos, como es el ejemplo europeo occidental, en conjunto, mediante el accionar de un organismo supranacional de integración. Para los Estados llamados periféricos la consolidación del mercado interno es prácticamente imposible en la actualidad. Pero tal imposibilidad tiene que tender a decrecer si estos Estados no actúan aisladamente sino en conjunto, constituyendo bloques de integración. Cuanto más fuerte y materialmente extendida sea dicha integración, mayores posibilidades de mantener un tejido productivo sólido y un mercado "interno" (interno del bloque) dinámico y competitivo. Cuando decimos que los Estados están sufriendo profundas transformaciones, se hace referencia, entre otras cosas, a los cambios que se derivan de la participación de los mismos en procesos de integración. En este sentido, resulta primordial tener en cuenta que los Estados no reciben el impacto de la globalización en la misma medida ni con las mismas consecuencias y que las tendencias de la globalización no son ni universales ni homogéneas, del mismo modo que no son idénticos los Estados. Por lo tanto, no es del todo apropiado hablar de las estrategias de los Estados frente a la globalización en forma abstracta, planteando un discurso de validez universal, sino que se hace imprescindible descender hasta los últimos aspectos particulares, especialmente económicos y sociales, para definir qué es lo que le conviene en este momento a cada país en concreto o grupo de países con intereses comunes.

Cualquiera sea el modelo de integración que se elija y el grado de profundidad al que se quiera llegar, es evidente que la integración genera una igualación fronteras adentro y una diferenciación —podríamos decir incluso una discriminación— fronteras afuera. Precisamente por eso se hace tan importante no quedarse sólo en un escenario internacional como el actual. Los países del MERCOSUR, aisladamente considerados lo tienen muy difícil para negociar por sí solos, por ejemplo, una mejora en las condiciones perjudiciales para la entrada de sus exportaciones en la CE. Tiene poco que ofrecer a cambio de una apertura del mercado europeo para sus productos. Pero actuando todos juntos, más los dos asociados, la situación no debería ser la misma. Por esa misma razón, la capacidad negociadora de los bloques subregionales de integración en el marco de la construcción del ALCA, estará en relación directa con la consolidación de sus mercados interiores: cuanto más fuertes, estables e integrados sean éstos, mayor capacidad negociadora y mejor situación comparativa en el resultado final del proceso. Para que estas no sean palabras huecas en el marco del MERCOSUR, se hace preciso modificar muchas actitudes, no sólo de parte de los gobiernos sino también de los operadores económicos. Al menos se hace necesario acompañar las declamaciones de intenciones en este sentido con políticas claras y coherentes con dicho discurso.

Es por eso que se hace urgente e imprescindible generar un discurso tan coherente como solvente acerca de la integración. Un discurso que explote al máximo, con mucha imaginación las posibilidades reales de nuestra integración. No se trata, como hemos hecho en tantos campos de copiar otros modelos, sino de encontrar el más apropiado para nuestra realidad y nuestras necesidades. Es obvio que si los europeos se encuentran hoy en una buena posición para enfrentarse al envite de la globalización, se debe en gran medida al hecho de que la historia los empujó después de la catástrofe de la segunda guerra mundial, a unir sus destinos con carácter permanente. Eso es fundamentalmente lo que nos debe interesar de ese modelo. La integración mercosureña difícilmente podrá cumplir el papel que aquí se propugna si no se la dota de un aparato institucional sólido y de unas reglas de juego claras y exigibles. Y, sobre todo, si los Estados partes no toman en serio al MERCOSUR y el cumplimiento de sus reglas y sus políticas. (Acerca del DIPr del MERCOSUR, ver Cap. 2.IV).

### 3. Auge de la cooperación internacional



22. De los muchos ámbitos en los cuales la cooperación internacional ha cobrado un auge inusitado en los últimos años, el jurídico es tal vez el que muestra un crecimiento más significativo, tanto cualitativa como cuantitativamente. Esta afirmación halla sustento en el entendimiento amplio de la noción de cooperación jurídica, que permite encuadrar dentro del mismo no sólo a la que tiene lugar mediante los convenios internacionales o las normas emanadas de los organismos de integración que reglamentan específicamente la cooperación en el campo del derecho (cooperación jurídica *stricto sensu*), sino también a aquella que, referida esencial o prioritariamente a otras cuestiones (cooperación económica —y, dentro de ésta, la cooperación al desarrollo—, política, cultural, etc.), se canaliza por el cauce de distintos tipos de convenciones internacionales (cooperación jurídica *lato sensu* o “aspectos jurídicos de la cooperación internacional” —van Loon—). Lógicamente, también puede ubicarse dentro del concepto restringido de cooperación jurídica a la que se produce unilateralmente por los Estados en aplicación de las normas que al respecto existen en cada ordenamiento.

