

CUADERNILLO DE ENSEÑANZA

PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN

Directora: Luciana B. Scotti*

Proyecto UBACyT 2013 – 2016:

**“Bases jurídicas para el
reconocimiento extraterritorial de la
filiación derivada de técnicas de
reproducción humana asistida, en
particular del caso de la maternidad
subrogada”**

(Código 20020120200052BA)

Integrantes:

Rocío Marlene Álvarez de Elías; Mariana
Antón Pérez; Leandro Baltar; Viviana
Denise Berón; Jonathan Matías Brodsky;
Rodrigo Laje; Susana Esther Leal

Proyecto PII511:

**“Nuevos paradigmas del Derecho
Internacional Privado en el Código
Civil y Comercial de la Nación”**

Integrantes:

Mariana Antón Pérez; Leandro Baltar;
Jonathan Matías Brodsky; Leopoldo M.A.
Godio, Luciane Klein Vieira, Ruben O.
Romero, Sabrina B. Romero

* Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires con tesis sobresaliente, recomendada al Premio “Facultad” (Área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”. Directora de Proyectos de Investigación en la Universidad de Buenos Aires. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

ÍNDICE

	Página
BREVE ANÁLISIS DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN -----	4
CAPÍTULO 1-----	5
CAPÍTULO 2-----	25
CAPÍTULO 3-----	53
Sección 1-----	53
Sección 2-----	66
Sección 3-----	76
Sección 4-----	79
Sección 5-----	85
Sección 6-----	95
Sección 7-----	104
Sección 8-----	110
Sección 9-----	114
Sección 10-----	123
Sección 11-----	127
Sección 12-----	141
Sección 13-----	147
Sección 14-----	151
Sección 15-----	157
Sección 16-----	166

CUADROS COMPARATIVOS ENTRE LAS NORMAS DEROGADAS Y LAS NUEVAS DISPOSICIONES	168
OTRAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	
ARGENTINO.....	204
BIBLIOGRAFIA GENERAL ACTUALIZADA.....	209
SITIOS WEB DE INTERÉS.....	211
ACTIVIDADES PRÁCTICAS.....	213
ANEXO: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	225

BREVE ANÁLISIS DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

“Las normas de derecho internacional privado constituyen un sistema destinado a favorecer la coordinación entre el ordenamiento argentino y los sistemas jurídicos de los demás Estados con los cuales se vinculan las situaciones privadas internacionales, cada vez más complejas en una realidad intensamente comunicada e interconectada”¹

¹ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV: Derecho Internacional Privado, 2012. Consultado en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf> [10/11/2017].

CAPÍTULO 1:

DISPOSICIONES GENERALES

FUENTES

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

Normativa derogada. Las normas de fondo derogadas no contemplaban ninguna norma acerca de las fuentes del Derecho Internacional Privado (DIPr).

Sin embargo, la primacía de los tratados respecto a las leyes ha sido afirmada desde la jurisprudencia de la CSJN en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, de 1992² y principalmente, desde la reforma de 1994 de la Constitución Nacional (CN) que consagró en el art. 75 inc. 22, primera parte, la superioridad de los tratados internacionales y de los concordatos celebrados con la Santa Sede frente a las leyes. Es decir que los tratados en general tienen jerarquía suprallegal pero infraconstitucional puesto que deben respetar los principios de derecho público constitucional (art. 27 CN). Seguidamente, jerarquizó, dándoles el mismo rango de la

² En este trascendente fallo la Corte cambió su doctrina efectuando un giro de ciento ochenta grados. En este pronunciamiento la Corte reconoció que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes. Para esto utilizó dos fundamentos: uno, de Derecho interno Constitucional y otro, de Derecho Internacional. En lo que concierne al primero de los fundamentos, sostuvo: “La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso, violenta la distribución de competencias impuesta por la misma (C.N.) porque mediante una ley se podría derogar el acto federal complejo de la celebración de un tratado”. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo... sobre atribuciones del Poder Ejecutivo... que es quien conduce exclusiva y excluyentemente las relaciones exteriores... Por otra parte, el fundamento de derecho internacional fue esgrimido para sustentar su cambio de doctrina con respecto a la jerarquía de los tratados en relación al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados según el cual ningún Estado podrá invocar su derecho interno para incumplir una norma internacional.

Constitución a once instrumentos internacionales de derechos humanos, que son "constitucionalizados"³.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2594 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) tiene por finalidad indicar las fuentes principales del Derecho Internacional Privado, dando cuenta además de su jerarquía. Los casos iusprivatistas internacionales se deben resolver de acuerdo, en primer lugar por los tratados internacionales, y en su defecto por las normas (directas e indirectas⁴) de fuente interna previstas principalmente en el propio Código Civil y Comercial.

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

El art. 2594, en definitiva, no hace más que reafirmar la jerarquía superior de los tratados internacionales que abordan problemas de DIPr, en plena coincidencia con el

³ Tomamos esta expresión de MONCAYO, Guillermo R., "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema," en Abregú, Martín, Courtis, Christian, (compiladores), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, 2ª edición, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

⁴ En la actualidad, el Derecho Internacional Privado se caracteriza por el pluralismo metodológico, según el cual la regulación y solución de los casos de nuestra disciplina puede alcanzarse por una pluralidad de métodos: el conflictual, que genera las normas de conflicto; el unilateral, que genera las normas de policía y normas de aplicación inmediata del derecho internacional privado y el material o método directo de creación de soluciones. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el título que comentamos cuenta con un número significativo de normas indirectas que procuran localizar territorial, geográfica e idealmente la relación jurídica en uno de los diversos ordenamientos jurídicos razonablemente conectados con aquella. El orden jurídico indicado por la norma indirecta, a través del llamado punto de conexión, será el encargado de brindar la regulación jurídica del caso. Aquél podrá recaer en el derecho local, o bien en el derecho extranjero (art. 2595 CCC), cuya aplicación podrá encontrar límites, como cuando se configure un fraude a la ley (art.2598 CCC), o bien cuando se encuentre vulnerado el orden público internacional del foro (art. 2600 CCC). Asimismo, el CCC contiene normas directas (a modo de ejemplos, los arts.2604, 2610, 2613, 2614, 2615, 2623, 2642, entre otras). El método directo provee una solución jurídica inmediata, directa y sustantiva al caso iusprivatista internacional. La estructura de la norma directa simplemente contiene dos elementos: el supuesto de hecho, tipo legal o hipótesis y la consecuencia jurídica, que brinda una solución concreta y específica. Finalmente las nuevas disposiciones aluden también a las normas de aplicación inmediata o internacionalmente imperativas en el art. 2599 CCC.

art. 75 inc. 22 CN y con la CIDIP II. A su turno, se puede advertir que la disposición que analizamos contempla las dos fuentes principales de nuestra disciplina: los tratados en general y las leyes. Finalmente no podemos dejar de mencionar que si bien los tratados de derechos humanos, con jerarquía constitucional, no constituyen fuentes en sentido estricto del Derecho Internacional Privado, tal como afirma Dreyzin de Klor, estos instrumentos “son marco de toda sentencia - a nivel occidental - y la interpretación pasa a ser una fuente de derecho necesaria para avanzar en soluciones justas para los casos concretos que se presentan diariamente en los estrados judiciales”⁵.

⁵ Cfr. DREYZIN de KLOR, Adriana, “Derechos Humanos, Derecho internacional privado y activismo judicial” en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Ed. Albemática, Buenos Aires, 2013. Cita: eDial.com - DC1A58. Disponible en: <http://www.eldial.com> [Consulta: 23 de octubre de 2017].

APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

Art. 2595. — Aplicación del derecho extranjero. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino;

b) si existen varios sistemas jurídicos covigentes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate;

c) si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos.

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

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

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 2595 resuelve varios problemas diferentes: a) la aplicación y la interpretación del derecho extranjero; b) la covigencia de varios derechos respecto a un mismo problema en el país cuyo ordenamiento jurídico resulta aplicable; y c) la multiplicidad de derechos aplicables a una misma o varias relaciones jurídicas.

a) Respecto al primer problema, el nuevo Código modifica sustancialmente la previsión del artículo 13 derogado. En efecto, el juez quedaría ahora obligado a aplicar de oficio el derecho extranjero cuando así lo indicaren las normas indirectas del foro, adoptando la célebre teoría del uso jurídico de Werner Goldschmidt⁶. En similar inteligencia, se pronuncia la CIDIP II sobre Normas generales: "Artículo 2: Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada". Los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 también conducen a la aplicación de oficio del derecho extranjero: en su respectivo artículo 2 establecen que las autoridades deben aplicar el derecho extranjero de oficio sin perjuicio de que las partes lo aleguen y prueben.

No obstante, es necesario reconocer que el principio de la oficialidad no surge nítidamente de la redacción de la nueva norma⁷. En efecto, la disposición que analizamos indica que "el juez establece su contenido". En realidad, el juez no establece el contenido del derecho extranjero, que ha sido establecido por el legislador extranjero, sino que aplica el ordenamiento jurídico extranjero siempre que su propia norma indirecta así se lo señale. Además, el artículo 2595 habilita al juez a aplicar derecho argentino siempre que "el derecho extranjero no pueda ser establecido". Esta situación debería ser muy poco frecuente si tenemos en cuenta que el juez dispone de

⁶ Según la Teoría del uso jurídico de Goldschmidt, si se declara aplicable a una controversia, al derecho extranjero hay que darle el mismo tratamiento de fondo, con el máximo grado asequible de probabilidad que le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable. Como punto de referencia es preciso tomar al juez, ante quien la controversia podía haberse radicado si realmente se hubiera planteado en aquel país.

⁷ PERUGINI ZANETTI, Alicia M., "Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. El Derecho, Buenos Aires, 2012, p. 665. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf> [Consulta: 30 de octubre de 2017].

varios recursos, incluyendo los medios electrónicos para conocer el contenido, vigencia y alcance del derecho foráneo.

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

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

A su turno, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del Mercosur, Decisión CMC 05/92, Capítulo VII, "Información del Derecho Extranjero dispone que "Las Autoridades Centrales de los Estados Partes se suministrarán, en concepto de cooperación judicial, y siempre que no se opongan a las disposiciones de su orden público, informes en materia civil, comercial, laboral, administrativa y de derecho internacional privado, sin gasto alguno" (art. 28).

b) El inciso b) del artículo 2595 se ocupa del problema de la posibilidad de que haya multiplicidad de derechos vigentes acerca de un mismo problema en el país cuyo derecho es aplicable, como puede suceder en el caso de los diversos estados de los Estados Unidos de América, los cantones de Polonia y de Suiza, entre otros.

Resulta razonable, tal como lo hace la nueva norma argentina, que la solución provenga del propio derecho interregional, interestadual o interpersonal del país cuyo derecho resulta aplicable. Si el ordenamiento jurídico del Estado extranjero no dispusiera nada al respecto, el problema se resuelve por aquel de los sistemas jurídicos con el cual se tienen vinculaciones más próximas. Las mismas reglas deben

seguirse para el caso de derechos extranjeros sucesivamente vigentes. El propio derecho extranjero transitorio indicará qué ley debe aplicarse⁸.

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

⁸ Son ilustrativos los ejemplos que da Alicia Perugini: "Verbigracia, se discute la validez en torno a la capacidad, la forma y la validez intrínseca de un contrato. A raíz del método analítico cada cuestión se rige por su propio derecho. Así la capacidad se regiría por el derecho del domicilio, la forma por el derecho del lugar de celebración, la validez intrínseca por el derecho elegido por los contratantes o en su defecto, por el derecho del lugar de cumplimiento.

"O bien diversos derechos aplicables a otras tantas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso. Podría tratarse de validez del matrimonio que se rige por el derecho del lugar de la celebración, el régimen de bienes por lo que digan las capitulaciones o el derecho del primer domicilio conyugal, los efectos personales por el derecho del domicilio, la separación y disolución por el derecho del domicilio, por ejemplo". PERUGINI ZANETTI, Alicia M., "Panorama general..." *op cit*, p. 670.

REENVÍO

Art. 2596. — Reenvío. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino.

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

Normativa derogada. Las normas derogadas no preveían ninguna regulación en materia de reenvío. Ante la falta de disposiciones de fuente interna y la ausencia de normas convencionales, la jurisprudencia y la doctrina argentinas no adoptaron posiciones uniformes, encontrando tanto defensores como detractores del instituto.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 2596 permite el ingreso por la puerta grande del Derecho Internacional Privado argentino al llamado reenvío de primer grado. Es decir, cuando resulta aplicable según una norma indirecta del foro, un derecho extranjero, debe comprenderse que su contenido se compone de normas materiales y de normas de conflicto, y que éstas pueden remitir al derecho argentino. En este caso, la doctrina se refiere al "conflicto negativo de leyes". En dicho supuesto, según el artículo que comentamos corresponde aplicar el derecho material argentino.

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

palabras, debe considerar al Derecho extranjero en su integridad, tanto sus normas materiales como las de conflicto. Finalmente, es necesario que la norma de conflicto extranjera remita a la aplicación de otro Derecho"⁹.

Si bien la disposición que analizamos contempla el reenvío de primer grado y parece obligar al juez a considerarlo y en consecuencia aplicar derecho argentino, no acepta ni prohíbe expresamente otras categorías como el reenvío de segundo grado o el doble reenvío¹⁰. Un sector importante de la doctrina entiende que si se acepta la teoría del reenvío, debe aceptarse en todos sus grados, tal como lo hacía el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003¹¹: "Deben tomarse en cuenta las normas de conflicto del derecho extranjero declarado aplicable. Cuando las partes eligen el derecho se entiende, salvo pacto en contrario, que se refieren al derecho interno" (artículo 10).

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

⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Curso de Derecho internacional privado*, reimp. de la 3ª ed., Madrid, Civitas, 1997, p. 394.

¹⁰ El reenvío o remisión del Derecho extranjero puede hacerse al Derecho del foro, caso en el cual nos encontramos frente a un reenvío de primer grado, que admite expresamente el art. 2596, pero también puede hacerlo a favor del ordenamiento jurídico de un tercer Estado que acepta la competencia legislativa, lo cual se denomina reenvío de segundo grado. Puede ocurrir, asimismo, que el Derecho de ese tercer Estado remita al foro en un reenvío circular, o a otro Estado en un reenvío ulterior. Cfr. MADRID MARTÍNEZ, Claudia, "Instituciones generales de Derecho Internacional Privado: más allá del problema conflictual", en *Estudios de Derecho internacional privado*, Homenaje a Tatiana Maekelt, Coord. V.H. Guerra, C. Madrid Martínez, Y. Pérez, (Universidad Católica Andrés Bello), Caracas, pp. 155-226.

¹¹ El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado fue elaborado por la Comisión designada por las Resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 191/02 y 134/02 y presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003.

CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN

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

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

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

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 2597 CCC le brinda al juez una válvula de escape para aquellos casos en los que la norma indirecta lo conduzca a un derecho poco vinculado, en tanto otro ordenamiento jurídico, en cambio, se presenta estrechamente relacionado al caso. Sin embargo, la disposición es rigurosa, pues es una atribución excepcional que tiene a su alcance el juzgador, en tanto: 1) del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho, 2) presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, 3) la aplicación de este derecho resulta previsible y d) bajo las reglas de dicho derecho, la relación se ha establecido válidamente.

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

Evidentemente, nuestro legislador ha procurado flexibilizar el sistema de conexiones rígidas. En efecto, los redactores del anteproyecto señalaron que: "se han preferido soluciones que sean a la vez sencillas y de cierta flexibilidad, a fin de favorecer el

equilibrio entre la certeza y la necesidad de adaptación particular al caso, muchas veces rebelde a encuadramientos rígidos". La norma que analizamos, a todas luces, es el mejor exponente de esta orientación de las disposiciones de Derecho Internacional Privado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

FRAUDE A LA LEY

Art. 2598. — Fraude a ley. Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto.

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

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En virtud del fraude a la ley, el magistrado se encuentra inhibido de aplicar el derecho foráneo porque las partes han modificado los puntos de conexión o la naturaleza de los derechos con la intención de sustraerse a las disposiciones imperativas aplicables para regir una relación jurídica. De forma tal que los actos aislados son legítimos, lícitos (elemento objetivo del fraude) pero en su conjunto y por su intención producen un resultado prohibido por la ley (elemento subjetivo del fraude)¹². En efecto, "en la esencia del fraude se conjugan intención y acción engañosas, las cuales se materializan en la obtención de un resultado distinto al querido por la norma imperativa evadida. He allí su principal diferencia con la violación de Ley, pues mientras la conducta que encarna la violación se opone o enfrenta de manera directa al texto de la Ley, el acto que constituye el fraude lesiona su espíritu y sentido"¹³.

Aunque para algunos doctrinarios el fraude a la ley no es más que un supuesto concreto del orden público internacional, ello no es así ya que el fraude es un límite a la autonomía de la voluntad, siendo su efecto el de someter los actos realizados bajo el imperio de la ley que se ha intentado burlar, restableciendo el carácter imperativo de

¹² Cfr. BIOCCHA, Stella Maris; FELDSTEIN de CARDENAS, Sara, BASZ, Victoria, *Lecciones de Derecho internacional Privado. Parte General*, segunda edición, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1997, pp. 179 y ss.

¹³ Cfr. MADRID MARTÍNEZ, Claudia, "Instituciones generales..." *op cit.*, pp. 155-226.

la norma aludida. El legislador procura sancionar la mala intención de los sujetos involucrados, en cambio, en el orden público internacional, se persigue resguardar los principios fundamentales del propio derecho.

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

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

Lamentablemente el legislador omitió referirse al fraude a la jurisdicción, el llamado *forum shopping*, es decir la búsqueda de un tribunal judicial que resulte más ventajoso. Efectivamente, la persona que toma la iniciativa de una acción judicial puede verse tentada a elegir un foro no porque sea el más adecuado para conocer del litigio, sino porque las normas sobre conflictos de leyes que este tribunal utilizará llevarán a la aplicación de la ley que más le convenga¹⁴.

¹⁴ El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, había previsto tanto el fraude a la ley como a la jurisdicción, en los siguientes términos: "Fraude. No se admitirá la jurisdicción internacional ni se aplicará el derecho extranjero designado por la norma de conflicto cuando exista fraude. Se entiende por fraude la modificación de los hechos considerados en el contacto jurisdiccional o en el punto de conexión que tienda a eludir las normas coactivas que establecen la jurisdicción o el derecho aplicable. Comprobado el fraude corresponde desconocer la jurisdicción pretendida y aplicar el derecho que se trató de evadir" (art. 8).

NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS

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

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

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

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

sin necesidad de acudir a ninguna regla de conflicto¹⁵. En estos casos se aplica la norma internacionalmente imperativa sin importar siquiera que la solución del derecho extranjero sea más beneficiosa en el caso concreto. Dichas normas responden a políticas públicas que persiguen la protección de algún interés para el país.

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

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

Ahora bien, tal como advierte Boggiano, "para que sea aplicable una norma de policía extranjera, no debe existir norma de policía argentina que enfoque el mismo aspecto del caso, pues las normas de policía argentinas son exclusivas y excluyentes de toda otra. Además, se requiere que una norma de policía extranjera no lesione principios de orden público argentinos"¹⁶.

¹⁵ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, *Derecho internacional Privado. Reformas al Código Civil*, tomo 18, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 64-65.

¹⁶ BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado. En la estructura Jurídica del Mundo Actual*, 6ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 215.

ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

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

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

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

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

Inciso 1º: "*Cuando su aplicación se oponga al derecho público de la República,*" Antes de aplicar una norma de derecho privado extranjero, el juez debía ver si ella no contraviene los principios del derecho público argentino. El codificador daba como ejemplo las leyes francesas que sólo consideran los derechos civiles de sus nacionales, contrariando el art. 20 de la Constitución Nacional. Sin embargo, un sector de la doctrina criticaba esta fórmula ya que el derecho público no se extraterritorializa; es territorial por naturaleza.

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

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

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

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

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

Inciso 4°: *"Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos"*. Se trata de la consagración de la teoría del *favor negotii*, por el cual se rechaza la aplicación de la ley extranjera porque conduciría a negarle validez al acto. Su finalidad es amparar el tráfico nacional declarando válidos los actos jurídicos mediante la aplicación de la legislación argentina.

La doctrina era conteste en que era un error legislativo integrar dentro del orden público internacional un instituto que tiene otros fundamentos, aunque el efecto sea el mismo: limitar la aplicación del derecho extranjero.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Existe coincidencia entre los autores acerca de la dificultad para dar una definición de orden público internacional. Se trata de una noción confusa y variable en tiempo y espacio. Así, para Kaller de Orchansky, se trata de un conjunto de principios inspiradores de la

organización del Estado y la familia que de acuerdo al orden moral y las buenas costumbres, aseguran la realización de los valores humanos fundamentales. La naturaleza de estos principios es variable, puesto que un cambio de las circunstancias políticas y económicas o de las concepciones morales modifican el concepto de orden público¹⁷. Asimismo, éste varía según el Estado de que se trate ya que cada país tiene un orden público exclusivamente nacional. Esto no quiere decir que no existan principios universales y absolutos. Lo que sucede es que ellos pueden ser interpretados de forma distinta según las circunstancias históricas¹⁸.

Por su lado, Goldschmidt hace una distinción digna de ser tenida en cuenta, entre los autores que conciben al orden público como un conjunto de disposiciones y quienes lo entienden como un conjunto de principios. Para los primeros, forman parte de este instituto las disposiciones más importantes que conciernen a los aspectos vitales de la comunidad. En cambio para los segundos, el orden público no está en las disposiciones sino que se halla en los principios que inspiran a las aquéllas. La elección entre una u otra teoría se vincula con la aplicación *a priori* o *a posteriori*, respectivamente del orden público internacional. Goldschmidt concluye que se trata de un conjunto de principios y el Derecho extranjero se aplica en tanto no los conculque. Advierte que la otra postura permite desterrar casi por completo el Derecho extranjero, lo que convierte al orden público en un medio para aplicar el derecho propio¹⁹.

La mayoría de la doctrina coincide en afirmar el carácter realista y concreto del orden público internacional que responde a un criterio de actualidad, en el sentido que la legislación que se toma en cuenta como referencia para el juicio de compatibilidad, es la imperante en el foro al momento en que el juez resuelve²⁰.

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

¹⁷ Cfr. KALLER de ORCHANSKY, Berta; *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1994, p. 136 y ss.

¹⁸ Cfr. RAMAYO, Raúl y PERUGINI, Alicia M. "*Constitución Nacional, Derecho extranjero y orden público*", en LL 1978-D, p. 927.

¹⁹ Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 162 y ss.

²⁰ Véase la doctrina del fallo de la CSJN en autos "Solá, Jorge Vicente s. sucesión ab intestato", del 12 de noviembre de 1996, en *Fallos* 319:2779 y en JA 1997-IV, 654, con nota de M. J. Méndez Costa.

cuestionar la inclusión de las instituciones políticas porque se encuentran comprendidas dentro de las leyes de orden público. A su turno, el artículo 5 de la CIDIP II sobre normas generales dispone que "La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público".

Por su parte, el artículo 2600 CCC dispone que las normas del derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino. Tal como podemos observar no se ha incluido la necesidad de una "manifiesta incompatibilidad". Esta advertencia llama la atención por tanto esta exigencia está presente en la mayoría de los sistemas de Derecho internacional privado, tanto a nivel convencional como estatal en el derecho comparado. Sin embargo, el carácter excepcional del orden público internacional lleva implícito la condición de que realmente exista una contrariedad manifiesta entre nuestros principios fundamentales y las disposiciones del derecho extranjero.

A diferencia del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, la nueva norma no indica el llamado efecto positivo o sustitutivo del orden público internacional. Se dedica exclusivamente a determinar el efecto negativo: la exclusión de las normas extranjeras que resulten incompatibles, pero no menciona de acuerdo a qué derecho se resolverá el caso. Deja una laguna que deberá integrar el juez. La solución a este problema tiene dos alternativas, o se respeta el carácter sistemático del Derecho extranjero buscándose en su interior la norma sustituta o, en caso de concluirse que la norma chocante es la causa impulsiva y determinante de la legislación extranjera sobre la materia, se la sustituye íntegramente por la *lex fori*; esta vez se estaría respetando el carácter sistemático del Derecho del juez, misión definitiva del orden público²¹.

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

²¹ LAGARDE, Paul, *Recherches sur l'ordre public en Droit international privé*, Paris, LGDJ, 1959, pp. 215-217.

Finalmente, a los fines de la aplicación del art. 2600 CCC, en relación con los efectos del orden público internacional, debe recordarse la doctrina del orden público atenuado, que diferencia la reacción del foro cuando se trata de constituir una relación jurídica en base a una ley extranjera (orden público con efectos plenos), de cuando se trata de reconocer efectos a una relación jurídica ya constituida en el extranjero (orden público con efectos atenuados). La reacción del orden público en éste último es menos intensa, menos enérgica que en el primero²².