Dentro de la cooperación jurídica *stricto sensu* se deben realizar también dos distinciones de carácter conceptual. La primera sitúa de un lado a la cooperación que se produce en el ámbito del derecho público implicando, con técnicas y características muy diversas al DIP, al derecho penal internacional, al derecho fiscal internacional, etc., y del otro lado a la que tiene lugar ligada esencialmente a cuestiones de derecho privado. Lógicamente, la realización de esta demarcación no significa desconocer que puede haber zonas de intersección entre sendos ámbitos, sobre todo en relación con casos concretos. Hecha esta salvedad, es en la esfera del derecho privado —que es, por razones de especialidad, la que más interesa para este trabajo— donde cabe hacer la segunda distinción anunciada.

Para explicarla puede echarse mano a la clásica composición del derecho procesal civil internacional, el cual, como dijimos, estaría formado por: la jurisdicción internacional, el reconocimiento y ejecución de actos y decisiones extranjeras y —un poco más amorfo— el sector constituido por los problemas procesales que se plantean en torno a la situación privada internacional. La cooperación jurídica afectaría en principio a este último sector (sobre todo a la asistencia judicial internacional) y, en general, a toda reglamentación que organice las formas de llevar a cabo la colaboración que las autoridades judiciales y administrativas de los Estados deben prestarse entre sí para una mejor solución de los casos internacionales (aquellos vinculados con dos o más ordenamientos jurídicos).

Los fundamentos actuales de la cooperación jurídica internacional no pueden cifrarse en la tradicional consideración de la obligación, más o menos natural, que tendrían los Estados de prestarse asistencia mutua (obligación habitualmente ligada a la exigencia de reciprocidad). Hoy en día la internacionalización de la vida de las personas hace que los Estados deban ponerse de acuerdo para alcanzar mecanismos que permitan la protección de los intereses de aquéllas frente a las situaciones privadas internacionales. El derecho de los particulares a ser tutelados judicialmente de manera efectiva va transformando en obligatorias las actitudes estatales otrora realizadas con una cierta espontaneidad. Paralelamente, específica pero no exclusivamente en el ámbito patrimonial, la cooperación va dejando de ser una opción para convertirse en una exigencia inherente a las necesidades del gran mercado (van Loon). La consolidación de la excepcionalidad del orden público, junto con otras tendencias claramente detectables en especial en dicho ámbito patrimonial no hacen sino confirmar el auge alcanzado por la cooperación en esta materia.

23. Con el entendimiento anterior, serían convenciones de cooperación jurídica internacional (o cooperación internacional en el ámbito jurídico o, con mayor precisión, en el ámbito del DIPr, a poco que admitamos que la dispersión elemental de una relación jurídica de derecho privado caracteriza a la situación objeto del DIPr), los que reglamentan la realización



de medidas cautelares, la obtención de pruebas, la información acerca del derecho extranjero, los que establecen un procedimiento para la devolución de los menores al país de su residencia habitual o para que tenga lugar una adopción internacional, etc. Para el mejor funcionamiento de dichos convenios se ha creado la figura de la "autoridad central", la cual cumple un papel de suma importancia en tanto canalizadora de la cooperación (Droz, Borrás). Del mismo modo, es posible encontrar normativa autónoma relativa a esas cuestiones; un ejemplo que viene al caso lo constituyen las reglas procesales que algunos Estados han debido incorporar a sus legislaciones nacionales para evitar que alguno de los convenios mencionados no pudieran aplicarse correctamente debido a la carencia de las herramientas procesales adecuadas. Es lo que ha sucedido, por ejemplo, respecto de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción de menores de 1980.

Ahora bien, entre toda la "reglamentación para la cooperación", cabe poner un énfasis especial sobre la función "cooperante" de la que disciplina el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras y la jurisdicción internacional, ya que representa la forma más sublime y acabada de cooperación en el ámbito jurídico. Digo que es la forma más sublime y acabada porque en este caso no se trata de prestar una ayuda concreta para una actividad que se desarrolla en el extranjero o que está estrechamente vinculada con otro Estado, sino -de alguna manera- de renunciar a la propia potestad decisoria sobre un supuesto permitiendo que la decisión adoptada por una autoridad foránea despliegue sus efectos en el foro. Si se acepta entonces -y no puede ser de otro modo- que la cooperación implica decisivamente no sólo a las cuestiones estrictamente enmarcadas en la "asistencia judicial internacional" sino también y muy especialmente al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, resta plantearse de qué modo puede afectar al otro sector del derecho procesal civil internacional, es decir, a la jurisdicción internacional. Desde su faceta "indirecta" la respuesta parece obvia ya que en tal caso la jurisdicción internacional (como veremos en el Caps. 3.II.4 y 10.III.2) se configura como un requisito más del reconocimiento; dicho de otro modo, la elaboración de normas de jurisdicción internacional indirecta, sean éstas expresas o implícitas -como la que se deduce de la vigencia de un foro de competencia exclusiva-, siempre se produce en el marco de una regulación del reconocimiento (González Campos).

Por su parte, la reglamentación directa de la jurisdicción internacional (jurisdicción internacional propiamente dicha) también admite una comprensión "cooperante", en particular, cuando la función distributiva o atributiva de competencia a ella asignada (según se trate, respectivamente, de normas de fuente internacional o interna) aparece íntimamente ligada a la facilitación de la circulación de resoluciones judiciales. Tal situación se da, en particular, en las llamadas "convenciones dobles" que regulan en un mismo texto la jurisdicción y el reconocimiento, y que reconocen su paradigma en la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, celebrada entre los Estados miembros de la CE, afectada por el proceso de comunitarización antes mencionado. En estas convenciones, la distribución de competencia entre las autoridades de los Estados partes se opera en gran medida con la finalidad de garantizar tanto como sea posible la efectividad en todos dichos Estados de las decisiones que se adopten en cualquiera de ellos.

Dicho modelo se ha mantenido incólume en las diferentes versiones de la Convención de Bruselas (las surgidas de cada ampliación de la CE), en el Reglamento que la comunitariza y en el Reglamento que ha ampliado ese mecanismo doble de jurisdicción y reconocimiento para la separación, el divorcio, la nulidad del matrimonio y la responsabilidad parental sobre los hijos comunes (conocido en la jerga europea como "Bruselas II"), pero también en la "extensión" espacial de dicha Convención a los Estados de la ya diezmada AELC (Convención de Lugano de 16 de septiembre de 1988). En cambio, se da mucho más matizadamente, en el Proyecto de convención que se viene discutiendo en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la misma materia, cuyo modelo ya no es "doble", sino



“mixto” (ver Cap. 4.I.4). De una forma o de otra, y más allá del éxito que llegue a tener o no el Proyecto de La Haya, no es difícil constatar que la cooperación en torno a la fluidez de la circulación de resoluciones judiciales se va convirtiendo progresivamente en uno de los pilares esenciales del tráfico internacional de nuestros días. Piénsese, de paso, en el éxito impresionante de la Convención de Nueva York sobre ejecución de sentencias arbitrales de 1958, mediante la cual un número enorme de Estados (126 a mediados de 2001) han asumido la obligación de ejecutar lo que un árbitro o un tribunal arbitral (es decir, unos particulares) decide fuera de su jurisdicción. Y es precisamente el alcance que va teniendo la cooperación en estos ámbitos (reconocimiento, jurisdicción, arbitraje) lo que reafirma el auge de la misma como fenómeno condicionante del DIPr actual.

#### 4. Influencia de los derechos humanos

##### A) Dimensión internacional de los derechos humanos

24. En el capítulo siguiente (Cap. 2.II.2) trataremos la función que despliega la constitución en cada uno de los sistemas estatales de DIPr. Allí veremos que el DIPr, como todo el resto de subsistemas que conforman cada ordenamiento, está lógicamente impregnado de los valores y principios consagrados en la norma fundamental. Lo que pasa con la concepción y aplicación de la normativa destinada a regular las situaciones internas, sucede también respecto de las normas de DIPr. No podría ser de otro modo. Ni el legislador puede elaborar normas que contradigan esos mandatos esenciales, ni los jueces y administradores tomar decisiones que impliquen una vulneración de los mismos. Entre ellos, huelga decir que se destacan los que consagran derechos humanos y garantizan su ejercicio.