²² Carolina IUD brinda algunos ejemplos interesantes: “en el marco de un sistema jurídico que someta la validez del matrimonio al derecho de la nacionalidad de los contrayentes pero que sólo admita el matrimonio monogámico, no se le permitirá a nacionales de países musulmanes contraer un matrimonio poligámico, aludiéndose entonces el efecto pleno del orden público o directamente orden público pleno. Pero si de lo que se trata es, por ejemplo, de reconocer alimentos a una de las cónyuges de uno de los matrimonios poligámicos contraídos en el extranjero al amparo de un sistema que lo permitía, o una pensión por viudez, la reacción del orden público se atenúa para reconocer a ese matrimonio poligámico ciertos efectos, aludiéndose en este caso al efecto atenuado del orden público o directamente orden público atenuado”. Cfr. IUD, Carolina, “Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año V, Nº 8, septiembre 2013, La Ley, septiembre de 2013, pp. 43-51.

CAPÍTULO 2:

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

FUENTES DE JURISDICCIÓN

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

Normativa derogada. El Derecho Internacional Privado argentino no gozaba de autonomía legislativa y ello conllevó a que no existiera un conjunto de normas reunidas en un solo cuerpo legal de alcance nacional²³ que determinen principios generales y reglas particulares en materias de jurisdicción, ni tampoco de ley aplicable.

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

Algunos principios que rigen la jurisdicción internacional, jurisprudencialmente recibieron amplia acogida: “la concurrencia de foros como regla general (la exclusividad es una excepción), la exigencia de razonabilidad en la determinación de los foros de competencia (necesidad de proximidad suficiente entre el caso y el juez competente) y el respeto de los derechos fundamentales vinculados con la

²³ En Argentina la competencia legislativa en lo atinente a la jurisdicción internacional corresponde a la Nación como poder implícito en virtud del art. 75 inc. 32 de la Constitución Nacional (CN). La aplicación de tales disposiciones compete a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o personas cayeren bajo sus respectivos ámbitos territoriales.

competencia (garantías de acceso a la justicia y de defensa en juicio, no discriminación de los litigantes)”²⁴.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 2601 da inicio a un capítulo dedicado, por primera vez en el derecho argentino, a uno de los objetos clásicos del derecho internacional privado²⁵: la jurisdicción internacional competente. Además contiene algunas disposiciones sobre cooperación jurídica internacional (arts. 2603, 2611 y 2612, principalmente), el objeto más moderno, pero no por ello menos relevante, de nuestra disciplina.

Según nuestros tribunales “la jurisdicción internacional es el poder que tiene un país, derivado de su soberanía, para resolver un caso de derecho privado con elementos extranjeros, o un caso mixto con el cual el Estado al cual se atribuye aquella considera que tiene una relación relevante a tales efectos”²⁶.

Respecto a la atribución de jurisdicción o competencia²⁷, cada Estado adopta sus propios criterios en forma unilateral, o bien en el mejor de los casos, armoniza los foros de jurisdicción internacional a través de normas convencionales, de alcance universal, regional o bilateral.

En efecto, cada legislación, ya sea de fuente interna o internacional, define cuáles son los foros razonables y cuáles son los foros exorbitantes²⁸, los foros generales y especiales, si son exclusivos o concurrentes, determina en qué casos y bajo qué condiciones se podrá prorrogar esa jurisdicción en virtud del principio de autonomía de la voluntad, como asimismo se ocupa de regular algunos foros particulares como el

²⁴ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana”, p. 298, disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/293-326%20Diego%20Fern%C3%A1ndez%20A.%20def.BIS.pdf> [Consulta: 15 de octubre de 2017].

²⁵ La doctrina mayoritaria contempla un triple objeto del Derecho Internacional Privado: la determinación de la ley aplicable, del juez competente y la cooperación internacional.

²⁶ S.M., M. C. c. A., P.C. CNCiv, sala B, 26 de diciembre de 1997, en *La Ley* 1998-D, 144.

²⁷ En la República Argentina, usualmente nos referimos a la jurisdicción internacional, dejando el término “competencia” para el ejercicio y distribución de la jurisdicción en el ámbito interno.

²⁸ En el Derecho Argentino, hallamos foros razonables, como el domicilio del demandado, el foro de la autonomía de la voluntad de las partes, el del lugar de cumplimiento de los contratos, entre otros, que presentan una vinculación suficiente con el Estado al que pertenecen los tribunales a los que se atribuye jurisdicción para juzgar el caso. En sentido contrario, nos podemos encontrar con los llamados foros exorbitantes, o sea aquellos que carecen de razonabilidad y “atribuyen a los tribunales del Estado un volumen de competencia judicial internacional desmesurado a los fines de beneficiar a los nacionales de dicho Estado o la posición del mismo Estado”. Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*, vol. I, 5ª ed., Ed. Comares, Granada, 2004, p. 82.

llamado foro del patrimonio, y otros más controvertidos, como el *forum neccesitatis* y el *forum non conveniens*.

El artículo 2601 en primer lugar confirma la preeminencia de los tratados internacionales por sobre las leyes nacionales que contengan normas atributivas de jurisdicción internacional, en sintonía con el artículo 2594 CCC sobre las fuentes del DIPr y con el art. 75 inc. 22 CN.

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

FORO DE NECESIDAD

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

Normativa derogada. Los códigos derogados no contemplaban expresamente el llamado "foro de necesidad". Sin embargo, por la vía pretoriana, fue introducido a través del fallo de la Corte Suprema de la Nación (CSJN) en autos "Emilia Cavura de Vlasov c/ Alejandro Vlasov", de fecha 25 de marzo de 1960, en un caso de divorcio y separación de bienes. La CSJN abrió la jurisdicción argentina y consideró competentes a los tribunales del país ya que, si no lo hacía, se colocaba a la actora en una situación de indefensión ya que corría peligro de no encontrar un tribunal en el mundo ante el cual incoar la demanda, en virtud de que el demandado tenía domicilio nómade. La actora demandó ante los tribunales argentinos y el demandado opuso excepción de incompetencia argumentando que su domicilio estaba en Génova (Italia) y por tanto que eran competentes los jueces de tal lugar²⁹. El juez de primera instancia rechazó la excepción, mientras que la Cámara de Apelaciones, por el contrario, declaró la incompetencia de los jueces argentinos. La CSJN consideró que los tribunales argentinos tenían jurisdicción. La intervención de los jueces argentinos se fundamentó en la necesidad de controlar la garantía de defensa en juicio comprometida y por tanto, impedir una probable denegación internacional de justicia, inaceptable a la luz del derecho internacional. La Corte realizó en abstracto un análisis de la probable consideración del juez extranjero sobre su propia jurisdicción y el eventual resultado negativo de la jurisdicción foránea, lo cual llevaría a que la actora

²⁹ El art. 104 de la ley 2393 de matrimonio civil consideraba con jurisdicción a los jueces del domicilio conyugal, y a su turno el art. 90 inc. 9 del CC indicaba que la mujer casada tenía el domicilio del marido, aun cuando se encontrare en otro lugar con autorización suya.

quedara privada internacionalmente de justicia si no se abría la jurisdicción argentina³⁰.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Para garantizar el derecho a una tutela judicial internacional efectiva y evitar una probable denegación internacional de justicia, se ha configurado el llamado *forum neccesitatis*. Como bien señala Fernández Arroyo, “au fond de ce for réside l'ancien principe de droit international général tendant à éviter le déni de justice”³¹.

En efecto, “el *forum neccesitatis* es un remedio basado en el derecho de acceso a la justicia que permite otorgar jurisdicción internacional a los jueces que, en principio, carecen de tal potestad para conocer y sentenciar en el supuesto concreto, con la finalidad de evitar supuestos de denegación de justicia a nivel internacional... Cuando se presentan casos en los cuales se puede llegar a lesionar de manera grave derechos humanos fundamentales, los Estados pueden decidir de manera unilateral arrogarse jurisdicción y permitir a sus jueces el dictado, por ejemplo, de medidas urgentes; desde esta perspectiva y teniendo fundamentalmente en cuenta el principio de defensa, los tribunales de un país pueden abrir su jurisdicción a fin de que los derechos sustanciales del actor no queden privados de tutela ante la posibilidad de que se produzca una denegación internacional de justicia”³².

³⁰ En *Fallos* 246:87, en *JA* 1960-III, 216, con nota de C. A. Lazcano, en *LL* 98, 287, en *LL* 1975-D, 329, en *ED* 7, 324/327; en *ED* 62, 287/292, con nota de W. Goldschmidt. La CSJN entendió que en este caso existe privación de justicia, “porque si bien ella no resulta ciertamente de la sola declaración de la incompetencia de los tribunales argentinos, se añade en la especie a ella, y a la ausencia del país por parte del marido, la edad de los cónyuges –el demandado tenía 81 años en julio de 1958, cuando se dictó la sentencia apelada–; la dificultad que importa para la radicación del juicio en el extranjero la circunstancia de que V. desenvuelve sus negocios en los centros financieros, industriales y comerciales más importantes del mundo y su carácter de naviero cuyos barcos pertenecen actualmente a la matrícula inglesa, italiana, panameña y griega”; la actitud adoptada ante la iniciación del juicio, por virtud de la cual, a más de 5 años después de presentada la demanda –lo fue el 18 de mayo de 1954– ella aún no ha sido contestada; la posibilidad siempre presente de cuestionar la competencia de cualquier tribunal extranjero ante el cual la causa se radique –máxime cuando la sentencia del a quo no indica concretamente a qué tribunal italiano correspondería intervenir– y la imprevisibilidad de la sentencia de éste sobre su jurisdicción la que, de ser negativa, escaparía a toda revisión por parte de esta Corte”.

³¹ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, en *Recueil des cours*, Tome/Volume 323 (2006) p. 73.

³² ALL, Paula María, “Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna”, en *DeCITA (Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades)*, n° 4 (Litigio judicial internacional), Ed. Zavallia, Buenos Aires, 2005, pp. 422-444.

Sin embargo, el riesgo de la aceptación generalizada del foro de necesidad, como regla o principio conlleva el peligro de caer en la admisión indiscriminada de la jurisdicción, es decir, en un foro exorbitante. En efecto, “bien entendu, le for de nécessité peut et devrait jouer un rôle quand le juge saisi n’est pas compétent et qu’il n’existe véritablement aucune autre juridiction devant laquelle le demandeur peut présenter sa réclamation. On peut douter, en revanche, d’un for de nécessité qui fonctionne en pratique comme un critère général de compétence, disponible pour donner un argument au tribunal quand aucun des fors prévus dans son ordre juridique n’offre la compétence à ce tribunal. Il semble que la finalité essentielle du *forum necessitatis* n’est pas d’octroyer une justification aux tribunaux pour intervenir dans des affaires où ils ne sont pas compétents, mais pour garantir la jouissance du droit fondamental d’accès à la justice”³³.

Es por ello, que el artículo 2603 somete la competencia de nuestros tribunales en razón del foro de necesidad a una serie de requisitos, de interpretación restrictiva. Como presupuesto que torne operativo este criterio, las reglas del Código no deben atribuir jurisdicción internacional a los jueces argentinos. Sin embargo, estos pueden intervenir: 1) excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, 2) siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero, 3) en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, 4) se garantice el derecho de defensa en juicio y 5) se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

³³ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Compétence exclusive et... *op cit*, p. 76.

MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES

Art. 2603. — Medidas provisionales y cautelares. Los jueces argentinos son competentes para disponer medidas provisionales y cautelares:

- a) cuando entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República;*
- b) a pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal;*
- c) cuando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina.*

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

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

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Tal como indica Tellechea Bergman, el auxilio jurídico internacional comprende distintos grados o niveles según el modo cómo afecte los derechos de las personas y al propio Estado que lo brinda, la coerción que implique y su extensión cronológica (tiempo que insuma su cumplimiento y lapso durante el cual se prolonguen sus efectos). Un primer nivel de asistencia comprende dos escalones de cooperación. El primero, referido al auxilio de mero trámite, citaciones, emplazamientos y notificaciones llevadas a cabo en un Estado a ruego de tribunales de otro, nivel en el que la ayuda jurídica internacional normalmente afecta en grado mínimo los derechos de los justiciables y al Estado que

la presta y en el que la prestación del auxilio no implica un grado apreciable de coerción, verificándose casi instantáneamente. Otro escalón, más complejo, está constituido por la cooperación probatoria. El diligenciamiento de pruebas fuera de fronteras supone una actividad de mayor complejidad y duración temporal que una mera notificación y puede llegar a niveles coercitivos de relativa importancia, tales, la conducción compulsiva de un testigo renuente, el ingreso a la fuerza para practicar una inspección, etc. El segundo nivel de cooperación, precisamente, comprende la asistencia cautelar internacional. Finalmente, algunos autores distinguen un tercer nivel de cooperación, que vendría dado por el reconocimiento de la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros³⁴.

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

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

Concordando con las tendencias expuestas, nuestros tribunales tendrán entonces competencia internacional para disponer una medida cautelar en los siguientes casos: 1) cuando entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República; 2) a pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal; y, 3) cuando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina.

³⁴ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional*, FCU 1ª edición Montevideo, 2002, pp. 223 – 224.

Finalmente, la disposición que analizamos recoge un principio elemental en materia de cooperación jurisdiccional internacional: la “autonomía del acto cooperativo”, principio por el cual la prestación de un cierto nivel de asistencia jurisdiccional no compromete el otorgamiento de otros grados más intensos³⁵. En virtud de este principio, el art. 2603 concluye indicando que “el cumplimiento de una medida cautelar por el juez argentino no implica el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera, pronunciada en el juicio principal”.

³⁵ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *La dimensión judicial...*, op cit, p. 243.

LITISPENDENCIA

Art. 2604. — Litispendencia. Cuando una acción que tiene el mismo objeto y la misma causa se ha iniciado previamente y está pendiente entre las mismas partes en el extranjero, los jueces argentinos deben suspender el juicio en trámite en el país, si es previsible que la decisión extranjera puede ser objeto de reconocimiento.

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

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

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

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

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

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

ACUERDO DE ELECCIÓN DE FORO

Art. 2605. — Acuerdo de elección de foro. En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

Normativa derogada. Si bien nuestros códigos de fondo no contenían normas en materia de acuerdo de elección de foro o prórroga de jurisdicción, encontramos el artículo 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) que permite la prórroga de jurisdicción internacional a favor de jueces extranjeros, siempre: 1) Que se trate de cuestiones exclusivamente de índole patrimonial, 2) Que se trate de cuestiones de índole internacional; 3) Que la prórroga no esté prohibida por las leyes, 4) Que la jurisdicción no sea exclusiva.

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

los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las disposiciones del presente Protocolo. En todo caso se aplicará el derecho más favorable a la validez del acuerdo”.

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

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

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

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

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

que proponían adoptar la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional³⁶.

³⁶ Los artículos 1649 a 1665 CCC regulan a nivel interno o doméstico el llamado contrato de arbitraje.

CARÁCTER EXCLUSIVO DE LA ELECCIÓN DEL FORO

Art. 2606. — Carácter exclusivo de la elección de foro. El juez elegido por las partes tiene competencia exclusiva, excepto que ellas decidan expresamente lo contrario.

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

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2606 dispone el carácter exclusivo de los acuerdos de elección de foro judicial, dejando a salvo la posibilidad de que las propias partes convengan lo contrario.

La disposición que comentamos ha sido receptada y desarrollada con más detalle por el Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, elaborado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, aún no en vigor. Dicha convención define al "acuerdo exclusivo de elección de foro" como un acuerdo celebrado por dos o más partes que cumple con los requisitos establecidos por el apartado c)³⁷ y que designa, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, a los tribunales de un Estado contratante o a uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, excluyendo la competencia de cualquier otro tribunal.

³⁷ El literal c. dispone que estos acuerdos deben ser celebrados o documentados: i) por escrito; o ii) por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta.

Atribuir carácter exclusivo a los acuerdos de elección de foro, implica que el tribunal designado por las partes, será competente para conocer de un litigio al que se aplique dicho acuerdo, salvo que el acuerdo sea nulo según la ley de ese Estado. En ningún caso, podrá declinar el ejercicio de su competencia fundándose en que el tribunal de otro Estado debería conocer del litigio. A su turno, un tribunal distinto al elegido, debe rechazar la demanda salvo circunstancias excepcionales, tales como que el acuerdo sea nulo en virtud de la ley del Estado donde se encuentra el tribunal elegido; una de las partes careciera de la capacidad para celebrar el acuerdo en virtud de la ley del tribunal al que se ha acudido; el acuerdo no pueda ser razonablemente ejecutado, el tribunal elegido haya resuelto no conocer del litigio, etcétera.

PRÓRROGA EXPRESA O TÁCITA

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

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

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

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

La innovación de la disposición que comentamos radica en aceptar el principio de equivalencia funcional respecto a la forma escrita del acuerdo de elección de foro. En

efecto, admitir otros medios de comunicación que den una información accesible, incluyendo los electrónicos, es una tendencia de los días que corren.

Téngase presente al respecto la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005), vigente aún entre pocos países, cuya finalidad consiste en facilitar la utilización de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional garantizando que los contratos concertados electrónicamente y las comunicaciones intercambiadas por medios electrónicos tengan la misma validez y sean igualmente ejecutables que los contratos y las comunicaciones tradicionales sobre papel. En el art. 9 inc. 2 dispone que: "Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta". En el mismo sentido, encontramos la Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (2006), que pretende flexibilizar la interpretación de "por escrito" exigida respecto al acuerdo arbitral.

JURISDICCIÓN GENERAL: DOMICILIO O RESIDENCIA HABITUAL DEL DEMANDADO

Art. 2608. — Domicilio o residencia habitual del demandado. Excepto disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado.

Normativa derogada. Las normas derogadas no contenían una regla general que consagrara el foro del domicilio o residencia habitual del demandado. En cambio los Tratados de Montevideo en su art. 56 contemplaban este foro con alcance general así como la teoría del paralelismo o *forum causae* que permite atribuir jurisdicción internacional concurrente a los jueces del país cuyo derecho resulta aplicable al caso³⁸. Otros convenios internacionales, como el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, el Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito en el marco del Mercosur o la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias contemplan el foro del domicilio del demandado junto con otros foros especiales alternativos, a elección del actor.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 2608 consagra un criterio atributivo de jurisdicción clásico y de alcance general en materia de relaciones personales, como es el foro del lugar del domicilio o residencia habitual del demandado.

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

³⁸ Sobre el *forum causae*, la doctrina ha hecho diversas apreciaciones críticas: “Fuera de la ventaja práctica de que el juez aplica en tal caso su propio derecho, no puede considerarse una regla aceptable con carácter general, desde que la determinación de la competencia y del derecho aplicable, si bien están muy vinculadas, responden a distintos principios, finalidades y técnicas. No sólo implica una alteración secuencial del orden lógico de la resolución de los litigios pluriconectados sino que, además, traslada a sede jurisdiccional, donde está en juego nada menos que el derecho humano a la tutela judicial efectiva, los problemas particulares que puedan existir en el ámbito sustancial. Por las razones indicadas, en el mejor de los casos, el *forum causae* puede tal vez servir como regla de cierre, cuando no existen otros criterios, ni especiales ni generales, para determinar la competencia”. Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional... *op cit*, pp. 318 – 319.

En defensa de este criterio se ha dicho que: “atribuir jurisdicción a los jueces del país en que el demandado tiene su domicilio garantiza, para éste, que podrá litigar en el país en que se supone que cuenta con los elementos para defenderse en juicio; desde otra óptica, generalmente el demandado contará con bienes en su domicilio, razón que le posibilitará al actor que, al incoar la demanda ante los jueces de tal lugar, la sentencia que se dicte –en el caso de resultarle favorable- pueda ser ejecutada en dicho país”³⁹.

Este foro general, concurrirá con los foros especiales (dispuestos en el capítulo 3: Parte especial), que según la materia sólo atribuyen competencias para determinadas cuestiones en razón del objeto del litigio y su vinculación con el foro. Entre estos foros especiales, encontramos el del lugar de cumplimiento o ejecución de los contratos, el del lugar del domicilio de la parte actora, el lugar del domicilio conyugal, el foro del patrimonio, entre otros.

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

³⁹ ALL, Paula María, “Las normas de jurisdicción internacional... *op cit*, pp. 422-444.

JURISDICCIÓN EXCLUSIVA

Art. 2609. — Jurisdicción exclusiva. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas:

- a) en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República;*
- b) en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino;*
- c) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina.*

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

En efecto, la doctrina y jurisprudencia uniformes han aceptado que los jueces argentinos tienen jurisdicción exclusiva respecto a acciones reales sobre bienes inmuebles situados en el país.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Excepcionalmente, encontramos casos de jurisdicción exclusiva cuando por la materia, el Estado no admite otra jurisdicción que la de sus propios órganos jurisdiccionales, y excluye en consecuencia la jurisdicción de cualquier otro Estado. El típico caso es el de las acciones reales sobre bienes inmuebles, sobre las que tienen competencia exclusiva los jueces del lugar de su situación. El artículo 2609 CCC además incluye otros dos supuestos: en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino; y en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas,

diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina.

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

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

IGUALDAD DE TRATO

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

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

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

Normativa derogada. Las normas derogadas no reconocían expresamente el principio de igualdad de trato procesal entre nacionales y extranjeros. Sin embargo, su consagración en el derecho argentino es consecuencia y expresión del artículo 20 de la Carta Magna.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 2610 se inspira en las disposiciones del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados parte del Mercosur, suscripto el 27 de junio de 1992. En especial, el art. 3 dispone que: "Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses....El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes"⁴⁰.

El principio de igualdad procesal asegura a las personas físicas, ciudadanos o residentes permanentes de un Estado extranjero actuante ante Tribunales de otro, el libre acceso a la jurisdicción en nuestro país para la defensa de sus derechos en

⁴⁰ La equiparación del tratamiento de los litigantes extranjeros con los locales ha sido objeto posteriormente de regulación más pormenorizada en el ámbito del Mercosur y Estados Asociados a través de sendos Acuerdos entre los Estados Parte y de los Estados del Mercosur con la República de Bolivia y la República de Chile sobre justicia Gratuita y Asistencia Jurídica Gratuita, aprobados por el CMC por Decisiones 49/00 y 50/00 del 14 de diciembre de 2000.

igualdad de condiciones con aquellas pertenecientes al foro. La igualdad de trato supone la exclusión de eventuales discriminaciones respecto a la capacidad procesal, el otorgamiento de los auxilios necesarios ante la carencia de recursos económicos en idénticas condiciones que se le conceden al litigante local, la exclusión de imponer al foráneo cauciones o depósitos para acceder a los tribunales

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

COOPERACIÓN JURISDICCIONAL

Art. 2611. — Cooperación jurisdiccional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral.

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

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Tal como nos recuerda Tellechea Bergman, tradicionalmente se ha recurrido para justificar la prestación del auxilio internacional a conceptos de reciprocidad, de conveniencia, de “comitas gentium” o cortesía internacional. Sin embargo, en la actualidad, “la base de la prestación de la cooperación radica en una práctica suficientemente asentada entre las naciones que concibe que la justicia en tanto cometido esencial del Estado, no puede verse frustrada por fronteras nacionales que se erijan en obstáculos al desarrollo de procesos incoados más allá de las mismas”⁴¹.

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

Adviértase que el artículo 2611 se aplicara en defecto de disposiciones convencionales o bien con la finalidad de complementarlas. La República Argentina ha ratificado un número significativo de tratados internacionales en materia de cooperación jurisdiccional internacional en general o en materias específicas. Entre ellos, destaca el Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, de 1992, vigente entre los Estados parte del Mercosur, que en su artículo 1° dispone: “Los Estados Partes se

⁴¹ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *La dimensión judicial...*, op cit, pp. 221 – 222.

comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales".

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

ASISTENCIA PROCESAL INTERNACIONAL

Art. 2612. — Asistencia procesal internacional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso.

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

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

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 2612 se refiere a tres cuestiones diferentes aunque íntimamente vinculadas.

Por un lado se refiere al primer nivel de cooperación, en el que se puede diferenciar el auxilio de mero trámite, citaciones, emplazamientos y notificaciones llevadas a cabo en nuestro país a ruego de los tribunales de otro, y por otra parte, la cooperación probatoria, para la recepción u obtención de pruebas, que implica una mayor complejidad pues puede incluir un mayor grado de coerción como en el caso de la conducción compulsiva de un testigo renuente. Según dispone el artículo que comentamos los jueces argentinos están obligados a dar cumplimiento a estas medidas solicitadas por autoridades extranjeras, con la única excepción de que se vea afectado el orden público internacional de la República Argentina. En igual sentido, encontramos el art. 8 del Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa: "El cumplimiento

de los exhortos deberá ser diligenciado de oficio por la autoridad jurisdiccional competente del Estado requerido y sólo podrá denegarse cuando la medida solicitada, por su naturaleza, atenté contra los principios de orden público del Estado requerido. Dicho cumplimiento no implicará un reconocimiento de la jurisdicción internacional del juez del cual emana".