Así planteado el panorama, es difícil identificar principios y valores que sean exclusivos de algún Estado en particular. Al contrario, aunque es indudable que en el mundo coexisten diferentes concepciones culturales que en no pocos casos repercuten sobre los derechos fundamentales y sobre aspectos esenciales del derecho privado (especialmente en el ámbito familiar), la segunda mitad del siglo XX ha estado signada por un proceso general en pos del reconocimiento a escala internacional de esos derechos. La puesta en funcionamiento del Tribunal Penal Internacional, pese a la oposición de la principal potencia del mundo, es uno de los signos más relevantes en este sentido. Entre países con tradiciones comunes es evidente que se comparten una gran cantidad de valores y que los mismos han quedado plasmados en normativa internacional sobre derechos humanos. Obviamente, esta evidencia no implica uniformidad absoluta ni carencia de conflictos. Por ejemplo, ni siquiera en los países que forman parte del Consejo de Europa, “afectados” por la vigencia del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 1950) y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede decirse que todos los ordenamientos estatales hayan recogido por igual, o apliquen efectivamente, los principios establecidos por aquél y desarrollados por éste. Es más, en un ámbito bastante más restringido que el anterior, el de la UE, ha costado muchísimo tiempo ponerse de acuerdo sobre el contenido de una Carta de derechos fundamentales y una vez que se ha logrado, se ha preferido no darle, al menos de momento, un carácter estrictamente jurídico: esto es, vinculante. Hechas estas salvedades, no hay que ser muy fino observador para constatar que los instrumentos patrocinados por diversas organizaciones internacionales y que han sido elaborados para proteger de alguna u otra manera los derechos humanos se han multiplicado en las últimas décadas y han recibido una nada desdeñable aceptación.

En particular, muchos Estados han reconocido la importancia de la normativa sobre derechos humanos otorgándole a la misma rango supralegal o incluso, como es el caso de



Argentina o Paraguay, constitucional (Rey Caro, Bidart Campos). Aun en Brasil, donde la jerarquía supralegal de los tratados internacionales en general es una asignatura pendiente (ver Cap. 2.II.2), parece en cambio clara dicha jerarquía cuando se trata de tratados protectores de los derechos humanos, sobre la base de lo estipulado en los párrafos 1º y 2º del art. 5 de la Constitución de 1988 (de Oliveira Mazzuoli). El aprendizaje de la aplicación práctica de estas ideas, no obstante, requiere tiempo, ya que muchas veces en las jurisdicciones nacionales se percibe, ante casos concretos —especialmente cuando tienen alguna trascendencia política—, una cierta resistencia a tratar las normas internacionales como lo que son, es decir, como parte integrante del ordenamiento estatal (Garro).

## B) Derechos humanos y DIPr

25. Sin ser una cuestión enteramente novedosa, el creciente impacto de los derechos humanos sobre el DIPr es digno de destacar. En el sector de la jurisdicción internacional, para empezar, la garantía de acceso a la justicia lleva a desterrar la utilización de foros de competencia exorbitantes, que son aquellos según los cuales la actividad del juez se basa en un criterio desprovisto de razonabilidad, normalmente favorable a la parte vinculada con el foro y consecuentemente desfavorable —y a veces imprevisible— para la otra parte. Precisamente, la protección de esta garantía conduce en determinadas circunstancias a consagrar lo que se denomina un “foro de necesidad”, que es aquel que, pese a no estar taxativamente previsto en las normas vigentes, permite la actuación de un juez con el fin de evitar un supuesto de “denegación de justicia”. También para el trámite procesal las normas de derechos humanos establecen criterios específicos que deben respetarse cualquiera sea la jurisdicción y la correspondiente ley aplicable al proceso, como hemos podido observar en los últimos años en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aplicación del Pacto de San José de Costa Rica.