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

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

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

CAPÍTULO 3:

PARTE ESPECIAL

Sección 1: PERSONAS HUMANAS

Art. 2613. — Domicilio y residencia habitual de la persona humana. A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene:

- a) su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él;*
- b) su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado.*

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

Normativa derogada. El Código Civil de Vélez Sarsfield no previó la calificación autárquica, es decir la definición, del punto de conexión clásico "domicilio", que él mismo eligió para regir las relaciones iusprivatistas internacionales de carácter personal. Sin embargo, las fuentes convencionales más antiguas que forman parte del DIPr argentino contemplaban su definición. Destaca en este sentido el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940: "Art. 5.º - En aquellos casos que no se encuentren especialmente previstos en el presente tratado, el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, será determinado en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran: 1) La residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él, 2) A falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces; o la del cónyuge con quien haga vida

común; o, a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva, 3) El lugar del centro principal de sus negocios, 4) En ausencia de todas estas circunstancias, se reputará como domicilio la simple residencia". El artículo siguiente completa el anterior indicando que ninguna persona puede carecer de domicilio ni tener dos o más domicilios a la vez.

Asimismo, la fuente convencional se ha ocupado de definir "residencia habitual". Ya es clásica la definición que nos brinda el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección internacional de Menores de 1981: "A los efectos de este Convenio, se entiende por residencia habitual del menor el Estado donde tiene su centro de vida" (art. 3).

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 2613 introduce dos calificaciones autárquicas en el Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna, que tienen por finalidad definir dos conexiones que serán utilizadas en numerosas disposiciones de este Título: el domicilio y la residencia habitual de la persona humana.

Define al primero como el lugar en el que la persona reside con la intención de establecerse en él, y a la segunda, como el lugar donde vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. Como se puede advertir el concepto de domicilio comprende un elemento objetivo y otro subjetivo consistente en la voluntad, la intención de permanecer en ese Estado. En cambio la residencia habitual es una noción más objetiva y de índole fáctica.

La residencia habitual se ha venido imponiendo en los últimos años. En efecto a mediados del siglo pasado y hasta nuestros días, se advierte "el intento de superación de las relaciones de contraposición entre nacionalidad y domicilio mediante una conexión integradora de los países partidarios de ambas: se trata de la residencia habitual que ha sido la preferentemente acogida en su ingente obra codificadora por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado... así como por diversos

legisladores estatales en las nuevas normas de Derecho internacional privado promulgadas en los últimos años"⁴².

Prestigiosa doctrina ha sostenido que "(s)i el domicilio traduce el concepto jurídico del asentamiento, la residencia habitual pretende despojar al arraigo de toda consideración legal y de psicología individual. Mientras el primero se ha ido confirmando como el instrumento mediante el que el sistema otorga transcendencia jurídica a una conducta por la que el sujeto manifiesta su intención de vincularse a un determinado medio socio-jurídico, la residencia, en cambio, se limita a atender a los hechos reales, es decir, al *domus colere efectivo*, sin fijarse en el *animus manendi* ni tratar de deducirlo a través de ficciones o presunciones legales"⁴³.

En suma, la residencia habitual debe ser entendida como una cuestión de hecho, de carácter sociológico, diferente a la noción de domicilio, de carácter normativo.

Proyectos anteriores habían contemplado calificaciones autárquicas que incluían la definición de estos dos puntos de conexión. En particular el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, que ha sido fuente de inspiración para los redactores del nuevo Código, contenía en su art. 6 una serie de definiciones y seguidamente se ocupaba de brindar reglas generales en materia de calificaciones⁴⁴.

Finalmente el art. 2613 se ocupa de establecer que ninguna persona puede tener más de un domicilio, y que respecto de las personas que no tuvieran domicilio conocido, se

⁴² RODRIGUEZ BENOT, Andrés, "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), Vol. 2, Nº 1, pp. 186-202. Disponible en : www.uc3m.es/cdt, p. 188. [Consulta: 20 de octubre de 2017].

⁴³ ESPINAR VICENTE, José María, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 24-25.

⁴⁴ El art. 6 del Proyecto de Código de DIPr disponía que: "Salvo disposición en contrario, los puntos de conexión se califican por el derecho argentino. Los demás conceptos utilizados por las normas de Derecho Internacional Privado se definen de acuerdo con el derecho declarado aplicable". Lamentablemente en esta nueva oportunidad, no se ha incluido ninguna solución para el delicado problema de las calificaciones. En los fundamentos del CCC puede leerse: "Se ha considerado conveniente no introducir una regulación para el problema de las 'calificaciones' pues se trata de un tópico en el que es preferible dejar que la ciencia del derecho internacional privado continúe su evolución, sin obligar a los jueces a razonar conforme a criterios abstractos. Coincidimos con las palabras de Alicia Perugini: "...quizá la mayor laguna que se encuentra en esta primera parte de las disposiciones generales es la falta de tratamiento del problema de las calificaciones. Irónicamente es el único problema de la Parte General imposible de esquivar. En efecto, las calificaciones hacen a la búsqueda del derecho competente para definir los términos de la propia norma del Derecho Internacional Privado. Cuando el derecho aplicable es el extranjero es posible que los problemas que engloban las definiciones de la norma propia no coincidan con los que encuadra la norma extranjera: lo que es de forma para un derecho es de fondo para otro, lo que es procesal para uno es adjetivo para otro. En la aplicación de la norma de conflicto las calificaciones aparecen como el primer problema a ser elucidado". PERUGINI ZANETTI, Alicia M., "Panorama general..." *op cit*, p. 680.

considera que lo tiene en el lugar de su residencia habitual y en su defecto donde tiene su simple residencia.

Art. 2614. — Domicilio de las personas menores de edad. El domicilio de las personas menores de edad se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual.

Sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente.

Normativa derogada. Las normas derogadas no contenían definiciones sobre el concepto del domicilio de las personas menores de edad. Sin embargo, las convenciones más importantes, principalmente en la órbita de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), han acogido la residencia habitual como conexión principal en materia de relaciones jurídicas que comprenden a menores de edad, considerándola como el centro de vida del niño, tanto para determinar tanto la jurisdicción internacional como la ley aplicable.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En consonancia con lo dispuesto por el art. 6 inc. d) del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, el art. 2614 identifica el domicilio del menor con el de quienes ejercen la responsabilidad parental, generalmente los padres del niño. Solo para el caso en que ambos padres tengan su domicilio en diferentes estados, se considera que el domicilio del menor es el lugar de su residencia habitual.

El segundo párrafo de la norma que analizamos se ocupa de aclarar una cuestión central en materia de restitución internacional de menores, cual es que los niños no adquieren un nuevo domicilio en el lugar donde se encuentran ilícitamente retenidos por uno de sus padres en violación de los derechos de custodia del otro progenitor. Las convenciones a las que alude el artículo son principalmente el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civil de la Sustracción Internacional de Menores y la

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV, 1989). Tales tratados, en realidad, no se refieren al domicilio del menor, sino directamente a su residencia habitual.

Art. 2615. — Domicilio de otras personas incapaces. El domicilio de las personas sujetas a curatela u otro instituto equivalente de protección es el lugar de su residencia habitual.

Normativa derogada. Tampoco nuestro antiguo Código Civil de ocupó de calificar el domicilio de otras personas incapaces a los fines de aplicar las normas de Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna.

Sin embargo, el art. 7° del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 establece que el domicilio de las personas incapaces sujetas a patria potestad, a tutela o a curatela, es el de sus representantes legales; y el de éstos, el lugar de su representación.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2615 se ocupa de calificar el domicilio de otras personas incapaces, que no sean menores de edad, como aquellos sujetos a curatela y lo identifica con la residencia habitual, sin indagar en el elemento subjetivo o volitivo propio del criterio domiciliario. De esta manera, nuestra norma de fuente interna se diferencia de la fuente convencional anteriormente mencionada que lo asimila al domicilio de los representantes legales del incapaz.

Art. 2616. — Capacidad. La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio.

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

Normativa derogada. El régimen internacional de la capacidad en nuestra legislación interna se encontraba fundamentalmente establecido en los artículos 6⁴⁵ y 7⁴⁶ del Código Civil que la sujetaban a la ley del domicilio. Sin embargo, en dicho cuerpo normativo existían otras normas referentes al tema que nos ocupa: los artículos 9, 948, 949, 3611, 3612 y 3286 principalmente. Del análisis conjunto de estas disposiciones surgieron dudas y controversias interpretativas que dieron origen a diversas teorías⁴⁷. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritarias eran pacíficas al afirmar que tanto la capacidad como la incapacidad, sea de derecho o de hecho, se regían por la ley del domicilio⁴⁸. Además esta interpretación coincide con las normas convencionales vinculantes para nuestro país.

En efecto, los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 someten la capacidad de las personas físicas a la ley del domicilio (art. 1°). Tan sólo cabe destacar que el Tratado de 1940 consagra una norma más completa en tanto sujeta a dicha ley, no sólo a la capacidad, sino también a la existencia y al estado de las personas humanas, disipando toda duda que hubiera podido suscitarse al respecto.

Por otro lado, nuestro antiguo Código Civil regulaba el llamado principio del mantenimiento o irrevocabilidad de la capacidad adquirida. Esto significa que cuando se produce un cambio de estatutos, debe estarse al régimen que conceda o mantenga la capacidad, tal como ya indicaba Froland, estatutario de la escuela francesa del Siglo XVIII.

Los artículos 138 y 139 del Código Civil en su texto solo regulaban el caso de quien residiendo en el extranjero, muda su domicilio a la República Argentina. Sin embargo,

⁴⁵ El artículo 6 CC expresaba: La capacidad e incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código, aún cuando se trate de actos ejecutados o bienes existentes en país extranjero".

⁴⁶ El artículo 7 C. indicaba: "La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aún cuando se trate de actos o bienes existentes en la República".

⁴⁷ Aludimos a las tesis literal o restringida, intermedia y amplia, cosmopolita o universalista. Su explicación puede verse en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Derecho Internacional Privado... op cit*, p. 75 y ss.

⁴⁸ Cfr BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, tomo 1, 3ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991; FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara; *Derecho Internacional Privado... op cit*, 2000; GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado... op cit*; KALLER de ORCHANSKY, Berta, *Nuevo Manual de Derecho internacional Privado, op cit*, VICO, Carlos M., *Curso de Derecho Internacional Privado*, tomo 2, 2ª edición, Biblioteca jurídica argentina, talleres gráficos Ariel, Buenos Aires, 1935, entre otros.

la doctrina y la jurisprudencia han admitido su aplicación analógica a aquellos casos de traslados de la Argentina al extranjero.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En el Derecho Internacional Privado, nos podemos encontrar con soluciones diversas en cuanto al criterio de regulación de la existencia, de la capacidad y del estado de las personas humanas. Y por otra parte, se puede observar que no todas las legislaciones adoptan un criterio abarcativo de tales instituciones.

En efecto, los criterios clásicos de regulación de la capacidad de las personas físicas básicamente pueden agruparse de la siguiente manera: el sistema de la ley personal, ya sea la ley del domicilio o la de la nacionalidad de la persona, el sistema de la ley del lugar de situación de los bienes objeto del acto⁴⁹, y el sistema de la ley del lugar de celebración del acto (teoría del *favor negotii* o del interés nacional).

Sin dudas, el primer sistema mencionado es el que ha recibido mayor acogida por las legislaciones de todo el mundo. Así, pues, mientras que el derecho continental europeo mayoritariamente adoptó el criterio de la ley de la nacionalidad, inspirados en el Código de Napoleón de 1804, y posteriormente sustentado en la tesis de Pascual E. Mancini; el derecho anglosajón y el escandinavo, así como gran parte de las legislaciones americanas optaron por el domicilio, criterio que ya había sido utilizado por los estatutarios y que luego fue magníficamente defendido por Federico C. de Savigny⁵⁰.

El artículo 2616 ha mantenido el criterio regulador del domicilio en materia de capacidad de las personas de existencia visible o personas humanas. En los fundamentos del Anteproyecto se afirmó que "siguiendo la tradición de nuestro sistema, las normas relativas a la capacidad y al nombre de la persona humana han mantenido la conexión del "domicilio" como centro de gravedad".

⁴⁹ Este sistema pese a que no cuenta en la actualidad prácticamente con seguidores, sin embargo, se encontraba consagrado en nuestro artículo 10 del Código Civil derogado en cuanto la célebre *lex rei sitae* regía todo lo relativo a los bienes inmuebles situados en el país, incluso la capacidad para adquirirlos.

⁵⁰ Para un estudio pormenorizado de los criterios reguladores de la capacidad de las personas físicas, pueden consultarse FELSDTEIN de CÁRDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado... op cit*, p. 57 y ss.

Aun cuando se haya omitido, entendemos que no existiendo ninguna norma especial, tanto el estado como la existencia (comienzo y fin) se rigen por el mismo criterio.

Asimismo, la norma que analizamos consagra el principio de mantenimiento o irrevocabilidad de la capacidad adquirida, de manera muy similar al texto del art. 2 de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940: el cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.

Para que opere este principio debemos interpretar que cuando el menor no traslada su domicilio conjuntamente con sus padres o representantes legales, sino que establece residencia estable en un país distinto al del domicilio de aquéllos, debe primar la concepción objetiva del domicilio, ya que de lo contrario, el principio de la irrevocabilidad de la capacidad adquirida carecería de aplicación práctica. Es decir, se debe tener en consideración el elemento objetivo del domicilio, el *factum*, en definitiva, la residencia habitual.

En suma, tal como lo expresa con absoluta claridad Goldschmidt, cuando se produce un cambio de estatutos, debe aplicarse en todos los casos, la ley más favorable a la mayoría de edad o emancipación⁵¹.

Art. 2617. — Supuestos de personas incapaces. La parte en un acto jurídico que sea incapaz según el derecho de su domicilio, no puede invocar esta incapacidad si ella era capaz según el derecho del Estado donde el acto ha sido celebrado, a menos que la otra parte haya conocido o debido conocer esta incapacidad.

Esta regla no es aplicable a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios.

Normativa derogada.. El Código Civil derogado no contenía una norma similar a la dispuesta en el art. 2617 CCC.

⁵¹ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*, novena edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, pp. 206 y ss. y *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, T. II, segunda edición, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1964, p. 139.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Esta norma recepta la llamada doctrina o excepción del interés nacional, por la que se sustituye la ley personal por la del lugar donde se ha celebrado un acto, generalmente un contrato, con el fin de salvaguardar la buena fe comercial o, en general, proteger la seguridad en el tráfico jurídico.

El caso emblemático que consagra la teoría es el caso "Lizardi", de la Corte de Casación francesa. A mediados del siglo XIX un mexicano de 23 años compra joyas en Francia y su tutor pretende la nulidad por ser menor conforme a su ley personal, 25 años. Lizardi había pagado en efectivo 30.000 francos y el resto, serían pagados con posterioridad, por lo que el joyero le hizo aceptar una cantidad de letras de cambio. Existían dos tipos de negocios jurídicos: el contrato de compraventa de joyas, que era la relación principal y las letras de cambio; es decir, la obligación cambiaria vinculada a la relación subyacente o principal. Vencidas las letras de cambio, Lizardi se rehúsa a pagarlas y el joyero lo demandó ante tribunales franceses. La Corte de Casación francesa da la razón a los joyeros franceses por ser el comprador mayor conforme a la ley francesa, la del lugar de celebración del contrato, por contratar el comprador confiado en la aparente capacidad, protegiéndose así la buena fe del que contrata con la debida diligencia y en base a la salvaguarda de la seguridad en el tráfico jurídico. Pero con respecto a las letras de cambio, decidió que el joyero debía actuar con mayor diligencia pues no se trataba de un oficio habitual del joyero, recibir letras de cambio por la venta de sus joyas y por ende, debía haber tomado todas las precauciones necesarias, tendientes a cerciorarse, si Lizardi era capaz o no y por ende, la Casación consideró que la reclamación del joyero en lo que respecta a las letras de cambio, debían declararse improcedentes.

Esta doctrina fue adoptada por el artículo 11 Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE) y en la actualidad por el artículo 13 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma I»): "Incapacidad. En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del

contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte".

En similar sentido, la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998 indica que la persona que es incapaz de acuerdo con las disposiciones anteriores, actúa válidamente si la considera capaz el Derecho que rija el contenido del acto (art. 18).

Por último, téngase presente que, según dispone el art. 2617, esta regla no es aplicable a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios.

Art. 2618. — Nombre. El derecho aplicable al nombre es el del domicilio de la persona de quien se trata, al tiempo de su imposición. Su cambio se rige por el derecho del domicilio de la persona al momento de requerirlo.

Normativa derogada. El Código Civil derogado no contenía disposiciones de derecho internacional privado específicas en materia de nombre de la persona humana. Sin embargo, la doctrina era uniforme en cuanto a someterlo al lugar del domicilio de la propia persona.

En efecto, nuestra jurisprudencia ha señalado que: "...como principio, en ausencia de normas de derecho internacional privado de fuente interna que se refieran específicamente al nombre..., cabe extraerlos de las que se ocupan del estado y capacidad de las personas, en tanto la cuestión forma parte de lo que genéricamente ha dado en llamarse como "estatuto personal", tomando en cuenta, de todos modos, las disposiciones de la ley 18248 ... Ha de hacerse mérito entonces, del Derecho Internacional Privado argentino, que en materia de estado y capacidad de las personas naturales o físicas declara aplicable el derecho domiciliario (cfr. art. 1 de ambos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1989 y 1940 y arts. 6 y 7 CC.)"⁵².

⁵² CNCiv., sala I, 18/07/96, "Nicolasa Cabre", en JA 1997-III, 472

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. La doctrina ubica mayoritariamente el tema del nombre de la persona humana en el llamado "estatuto personal" aunque también se ha indicado que el régimen del nombre pertenecería en gran medida al Derecho Administrativo y al Derecho Administrativo Internacional, lo que explicaría la carencia de normas indirectas expresas sobre el punto en muchos ordenamientos jurídicos, ya que en las señaladas ramas del derecho impera por regla general la territorialidad del derecho público local⁵³.

Si bien existen algunas discrepancias en cuanto al derecho aplicable al nombre, habida cuenta de la influencia de ciertas relaciones jurídicas subyacentes (patria potestad, adopción, matrimonio), coincidimos con Ciuro Caldani, quien considera que la problemática del nombre es una cuestión autónoma de las relaciones con que éste se corresponde en abstracto y pertenece al ámbito del estado de las personas⁵⁴. Así parece haberlo advertido nuestro legislador en el nuevo Código.

En cuanto a los cambios de apellidos y nombres o a la alteración de su ortografía, existe consenso en cuanto a su sometimiento a la ley que regula el estatuto personal.

De acuerdo a la norma que analizamos, entonces, el derecho al nombre, en tanto atributo de la personalidad, se considera que integra el estatuto personal, al igual que el estado y la capacidad de la persona humana.

En suma, el artículo 2618 indica que se somete el nombre, al derecho del lugar del domicilio de la persona al tiempo de su imposición, y que todo cambio queda bajo la órbita del domicilio, pero al tiempo de requerirlo.

Art. 2619. — Ausencia y presunción de fallecimiento. Jurisdicción. Para entender en la declaración de ausencia y en la presunción de fallecimiento es competente el juez del último domicilio conocido del ausente, o en su defecto, el de su última residencia habitual. Si éstos se desconocen, es competente el juez del lugar donde están situados los bienes del ausente con relación a éstos; el juez argentino puede asumir jurisdicción en caso de existir un interés legítimo en la República.

⁵³ Cfr. CIURO CALDANI, Miguel A. "El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el derecho internacional privado", en *Revista del Colegio de Abogados de Rosario* n° 12. 2ª época, noviembre de 1977, p. 117 y ss.

⁵⁴ Cfr. CIURO CALDANI, Miguel A. "El nombre de las personas...", *op cit.*, p. 117 ss.

Normativa derogada.. El artículo 16 de la Ley 14.394 disponía que resultaba competente el juez del domicilio, o en su defecto, el de la última residencia del ausente. Si éste no los hubiere tenido en el país o no fuesen conocidos, lo será el del lugar en que existiesen bienes abandonados, o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontrasen en diversas jurisdicciones. En efecto, en casos donde el litigio tenga relación con la existencia de bienes, la jurisdicción del patrimonio se revela idónea. Un bien ejemplo es esta disposición: el sujeto ausente deja relaciones jurídicas que se relacionan con varios Estados, pero como no es encontrado la ley fija como jurisdicción la de situación de los bienes⁵⁵.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2619 es muy similar a la norma anterior, derogada, es decir, establece la jurisdicción del juez del último domicilio conocido del ausente, o en su defecto, el del lugar de su última residencia habitual para declarar la ausencia y la presunción de fallecimiento. En caso de que ambos sean desconocidos, se acepta el llamado foro del patrimonio. Sin embargo, la nueva norma aclara que la competencia de los jueces del lugar donde existan bienes del ausente se limita a ellos, y además agrega la facultad excepcional del juez argentino de asumir jurisdicción en caso de encontrarse presente un interés legítimo en la República Argentina.

Art. 2620. — Derecho aplicable. La declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento se rigen por el derecho del último domicilio conocido de la persona desaparecida o, en su defecto, por el derecho de su última residencia habitual. Las demás relaciones jurídicas del ausente siguen regulándose por el derecho que las regía anteriormente.

Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes inmuebles y muebles registrables del ausente se determinan por el derecho del lugar de situación o registro de esos bienes.

⁵⁵ OYARZABAL, Mario J.A. *Ausencia y presunción de fallecimiento en el derecho internacional privado*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 28.

Normativa derogada. Si bien nuestra legislación derogada a partir de la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación contemplaba una norma atributiva de jurisdicción internacional, omitió determinar la ley aplicable para los casos de declaración de ausencia y presunción de fallecimiento.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En materia de ley aplicable a la declaración de ausencia y presunción de fallecimiento, el art. 2620 admite conexiones subsidiarias, siendo la principal, la ley del lugar del último domicilio conocido del ausente, y la secundaria, que solo operará en defecto de la primera, la ley del lugar de su última residencia habitual.

Asimismo, la disposición que comentamos aclara que las demás relaciones jurídicas del ausente quedan sometidas a las respectivas leyes que las regían con anterioridad a la declaración.

Por último en relación a los bienes inmuebles, los efectos de la declaración de ausencia se rigen por la ley del lugar de su situación, y los bienes registrables, por la ley del registro, criterios que rigen ambos tipos de bienes según los arts. 2667 y 2668 CCC.

Esta disposición coincide en términos generales con lo establecido en art. 10 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y por el art. 12 del Tratado revisado en 1940: "Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes del ausente, se determinan por la ley del lugar en donde esos bienes se hallan situados. Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía".

Sección 2: MATRIMONIO

Art. 2621. — Jurisdicción. Las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio, así como las referentes a los efectos del matrimonio, deben interponerse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado.

Se entiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges.

Normativa derogada. En materia de jurisdicción competente, el artículo 227 del Código Civil reformado por la ley 23.515, disponía que “las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado”. Como podemos advertir la norma no se ocupaba de la jurisdicción matrimonial en general, sino solamente en referencia a la separación, el divorcio y la nulidad.

La CSJN definió “lugar de domicilio conyugal”, a los fines de determinar la competencia de los jueces argentinos en materia de separación personal y divorcio como el último lugar de efectiva convivencia indiscutida de los cónyuges, sin que importe a los fines de su competencia la calificación de su separación y, menos aún, la oportunidad en que sobrevino a ella el quebrantamiento definitivo de la armonía conyugal⁵⁶.

A su turno, en el caso "Jobke c. Neidig", la Corte determinó las conexiones jurisdiccionales concurrentes en supuestos de no encontrarse en la Argentina el último lugar de efectiva convivencia indiscutida de los cónyuges. Tales conexiones concurrentes son: el último lugar de efectiva convivencia de los cónyuges en el

⁵⁶ CSJN, 25/03/60, "Cavura de Vlasov, E. c. Vlasov, A. s. divorcio y separación de bienes", en *Fallos* 246:87, en JA 1960-III, 216, con nota de Carlos A. Lazcano, en LL 98, 287; CSJN, 09/05/75, "Jobke, Alfredo J. c. Neidig, Carlos A.", en ED, t.62, 287, con comentario de Werner Goldschmidt, LL, 1975-D, p.328, con nota de Augusto Belluscio.

extranjero, el domicilio del demandado al momento de ser entablada la demanda, el domicilio de los dos cónyuges separados y, a falta de certeza sobre el domicilio del demandado o de las partes, el lugar de sus residencias.

También, por la vía pretoriana, tal como mencionamos al analizar el art. 2602 CCC, el foro de necesidad fue introducido precisamente a través del fallo de la Corte en autos “Emilia Cavura de Vlasov c/ Alejandro Vlasov”. En efecto, tal como comentamos, la CSJN abrió la jurisdicción argentina y consideró competentes a los tribunales del país ya que, si no lo hacía, se colocaba a la actora en una situación de indefensión ya que corría peligro de no encontrar un tribunal en el mundo ante el cual incoar la demanda, en virtud de que el demandado tenía domicilio nómade. La intervención de los jueces argentinos se fundamentó en la necesidad de controlar la garantía de defensa en juicio comprometida y por tanto, impedir una probable denegación internacional de justicia, inaceptable a la luz del derecho internacional.

A su turno, las reglas de jurisdicción internacional están establecidas en los artículos 62 y 59 de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 respectivamente, que disponen que los juicios sobre nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y, en general, sobre todas las cuestiones que afecten las relaciones de los esposos, se iniciarán ante los jueces del domicilio matrimonial.

El Tratado de 1889 dispone en el artículo 8 que si el matrimonio carece de domicilio, se califica de domicilio conyugal el del marido. La aplicación de esta norma deberá ser contrastada con las recogidas en tratados internacionales que han reconocido la equiparación de los cónyuges, sobre la base del principio fundamental de igualdad. En el Tratado de 1940, en cambio, encontramos otra definición de domicilio conyugal, de acuerdo a la cual, aquél radica en el lugar donde los cónyuges viven de consuno. En defecto de esta convivencia localizada, hay que recurrir al domicilio del marido (artículo 8). La mujer casada conserva el domicilio conyugal, salvo la prueba de que haya constituido un nuevo domicilio en otro país (artículo 9).

Cabe señalar que el artículo 56 en ambos Tratados reconoce también la jurisdicción de los jueces del lugar del domicilio del demandando para las acciones personales.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2621 establece para toda controversia que se suscite en el ámbito del derecho matrimonial (validez, nulidad, efectos personales y patrimoniales, disolución) la competencia concurrente de dos foros que considera razonables: los jueces del lugar del domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado – jurisdicción general – y los jueces del lugar del domicilio conyugal – jurisdicción especial –, siempre a elección de la parte actora.

Asimismo, define el domicilio conyugal efectivo como el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges, tal como lo había reafirmado en diversas ocasiones la jurisprudencia nacional, en especial nuestra Corte Suprema.

Art. 2622. — Derecho aplicable. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez, se rigen por el derecho del lugar de la celebración, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen.

No se reconoce ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si media alguno de los impedimentos previstos en los arts. 575, segundo párrafo y 403, incs. a), b), c), d) y e).

El derecho del lugar de celebración rige la prueba de la existencia del matrimonio.

Normativa anterior. El art. 159 del Código Civil, reformado por Ley 23.515, sometía las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio al derecho del lugar de celebración y consagraba el llamado “fraude inocuo”. Se trata de una norma indirecta que establecía como punto de conexión el lugar de celebración del matrimonio para juzgar sobre su validez. El último párrafo contemplaba el denominado “fraude inocuo” que consiente que los contrayentes abandonen su domicilio actual para celebrar el matrimonio en otro país donde rige un derecho diferente, que ellos prefieren. Se anhela con ello obtener matrimonios válidos y no claudicantes. Por otra parte, el art. 160 CC contenía una diferenciación entre impedimentos de orden público interno, los cuales no afectan el matrimonio celebrado en el extranjero y los impedimentos de orden público internacional: consanguinidad, afinidad, ligamen y

crimen (incs. 1°, 2°, 3°, 4°, 6° y 7° del art. 166). Por ende, éstos importan al orden público del Derecho Internacional Privado y su existencia le restará reconocimiento al matrimonio contraído en el extranjero que intente hacerse valer en la República.

Respecto al matrimonio, el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 (título IV) dispone que en el artículo 13 que la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en donde se celebra.

Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de algunos de los siguientes impedimentos: a) La falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimo catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer; b) El parentesco en línea recta por consanguinidad o por afinidad, sea legítimo o ilegítimo; c) El parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos; d) El hecho de haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge superviviente; e) El matrimonio anterior no disuelto legalmente.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El derecho internacional privado del matrimonio del nuevo Código ha seguido los lineamientos generales que ya había introducido la ley 23.515, sin realizar cambios significativos. En efecto, tal como resaltan los fundamentos del Anteproyecto: "se ha mantenido el 'lugar de celebración' del matrimonio como punto de conexión para regular la validez/nulidad del acto matrimonial como así también la prueba de la existencia del matrimonio, puesto que responde a la más arraigada tradición jurídica del derecho comparado en general. Asimismo, se ha mantenido la tradición argentina en el tratamiento de ciertos impedimentos dirimentes".

Art. 2623. — Matrimonio a distancia. Se considera matrimonio a distancia aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento, personalmente, ante la autoridad competente para autorizar matrimonios del lugar en que se encuentra.

La documentación que acredite el consentimiento del ausente sólo puede ser ofrecida dentro de los noventa días de la fecha de su otorgamiento.

El matrimonio a distancia se considera celebrado en el lugar donde se preste el consentimiento que perfecciona el acto. La autoridad competente para celebrar el matrimonio debe verificar que los contrayentes no están afectados por impedimentos legales y decidir sobre las causas alegadas para justificar la ausencia.

Normativa derogada. El Código Civil derogado contenía dos disposiciones referidas al matrimonio a distancia. El art. 173 definía matrimonio a distancia como aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente ante la autoridad competente para autorizar matrimonios del lugar en que se encuentra. La documentación que acredite el consentimiento del ausente debía ser ofrecida dentro de los noventa (90) días de la fecha de su otorgamiento. A su turno, el art. 174 disponía que el matrimonio a distancia "se reputará celebrado en el lugar donde se presta el consentimiento que perfecciona el acto. La autoridad competente para celebrar el matrimonio deberá verificar que los contrayentes no están afectados por los impedimentos legales y juzgarán las causas alegadas para justificar la ausencia. En caso de negarse el oficial público a celebrar el matrimonio, quien pretenda contraerlo con el ausente podrá recurrir al juez competente".

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Tal como podemos observar el art. 2623 CCC es una disposición análoga las contenidas en los arts. 173 y 174 CC derogados.

En efecto, el consentimiento es un requisito intrínseco esencial para la existencia del matrimonio, que se basa en la expresión libre y voluntaria de cada una de las partes (contrayentes) de iniciar la vida en común con sujeción a las normas jurídicas.

Cabe señalar que la República Argentina no acepta el matrimonio por poder a partir de su adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de Nueva York de 1962. En cambio, nuestro ordenamiento civil admite el llamado el matrimonio a distancia, siempre que existan causas que justifiquen este tipo de enlace.

Efectivamente, la mencionada convención exige el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley. Sin embargo acepta que una de las partes no esté presente siempre que la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que dicha parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente.

El matrimonio a distancia se considera celebrado en el lugar donde se preste el consentimiento que perfecciona el acto. La documentación que acredite el consentimiento del ausente tiene una vigencia de noventa días desde la fecha de su otorgamiento hasta su presentación.

El art. 2623 es complementario del art. 422 CCC: "Matrimonio a distancia. El matrimonio a distancia es aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente, en el lugar en que se encuentra, ante la autoridad competente para celebrar matrimonios, según lo previsto en este Código en las normas de derecho internacional privado".

Art. 2624. — Efectos personales del matrimonio. Las relaciones personales de los cónyuges se rigen por el derecho del domicilio conyugal efectivo.

Normativa derogada. El primer párrafo del art. 162 establecía que las relaciones personales de los cónyuges serán regidas por la ley del domicilio efectivo, entendiéndose por tal el lugar donde los mismos viven de consuno. En caso de duda o desconocimiento de éste, se aplicará la ley de la última residencia. Las disposiciones de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 tienen un contenido análogo (arts. 12 y 14, respectivamente).

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Tal como puede leerse en los fundamentos del Anteproyecto, en cuanto a los efectos personales del matrimonio, se ha conservado el "domicilio conyugal efectivo" como centro de

gravedad para la designación del derecho aplicable. Recuérdesse que el art. 2621 CCC define domicilio conyugal efectivo como el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges.

Art. 2625. — Efectos patrimoniales del matrimonio. Las convenciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración.

En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes.

En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros.

Normativa derogada. El Código Civil antiguo sometía el régimen patrimonial del matrimonio, sea legal o convencional a la ley del primer domicilio conyugal en su artículo 163: "Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. el cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio".

Sin embargo, la doctrina ha criticado esta conexión en los siguientes términos: "si bien el criterio elegido otorga certeza a las relaciones jurídicas internacionales, nos induce a reflexionar si no debió preverse el supuesto de cambios prolongados de domicilio efectivo, que implican una suerte de sumisión voluntaria a la legislación del nuevo domicilio por parte de los cónyuges... Ello por cuanto, en ocasiones, el primer domicilio puede carecer de vinculación actual y efectiva con el centro de los intereses patrimoniales de los cónyuges"⁵⁷.

⁵⁷ FELDSTEIN de CÁRDENAS Sara L., *Derecho Internacional Privado... op cit*, p. 127.

Por su parte, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 establece en el artículo 16 que “Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes.” Y el artículo 17 dispone: “El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio”.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En el Derecho Internacional Privado comparado, existen dos criterios extremos en la materia que nos ocupa. Uno de ellos opta por permitir, en términos generales, que los cónyuges elijan el régimen patrimonial matrimonial que consideren más conveniente a sus intereses. En este supuesto, la legislación habilita a los consortes a hacer ejercicio de la autonomía de la voluntad. En cambio, desde otra postura, nos encontramos con un criterio mucho más restrictivo que veda tal posibilidad y sujeta esta cuestión a la ley que el propio legislador estima más conveniente. En tal caso, se presentan dos variantes: someter las relaciones patrimoniales del matrimonio a la ley personal (nacionalidad o domicilio) o a la ley del lugar de situación de los bienes que integran la sociedad conyugal. A su turno, el legislador podrá elegir un punto de conexión mutable, es decir el domicilio o residencia habitual o nacionalidad efectiva de los cónyuges, o bien inmutable, o sea que optará por la ley del lugar del primer domicilio o de la primera residencia habitual conyugal o la ley de la nacionalidad común de los contrayentes al momento de la celebración del matrimonio. De esta forma, se imposibilita el cambio de régimen legal.

Por su parte, los derechos sustanciales a los que nos derivarán tales normas de conflicto, son también de índole muy variada: régimen de unidad de bienes; régimen de comunidad de bienes, universal o restringida, de administración marital, separada, conjunta o indistinta; régimen de participación; régimen de separación de bienes, entre los más conocidos.

En similares términos a los empleados por el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, el art. 2625 opta por el “primer domicilio conyugal”, en

defecto de convenciones matrimoniales (admitidas expresamente por los arts. 446 a 450 CCC), para regular el régimen de bienes en el matrimonio; en este caso se admite la facultad de los esposos de optar por el derecho argentino en el supuesto de "cambio de domicilio a la República", en tanto la voluntad sea expresada por instrumento público y no afecte derechos de terceros.

No se encuentra un fundamento jurídico serio, más allá de la preferencia por la aplicación del derecho argentino, respecto de la posibilidad que tienen los cónyuges de optar por nuestro derecho en caso de cambio de domicilio en nuestro país y no reconocer el caso inverso, es decir permitir la opción por el derecho extranjero en caso que se haya mudado el domicilio conyugal desde Argentina a un país extranjero. Si bien es cierto que la elección del legislador a favor del "primer domicilio conyugal" se funda en la prevención del fraude a la ley y en general, lo que realmente se intenta preservar a través de este instituto son las normas imperativas del derecho del foro sobre régimen patrimonial del matrimonio, lo cierto es que no se advierte cuál es el problema que se quiere evitar aun cuando el acuerdo de los cónyuges conste en instrumento público y no afecte derechos de terceros.

Art. 2626. — Divorcio y otras causales de disolución del matrimonio. El divorcio y las otras causales de disolución del matrimonio se rigen por el derecho del último domicilio de los cónyuges.

Normativa anterior. El art. 164, de acuerdo al texto modificado por la Ley 23.515 dispuso que la separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 161. Esta remisión correspondía a los casos de matrimonios celebrados en la República cuya separación personal haya sido legalmente decretada en el extranjero, y se solicitaba la conversión en divorcio vincular, aunque este no fuera aceptado por la ley del Estado donde se decretó la separación.

Asimismo, el Tratado de Montevideo de 1889 previó el régimen internacional del divorcio pese a que en esa época ninguno de los Estados parte lo tenía incorporado en su legislación. El inc. b del art. 13 dispone que la ley del domicilio matrimonial rige

la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró. Se realizaron tres interpretaciones al respecto. Una se funda en que el término “causal” alude a las de divorcio o separación. Otra sostiene que basta con que ambas leyes (la del domicilio y la del lugar de celebración) admitan la institución del divorcio absoluto, para que la disolución sea factible, cualesquiera que sean las causales del divorcio establecidas por cada legislación. La tercera interpretación exige completa coincidencia entre la ley del domicilio conyugal y la del lugar de celebración. Esta interpretación le asigna al art. 13 inc. b el carácter de norma acumulativa.

A su turno, el Tratado de Montevideo de 1940 dispuso una norma indirecta simple con relación a la ley aplicable: “la ley del domicilio conyugal rige la disolubilidad del matrimonio, pero su reconocimiento no será obligatorio para el Estado en donde el matrimonio se celebró si la causal de disolución invocada fue el divorcio y las leyes locales no lo admiten como tal” (art. 15). Esta fórmula concilió los intereses de los Estados partidarios de conservar la norma acumulativa de 1889 y la de los partidarios de regular el divorcio sólo por la *lex domicilii*. Para la fórmula adoptada el divorcio decretado conforme con la ley del domicilio es eficaz en todos los Estados parte, excepto en el de la celebración del matrimonio, si sus leyes no admiten el divorcio como institución, ya que dicho artículo no exige la coincidencia entre las causales de disolución.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2626 opta por el mismo criterio de la disposición derogada: el último domicilio conyugal para determinar el derecho aplicable a la disolución del vínculo matrimonial. Sin embargo, en el tipo legal de la norma indirecta se omite la separación personal, pues se ha eliminado el instituto del Código⁵⁸. Por la misma razón, no se ha previsto una norma análoga al art. 161, 2º párrafo del antiguo Código Civil.

⁵⁸ El fundamento de la no regulación es que en la realidad actual no existen los motivos que llevaron al legislador a receptar ambas instituciones en el Código Civil. En efecto, los Fundamentos de la derogación de la figura de la separación personal son: “a) la separación tuvo su razón de ser en un contexto jurídico y social diferente al actual, como una alternativa para quienes se oponían al divorcio vincular cuando este se incorporó de manera autónoma al derecho argentino después de años de matrimonio indisoluble, y b) Su escasa aplicación práctica: en los hechos, cuando se acude a la separación personal no es por razones religiosas, sino por no haberse cumplido el plazo mínimo desde la celebración del matrimonio

Sección 3: UNIÓN CONVIVENCIAL

Art. 2627. — Jurisdicción. Las acciones que surjan como consecuencia de la unión convivencial deben presentarse ante el juez del domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o del domicilio o residencia habitual del demandado.

Normativa derogada. En tanto el Código Civil derogado no contemplaba en sus normas sustantivas la figura de la unión convivencial o un instituto similar, tampoco se había preocupado por incluir reglas para determinar la jurisdicción internacional competente en los casos en que estas relaciones jurídicas presentaran algún elemento extranjero.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Las nuevas normas han incorporado a la legislación argentina las llamadas uniones convivenciales. Es por ello, que también ha sido incluida en las disposiciones de Derecho Internacional Privado. Según los fundamentos del Anteproyecto, "frente a la realidad de nuevas formas familiares, se ha regulado la unión convivencial, tanto en los aspectos de jurisdicción internacional como de derecho aplicable, en una clara aproximación a la regulación del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay".

En materia de juez competente, el legislador ha optado por la jurisdicción concurrente de los tribunales del lugar del domicilio o residencia habitual del demandado, o bien los del lugar del domicilio efectivo común de los convivientes, siempre a elección de la parte actora.

para solicitar el divorcio de común acuerdo o el plazo de separación de hecho sin voluntad de unirse para peticionar el divorcio vincular por esta causal de manera unilateral" (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Disponibles en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>).

Art. 2628. — *Derecho aplicable. La unión convivencial se rige por el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer.*

Normativa derogada. Dado que el Código Civil derogado no contemplaba en sus normas sustantivas la figura de la unión convivencial o similar, tampoco introdujo criterios para designar la ley aplicable en los casos en que estas relaciones jurídicas presentaran algún elemento foráneo al derecho local.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. La simple posibilidad fáctica de que las personas que conforman estas uniones de pareja o convivenciales se trasladen más allá de las fronteras en las que fueron constituidas, que requieran su reconocimiento o que soliciten su disolución en otro Estado, nos introduce en el ámbito propio del Derecho Internacional Privado.

Tal como afirma Fresnedo de Aguirre, en general se le ha prestado poca atención a las cuestiones propias del DIPr. al regular los nuevos institutos jurídicos referidos a las uniones no matrimoniales heterosexuales u homosexuales⁵⁹.

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 regulaba las Uniones no matrimoniales, sometiéndolas al derecho del domicilio común de las partes (art. 107). Esta disposición parte del presupuesto de calificar estas uniones en la categoría "estado civil". En tal sentido, esta calificación en la categoría estado "habilita a reconocerle validez a las uniones no matrimoniales fundadas en el derecho del domicilio de los integrantes de la pareja, cuando este sea un derecho extranjero que sí las admita, las regule de manera específica y les reconozca consecuencias jurídicas. Y esto es así porque dada esa calificación, la ley del domicilio de las personas de cuyo "estado" se trate sería la internacionalmente competente... para regular la relación"⁶⁰.

⁵⁹ FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia, "Uniones matrimoniales y no matrimoniales. Su continuidad jurídica a través de las fronteras", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pp. 313-344. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723039014> y en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt14.htm> [Consulta: 28 de octubre de 2017].

⁶⁰ FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia, "Uniones matrimoniales y..." *op cit.*, p. 337.

De entre las pocas legislaciones internas que se han ocupado del tema, destaca la Ley Introductoria al Código Civil alemán (artículo 17 b) que regula expresamente algunas cuestiones de DIPr., disponiendo que la formación de la sociedad registrada, sus efectos generales y patrimoniales, así como su disolución, se rijan por las disposiciones sustantivas del Estado donde dicha sociedad fue registrada. Las cuestiones relativas a alimentos y sucesión se regularán por la ley designada como aplicable por las respectivas reglas generales, pero si la sociedad no adquiere derechos alimentarios y sucesorios conforme a estas, se aplicará en lo pertinente a dichas cuestiones la ley del lugar de registro de la sociedad.

En cambio, el art. 2628 CCC ha optado por un criterio territorialista: aplicar el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer la unión convivencial y principalmente sus efectos. Es decir que, en tanto, la unión se haga valer en nuestro país siendo que el Código ha regulado expresamente la figura (arts. 509 a 528 CCC), nuestros jueces de acuerdo a la ley argentina reconocerían sus efectos en el territorio nacional, y no podrían recurrir a la institución desconocida para negárselos.

Sección 4: ALIMENTOS

Art. 2629. — Jurisdicción. Las acciones sobre la prestación alimentaria deben interponerse, a elección de quien la requiera, ante los jueces de su domicilio, de su residencia habitual, o ante los del domicilio o residencia habitual del demandado. Además, si fuese razonable según las circunstancias del caso, pueden interponerse ante los jueces del lugar donde el demandado tenga bienes.

Las acciones de alimentos entre cónyuges o convivientes deben deducirse ante el juez del último domicilio conyugal o convivencial, ante el domicilio o residencia habitual del demandado, o ante el juez que haya entendido en la disolución del vínculo.

Si se hubiere celebrado un convenio, a opción del actor, las acciones pueden también interponerse ante el juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración de dicho convenio si coincide con la residencia del demandado.

Normativa derogada. El Código Civil derogado no contenía normas específicas sobre jurisdicción internacional en materia de obligaciones alimentarias pese a los cuantiosos casos de reclamos de alimentos en los cuales deudor y acreedor alimentarios residen en diferentes Estados, o bien cuando el deudor percibe ingresos o tiene bienes en un país distinto a aquel donde reside el acreedor de alimentos. Tales obligaciones, como sabemos, pueden derivar del matrimonio, del parentesco o de la patria potestad.

Es importante tener presente que cuando los acreedores alimentarios son menores de edad, debemos enmarcar su derecho a percibir alimentos en las disposiciones y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. En particular, en su artículo 27.4 dispone: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la

responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados”.

En tal sentido, la República Argentina ha ratificado dos convenios internacionales sobre el tema que nos ocupa, que se encuentran actualmente vigentes: la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos, de 1956, aprobada en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y a la cual adhirió nuestro país el 29 de noviembre de 1972 (este tratado ya se encontraba vigente en el ámbito internacional desde el 25 de mayo de 1957); y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, elaborada en el año 1989 bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y ratificada por nuestro país el 5 de septiembre de 2002 (la convención ya se encontraba vigente en el ámbito internacional desde el 6 de marzo de 1996)⁶¹.

⁶¹ La Argentina no ratificó las convenciones que en la materia elaboró la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya. Nos referimos a la Convención de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales, en materia de obligaciones alimentarias hacia los hijos, a la Convención 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias hacia menores, a la Convención de 1973 sobre el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales relativas a obligaciones alimentarias en general, y a la Convención del mismo año sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias en general.

Este segmentado espectro de múltiples tratados internacionales sobre la misma cuestión, “lejos de simplificar la obtención de alimentos, puso de manifiesto la complejidad del sistema y se han identificado problemas en torno a la eficacia, los costos, la inadecuación para aprovechar las nuevas tecnologías, vacíos normativos en materia de localización del demandado, asistencia jurídica gratuita y un dispar grado de implementación en los Estados Parte, todo lo cual motivó que, oficialmente, desde 2003, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado trabajara sobre la materia. Fruto de sus esfuerzos, en 2007 se aprobaron por consenso dos textos independientes aunque complementarios: 1) el Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para Niños y otros Miembros de la Familia y 2) el Protocolo sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias.” Ninguno de estos instrumentos ha sido ratificado a la fecha por la República Argentina. Véase al respecto el interesante y detallado trabajo de HERZ, Mariana, “Algunas Reflexiones en torno a las soluciones de la Nueva Convención de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos y el Protocolo Adicional sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias de 2007 y su compatibilidad con el sistema jurídico argentino”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (www.eldial.com), Ed. Albremática, Buenos Aires, noviembre de 2009. Asimismo, puede consultarse: CERDEIRA, Juan José, “Jurisdicción, Ley Aplicable y Cooperación Internacional en materia de Obligaciones Alimentarias”, Relato en el XXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL “DR. ENRIQUE FERRER VIEYRA”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Ciudad de Córdoba, 1º al 3 de octubre de 2009. Publicado en el *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (www.eldial.com), Ed. Albremática, Buenos Aires, noviembre de 2009 [Consulta: 30 de octubre de 2017].

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 2629 sobre jurisdicción determina que las acciones sobre la prestación alimentaria deben interponerse, a elección de la parte actora, ante los jueces de su domicilio, de su residencia habitual, o ante los del domicilio o residencia habitual del demandado. Alternativamente, si fuese razonable según las circunstancias del caso, pueden interponerse ante los jueces del lugar donde el demandado tenga bienes.

Por otro lado, las acciones de alimentos entre cónyuges o convivientes deben deducirse ante el juez del último domicilio conyugal o convivencial, ante el domicilio o residencia habitual del demandado, o ante el juez que haya entendido en la disolución del vínculo.

Asimismo, si se hubiere celebrado un convenio, a opción del actor, las acciones pueden también interponerse ante el juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración de dicho convenio si coincide con la residencia del demandado.