Del mismo modo, la tarea de concretar la referencia general al orden público, tanto para comprobar la viabilidad de la aplicación de un derecho extranjero como la del reconocimiento de una sentencia extranjera, suele requerir el análisis del contenido y el alcance de los derechos humanos implicados. En esa tarea las referencias a la constitución y a las convenciones internacionales van de la mano (Jayme). En algunos casos, los constituyentes han sido muy explícitos, como es el caso del español, que en el art. 10.2 de su Constitución establece: “(l)as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

26. Los ejemplos concretos sobre los que podemos hablar son muchísimos. Así, si nos situamos en el impacto sobre el legislador, puede mencionarse el causado por el principio igualdad o de no discriminación sobre las normas de DIPr que utilizaban un punto de conexión “sexista” (aplicación de la ley nacional del marido o del padre), fenómeno que se dio en algunos países como Alemania, Italia y España no hace tanto tiempo, provocando la modificación de dichas normas. Si en cambio nos centramos en la actividad de los jueces, resulta claro, por ejemplo, que a los menores les asiste, en un gran número de Estados, una singular “protección constitucional”. No parece razonable, sin embargo, que la identificación del *interés del menor*, en cuanto parámetro de solución jurisprudencial, dependa en cada caso internacional exclusivamente de los dictados materiales del foro; es más, dicha dependencia puede ser muy peligrosa si la aparente información material del propio ordenamiento es sólo una excusa para privilegiar otros intereses distintos. En cualquier caso, en general habrá de tenerse en cuenta (como veremos en Cap. 6.IV.8) que para que prospere el freno del orden público,



concretado en la identificación de un principio o valor específico, será indispensable que el caso en cuestión presente una vinculación suficiente con el foro. En tal sentido se ha insistido, a nuestro juicio con razón, en que ni siquiera la constitución puede aplicarse de forma "imperialista" a cualquier situación privada internacional, sin tener en cuenta la "intensidad" de la vinculación de la misma con el ordenamiento jurídico del foro (Jayme).

27. No podemos dar por terminado este tema sin hacer referencia al tema de la sociedad multicultural (fenómeno que se produce al influjo del incremento experimentado por las corrientes migratorias provenientes de distintas partes del mundo, y a la forma y cualidad con las que las comunidades inmigradas se instalan en los países de acogida) que viene ocupando muchísimas de las páginas dedicadas al DIPr, especialmente en Europa, aunque tal "localización" europea es sólo aparente (Europa no es ni con mucho la única sociedad multicultural). La importancia del tema radica, sobre todo, en que estos desarrollos teóricos pero también jurisprudenciales han actuado como catalizadores en la elaboración o perfeccionamiento de instrumentos técnicos del DIPr y en un replanteamiento general acerca del papel de los derechos fundamentales en la reglamentación y aplicación del DIPr, efectos que trascienden a cualquier limitación geográfica.

El caso es que se producen conflictos cuya cuestión subyacente pasa por la tensión entre la idea de asimilación (en el sentido de integración del inmigrante en su sociedad de acogida) y la de respeto a la identidad cultural. La solución de esa tensión debe buscarse siempre por referencia a la actuación de los derechos fundamentales, la cual implicará, por principio, el reconocimiento (que es más que tolerancia) de los derechos del "otro". En el contexto europeo -aunque esté pensado para las minorías locales más que para las inmigrantes- es dable destacar la trascendencia que puede llegar a tener el Convenio marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa, firmado en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995. Allí se establece: la prohibición de toda discriminación fundada en la pertenencia a una minoría nacional (art. 4.1º), el compromiso de los Estados partes de promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, lengua, religión, tradiciones y patrimonio cultural (art. 5.1º), y la prohibición de toda política encaminada a la asimilación no voluntaria (art. 5.2º). E. Jayme expresa, en la misma línea, que el derecho a la protección de la identidad cultural se ha convertido en una categoría jurídica, refiriéndose al art. 30 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989. No obstante, no debe desconocerse (sobre todo por lo peligrosas que son y por las consecuencias negativas que provocan) que existen posiciones no tolerantes y que propugnan la imposición sin más de los valores "occidentales" (de Miguel Asensio), ideas de especial predicamento a partir de los sucesos del 11 de septiembre de 2001.