La nueva disposición que analizamos sigue en gran medida los artículos 8 y 9 primera parte de la CIDIP IV sobre Obligaciones Alimentarias, según la cual el juez competente para entender en el reclamo alimentario y en el aumento de los mismos será elegido por el acreedor alimentario (actor en el reclamo), quien podrá optar entre el juez del domicilio o residencia habitual del acreedor, o del deudor, o el juez o autoridad del Estado en el cual el deudor posea bienes, perciba ingresos u obtenga algún tipo de beneficio económico, o las autoridades del Estado ante las cuales el acreedor demande en tanto y en cuanto el deudor no se oponga a su competencia. En cambio, el juez o autoridad competente para entender en la reducción de cuota alimentaria o en su cese, será únicamente aquella que hubiere entendido en su fijación (artículo 9, segunda parte). Es decir, se restringe al juez que hubiere intervenido inicialmente, dado que en este caso, la eventual medida que se adopte resultaría perjudicial para el acreedor alimentario.

A diferencia del art. 2629, la CIDIP IV consagra el llamado foro del patrimonio, sin condicionarlo a la razonabilidad de las circunstancias del caso y agrega una alternativa adicional al consagrar la prórroga tácita de jurisdicción *post litem* o sumisión al foro.

Además el marco convencional diferencia según quien reclama sea el alimentado o el alimentante (en este supuesto, para exigir el cese o reducción de la cuota alimentaria).

Por otro lado, el artículo en análisis aporta pautas específicas para las acciones de alimentos entre cónyuges y convivientes.

Sin dudas, la multiplicidad de foros disponibles, a elección del acreedor alimentario, facilita la acción alimentaria y sobretodo la percepción del crédito, en tanto ofrece puntos de conexión patrimoniales, alternativos a los personales. En este orden de ideas, la jurisdicción internacional conferida al juez del foro patrimonial se traduciría en un rápido acceso a la efectiva concreción del cobro por alimentos. En efecto, la existencia de bienes del acreedor radicados en el territorio sujeto a la jurisdicción del magistrado evita la necesidad de un posterior reconocimiento extraterritorial de la sentencia.

Art. 2630. — Derecho aplicable. El derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario.

Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos.

El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo.

Normativa derogada. La única norma de Derecho Internacional Privado que encontramos directamente vinculada al tema que nos ocupa en el antiguo Código Civil es el artículo 162, que regulaba las relaciones personales entre cónyuges, y disponía que el derecho a percibir alimentos y la admisibilidad, oportunidad y alcance del convenio alimentario, si lo hubiere, se regirán por el derecho del domicilio conyugal (el domicilio efectivo, entendiéndose por tal el lugar donde los mismos viven de consuno). El monto alimentario se regulaba por el derecho del domicilio del demandado si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario.

Sin embargo, contábamos con soluciones de fuente convencional. En efecto, en su artículo 14, el Tratado de Montevideo de 1889 expresa que la patria potestad en lo referente a los derechos y deberes personales – entre los que se incluyen las obligaciones alimentarias– se rige por la ley del lugar en que se ejecuta, mientras que el Tratado de 1940 los somete a la ley del domicilio de quien ejercita la patria potestad (artículo 18). Respecto de los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto se refiere a sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio conyugal, tanto según el artículo 12 del Tratado de 1889 como el artículo 14 del Tratado de 1940.

Sin embargo, debemos advertir que las disposiciones de ambos Tratados han sido sustituidas por las de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989, ya mencionada, dado que todos los países ratificantes de aquellos, son partes de esta CIDIP, que es posterior en el tiempo y especial en cuanto a la materia en relación con la obra codificadora de Montevideo, que consagra una solución similar a la del art. 2630 CCC.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 2630 CCC determina el derecho aplicable a las obligaciones alimentarias: se rigen por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario. En igual sentido, encontramos el art. 6 de la CIDIP IV. Respecto a quién tiene el deber de elegir entre una u otra ley, en oportunidad de negociar dicho texto convencional se debatió si no sería mejor que tal elección quedara en manos del eventual acreedor. Esta fue la posición defendida por algunas delegaciones, como la argentina, ya que entendían que librar la elección al propio beneficiario evitaba toda posible arbitrariedad judicial. Sin embargo, triunfó la posición contraria que considera que son los jueces quienes están en mejores condiciones de determinar tal circunstancia. El legislador argentino optó ahora por el mismo criterio convencional.

Según el art. 7 de la CIDIP IV se determinan por el derecho considerado aplicable las siguientes cuestiones: el monto del crédito alimentario, la legitimación activa para ejercer la acción y las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de

alimentos. No encontramos en cambio disposición similar en las normas de DIPr del Código Civil y Comercial.

Por otro lado, el art. 2630 dispone la ley aplicable a los acuerdos alimentarios: a elección de las partes, se rigen por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos. Nos encontramos aquí con conexiones alternativas principales (domicilio o residencia de cualquiera de las partes del acuerdo), y con una conexión simple que opera en subsidio (la ley que rige el derecho de alimentos).

Por último, la norma que analizamos brinda una solución especial para determinar la ley aplicable al derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes: se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo, idénticos criterios utilizamos para determinar la jurisdicción competente (art. 2629, 2º párrafo).

Sección 5: FILIACIÓN POR NATURALEZA Y POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Art. 2631. — Jurisdicción. Las acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación deben interponerse, a elección del actor, ante los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor.

En caso de reconocimiento son competentes los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, los del domicilio del hijo o los del lugar de su nacimiento.

Normativa derogada. Durante la vigencia del Código de Vélez, el vacío normativo existente en la fuente interna argentina, motivó la aplicación jurisprudencial de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, por analogía, en cualquier caso de controversia sobre una filiación internacional, aunque el caso iusprivatista no nos vinculada con un Estado parte de tales convenios. Estas disposiciones diferenciaban las conexiones según se tratara de filiación matrimonial o extramatrimonial.

Sin embargo, podemos decir que la introducción del *favor filii* en 1985 (Ley N° 23.264) orientó materialmente las decisiones jurisprudenciales así como las opiniones doctrinarias, y puso en tela de juicio dicha aplicación analógica de la fuente convencional en vigor en nuestro país.

Es importante destacar que tales tendencias doctrinaria y jurisprudencial mayoritarias entendían que se debía aplicar el derecho más favorable a la validez de la filiación (principio del *favor negotii*) en resguardo del interés superior de los niños.

En efecto, tal como afirma Rubaja, “la elaboración y ratificación de tratados e instrumentos en materia de derechos humanos, que fueron incorporados a los ordenamientos jurídicos internos de los distintos países, ha repercutido e introducido cambios fundamentales en todas las ramas del derecho, incluidas entre ellas el

derecho de familia, el derecho internacional privado y de los niños en general... En esta inteligencia comenzó a considerarse que en el establecimiento de un vínculo filiatorio se encontraban en juego derechos fundamentales de los individuos, por lo que se avanzó en el sentido de salvaguardar los derechos de igualdad y a la identidad de aquéllos... Ello marcó una importante tendencia hacia la unidad en la manera de encarar la problemática, sin distinciones de clase, o al menos de modo tal que aquéllas no resulten discriminatorias, sino cuya finalidad fuera la descripción de cuadros de situación diferentes para así poder proporcionarles un tratamiento más justo y equitativo”⁶².

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En la actualidad contamos, por primera vez, con normas especialmente destinadas al régimen internacional de la filiación, que se inspiran en aquellas posiciones que se imponían ante el silencio de la ley.

Recordemos que la filiación internacional es el vínculo paterno filial (biológico, con o sin intervención de técnicas de fertilización asistida, o adoptivo), que presenta elementos extranjeros. Puede presentarse como una cuestión principal en el Derecho Internacional Privado cuando se trata de determinar, fijar, contestar o desconocer este vínculo, esto es, en materia de "acción de filiación" o acción de investigación de paternidad o maternidad, o de impugnación de esta maternidad o paternidad; o bien como cuestión previa, como en el caso de sucesiones, alimentos para menores, etcétera.

Asimismo, debemos distinguir el establecimiento o impugnación de la filiación, de sus efectos: atribución del nombre, derecho de alimentos, el régimen de la patria potestad o responsabilidad parental, los derechos sucesorios. De la primera cuestión, se ocupan los arts. 2631 a 2643 CCC⁶³.

⁶² RUBAJA, Nieve, *Derecho Internacional Privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 299.

⁶³ Los fundamentos de las normas correspondientes a esta sección indican que “Las soluciones propuestas en materia de ‘Filiación’ siguen la tendencia observada en las legislaciones extranjeras, decididamente favorable a abrir foros alternativos a elección de la parte actora y a regular las diversas acciones mediante normas de conflicto materialmente orientadas. Se han distinguido dos categorías, a saber, el ‘establecimiento y la impugnación de la filiación’ y el ‘acto de reconocimiento de hijo’, por entender que presentan suficiente particularidad en la configuración fáctica del supuesto como para justificar conexiones diferentes, todas ellas fundadas en el principio de proximidad. El resultado son

Respecto al artículo 2631, advertimos que atribuye jurisdicción en materia de filiación distinguiendo entre las acciones para la determinación e impugnación y el reconocimiento, ya que instan a procedimientos de diversa naturaleza, mientras que en un supuesto, estaremos ante un procedimiento contencioso, en donde tendremos un actor y un demandado, cuando estamos ante un reconocimiento, nos encontramos frente a un acto unilateral voluntario.

En el primer caso, a elección de actor, tales acciones se pueden interponer ante: 1) los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial, o ante 2) los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor. Es decir, son competentes, los tribunales judiciales del lugar de domicilio del actor o del demandado, a elección del primero.

La segunda opción responde al principio general en materia de acciones personales, que recoge el artículo 2608.

En el caso del reconocimiento son competentes: 1) los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, 2) los del domicilio del hijo o 3) los del lugar de su nacimiento. Este último es una conexión atributiva de jurisdicción poco frecuente, que no necesariamente coincidirá con la nacionalidad del niño ni con el lugar de su domicilio o residencia habitual.

Tal como podemos observar el legislador no limita temporalmente la noción de domicilio, en ninguno de los casos. Sin embargo, descarta la residencia habitual como conexión razonable para determinar la jurisdicción competente, lo cual es llamativo si tenemos en consideración las tendencias predominantes en el derecho comparado, en proyectos de reforma anteriores, en foros internacionales de codificación y en definitiva, en la doctrina y la jurisprudencia.

Por otro lado, vale destacar que la norma omite mencionar, a los fines de la determinación de la jurisdicción competente, las acciones de impugnación del reconocimiento.

normas flexibles, que prevén la elección por parte del actor en lo relativo al juez competente, entre un abanico de posibilidades, y la elección por parte del juez en lo que concierne al derecho aplicable, con la orientación de preferir aquella ley...que tuviere soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo”.

Finalmente, cabe señalar que el artículo 2631 debe analizarse en concordancia con normas generales sobre jurisdicción. En particular, nos referimos al artículo 2602 que establece el llamado foro de necesidad, según el cual aunque las reglas del Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

Es decir, que aunque en virtud del artículo que analizamos, los jueces argentinos no tuvieran jurisdicción, si se dieran los excepcionales extremos del artículo 2602, podrían declararse competentes.

Art. 2632. — Derecho aplicable. El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.

El derecho aplicable en razón de esta norma determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado.

Normativa derogada. El vacío que en la materia había dejado nuestro codificador motivó, como comentamos, la aplicación analógica de los Tratados de Montevideo. El Tratado de Montevideo de 1889, en el título VI: “De la filiación” contiene tres disposiciones en materia de filiación matrimonial y extramatrimonial. Respecto a la filiación matrimonial, el artículo 16 dispone que la ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio. El artículo 17, a su turno, establece que las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo.

Finalmente, dedica el artículo 18 a la filiación extramatrimonial, indicando que los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima, se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos.

En idénticos términos, se expide el Tratado de Montevideo de 1940 en sus artículos 20, 21 y 22.

Al respecto, Rubaja sostiene que dicha distinción debe ser interpretada simplemente, como categorías que contemplan distintos supuestos de hecho, y en modo alguno como cualquier tipo de discriminación entre los hijos nacidos o concebidos en distintas situaciones fácticas, ya que resultaría a todas las luces inconstitucional.⁶⁴

En el mismo sentido, D'Antonio entiende, que si bien el empleo de esta terminología no implica que el tratado efectúe discriminación alguna, a ello deberá sumarse que entre los derechos que resulten conectados al caso concreto se podrá optar por aquel cuya solución no resulte discriminatoria y sea la más favorable a los intereses del hijo. Y además, sostiene que siempre quedaría a salvo la cláusula general de orden público prevista en el art. 4º de los protocolos adicionales de ambos tratados que rezan: "las leyes de los demás Estados, jamás serán aplicadas contra las instituciones públicas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso".⁶⁵

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El Código Civil y Comercial de la Nación dedica dos artículos al derecho aplicable a la filiación con elementos extranjeros. El primero de ellos, el artículo 2632 establece que el establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen, alternativamente, por:

a) el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento: debe tenerse presente que el artículo 2614 establece una calificación autárquica del domicilio de las personas menores de edad, según la cual aquél se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual. Por otro lado, apreciamos que siendo el domicilio un punto de conexión mutable, el legislador ha decidido fijarlo

⁶⁴ RUBAJA, Nieve, "Filiación internacional. Los problemas de Derecho Internacional Privado en materia de filiación. Cooperación internacional. Producción de prueba anticipada. Análisis de un caso argentino-mexicano", en *Microjuris*, 1 de julio de 2005. Cita: MJ-DOC-2739-AR | MJD2739, p. 9. Disponible en: www.microjuris.com [Consulta: 26 de octubre de 2017].

⁶⁵ D' ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de Menores*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 471 y ss.

temporalmente, al momento del nacimiento del hijo. Por ende, en principio, el juez no podría recurrir al lugar del domicilio del niño establecido con posterioridad, aún cuando condujera a una ley más favorable para sus derechos, salvo que invocara el artículo 2597 CCC.

b) el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo: respecto a esta conexión alternativa, debemos recordar que artículo 2613 define qué entiende por domicilio y residencia habitual de la persona humana. Tal como afirmamos respecto del punto anterior, en este caso también el legislador fijó temporalmente el lugar del domicilio del progenitor. Por ende cabe las mismas consideraciones expuestas en a).

c) el derecho del lugar de celebración del matrimonio: a este punto de conexión, que además rige la validez intrínseca y extrínseca de aquél (artículo 2622 CCC), el juez podrá recurrir en aquellos casos de filiación matrimonial.

El juez optará por el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.

El alcance del derecho que resulte aplicable teniendo en consideración la orientación material que el legislador le brinda al juez, es amplio pues determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado.

Lo que más llama nuestra atención respecto de la norma analizada es que el legislador haya recurrido al “domicilio” cuando la tendencia predominante es, en materia de menores, la residencia habitual tanto para determinar el juez competente, como la ley aplicable, ya sea como punto de conexión único, principal o alternativo. El legislador, en los fundamentos del Anteproyecto, expone los motivos que lo llevaron a esta decisión: “En atención a que la realidad a regular es muy compleja, se ha preferido el punto de conexión “domicilio” -si bien junto con otras alternativas que buscan la mayor adecuación a la realidad fáctica del eventual supuesto- pues esa localización da mayor certeza que la residencia habitual, precisamente en una problemática que comprende las consecuencias jurídicas de la concepción y del nacimiento de todo ser humano”.

Art. 2633. — Acto de reconocimiento de hijo. Las condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto.

La capacidad del autor del reconocimiento se rige por el derecho de su domicilio.

La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo.

Normativa derogada. Nos remitimos a lo indicado en relación con el art. 2632.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 2633 determina el derecho aplicable al acto de reconocimiento de hijo y al respecto, la norma que analizamos distingue diversos aspectos:

a) Las condiciones del reconocimiento se rigen 1) por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o 2) al tiempo del acto o 3) por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto. El artículo 2633 omite confirmar expresamente cuál será la orientación que tendrá que tener el juez para elegir uno u otro derecho. Entendemos que, por analogía, se aplica el criterio sentado en el artículo 2632, que, en definitiva, se sustenta en la regla clave y principio rector de la Convención sobre Derechos del Niño, de jerarquía constitucional.

b) La capacidad del autor del reconocimiento se rige por el derecho de su domicilio. Esta disposición coincide con la regla general en materia de capacidad de la persona física que se encuentra recogida en el artículo 2616.

c) La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo. Cuando la norma se refiere al "lugar del acto", debería decir "lugar de otorgamiento del acto". En este caso, debemos analizar la norma en concordancia con lo dispuesto por el artículo 2649 sobre formas y solemnidades de los actos jurídicos.

Art. 2634. — Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

Normativa derogada. Nos remitimos a lo indicado en relación con los arts. 2631 y 2632.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 2634 contiene dos párrafos. El primero brinda la regla general a seguir cuando se solicita ante un juez argentino el reconocimiento de los efectos de un emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero. En tales supuestos, la disposición establece que deberá reconocerse en nuestro país, de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquéllos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Por ende, se vincula al artículo 2600 de la parte general de las disposiciones de Derecho Internacional Privado, según el cual las normas de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino. En consecuencia, si dicho reconocimiento del estado filiatorio conduce a un resultado contrario a nuestros principios esenciales, deberá ser desechado.

El segundo párrafo del artículo bajo estudio se ocupa de un tema muy delicado y recientemente explorado por el derecho argentino, como es la relación entre el Derecho Internacional Privado y las llamadas técnicas de fertilización asistida. Según la norma que estamos analizando las disposiciones sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas

técnicas. Agrega el artículo que, en todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

Cabe recordar que el orden público internacional argentino en esta materia viene dado por los principios consagrados positivamente en diversos convenios internacionales con jerarquía constitucional, enumerados en el artículo 75 inciso 22. En particular, el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 establece que: “1. *El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos...*”

A su turno, el artículo 8 dispone que “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar *el derecho del niño a preservar su identidad*, incluidos la nacionalidad, el nombre y *las relaciones familiares* de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, *los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*” (el destacado nos pertenece).

En suma, el juez recurrirá al orden público internacional para desconocer las disposiciones de un derecho extranjero, bajo el cual fue constituida una filiación, siempre por vía de excepción, cuando dicho ordenamiento jurídico foráneo atente manifiestamente con nuestros principios fundamentales⁶⁶.

⁶⁶ Ejemplos de este tipo pueden darse cuando esas normas provienen de un país de religión musulmana tienen una concepción muy distinta a la occidental en materia filiatoria. En los regímenes musulmanes jamás un juez podrá determinar la filiación aunque fuera a pedido del propio menor o de su madre o de cualquier representante legal. En efecto, “aparte de la presunción de filiación matrimonial, el cauce del reconocimiento de la filiación descansa exclusivamente en la voluntad del padre y ninguna otra persona o autoridad, ni siquiera el juez puede sustituirla”. Cfr. MOTILLA, Agustín, “La filiación natural y adoptiva en el derecho islámico y en los códigos de Marruecos, Argelia y Túnez. Relevancia en el derecho español”, en CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, COLEX, Madrid, 2004, pp. 585 – 586. Una situación que puede resultar aún más difícil de resolver, a la luz de nuestros principios fundamentales, son los pedidos de reconocimiento extraterritorial en el país de los efectos de acuerdos de maternidad subrogada celebrados en el extranjero conforme a un ordenamiento jurídico que los permite. Puede ampliarse en: SCOTTI, Luciana B., “La ‘maternidad subrogada’ en la legislación y jurisprudencia argentinas”, en *Revista digital En Letra*, Año 1, N° 1, Buenos Aires, febrero de 2014, pp. 47 - 78. Disponible en: <http://enletra.com/> [Consulta: 23 de octubre de 2017].

Por otro lado, cabe señalar que, aunque la norma que analizamos no lo indique expresamente, tampoco un juez argentino estará obligado a reconocer un emplazamiento filiatorio constituido en el extranjero si detectare un caso de fraude a la ley en los términos del artículo 2598.

Sección 6: ADOPCIÓN

Art. 2635. — Jurisdicción. En caso de niños con domicilio en la República, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para la declaración en situación de adoptabilidad, la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción.

Para la anulación o revocación de una adopción son competentes los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado.

Normativa derogada. El Código Civil de Vélez Sarsfield, en vigor desde 1871, no admitía la institución de la adopción porque en la misma nota de elevación de 1865 sostenía que no estaba en las costumbres argentinas, ni lo exigía ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella sino en casos muy singulares.

Bajo este régimen, a pocos meses de la entrada en vigor de la ley 13.252, el 22 de diciembre de 1948, la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal resolvió la sucesión del célebre caso "Grimaldi, Miguel A.". En esta sentencia, se juzgó válida la adopción conforme al derecho italiano, pero como en Argentina todavía no se había incorporado la institución, se desconoció la vocación sucesoria de la hija adoptiva respecto al bien inmueble situado en el país.

En septiembre de 1948, se sancionó la Ley 13.252 que incorpora la adopción al ordenamiento jurídico argentino pero no contiene referencia alguna a la adopción internacional.

A su turno, la ley 19.134 de 1971 se ocupa por primera vez del tema, en sólo dos artículos, prácticamente idénticos a los que reproduce luego la Ley 24.779, sancionada el 28 de febrero de 1997 y promulgada el 26 de marzo de 1997. Sin embargo, ninguna de sus normas regulaban la jurisdicción internacional en materia de adopción.

Dicha ley agregó una norma que obstaculiza claramente la adopción internacional. Nos referimos al artículo 315, según el cual: "Podrá ser adoptante toda persona que

reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda...".

Cabe señalar que el artículo 315 no contemplaba el caso del argentino que se ha ido del país y luego regresa al mismo, no contando con los cinco años de residencia posteriores a su retorno al momento de la petición de la guarda. Una interpretación restrictiva obligaba a exigirle a dicha persona de nacionalidad argentina, vivir en el país durante cinco años como mínimo antes de solicitar la guarda de un menor.

Ya desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño por ley 23.849, posteriormente "constitucionalizada" en la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional), la República Argentina manifestó una clara posición contraria, de rechazo a la adopción internacional respecto de niños nacionales o con residencia en nuestro país, que se pretendan adoptar por residentes en el extranjero, ante tribunales argentinos.

En efecto, la ley 23.849 estableció que la República Argentina hacía reserva a los incs. b), c), d) y e) del art. 21⁶⁷ y manifestaba que no regirán en su jurisdicción por entender que para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta⁶⁸.

⁶⁷ Artículo 21: Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

⁶⁸ Puede verse: CARIDE, Esteban, NALLAR, Florencia, NAVARRO QUANTIN, Jorge H. y SZUCS, Esteban "Convención sobre los Derechos del Niño y Adopción Internacional: Inconveniencia de la

Los fundamentos expuestos en los debates parlamentarios de la ley 24.779 son ilustrativos: “Todos sabemos que hasta no hace mucho tiempo, en la Argentina se podían producir hechos delictuosos con respecto al robo de niños, pero no se producía un tráfico de menores tan intenso como el que ocurre ahora (...) Desgraciadamente, la Argentina ha entrado a formar parte de esa cadena de tráfico internacional. Los niños argentinos son producto de venta en los mercados internacionales. Incluso, con la aparente intención de atender las necesidades del Sur hambreado, se están propiciando leyes internacionales de adopción. Espero que nuestro país nunca vuelva hacia atrás en su decisión de no suscribir ese tipo de iniciativas (...) En el mismo orden de ideas, se consideró importante el requisito de la residencia mínima en el país, pues con él se pretende evitar la exportación de niños argentinos, la compraventa de niños con destino a otros países. Esto constituye una realidad y un grave problema que no podríamos soslayar en esta oportunidad, habida cuenta de que la Argentina viene siendo un blanco preferencial en la búsqueda de niños para adoptar, lo cual en algún sentido nos entristece”.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2635 distingue dos supuestos para atribuir jurisdicción:

a) Para la declaración en situación de adoptabilidad, la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción, se fija la jurisdicción exclusiva de los jueces argentinos en caso de niños con domicilio en la República. Debe tenerse en consideración que el artículo 600 establece que solo puede adoptar la persona que: "a) resida permanentemente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción; este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país, b) se encuentre inscripta en el registro de adoptantes". Esta disposición lleva a la conclusión que un juez argentino en ningún caso podría dar en adopción a un niño domiciliado en el país a adoptantes con lugar de domicilio o residencia habitual en el extranjero. De todas maneras, a partir de

la entrada en vigor del nuevo Código, los nacionales o los naturalizados en Argentina quedan exceptuados de probar la residencia permanente en la República⁶⁹.

b) Para la anulación o revocación de una adopción, se establece la jurisdicción concurrente de los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado.

Cabe señalar que en Anteproyecto contemplaba un tercer párrafo cuya eliminación degrada la norma. Prescribía que: “Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero”.

Aún cuando en Argentina, un juez no está habilitado para conceder la adopción de un niño residente en el país por adoptantes con domicilio en el extranjero, existen cada vez más casos, en alguna medida motivados en las dificultades para lograr una adopción en el país, de pretensos adoptantes, con nacionalidad y domicilio en Argentina que, para llevar a cabo un trámite de adopción en un Estado extranjero donde, con los debidos recaudos se permiten las adopciones internacionales, solicitan la cooperación de las autoridades locales, a los fines de obtener un certificado de idoneidad, la legalización de documentos requeridos por autoridades extranjeras, o bien, el reconocimiento de la sentencia extranjera de adopción.

Esta cooperación no puede ser negada por la República Argentina, pues no hay ninguna prohibición legal o convencional al respecto, ni tampoco se puede considerar afectado el orden público internacional argentino, integrado por los principios, derechos humanos y garantías fundamentales de raigambre constitucional.

⁶⁹ Esta es la doctrina del conocido caso “Defensor General s/ guarda art. 4º, ley 1565”: la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa, La Pampa, con fecha 1 de marzo de 1996 revocó la sentencia de primera instancia y otorgó la adopción de una menor a adoptantes nacionales con residencia en el extranjero, Canadá. La Cámara manifestó que la adopción dentro de nuestro territorio de argentinos por argentinos residentes fuera del país no está contenida en la reserva formulada por nuestro país a la Convención de los Derechos del Niño. Ello es así, pues en una estricta interpretación del art. 2º de la ley 23.849 y de los incisos del art. 21 de la citada Convención observados, sólo cabe concluir que lo que allí se contempla está vinculado al marco de prevención a que deberá ajustarse la adopción de niños argentinos en países extranjeros. La adopción de argentinos por argentinos dentro de nuestro territorio por la única circunstancia de residir estos argentinos adoptantes fuera del país, importaría establecer una desigualdad entre los ciudadanos que contraría los arts. 16 y 19 de la Constitución Nacional.

Por ello, es lamentable que el actual Código Civil y Comercial haya eliminado del texto del Anteproyecto, dicho especial deber de cooperación, aún cuando se puede desprender de la regla general contenida en el art. 2611 CCC.

Art. 2636. — Derecho aplicable. Los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción.

La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado.

Normativa derogada. El artículo 339 (Ley 24.779) indicaba que la situación jurídica, los derechos y deberes del adoptante y adoptado entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción, cuando ésta hubiera sido conferida en el extranjero.

Tal como podemos apreciar, nuestra ley dejaba varios vacíos, entre ellos, no determinaba expresamente la jurisdicción competente y sometía todos los aspectos relativos a una adopción internacional *conferida en el extranjero* exclusivamente a la ley del lugar del domicilio del adoptado. Tampoco determinaba la ley aplicable en materia de revocación y anulación de la adopción.

Por otro lado, la única normativa vigente de fuente convencional en nuestro país es el Tratado de Montevideo de 1940, que en su título VII se ocupa de la adopción, y en materia de ley aplicable dispone que la adopción se rige en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal de que el acto conste en instrumento público (art. 23). En tanto que las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes se rigen por las leyes a que cada una de éstas se halle sometida (art. 24).

Como podemos apreciar el artículo 23 del Tratado de Montevideo de 1940 somete la adopción internacional a los derechos domiciliarios de las partes "en cuanto sean concordantes" y opta, en consecuencia, con una conexión acumulativa.

Será frecuente, por ende, la necesidad de armonizar o adaptar las soluciones brindadas por los diversos derechos aplicables, cuando éstos resultaren "discordantes", sobre todo en aquellos casos en que tal circunstancia torne inválida la adopción internacional.

En general, la aplicación acumulativa de dos derechos en pie de igualdad conducirá a un resultado restrictivo respecto de la validez de la adopción, dado que habrá que estar a los requisitos de la ley más severa, exigente, a los fines de que la adopción sea válida tanto en el país donde el adoptado tiene su domicilio, como en el Estado donde el o los adoptantes tengan el propio.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2636, en similares términos de la norma derogada, somete los requisitos y efectos de la adopción al derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción. En efecto, se utiliza un punto de conexión simple y personal, rector en materia de adopción, como es el domicilio del adoptado, su centro de vida al momento de otorgarse aquella.

En el segundo párrafo, la norma prevé una conexión alternativa para decidir la anulación o revocación de la adopción: se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado. Adviértase que si bien la disposición analizada no lo menciona expresamente, la elección entre una ley u otra, la realizará el juez siempre procurando el resguardo del interés superior del niño.

Art. 2637. — Reconocimiento. Una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado.

A los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República.

Normativa derogada. Si bien en el Código Civil derogado, no se prescribía una disposición expresa sobre el reconocimiento de las adopciones conferidas en el extranjero, lo cierto es que la solución de desprendía del art. 339 CC.

Un amplio sector de la doctrina argentina entendió que cuando se solicita el reconocimiento de una adopción conferida en el extranjero, se deben exigir las condiciones para el reconocimiento de una sentencia extranjera en sede judicial. Sin embargo además de los requisitos del artículo 517 y siguientes del CPCCN o de las normas similares de los códigos procesales de las provincias, cuando lo que se pretende es la homologación de una sentencia de adopción extranjera, es menester verificar que se hayan cumplido con todos y cada uno de los requisitos que prevé la ley del lugar del domicilio del adoptado al momento de ser otorgada la adopción.

Sin embargo, Najurieta ha señalado que las normas argentinas de fuente interna sobre adopción internacional no versan sobre el reconocimiento de una decisión extranjera, sino del reconocimiento de los efectos que una situación jurídica extranjera puede desplegar en el foro. Por ello, según la autora, el art. 339 CC permitiría sustituir el procedimiento tradicional de reconocimiento de sentencia extranjera (*exequatur*) por un control desde la óptica del ordenamiento jurídico del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción⁷⁰.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Los redactores manifestaron en el Anteproyecto que la propuesta del art. 2537 pone el acento en la inserción de adopciones constituidas en el extranjero -internacionales o simplemente extranjeras- en la República Argentina. Aclaran que no se trata del mero reconocimiento en Argentina de sentencias extranjeras de adopción, sino de una regla que ensancha las posibilidades que ofrecía el artículo 339 del Código Civil. Se favorece la coordinación de nuestro sistema jurídico con los sistemas extranjeros pues se toma como ordenamiento de referencia el del “domicilio del adoptado” al tiempo del otorgamiento de la adopción, que comprende no sólo

⁷⁰ NAJURIETA, María Susana, *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, Premio Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004, p. 356.

los emplazamientos constituidos en ese Estado sino también toda solución aceptada y con eficacia en ese Estado.

A su vez, la disposición establece que se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado.

Ahora bien, el art. 2637 admite que el reconocimiento extraterritorial de una adopción conferida en el extranjero está sometido en última instancia al control del orden público internacional, para lo cual se debe tener en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República.

Al respecto, la Defensoría General de la Nación, en oportunidad de expedirse sobre las adopciones internacionales en un dictamen de fecha 23 de febrero del 2010, expresó que la decisión de una o dos personas de adoptar niños en otro país es una decisión unipersonal y libre, que en tanto no viole leyes nacionales, no puede ser objeto de intromisión alguna por parte del Estado. En lo que concierne al reconocimiento de la sentencia extranjera de adopción, la Defensora considera que si se advirtiera que la sentencia no contempla los requisitos formales de admisibilidad, queda a cargo del juez competente la decisión que corresponde adoptar debiendo recordar la independencia y autonomía que tienen los integrantes del Poder judicial a la hora de emitir sus fallos, cualidades que caracterizan y dan vida al estado republicano y democrático. No sería prudente adelantar un criterio general único en las adopciones que merecen un análisis de cada caso en particular, pues cualquier decisión que se adopte debe contemplar el interés superior del niño.

Art. 2638. — Conversión. La adopción otorgada en el extranjero de conformidad con la ley del domicilio del adoptado puede ser transformada en adopción plena si:

- a) se reúnen los requisitos establecidos por el derecho argentino para la adopción plena;*
- b) prestan su consentimiento adoptante y adoptado. Si éste es persona menor de edad debe intervenir el Ministerio Público.*

En todos los casos, el juez debe apreciar la conveniencia de mantener el vínculo jurídico con la familia de origen.

Normativa derogada. El derogado artículo 340 CC disponía que la adopción concedida en el extranjero de conformidad a la ley de domicilio del adoptado podrá transformarse en el régimen de adopción plena en tanto se reúnan los requisitos establecidos en el derecho argentino, debiendo acreditar dicho vínculo y prestar su consentimiento adoptante y adoptado. Si este último fuese menor de edad deberá intervenir el Ministerio Público de Menores.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2638 reproduce en similares términos el artículo derogado en materia de conversión de una adopción simple otorgada en el extranjero y reconocida en el país, en adopción plena de acuerdo al derecho argentino, siempre que tanto adoptado como adoptante presten su consentimiento. En consecuencia, en tanto un juez argentino no puede otorgar adopciones internacionales, sí está facultado para decidir la conversión de una adopción internacional simple conferida en el extranjero en plena en los términos del derecho nacional vigente.

La nueva norma brinda una orientación dirigida al juez: debe apreciar la conveniencia de mantener el vínculo jurídico con la familia de origen.

Sección 7: RESPONSABILIDAD PARENTAL E INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN

Art. 2639. — Responsabilidad parental. Todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes.

Normativa derogada. Nuestro Código Civil no brindaba soluciones que determinaran el juez competente y la ley aplicable en materia de patria potestad.

En cambio, los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional contenían algunas disposiciones, que parte de la doctrina sugería aplicar analógicamente. El Tratado de 1889 disponía que la patria potestad en lo referente a los derechos y deberes personales, se rige por la ley del lugar en que se ejercita. A su turno, los derechos que la patria potestad confiere a los padres sobre los bienes de los hijos, así como su enajenación y demás actos que los afecten, se rigen por la ley del Estado en que dichos bienes se hallan situados (arts. 14 y 15).

En cambio, el Tratado de 1940 indica que la patria potestad, en lo referente a los derechos y a los deberes personales, se rige por la ley del domicilio de quien la ejercita. Por la misma ley se rigen los derechos y las obligaciones inherentes a la patria potestad respecto de los bienes de los hijos, así como su enajenación y los demás actos de que sean objeto, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de tales bienes (arts. 18 y 19).

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. La responsabilidad parental, o sea el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado (art. 638 CCC), se rige, en principio, por la ley de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. Sin embargo, excepcionalmente, y en la medida en que el interés superior del niño lo requiera, se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes.

Tal como podemos apreciar el art. 2639 se ocupa de la ley aplicable en la materia, pero ha omitido la determinación de la jurisdicción competente.

La reforma colma un vacío siguiendo las reglas del Convenio de La Haya relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (hecho el 19 de octubre de 1996, no ratificado a la fecha por la República Argentina). En efecto, el art. 15 del Convenio dispone que resulta aplicable la ley del lugar de residencia habitual (criterio que también determina la jurisdicción competente como regla general). No obstante, la norma convencional admite que en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho.

En relación a la laguna subsistente en materia de jurisdicción, bien puede colmarse por los principios que inspiran el mencionado convenio: 1) las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes, 2) en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual, salvo en los supuestos de desplazamiento o retención ilícitos del niño, 3) en el caso de los niños refugiados y de los niños cuya residencia habitual no pueda determinarse, son competentes las autoridades del Estado en cuyo territorio se encuentran, 4) excepcionalmente, puede resultar competente la autoridad de otro Estado si está en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, 5) en caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas

de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan.

Art. 2640. — Tutela e institutos similares. La tutela, curatela y demás instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida, se rigen por el derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate al momento de los hechos que den lugar a la determinación del tutor o curador.

Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño.

Normativa derogada. El Código Civil derogado brindaba algunas disposiciones referidas a la jurisdicción internacional. Así, el art. 400 establecía que el discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio, el día de su fallecimiento. En el caso de que los padres del menor tuvieran su domicilio fuera de la República el día de su fallecimiento, o lo tenían el día en que se trataba de constituir la tutela, el juez competente para el discernimiento de la tutela será, en el primer caso, el juez del lugar de la última residencia de los padres el día de su fallecimiento, y en el segundo caso, el del lugar de su residencia actual (art. 401). Respecto a los expósitos o menores abandonados, el juez competente para discernir la tutela será el del lugar en que ellos se encontraren (art. 403). A su turno, el art. 404 disponía que el juez a quien compete el discernimiento de la tutela, será el competente para dirigir todo lo que a ella pertenezca, aunque los bienes del menor estén fuera del lugar que abrace su jurisdicción. Por último, según el art. 405, la mudanza de domicilio o residencia del menor o de sus padres, en nada influirá en la competencia del juez que hubiese discernido la tutela, y al cual sólo corresponde la dirección de ella hasta que venga a cesar por parte del pupilo.

Ante la falta de normas sobre jurisdicción en las normas del Código Civil y Comercial, estas disposiciones, en la práctica, podrían cubrir la laguna.

Por otro lado, los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 (arts. 19 a 23 TM 1889, y 25 a 29, TM 1940). regulan la ley aplicable a la tutela. Sientan el principio según el

cual el discernimiento de la tutela y curatela se rige por la ley del lugar del domicilio de los incapaces.

El cargo de tutor o curador discernido en alguno de los Estados signatarios, será reconocido en todos los demás.

Por su parte, la tutela y curatela, en cuanto a los derechos y obligaciones que imponen, se rigen por la ley del lugar en que fue discernido el cargo (TM 1889) y por la ley del domicilio de los incapaces (TM 1940).

Las facultades de los tutores y curadores de los bienes que los incapaces tuvieran fuera del lugar de su domicilio, se ejercerán conforme a la ley del lugar en que dichos bienes se hallan situados (TM 1889) y por las leyes de dicho domicilio, en todo cuando no esté prohibido sobre materia de estricto carácter real, por la ley del lugar de la situación de los bienes (TM 1940).

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2640 puede ser dividido para su análisis en dos partes:

1. La primera determina la ley aplicable a la tutela, curatela y demás instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida, y las somete al derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate al momento de los hechos que den lugar a la determinación del tutor o curador.
2. Establece además que otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño. Es decir, que nuestros jueces no podrán invocar la llamada institución desconocida para negar efectos a instituciones distintas a la tutela o curatela pero que igualmente tengan por finalidad la protección de los menores incapaces, salvo que se encuentren afectados los derechos fundamentales del propio niño.

Por ejemplo, un juez argentino debería reconocer los efectos de un instituto como el acogimiento familiar, regulado entre otros por el derecho español. Se trata de una

medida de protección a la infancia mediante la cual se ofrece un entorno familiar adecuado a los menores que, por diversas circunstancias, no pueden vivir con su familia. Este acogimiento puede ser temporal, mientras se produce la reinserción en la familia de origen o para la adaptación previa a la convivencia con una familia adoptante, o bien permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo requieran.

La aplicación del art. 2640 también podría corresponder si se solicita el reconocimiento de la llamada kafala islámica. Es la máxima medida de protección de la que puede gozar un menor en esta cultura, y que substituye a la adopción del mundo occidental. Esta institución se define como aquella en virtud de la cual el kafil (titular de la kafala) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor (makful) de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo. No se trata sólo de mantener y cuidar a un menor, sino también de educarlo en la fe musulmana.

Art. 2641. — Medidas urgentes de protección. La autoridad competente debe aplicar su derecho interno para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio, sin perjuicio de la obligación de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada, excepto lo dispuesto en materia de protección internacional de refugiados.

Normativa derogada. No existía en las normas derogadas una disposición sobre las medidas urgentes de protección necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes. Sin embargo, el tercer párrafo del art. 162 tercer párrafo, en el ámbito de las relaciones conyugales indicaba que las medidas urgentes se rigen por el derecho del país del juez que entiende en la causa.

Por otro lado, el art. 24 del Tratado de Montevideo de 1889 dispone que las medidas urgentes que conciernen a las relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la

patria potestad y a la tutela y curatela, se rigen por la ley del lugar en que residen los cónyuges, padres de familia, tutores y curadores. En igual sentido, el art. 30 del Tratado de Montevideo de 1940.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2641, en consonancia con lo dispuesto por el art. 162 CC derogado dispone que la autoridad competente debe aplicar su derecho interno para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio. Están obligadas a poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada, excepto lo dispuesto en materia de protección internacional de refugiados.

Sección 8: RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS

Art. 2642. — Principios generales y cooperación. En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño.

El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.

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

Normativa derogada. El análisis del problema de los desplazamientos, retenciones o sustracción de menores es una cuestión que corresponde al Derecho Internacional Privado, que en efecto se ha ocupado de su regulación especialmente a través de convenciones internacionales que atienden a un objetivo fundamental, a su razón de ser: el rápido reintegro del menor a su centro de vida a fin de evitar mayores perjuicios a los ya causados por el desarraigo ilegítimo y abrupto de su medio familiar y social. Sin embargo, las normas de carácter interno no se han ocupado con anterioridad de brindar soluciones en esta delicada materia.

Cierto es que dada la índole eminentemente internacional de la institución, se requiere una solución del mismo tenor que se concreta a través de tratados celebrados por los Estados de la comunidad internacional.

De hecho, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, con jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75 inc. 22 CN), en el artículo 11 prevé que los Estados deben adoptar medidas para luchar contra

traslados y retenciones ilícitas de menores fuera del país de su residencia habitual, disponiendo a dichos efectos que los países promuevan acuerdos bilaterales o multilaterales o adhieran a los ya existentes. Dicho mandato fue cumplido en los diversos ámbitos.

A nivel universal, se encuentra vigente la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Por su parte, en el ámbito continental americano, el proceso de codificación llevado a cabo por la Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, bajo los auspicios de la OEA, dio origen a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, concluida en Montevideo, el 15 de julio de 1989 (CIDIP IV)⁷¹.

En términos generales, tanto la Convención de la Haya como la Interamericana regulan los aspectos civiles del traslado o retención ilícitos de los menores de 16 años: prevén una solicitud de restitución del menor y una solicitud para garantizar el efectivo derecho de visita, y contemplan la designación de una Autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el convenio⁷². Establecen prácticamente los mismos requisitos para la procedencia del reclamo así como sus excepciones. Las dos convenciones regulan un procedimiento autónomo que se deslinda en dos fases, una voluntaria, ante las autoridades centrales, y otra, contenciosa, ante las autoridades judiciales o administrativas competentes.

Asimismo, los Estados celebraron acuerdos bilaterales. Entre ellos, cabe mencionar el Convenio uruguayo-argentino sobre Protección Internacional de Menores, en vigor desde el 10 de diciembre de 1982.

⁷¹ Puede verse un detallado análisis de esta Convención en: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. "Ley 25.358. Convención interamericana sobre restitución internacional de menores", en BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON de NOLASCO, Elena (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, tomo 7A, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, agosto 2011, pp. 761-880. Puede ampliarse en: SCOTTI, Luciana (Directora y coautora), *Restitución internacional de menores. Aspectos procesales y prácticos*, Editorial BdeF, Buenos Aires – Montevideo, 2014.

⁷² La República Argentina designó al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (Dirección General de Asuntos Jurídicos) como Autoridad Central para ambos convenios.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Debemos dividir el análisis del contenido del artículo 2642, al menos, en dos grandes partes. En efecto, la disposición que estamos estudiando establece:

1. La aplicación de los Convenios vigentes en la República Argentina en materia de restitución internacional de menores, es decir, principalmente el Convenio de La Haya de 1980 y la CIDIP IV de 1989, siempre que el caso que se presente caiga en el ámbito de aplicación territorial y temporal de tales tratados. Hasta aquí, observamos simplemente una confirmación de la obligación que asumió internacionalmente la República Argentina al momento de ratificar ambos convenios.

2. La aplicación analógica de los principios contenidos en tales convenios en aquellos casos que queden fuera de su ámbito de validez. Es decir, en estos supuestos, los jueces argentinos deberán tener en cuenta principalmente los requisitos y excepciones previstas en los marcos convencionales así como el carácter autónomo y urgente de todo procedimiento de restitución internacional de menores. En todo caso, la decisión judicial estará guiada, en última instancia, por la protección del interés superior del niño.

Asimismo, la norma en análisis contempla medidas tendientes a la ejecución eficaz de una orden judicial de restitución, privilegiando el cumplimiento voluntario.

Por último, el artículo procura la cooperación de nuestros jueces ante pedidos de autoridades competentes extranjeras en miras a tomar medidas anticipadas protectorias ante el inminente ingreso al país de un niño, y eventualmente del adulto que lo acompaña, cuando corran algún tipo de riesgo o pudieran sufrir una amenaza en sus derechos.

Cabe señalar que en los fundamentos de la norma que analizamos, puede leerse que: “Respecto de la problemática de la restitución internacional de niños, se ha previsto extender los principios contenidos en las convenciones internacionales vigentes para la República Argentina a todos los supuestos que no entran en el ámbito de aplicación de tales tratados. Una de las premisas es regular explícitamente algunas conductas de cooperación que se han revelado eficaces para garantizar la seguridad de los niños en la etapa posterior a una orden judicial de restitución”.

Por otra parte, el artículo 2642 debe analizarse en sintonía con el artículo 2614 que especialmente indica que, sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio⁷³ en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente.

⁷³ Nótese que las convenciones en vigor no se refieren a “domicilio” sino a un criterio más moderno, como es el de la “residencia habitual” del niño, entendida como el lugar donde tiene su centro de vida.

Sección 9: SUCESIONES

Art. 2643. — Jurisdicción. Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte, los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos.

Normativa derogada. El Código Civil derogado en su art. 3284 establecía que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto.

A su turno, el art. 3285 indicaba que si el difunto no hubiere dejado más que un solo heredero, las acciones deben dirigirse ante el juez del domicilio de este heredero, después que hubiere aceptado la herencia.

Sin embargo, jurisprudencialmente, se ha extendido el foro del patrimonio al régimen sucesorio, de modo concurrente con los jueces del último domicilio del causante. En ese sentido, los Tratados de Montevideo disponen que los juicios a que dé lugar la sucesión por causa de muerte se seguirán ante los jueces de los lugares en donde se hallen situados los bienes hereditarios (arts, 66 TM 1889 y 63 TM 1940).

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2643 establece expresamente la jurisdicción concurrente de los jueces del lugar del último domicilio del causante (foro personal) y los del lugar de situación de los bienes inmuebles del difunto (foro del patrimonio), en este caso, solo respecto de los que se encuentren en el país.

Art. 2644. — Derecho aplicable. La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento.

Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino.

Normativa derogada. En materia sucesoria, cuando encontramos elementos extranjeros, se presentan dos posibles sistemas de regulación: el sistema de la unidad y el sistema del fraccionamiento o pluralidad.

Mientras que el sistema del fraccionamiento está identificado con el derecho germánico, el de la unidad con el derecho romano. En el sistema de la unidad, el punto de conexión utilizado es personal: el domicilio o la nacionalidad. En el de pluralidad, se sigue una conexión territorial, real: el lugar de situación de los bienes.

A su turno, entre estos dos sistemas extremos, surgen soluciones eclécticas, que distinguen entre el tipo de bienes: muebles e inmuebles. Los primeros quedan sujetos a la ley personal del causante y los inmuebles, al lugar de situación.

Los Tratados de Montevideo en líneas generales adoptan un sistema plural extremo. En tanto el Código Civil de Vélez Sarsfield contenía disposiciones encontradas que motivaron distintas interpretaciones en la doctrina y en la jurisprudencia nacional.

Por un lado, los artículos 3263, el 3279, el 3281, el 3283, el art. 3612 del Código Civil nos conducen a pensar que nuestro primer codificador adoptó el sistema de la unidad, siguiendo los postulados y fundamentos de Savigny: en la sucesión no se transmiten bienes individualmente considerados sino la “herencia”, el patrimonio, que constituye una universalidad, un todo ideal.

En virtud de ello, una sola ley debe regular la transmisión de ese patrimonio aunque las cosas y los derechos particulares que forman el contenido de aquél se encuentren dispersos en distintos países; pues el patrimonio del difunto es uno solo y representa un todo indivisible.

En efecto, el artículo 3283 disponía que “el derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros”.

De acuerdo a esta posición, el artículo 10 del Código Civil derogado solo se aplicaba a la transmisión de los “bienes inmuebles individualmente considerados”.

Sin embargo, una posición contraria sostuvo que la transmisión inter vivos o mortis causa de inmuebles situados en la Argentina se rigen por la *lex rei sitae*, mientras que solamente los bienes muebles quedan comprendidos en la regla general del artículo 3283 Código Civil.

Los partidarios de la pluralidad en su defensa invocan la nota del art. 3283, en donde Vélez sostiene que la sucesión inmobiliaria constituye una excepción al principio general de la universalidad de la ley local del domicilio dado "que su título debe ser siempre transferido en conformidad a las leyes de la República, art. 10 de este Código".

Además afirman que cuando el artículo 10 Código Civil alude a los "modos de transferir", comprende no solo los medios de transmisión, sino también la causa jurídica que la origina.