Los conflictos señalados, que no pocas veces se han exteriorizado a través de deplorables episodios de racismo y xenofobia, a menudo dan lugar a típicos problemas de DIPr, generalmente relacionados con instituciones de derecho de familia que resultan extrañas o "chocantes" para los ordenamientos europeos. Buena parte de ellos se plantean respecto a sistemas jurídicos de base religiosa, sobre todo los basados en el islamismo o influenciados netamente por él. Le cabe entonces al DIPr el establecimiento y la aplicación de herramientas técnicas que permitan la convivencia de valores dentro de la sociedad multicultural (Sánchez Lorenzo, Jayme). Entre ellas tendrán un lugar las referidas a la actuación del principio de igualdad (no discriminación por razones raciales o de nacionalidad), a la amplitud reconocida a la autonomía de la voluntad y a las limitaciones mencionadas para la aplicación de los principios de orden público, pero también las que pasan por una revalorización frente a estos problemas de la conexión nacionalidad, por el juego de la teoría de un DIPr en dos escalones y por la concreta elaboración de normas materiales de Derecho de familia para la sociedad multicultural.



## 5. Expansión de la autonomía de la voluntad (privatización del DIPr)

28. Una de las definiciones esenciales que hemos asumido para la elaboración de esta obra es, como hemos visto, la que resalta el carácter "privado" del DIPr. Esto que puede parecer una afirmación tautológica en realidad no lo es tanto. Por un lado, no lo es porque paradójicamente las concepciones tradicionales del DIPr han sido claramente "publicistas", razón por la cual nunca está de más subrayar lo contrario. Por otro lado, debe recordarse que el tratamiento que antes hemos hecho acerca de la situación privada internacional tenía que ver con la definición del objeto y la consecuente concreción del contenido. En cambio, lo que ahora nos interesa destacar, en tanto factor condicionante del DIPr de nuestros días, es a quién corresponde la reglamentación de las concretas relaciones que se producen en el tráfico privado internacional. Y es ahí donde se hace preciso mencionar cómo se viene desarrollando un marcado proceso de "privatización" del poder regulador, fenómeno que puede analizarse en dos niveles: el referido al margen que tienen los particulares (personas físicas o jurídicas) en una relación jurídica para establecer su marco concreto de derechos y obligaciones recíprocas, y el vinculado con la actividad normativa y decisoria de alcance general elaborada fuera de los círculos oficiales.

29. Respecto del primer nivel (el de la autonomía de la voluntad en el caso concreto), puede comprobarse cómo las normas nacionales, convencionales e institucionales de las más variadas regiones y países del mundo no sólo han reafirmado en las últimas décadas el poder de los particulares para autorregularse dentro del ámbito más tradicional, el de los contratos, sino cómo, además, ese poder se va extendiendo hacia áreas antes vedadas al despliegue de la autonomía, como son las que tienen que ver con el llamado "estatuto personal" (personas, familias y sucesiones). Cualquiera sea el ámbito material en cuestión, la autonomía de la voluntad no se restringe a la potestad para determinar el juez competente y el derecho aplicable (lo que ya es mucho decir) sino que va experimentando un despliegue material que va mucho más allá, operando sobre la concepción misma de las relaciones jurídicas (Alfred E. von Overbeck habla así de la "irresistible extensión de la autonomía de la voluntad en el DIPr").

En materia de familia, por ejemplo, cada vez más países reconocen el derecho de contraer matrimonio de variadas formas civiles y religiosas, con exactamente los mismos efectos jurídicos, algunos de los cuales también se reconocen sin necesidad de matrimonio. En no pocos países los contrayentes pueden elegir, con más o menos restricciones, el derecho aplicable a los efectos del matrimonio, incluso a los efectos personales (Carrascosa González). La Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV) consagra en la última parte de su art. 8, la creación de un foro de jurisdicción internacional en virtud de la voluntad de las partes (comparecencia del demandado sin objetar la competencia, es decir, sumisión tácita). Y en la UE, desde marzo de 2000, no sólo pueden los cónyuges designar de común acuerdo el juez competente para la separación, el divorcio o la nulidad, sino que a cada uno de ellos, en forma separada, le basta para "crear" una jurisdicción competente fijar su domicilio en el Estado comunitario que mejor le venga y esperar seis meses (si es nacional de ese Estado) o un año (si no lo es). Yendo del ámbito familiar al contractual, no es preciso ir hasta Europa para ver cómo la autonomía de la voluntad se ha transformado en el elemento central de la reglamentación; las normas elaboradas por el MERCOSUR en esta materia (Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual y Acuerdos de Arbitraje) consagran claramente esta opción legislativa como principio de base de la reglamentación mercosureña. Sin embargo, no todos los ordenamientos nacionales de los países del MERCOSUR parecen haber tomado buena nota de ello.