A favor de la pluralidad, también se ha recurrido al art. 3470 CC: "En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fuesen excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales"⁷⁴.

Como así también refuerza esta postura, la nota al art. 3598 brinda el siguiente caso ilustrativo: "Cuando en los cinco artículos anteriores hablamos de las porciones legítimas nos referimos a los bienes que existen en la República. Supóngase que una persona muere en Buenos Aires dejando cien mil pesos aquí y cien mil pesos en Francia. Los bienes que estén en la República se regirán por nuestras leyes, y los que estén en Francia por las de aquel país. Habrá, pues, tantas sucesiones cuantos sean los países en que hubiesen quedado bienes del difunto...".

A su turno, la jurisprudencia se orientó a favor de la aceptación de un sistema mixto, procurando la armonización entre los artículos 10 y 3283 del Código Civil. Es decir, se

⁷⁴ El art. 3470 CC trasladaba a nuestro ordenamiento nacional el *droit de prélèvement* (derecho de llevarse algo con preferencia) del derecho francés. Se trata de una expresión del principio de retorsión: si se disminuye la cuota sucesoria de un argentino o de una persona domiciliada en la Argentina, en un país extranjero, por esa calidad, será compensado en la Argentina con los bienes sucesorios sitos en el país.

llega a concluir que Vélez Sarsfield sometió todo el patrimonio del causante a la única ley: la de su último domicilio, salvo respecto a los inmuebles situados en el país, que los sometió al derecho argentino.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Tal como se desprende de los fundamentos del Anteproyecto, "el tratamiento del derecho de las 'Sucesiones' con elementos extranjeros ha respetado las líneas de la jurisprudencia mayoritaria de nuestro país, tanto en cuanto al juez competente como al derecho aplicable. Se aplica, pues, la ley del último domicilio del causante como regla general, con excepción del supuesto de bienes inmuebles situados en la República, a los que se aplica la ley argentina".

Así las cosas se adopta un sistema mixto, que diferencia entre bienes muebles del causante que quedan regulados por la ley del último domicilio del difunto, y los bienes inmuebles situados en la República que quedan sometidos al derecho local.

Art. 2645. — Forma. El testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales argentinas.

Normativa derogada. El antiguo art. 3638 CC indicaba que el testamento del que se hallare fuera de su país, sólo tendrá efecto en la República, si fuese hecho en las formas prescriptas por la ley del lugar en que reside, o según las formas que se observan en la Nación a que pertenezca, o según las que este código designa como formas legales. La disposición entonces brindaba varias conexiones alternativas, incluyendo la ley nacional del testador, único supuesto en el que Vélez Sarsfield admitía la nacionalidad como punto de conexión. Llamaba por su lado la atención que no hubiera indicado como una de las conexiones alternativas, el lugar de otorgamiento del testamento, aun cuando podía desprenderse su aplicación en virtud de los arts. 12 y 950 CC.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Se ha mantenido la regla que favorece la validez formal de los testamentos otorgados en el extranjero, incluyendo conexiones alternativas adicionales en tanto el art. 2645 dispone que el testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según 1) las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, 2) por la ley del domicilio, 3) de la residencia habitual, o 4) de la nacionalidad del testador al momento de testar o 5) por las formas legales argentinas, es decir por la *lex fori*.

Art. 2646. — Testamento consular. Es válido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino o por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios o un Cónsul y dos testigos domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento la autenticación de la legación o consulado.

El testamento otorgado en la forma prescripta en el párrafo precedente y que no lo haya sido ante un jefe de legación, debe llevar el visto bueno de éste, si existiese un jefe de legación, en el testamento abierto al pie de él y en el cerrado sobre la carátula. El testamento abierto debe ser siempre rubricado por el mismo jefe al principio y al fin de cada página, o por el Cónsul, si no hubiese legación. Si no existe un consulado ni una legación de la República, estas diligencias deben ser llenadas por un ministro o Cónsul de una nación amiga.

El jefe de legación y, a falta de éste, el Cónsul, debe remitir una copia del testamento abierto o de la carátula del cerrado, al ministro de Relaciones Exteriores de la República y éste, abonando la firma del jefe de la legación o del Cónsul en su caso, lo debe remitir al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio.

No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento debe ser remitido por el ministro de Relaciones Exteriores a un juez nacional de primera instancia para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe.

Normativa derogada. El art. 3636 disponía que es válido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino, o por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios,

o un cónsul, y dos testigos argentinos o extranjeros, domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento el sello de la legación o consulado. A su turno, el artículo siguiente establecía que el testamento otorgado en la forma prescripta en el artículo precedente, y que no lo haya sido ante un jefe de legación, llevará el visto bueno de éste, si existiese un jefe de legación, en el testamento abierto al pie de él, y en el cerrado sobre la carátula. El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe al principio y al fin de cada página, o por el cónsul si no hubiese legación. Si no existiese un consulado ni una legación de la República, estas diligencias serán llenadas por un ministro o cónsul de una nación amiga. El jefe de legación, y a falta de éste, el cónsul, remitirá una copia del testamento abierto o de la carátula del cerrado, al ministro de Relaciones Exteriores de la República, y éste, abonando la firma del jefe de la legación o del cónsul en su caso, lo remitirá al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio. No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento será remitido por el ministro de Relaciones Exteriores a un juez de primera instancia de la Capital para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El nuevo art. 2646 reconoce el llamado testamento consular en términos casi idénticos a los arts. 3636 y 3637 derogados.

Art. 2647. — Capacidad. La capacidad para otorgar testamento y revocarlo se rige por el derecho del domicilio del testador al tiempo de la realización del acto.

Normativa derogada. El art. 3611 derogado indicaba que la ley del actual domicilio del testador, al tiempo de hacer su testamento, es la que decide de su capacidad o incapacidad para testar. Y el art. 2613 complementaba la mencionada disposición estableciendo que para calificar la capacidad de testar, se atiende sólo al tiempo en

que se otorga el testamento, aunque se tenga o falte la capacidad al tiempo de la muerte.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. A modo de reconfirmar que la capacidad de la persona humana se rige por la ley de su domicilio, según reza el art. 2616, la capacidad para testar y para revocar el testamento se rige por la ley del domicilio del testador, indicando que se tomara esa conexión personal al tiempo de la realización del acto (otorgar o revocar testamento).

Art. 2648. — Herencia vacante. Si el derecho aplicable a la sucesión, en el caso de ausencia de herederos, no atribuye la sucesión al Estado del lugar de situación de los bienes, los bienes relictos ubicados en la Argentina, pasan a ser propiedad del Estado Argentino, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la provincia donde estén situados.

Normativa anterior. El art. 2342 inc. 3° declaraba que son bienes privados del Estado general o de las provincias los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones del Código Civil. Se trata de bienes de dominio privado del Estado porque éste los posee como persona jurídica y ejerce sobre ellos un verdadero derecho de propiedad, aunque destinado a servir mediata o inmediatamente a la sociedad.

Sin embargo, nuestro primer codificador no destinó ningún artículo en relación con las llamadas herencias vacantes y el Derecho Internacional Privado. Tampoco lo hizo la fuente convencional vigente en la República Argentina.

En cambio, el artículo 157 del Código de Bustamante (no ratificado por nuestro país) dispone que si no hay herederos y los bienes pasan al Estado como ente en quien se delega el ejercicio del poder soberano, se aplicará el derecho local.

En el caso "Luis de Ridder Limitada, S.A.C. s/ quiebra, incidente de exclusión de Knowles and Foster S.R.L."⁷⁵, la Corte Suprema de Justicia de la Nación abordó un caso en donde se discutía un problema atinente a las herencias vacantes. En esa oportunidad, sostuvo que a los efectos de dar respuesta a la cuestión litigiosa, se debe atender a la calificación previa del problema como referente a bienes vacantes o al derecho societario, decidiéndose por este último. Al calificar la cuestión de acuerdo a la *lex fori* como perteneciente al derecho societario, la Corte recurre al art. 118 de la ley de Sociedades que declara aplicable la ley del lugar de constitución de la sociedad, la que regula entre otros aspectos, el destino del remanente societario una vez extinguida la persona de existencia ideal. En el caso, se trata de la ley inglesa, la cual dispone que "cuando se disuelve una compañía todos los bienes y derechos de cualquier índole en posesión o mantenidos en fideicomiso por la compañía inmediatamente antes de su disolución se consideran vacantes y por lo tanto pertenecen a la Corona del Reino Unido de Gran Bretaña". Ésta entonces, tiene en calidad de sucesora singular de la sociedad acreedora extinguida el derecho a los dividendos reputados vacantes según la ley inglesa. Por otra parte la aplicación de la ley extranjera, según la Corte Suprema no vulnera el orden público internacional argentino ya que el espíritu de la legislación argentina se halla incólume, puesto que la autoridad escolar argentina no tiene derecho alguno pues no se ha dado el caso de

⁷⁵. Podemos resumir los hechos y los argumentos esgrimidos por las partes de la siguiente forma: 1) En 1973 se decreta la quiebra de la sociedad constituida en Argentina Luis de Ridder Limitada S.A.C.; 2) La sociedad constituida en Inglaterra Knowles and Foster Ltd., acreedora de aquélla, obtiene la verificación de su crédito contra la misma; 3) El apoderado de la acreedora recibe en 1988 los importes que le correspondían en la distribución del haber falencial; 4) En 1990, ante la falta de instrucciones de su representada sobre el destino de dichos fondos, el apoderado solicita al juez competente en la quiebra de Luis de Ridder Limitada S.A.C. que le dé las órdenes pertinentes a fin de evitar la desvalorización de los importes percibidos, como consecuencia del proceso de inflación en que se hallaba inmersa la República Argentina por entonces; 5) El síndico Jorge Hardenack, contesta tal presentación y sostiene que en el caso resulta aplicable el art. 221 de la ley de Concursos y Quiebras 19551, según el cual ante la inactividad de los acreedores a percibir los importes que les correspondan en la distribución, caduca a los cinco años de pleno derecho, destinándose aquéllos al patrimonio estatal, para el fomento de la educación común. En virtud de ello el síndico solicita la exclusión de la sociedad acreedora por vía de incidente e impugna la personería de su apoderado ya que Knowles & Foster Ltd. habría sido disuelta y posteriormente liquidada. Por ende el mandato se habría extinguido antes de la percepción del dividendo concursal; 6) El representante de la sociedad acreedora alega que bajo la ley de Inglaterra, lugar de constitución de la entidad, los bienes de una compañía disuelta pertenecen a la Corona Británica y ante las impugnaciones de su personería, obtiene la ratificación de todo lo actuado hasta el momento por parte del Procurador del Tesoro británico y le es otorgado un poder para representar a la Corona Inglesa a los efectos de percibir los dividendos que le correspondiera en la quiebra de Luis de Ridder Limitada como recipiendaria de los bienes de toda sociedad constituida y liquidada bajo la ley inglesa; 7) El síndico contesta que la legislación inglesa que atribuye los bienes emplazados en territorio argentino de una entidad constituida y liquidada en Inglaterra, a la Corona Británica es de mero privilegio, vulnerando el art. 14, inc. 3° CC. Solicita, en consecuencia la restitución a la masa falencial de los importes transferidos a la Corona. Publicado en JA 1995-I, 646

la inacción de los socios durante tres años para reclamar los importes que les correspondieren, según prescribe el art. 111 de la ley de Sociedades. Por último desecha el argumento esgrimido por el síndico con fundamento en el art. 3588 ya que en el caso se trata de un cesionario o sucesor a título singular de una persona de existencia ideal extinguida y no de un heredero universal. Dicha norma no es de aplicación pues no se trata de una herencia vacante en la cual el Estado argentino tendría preferencia frente a toda pretensión de un Estado extranjero, según surge de la interpretación de la nota al art. 3588.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Se ha incluido una regla especial para el caso de las herencias vacantes en el art. 2648 CCC. Tal como exponen los redactores del Anteproyecto, en el supuesto excepcional de ausencia de herederos en caso de sucesión regida por un derecho extranjero, se ha introducido una norma inspirada en la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado, que trata los derechos del Estado nacional o provincial del lugar de ubicación de los bienes relictos. Al efecto, la nueva regla indica que en el caso de que el derecho aplicable a la sucesión, en ausencia de herederos, no atribuya la sucesión al Estado del lugar de situación de los bienes, los bienes relictos ubicados en la Argentina, pasan a ser propiedad del Estado Argentino, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la provincia donde estén situados.

Sección 10: FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Art. 2649. — Formas y solemnidades. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado.

Cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada.

Si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica.

Normativa derogada. La forma de los actos jurídicos comprende todas las circunstancias y condiciones que los hacen visibles. En sentido estricto, se pueden diferenciar dos conceptos distintos: uno genérico, como traducción al mundo exterior de la voluntad del sujeto, y otro restringido, como formalidad exigida por la ley para ciertos actos. En el primer sentido es un elemento estructural del acto; en cambio, en la segunda acepción se torna formalidad, es decir, se exige una determinada manifestación de la voluntad para producir ciertos efectos⁷⁶.

En el Derecho Internacional Privado Argentino de fuente interna en materia de formas regía la célebre regla *locus regit actum*, según la cual las formas de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar de celebración. En efecto el artículo 12 del Código Civil expresaba: "Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado". En consonancia, el artículo 950 del mismo cuerpo legal disponía: "Respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y

⁷⁶ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Edición Actualizada, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 257 y ss.

usos del lugar en que los actos se realizaren". Y el artículo 1180: "La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos en que se han concluido".

Por su parte, el artículo 1181 regulaba esta materia en el caso de contratos entre ausentes o celebrados a distancia: "La forma de los contratos entre ausentes, si fueren hechos por instrumento particular firmado por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato".

A su turno, los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional, en su versión de 1889 también consagran la regla *locus regit actum* para los instrumentos públicos (artículo 39), no así para los privados, que se rigen por la ley del lugar de cumplimiento del contrato (artículo 32). El Tratado de 1940 en su artículo 36, en cambio, dispone que la ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan. Los medios de publicidad, por la ley de cada Estado.

Por su parte, cabe destacar que la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías consagra en su artículo 11 el principio de libertad de formas: "El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro tipo de forma". Si bien la Convención hace referencia expresamente al télex y al telegrama, y no a otras formas modernas de comunicación, no existirían fundamentos para excluirlas. En todo caso, cabe entender que en 1980, cuando fue concluida esta convención, no existían otros medios que en la actualidad son de uso cotidiano⁷⁷. Sin embargo, la República Argentina ha formulado una reserva permitida por el artículo 96 de la Convención, por la cual cuando alguna de las partes contratantes tenga su domicilio en la Argentina, la celebración, modificación y extinción del contrato deberá revestir la forma escrita. En consecuencia, aún cuando la Convención adopta una noción amplia de "escrito"⁷⁸, la reserva realizada por nuestro país es un obstáculo serio para la aplicación de este instrumento internacional

⁷⁷ Cfr. OYARZÁBAL, Mario, "La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional", en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 203, p. 6

⁷⁸ El artículo 13 de la Convención de Viena incluye expresamente al telegrama y al télex.

a las compraventas electrónicas. Es por ello, que se ha propuesto la necesidad de retirarla.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2649 establece como regla en materia de ley aplicable a la forma de los actos jurídicos el principio *locus regit actum*. En efecto, dispone que las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado.

Sin embargo, señala que cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada.

Por último, la disposición que analizamos contempla una regla en materia de forma de los contratos entre ausentes: si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica.

Tal como podemos apreciar, el art. 2649 distingue la calidad de una forma determinada, cuya obligación surge de la ley de fondo y la forma en sí del acto, sometida a la ley del lugar donde el acto se otorga, realiza o celebra. Y consagra el principio de equivalencia de las formas del Derecho Internacional Privado. La base del principio de equivalencia de formas es que se respeten los intereses de fondo que dicha exigencia de forma tenía por objeto garantizar. La equivalencia de formas es, en realidad, una auténtica equivalencia de funciones.

En tal sentido, la equivalencia de las funciones consiente que un documento público extranjero pueda ser equiparado a un documento público argentino si se verifican diversos requisitos que permiten garantizar dos extremos: en primer lugar, que el documento público extranjero es auténtico; y, en segundo lugar, que el documento

público extranjero cumple con las mismas garantías de control de legalidad que un documento público argentino⁷⁹.

⁷⁹ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, "Del cándido europeísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el registro de la propiedad de una escritura autorizada por notario alemán. Comentario a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012", en *Diario La Ley*, N° 7940, Sección Doctrina, 9 Oct. 2012. De la sentencia española comentada se desprende que: resulta evidente que el documento notarial alemán y el español son equivalentes en cuanto la función de fe pública ejercida por ambos es similar, sin que pueda resultar imprescindible la identidad de forma ya que por el principio "auctor regit actum" cada notario aplica su propia legislación y por tanto la estructura, menciones e identidades de la escritura nunca coincidirán exactamente, por lo que tal requerimiento dejaría sin efecto y sin valor alguno en España a la mayor parte de las escrituras públicas otorgadas en el extranjero.

Sección 11: CONTRATOS

Art. 2650. — Jurisdicción. No existiendo acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción de actor:

- a) los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos;*
- b) los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales;*
- c) los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que ésta haya participado en la negociación o celebración del contrato.*

Normativa derogada. En el Derecho Argentino de fuente interna encontrábamos los artículos 1215 y 1216 del Código Civil⁸⁰ que en materia contractual consagraban como foros alternativos los tribunales del domicilio de demandado o los del lugar de ejecución del contrato.

Por su parte, los Tratados de Montevideo establecen la jurisdicción de los tribunales del domicilio del demandado o del lugar de la ley que rige el fondo, es decir, en materia contractual, el tribunal del lugar de ejecución del contrato.

El Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia contractual⁸¹, en el marco del Mercosur, establece la jurisdicción de los tribunales del

⁸⁰ Art.1215 CC: En todos los contratos que deben tener su cumplimiento en la República, aunque el deudor no fuere domiciliado, o residiere en ella, puede, sin embargo, ser demandado ante los jueces del Estado.

Art.1216 CC: Si el deudor tuviere su domicilio o residencia en la República, y el contrato debiese cumplirse fuera de ella, el acreedor podrá demandarlo ante los jueces de su domicilio, o ante los del lugar del cumplimiento del contrato, aunque el deudor no se hallase allí.

⁸¹ El ámbito de aplicación del Protocolo de Buenos Aires está definido en el artículo 1º: “El presente Protocolo se aplicará a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares - personas físicas o jurídicas: a) con domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del Tratado de Asunción; b) cuando por lo menos una de las partes del contrato tenga su domicilio o sede social en un Estado Parte del Tratado de Asunción y

Estado del lugar de ejecución del contrato, o del tribunal del Estado del domicilio del demandado o bien el tribunal del Estado de domicilio del actor, si éste prueba que cumplió con la obligación a su cargo⁸².

Según lo dicho, el actor tiene varias posibilidades, a su elección. Una de ellas, la de iniciar la acción ante cualquier lugar de cumplimiento. Esa es la interpretación amplia del contacto “lugar de cumplimiento”, que ha acogido nuestra jurisprudencia y ha seguido nuestra doctrina mayoritaria.

Así fue establecido en el caso “Antonio Espósito e Hijos S.R.L. v. Jocqueviel de Vieu”, en el cual la Cámara Comercial sostuvo que la calificación de “lugar de cumplimiento” es distinta según se trate de determinar el juez competente o la ley aplicable. A los fines del art. 1215 del Código Civil, para establecer la jurisdicción en materia de contratos internacionales, cualquier lugar de cumplimiento y no necesariamente el de la prestación más característica, sirve para abrir la jurisdicción⁸³.

Asimismo, en el caso “Exportadora Buenos Aires S.A. c/ Holiday Inn’s Worldwide Inc.”, la Corte Suprema resolvió que “en ausencia de tratado, la cuestión de competencia debe dirimirse sobre la base de normas de jurisdicción internacional en materia contractual, a saber los artículos 1215 y 1216 del Código Civil que abren la jurisdicción de los jueces argentinos cuando el domicilio o residencia del deudor estuviere en la República Argentina, o, concurrentemente, cuando el contrato de que se trate deba tener su cumplimiento en ella” y advirtió que “en ausencia de solución convencional específica, cualquier lugar de cumplimiento de las obligaciones en la República justifica la apertura de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos (conf. art. 1215 Cód. Civil)”⁸⁴.

Por ende, cualquier lugar de ejecución o cumplimiento en la República Argentina, abre la jurisdicción de nuestros tribunales, no sólo el expresamente convenido en el

además se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de este Protocolo”. A su turno, el artículo 2º excluye de su ámbito de aplicación ciertas materias: 1. Los negocios jurídicos entre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos análogos, especialmente los concordatos; 2. Los acuerdos en el ámbito del derecho de familia y sucesorio; 3. Los contratos de seguridad social; 4. Los contratos administrativos; 5. Los contratos laborales; 6. Los contratos de venta al consumidor; 7. Los contratos de transporte; 8. Los contratos de seguros; 9. Los derechos reales.”

⁸² El artículo 7 del Protocolo de Buenos Aires dispone: “En ausencia de acuerdo tienen jurisdicción a elección del actor: a) Los jueces del lugar de cumplimiento del contrato; b) Los jueces del domicilio del demandado; c) Los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación”. Los artículos 8 y 9, respectivamente, califican lugar de cumplimiento del contrato y domicilio del demandado.

⁸³ CNCom. Sala E, 10 de octubre de 1985, en LL 1986 – D, 46.

⁸⁴ CSJN, 20/10/1998, en Fallos 321-3-2894/2904 y en La Ley 2000-A, 403.

contrato, o el de la prestación más característica, sino también, el lugar donde el deudor debió cumplir y no cumplió, e incluso, donde el acreedor debió cumplir y cumplió.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2650 establece siguiendo los criterios de las normas derogadas y de acuerdo a la interpretación mayoritaria los criterios atributivos de jurisdicción en materia contractual, en defecto de acuerdo válido de elección de foro.

En efecto, en ausencia de ejercicio de la autonomía de la voluntad de la que gozan los contratantes para elegir juez competente o someter su controversia a arbitraje, resultarán competentes, a opción de actor:

1. los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos. El juez del domicilio del demandado es el foro competente en general en todos los conflictos derivados de relaciones personales, con fundamento en que nadie puede agraviarse por ser demandado ante los tribunales de su propio país. Si en la negociación o celebración del contrato ha participado una agencia, sucursal o representación del demandado, serán competentes los jueces del lugar donde aquella se ubica.
2. los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales. La disposición que analizamos entonces recoge la jurisprudencia imperante. En cambio, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, incluía como criterio subsidiario el lugar de cumplimiento de la obligación reclamada (art. 24, inc. b), siguiendo la postura de Goldschmidt⁸⁵, y limitando así el criterio

⁸⁵ Goldschmidt diferenciando el criterio del lugar de cumplimiento en materia de ley aplicable y de juez competente, sostiene: "En tren de buscar el derecho aplicable, ciencia y práctica buscan la unificación. Se rechaza el despedazamiento del contrato, aplicando por ejemplo a su validez un derecho y a sus efectos, otro (*grande coupure*) o a una parte un Derecho y a la otra, otro (*petite coupure*). Se antepone la prestación característica —en la compraventa la transferencia de la propiedad de la cosa vendida— y aplica el derecho del lugar donde ella ha de ser realizada a todo el contrato, inclusive a la prestación común (Schnitzer)..." En cambio, en materia de jurisdicción "imperla la pluralidad a fin de vehicular el derecho constitucional de la jurisdicción. No obstante, comprador y vendedor no tienen tres sino dos elecciones: entre el domicilio del demandado y el país en el cual el accionado debe cumplir; al contrario, ninguno de ambos puede deducir la demanda en el país en donde él mismo debe cumplir o inclusive cumplió. Ello es así, porque, por una vertiente, el legislador elige el país del cumplimiento porque supone que en este país

jurisprudencial amplio reconocido por nuestra Corte Suprema. Uno de los antecedentes más relevantes que opta por el mismo criterio es el Reglamento (CE) N° 44/2001 del 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia contractual, según el cual las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro “en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiese ser cumplida la obligación que sirviese de base a la demanda” (art. 5.1 a).

En suma, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación reconoce la interpretación amplia de nuestra jurisprudencia sobre el alcance de lugar de cumplimiento del contrato, para la determinación de la jurisdicción internacional⁸⁶.

Art. 2651. — Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.

El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:

- a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros;*
- b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario;*
- c) las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido;*
- d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las*

será fácil para el actor victorioso ejecutar la sentencia, y por otra vertiente, porque resultaría excesivamente gravoso para el demandado tener que litigar en un país al que no lo liga ninguna circunstancia.” Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, “Jurisdicción internacional en contratos internacionales”, Comentario al fallo “Espósito e hijos S.R.L., Antonio c. Jocqueviel de Vieu”, CNCom, Sala E (10/10/1985), publicado en *La Ley* 1986-D, 46.

⁸⁶ El criterio adoptado por el art. 2650 es el defendido por Antonio Boggiano, quien entiende que cualquier lugar de cumplimiento abre la jurisdicción, aun cuando se trate del lugar de ejecución de la prestación que el propio actor debió cumplir, e incluso si ya cumplió con ella, en idéntica línea a la jurisprudencia nacional imperante. Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 132 y ss.

costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato;

e) los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso;

f) los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno;

g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país.

Este artículo no se aplica a los contratos de consumo.

Normativa derogada. El Código Civil no contenía ninguna norma expresamente consagrada a la autonomía de la voluntad en el orden internacional. Quienes defendieron su aplicación en el ámbito internacional se fundaron en el art. 1197 de ese cuerpo legal. En cambio, quienes negaron esta posibilidad se basaron en los Tratados de Montevideo, en especial en la versión de 1940. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales reconocían este principio con ciertos límites.

En este sentido, Goldschmidt entiende que hay una práctica contractual en Argentina favorable a la autonomía de las partes como punto de conexión⁸⁷, recepcionada en convenios celebrados por la Nación y reconocida por la jurisprudencia. Por su parte, Boggiano fundamenta la autonomía conflictual en normas positivas, admitiendo dos alcances: a) con posibilidad de elección restringida a los lugares de real cumplimiento del contrato, con fundamento en los arts. 1209, 1210 y 1212 del Código Civil, y b) con criterio amplio de elección, aun cuando el derecho elegido no coincida con el lugar de ejecución del contrato, en base a la facultad de prorrogar la jurisdicción en jueces o árbitros que actúen en el extranjero que establece el art. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Dado que para este autor, “la elección de un tribunal implica una elección tácita, pero inequívoca del D.I.Pr. del tribunal elegido, y pudiendo ser elegido el DIPr – que es lo más-, se puede elegir el derecho privado aplicable, que es lo menos”⁸⁸.

⁸⁷ Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. Basado en Teoría Trialista del Mundo Jurídico. 7ª edición. Ed Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 198.

⁸⁸ Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado...* op cit, pp. 678 – 679.

Ahora bien, la autonomía de la voluntad, aún para quienes la aceptan sin reparos, reconoce límites. El Código Civil contemplaba algunas de estas limitaciones. Así si las partes hubiesen querido evadir fraudulentamente ese derecho mediante la autonomía de la voluntad, el contrato no tendrá eficacia en la República (arts. 1207 y 1208, Cód. Civil).

Asimismo, una ley extranjera elegida por las partes o la que resulte naturalmente aplicable en virtud de normas de Derecho Internacional Privado puede vulnerar los principios esenciales del derecho del foro, y por lo tanto será desplazada (art. 1206 CC).

Respecto a la fuente convencional, mientras que el Tratado de 1889 no se pronuncia expresamente sobre la facultad de las partes de elegir la ley aplicable, en su versión de 1940, rechaza el principio (Protocolo Adicional de 1940, artículo 5)⁸⁹.

Sin embargo, para un sector de la doctrina, si un contrato, por ejemplo es celebrado en Montevideo, y la prestación tiene lugar de cumplimiento en Buenos Aires, resultando aplicable el derecho argentino, por vía de la doctrina del reenvío, sería admisible el acuerdo de partes en tanto nuestro país acoge el principio de autonomía de la voluntad⁹⁰.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2651 reconoce con amplitud la autonomía de la voluntad contractual en consonancia con los lineamientos aceptados por la doctrina y jurisprudencia dominantes. El efecto, sienta un principio general: los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a: su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. Al delimitar las cuestiones que serán regidas por el derecho elegido, se advierte que otros aspectos se someterán a sus correspondientes leyes. Por ejemplo, la capacidad de los contratantes se rige por la ley de sus respectivos domicilios (art. 2616 CCC) y la forma por lo dispuesto en el art. 2649 CCC.

⁸⁹ Resulta muy ilustrativo el debate suscitado en torno a la aceptación o rechazo de la autonomía de la voluntad, que consta en las Actas de ambos Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado de Montevideo.

⁹⁰ Cfr. GOLDSCHMITD, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia...* op cit, p. 392.

Entendemos que, aunque la norma no lo explicita, su aplicación se limita a los contratos que presentan elementos extranjeros objetivamente relevantes (internacionalidad objetiva).

Por otro lado, la disposición analizada admite la elección expresa del derecho aplicable, pero también puede resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

El art. 2651 admite expresamente la autonomía de la voluntad conflictual y material. En efecto, la doctrina ha distinguido dos especies o tipos de la llamada autonomía de la voluntad. Por un lado, las partes pueden elegir el derecho aplicable al contrato (autonomía conflictual de las partes). Pero las partes pueden asimismo convenir normas, reglas, para que rijan el contrato (autonomía material de las partes). En este punto, se han diferenciado dos situaciones: “sea que las partes desconecten el contrato del imperio de cualquiera de los derechos positivos del mundo (autonomía universal de las partes o autonomía material de primer grado), sea que las partes combinen normas civiles y comerciales establecidas o admitidas por cualesquiera de los derechos que ellas podrían haber elegido (autonomía material de segundo grado). La autonomía material de segundo grado se basa en la facultad de las partes de declarar aplicables a su contrato fragmentos de los diversos derechos elegibles, por ejemplo a la validez el Derecho del lugar de la celebración, a la ejecución el Derecho del lugar de cumplimiento, etc. En este supuesto, las partes no están obligadas por el Derecho coactivo de cualquiera de los derechos elegibles, porque podrían haber elegido otro que no conociera estas normas coactivas. Pero tampoco las partes se pueden liberar de todas las normas coactivas; ellas están supeditadas al Derecho coactivo común de los derechos elegibles por no poder escapar a éste por ningún acto de elección permitido”⁹¹.

Por otro lado, según la tesis de Boggiano, mientras que en la autonomía de la voluntad conflictual las partes no pueden desplazar las normas coactivas del derecho privado elegido, haciendo, en cambio, uso de la autonomía de la voluntad material, las partes “además de poder elegir el derecho aplicable al contrato, pueden también excluir del derecho privado elegido las normas coactivas vigentes en él. Tal exclusión sólo puede operarse mediante la incorporación al contrato de normas materiales contrarias a las

⁹¹ Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, “Transporte internacional”, en *La Ley* 1980-B, 375.

normas coactivas del derecho privado rector del negocio"⁹². Es decir, siguiendo la tesis del autor, "las normas coactivas de los sistemas de derecho privado son dispositivas en los contratos internacionales. Todas las normas del derecho privado contractual son dispositivas para el DIPr. Esto significa que las partes, en los contratos multinacionales, no están imperativamente sujetas a ninguna norma coactiva de ningún derecho privado del mundo. Es éste un punto que debe aparecer claro. Las prohibiciones o mandatos imperativos dispuestos por los derechos privados para casos nacionales no obligan a las partes en sus negocios internacionales"⁹³.

El art. 2651 CCC reconoce la autonomía material en los términos de la tesis sustentada por Boggiano: "las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido".

Asimismo, encontramos algunas reglas y ciertos límites a los que está sujeto el ejercicio de la autonomía contractual:

1. La elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato. Es decir, se permite el llamado *depeçage*.
2. En cualquier momento, las partes pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones del Código. Pero la norma impone un límite claro: esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros.
3. Se rechaza el reenvío. Efectivamente, elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario. En igual sentido, se expide el art. 2596 segundo párrafo.
4. La elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país.
5. Los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato.

⁹² Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado... op cit*, p. 682.

⁹³ Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado... op. cit.*, pp. 687 - 688

6. La autonomía de la voluntad es limitada:

- a) por los principios de orden público (art. 2600);
- b) por las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino, cualquiera sea la ley que rija el contrato (art. 2599, primer párrafo);
- c) por, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso (art. 2599, segundo párrafo);
- d) por el fraude a la ley: los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno (art. 2598);
- e) en los contratos de consumo, en los cuales no se admite la elección del derecho aplicable. La ley aplicable a estos contratos se rige por lo dispuesto en el art. 2655.

Art. 2652. — Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes. En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento.

Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.

La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

Normativa derogada. En ausencia de elección de la ley aplicable a los contratos internacionales, debemos remitirnos a lo dispuesto por el Código Civil en los artículos 1205, 1209 y 1210, normas generales para todo tipo de contrato internacional, sin atender a las particularidades de algunos contratos específicos.

El artículo 1205 establecía: "Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados". A su turno, el artículo 1209 disponía: "Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que

deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros". Finalmente, el artículo 1210 expresaba: "Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros".

Como se puede observar, existe una aparente contradicción entre el artículo 1205, que somete los contratos a la ley del lugar de celebración, mientras que los artículos 1209 y 1210, los sujetan a la ley del lugar de ejecución. Es por ello que la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado a fin de dilucidar tal contradicción. En este sentido, mayoritariamente, se interpretó lo siguiente: si el contrato tiene *ab initio* algún contacto con la República Argentina, rigen los artículos 1209 y 1210, y se aplica la ley del lugar de cumplimiento. En cambio, si el contrato no tiene vinculación con nuestro país, la ley aplicable será la del lugar de celebración del contrato, conforme al artículo 1205 del Código Civil.⁹⁴ Es decir, debemos distinguir entre contratos con y sin contacto con el derecho argentino. Tendrán tal contacto si fueron celebrados o tienen lugar de cumplimiento en nuestro país. Por ende, si el contrato tiene un contacto argentino, rige la tesis de Savigny: se somete a la ley del lugar de cumplimiento. En cambio, si no presenta dicho contacto, se regirá por la ley del lugar de celebración, tesis célebre de Story.

Tal como advierte Golsdchmidt es falso creer que todos los contratos con contacto argentino, se rigen por el derecho argentino, y los que no lo poseen por el derecho extranjero, ya que los primeros se regirán por la ley del lugar de cumplimiento, sea éste local, o extranjero⁹⁵.

En suma, "cuando la celebración del contrato o su ejecución se relacione, aunque sea parcialmente, con el territorio argentino, ya no cabe aplicar la norma del conflicto del art. 1205 del Código Civil – cuyo punto de conexión es el lugar de celebración, sino la

⁹⁴ Cfr. FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 36.

⁹⁵ Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia... op cit*, p. 394.

que establecen los arts. 1209 y 1210 cuyo punto de conexión es el lugar de cumplimiento”⁹⁶.

En los artículos 1212 y 1213, el Código Civil aportaba calificaciones autárquicas flexibles del punto de conexión “lugar de cumplimiento”, aun cuando en el caso de los contratos sinalagmáticos, queda abierto el interrogante dado que existen por lo menos dos lugares de cumplimiento. Para estos casos, un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia locales, recurrió a la teoría de la prestación más característica.

En este punto, cabe recordar que esta tesis resulta aplicable en materia de ley aplicable, a fin de evitar que existan múltiples derechos aplicables⁹⁷.

A su vez, nuestro Código Civil se ocupaba de los contratos entre ausentes en el artículo 1214: "Si el contrato fuere hecho entre ausentes por instrumento privado, firmado en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, sus efectos, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, serán juzgados respecto a cada una de las partes, por las leyes de su domicilio". Para estos casos, el codificador optó por un punto de conexión acumulativo en cuanto a la validez del contrato, en cambio los efectos, las prestaciones, las obligaciones de las partes se rigen por la ley del respectivo domicilio⁹⁸.

Respecto a la fuente convencional, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 someten los contratos a la ley del lugar de cumplimiento, siguiendo la doctrina clásica de Savigny (artículo 32 del Tratado de 1889 y artículo 37 del Tratado de 1940). El Tratado de 1940 prevé un punto de conexión subsidiario: el lugar de celebración del contrato (art. 40).

Los contratos entre ausentes se rigen por la ley del lugar de ejecución. Mas, el artículo 37 del Tratado de 1889 dispone que: “La perfección de los contratos celebrados por

⁹⁶ Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Derecho de las Relaciones...* op. cit., p. 700.

⁹⁷ Con el fin de evitar el fraccionamiento que implica la aplicación de leyes diferentes para las prestaciones recíprocas originadas en un mismo contrato, la jurisprudencia inglesa recepcionó la teoría de Schnitzer (Suiza, 1945) sobre la prestación característica. Aquí se marca una diferencia entre el derecho anglosajón y el derecho continental: mientras los tribunales ingleses aplican la ley del lugar de cumplimiento de la prestación característica, el Tribunal federal suizo adoptó desde 1966 la fórmula "domicilio del deudor obligado a cumplir la prestación característica" como punto de conexión. Cfr. NAJURIETA, María Susana, "Apogeo y revisión de la autonomía en contratos internacionales", en *La Ley* 1986-A, 1006.

⁹⁸ Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia...* op cit, p. 395.

correspondencia o mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta.” Y según el artículo 42 de la versión de 1940, “La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o por mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada.” De este modo surge con claridad, que la ley aplicable al contrato es la ley del lugar de ejecución para todos los contratos, aunque el perfeccionamiento de los contratos celebrados entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta (versión 1889), o por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada (versión 1940).

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2652 determina el derecho aplicable en defecto de elección por las partes. Establece al respecto las siguientes reglas:

1. El contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Es decir, se mantiene en primer lugar la conexión rígida que establecían los arts. 1209 y 1210 CC derogados y que disponen los Tratados de Montevideo.
2. Si el lugar de cumplimiento no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se califica como el lugar del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. Dadas las dificultades que se han presentado en la doctrina y en la aplicación práctica para obtener una calificación de lugar de cumplimiento, cuando las partes no lo han indicado, se lo identifica como el lugar donde el prestador más característico tiene su domicilio actual. De esta manera, es receptada la teoría de la prestación más característica tal como había sido aceptada mayoritariamente por la jurisprudencia argentina.
3. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración. En supuestos en donde no es posible identificar una prestación más característica que otra en el contrato, se regirá por el lugar de su celebración. Aquí se recepta el criterio subsidiario adoptado por el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940.
4. La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada. A los fines de determinar el perfeccionamiento de los

contratos entre ausentes, se recurre a la regla incorporada en la misma materia por el Tratado de 1940.

Art. 2653. — Cláusula de excepción. Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos.

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

Normativa derogada. No existía una disposición de este tenor en el Código Civil derogado. Tampoco encontramos norma similar en la fuente convencional vigente en la República Argentina.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2653 flexibiliza los criterios adoptados en el artículo anterior para determinar el derecho aplicable en ausencia de elección de las partes, dado que habilita al juez a aplicar otro derecho con el cual el contrato presente vínculos más estrechos. Para ello, el juez debe tener en cuenta que:

1. Es una facultad excepcional,
2. Opera a pedido de parte interesada,
3. Debe considerar todos los elementos objetivos y subjetivos del contrato que lo conduzcan a aplicar un derecho distinto al del lugar de su cumplimiento, definido en los términos del art. 2652 o en su defecto, al del lugar de celebración, por entender que se encuentra más vinculado con la relación jurídica.

En definitiva, el art. 2653 es una aplicación específica en materia contractual de la regla general contenida en el art. 2597 CCC.

Esta suerte de válvula de escape nos recuerda al art. 4 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Esta norma comunitaria, cataloga una serie de contratos conocidos (contratos de compraventa, prestación de servicios, franquicia o distribución), y los somete a una determinada ley aplicable en defecto de elección. En caso de que el contrato no pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. No obstante, si el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del que sugieren dichas normas, se regirá por la ley de dicho país. Se seguirá este mismo principio cuando no se pueda determinar la ley aplicable.

Sección 12: CONTRATOS DE CONSUMO

Art. 2654. — Jurisdicción. Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor.

En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro.

Normativa derogada. Si bien la legislación argentina se ha ocupado desde distintas perspectivas de los contratos de consumo y de la defensa de los derechos de los consumidores, ni las normas de derecho internacional privado de fuente interna ni las normas convencionales se habían ocupado de brindar soluciones especiales para determinar la jurisdicción competente, atendiendo a las especiales circunstancias que rodean a aquéllos.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2654 veda a las partes de un contrato de consumo la posibilidad de celebrar un acuerdo de elección de foro y en consecuencia determina para distintos supuestos, los criterios atributivos de jurisdicción internacional.

El artículo 2654 dispone que las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor ante los siguientes foros concurrentes: 1) los jueces del lugar de celebración del contrato, 2) los del lugar del cumplimiento de la prestación del servicio, 3) los de lugar de la entrega de bienes, 4) los del lugar del cumplimiento de la obligación de garantía, 5) los del domicilio del demandado o 6) los del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

En consonancia con lo dispuesto en el art. 2650 inciso c) también son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

En el caso que la demanda sea entablada contra el consumidor, la otra parte contratante sólo puede interponerla ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor.

Tal como podemos observar la disposición que comentamos sigue con algunas modificaciones las tendencias imperantes. En efecto, el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (Decisión CMC Nº 10/96 del 22 de diciembre de 1996), no vigente⁹⁹, contiene una regla general en materia de jurisdicción, indicando en el art. 4 que "tendrán jurisdicción internacional en las demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo los jueces o tribunales del Estado en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor". A su turno, el proveedor de bienes o servicios podrá demandar al consumidor ante el juez o tribunal del domicilio de éste. El art. 5 brinda otras opciones excepcionales, a disposición exclusiva del consumidor, manifestada expresamente en el momento de entablar la demanda, el Estado: a) los jueces del lugar de celebración del contrato; b)

⁹⁹ Hasta la fecha el Protocolo de Santa María no ha podido entrar en vigor ya que su propio artículo 18 dispone expresamente que "La tramitación de la aprobación del presente Protocolo en el ámbito de cada uno de los Estados Partes, con las adecuaciones que fueren necesarias, sólo podrá iniciarse después de la aprobación del "Reglamento Común Mercosur para la Defensa del Consumidor" en su totalidad, incluidos sus anexos, si los tuviere, por el Consejo del Mercado Común." Es decir que autoexcluye su aplicación y la supedita a la aprobación de un Código de Defensa del Consumidor, que aún no ha sido aprobado.

los jueces del lugar de cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes; o c) los jueces del lugar del domicilio del demandado.

Finalmente, a tenor del artículo 6, si el demandado tuviere domicilio en un Estado Parte y en otro Estado Parte filial, sucursal, agencia o cualquier otra especie de representación con la cual realizó las operaciones que generaron el conflicto, el actor podrá demandar en cualquiera de dichos Estados.

Por otro lado, el Reglamento (CE) N° 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil prevé un régimen específico para los contratos de consumo que se incluyen en la Sección cuarta del Capítulo segundo, estableciendo un conjunto de disposiciones especiales sobre la competencia relativa a los contratos celebrados por los consumidores encaminadas a brindar una protección especial a la “parte débil” de la relación jurídica, siempre que los consumidores se encuentren en una situación de inferioridad frente a la otra parte, o si se está ante una típica situación de asimetría contractual.

En efecto, el consumidor sólo goza de protección si el profesional ejerce actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro en cuyo territorio tenga domicilio el consumidor (criterio *Doing Business* o *Mercado natural del empresario*) o, alternativamente, por cualquier medio, dirige estas actividades hacia dicho Estado miembro (criterio *Stream-of-Commerce* o *Mercado de conquista*)¹⁰⁰. Una demanda interpuesta por un consumidor puede serlo ante el tribunal del Estado miembro en el territorio donde se encuentra el demandado o ante el tribunal del Estado miembro donde el consumidor tenga su domicilio. En caso de que un profesional promoviera una acción contra un consumidor, ésta sólo podría hacerse ante los tribunales de los Estados miembros en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor.

Si bien las normas se mantienen muy semejantes a las contenidas en el Convenio de Bruselas, el ámbito de aplicación ha sido modificado significativamente. No es más necesario haber realizado todos los actos tendientes a la contratación desde su domicilio, sino que será suficiente que el cocontratante haya desarrollado su actividad

¹⁰⁰ Sobre el art. 15.1.c), la doctrina sostiene que es una “norma de transacción”, que trata de proteger y de impulsar el e-commerce Business – to – Consumer. Ver CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001, párr. 102.

en el Estado donde reside el consumidor, o la haya dirigido hacia allí, siempre que el contrato celebrado se encuentre dentro del marco de dicha actividad¹⁰¹.

En cambio, cuando es el consumidor quien se desplaza al país donde opera normalmente el empresario (consumidor activo), no se aplica la protección del artículo 15. El consumidor, entonces, no podrá demandar en el país de su domicilio, ya que el empresario no penetró en su mercado.

En lo que concierne a los acuerdos de elección de foro en los contratos de consumo, el Reglamento prevé que sólo serán válidos si son celebrados con posterioridad al nacimiento de la disputa, o sin tan sólo aumentan los tribunales ante los cuales puede demandar el consumidor a su contraparte, o cuando atribuyan competencia a los jueces del Estado miembro en el cual estuvieren domiciliadas o residan con habitualidad ambas partes al momento de celebrar el contrato, siempre que la ley de ese país no los prohíba.

De modo, que tal como surge del análisis realizado, los artículos 15, 16 y 17 del Reglamento, establecen la concurrencia de una serie, una conjunción de elementos subjetivos y objetivos para que el consumidor se pueda beneficiar de la protección en materia de competencia judicial internacional.

En cambio, podemos observar que, sorprendentemente, el art. 2654 CCC no habilita al consumidor a demandar a su contraparte ante los jueces del lugar de su residencia habitual o domicilio, como contempla la regla general del Protocolo de Santa María ni siquiera bajo las condiciones que exige el Reglamento 44/2001 de la UE (en el caso del llamado "consumidor pasivo").

Art. 2655. — Derecho aplicable. Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos:

¹⁰¹ La eliminación en el artículo 15 del Reglamento del requisito exigido en el artículo 13 del Convenio de Bruselas relativo a que el consumidor hubiere realizado en el Estado de su domicilio los actos necesarios para la celebración del contrato, está vinculada a la dificultad para localizar esos actos en la contratación electrónica. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 443.

- a) *si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato;*
- b) *si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor;*
- c) *si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido;*
- d) *si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.*

En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración.

Normativa derogada. Corresponde las mismas consideraciones que realizamos en oportunidad de analizar el art. 2654.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2655, a diferencia del artículo anterior en materia de jurisdicción, diferencia entre "consumidor pasivo" y "consumidor activo", a los fines de determinar la ley aplicable.

En tal sentido, sigue en líneas generales, las reglas del Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I, que sustituye al Convenio de Roma de 1980).

El artículo 6 del Reglamento dispone que "el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional ("el consumidor") con otra persona ("el profesional") que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades".

El ámbito material del precepto se extiende a cualquier contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, para lo cual se califica al consumidor pasivo en consonancia con el artículo 15 del Reglamento de Bruselas. Y eliminó la exigencia de que el consumidor hubiere realizado en el Estado de su domicilio o residencia habitual los actos necesarios para la celebración del contrato, de difícil individualización en el comercio electrónico.

Este cambio se fundamenta en la evolución de las técnicas de comercialización a distancia y en la exigencia de coherencia con el Reglamento (CE) N° 44/2001 (considerando 24).

Entonces, el art. 2655 diferencia dos supuestos. Si se dan una de las siguientes condiciones, los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor: a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato (se ha mantenido esta exigencia, eliminada por el Reglamento de la UE, por ende no se adecúa razonablemente a la contratación a distancia celebrada a través de medios electrónicos); b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor; c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; o d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

Si no se dan esas condiciones, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento (consumidor activo). En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración. Es decir, ante la ausencia de las mencionadas circunstancias, se siguen las reglas para la determinación de la ley aplicable a los contratos en general en ausencia de elección de ley aplicable (art. 2652).

Sección 13: RESPONSABILIDAD CIVIL

Art. 2656. — Jurisdicción. Excepto lo dispuesto en los artículos anteriores, son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil:

- a) el juez del domicilio del demandado;*
- b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos.*

Normativa derogada. El Código Civil derogado no contenía ninguna norma respecto a la jurisdicción internacional en materia de responsabilidad civil.

Por su parte, el Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito 1996, en vigor, en su art. 7 dispone que para ejercer las acciones comprendidas en este Protocolo serán competentes, a elección del actor, los tribunales del Estado Parte: a) donde se produjo el accidente; b) del domicilio del demandado; y c) del domicilio del demandante.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2656 establece que son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil: el juez del domicilio del demandado (foro general); o el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos (foro especial).

Esta norma será aplicable, entre otros, para los casos de los accidentes de circulación, los daños al medio ambiente, los daños por productos defectuosos, la violación de los derechos de propiedad industrial o intelectual y la violación de los derechos de la personalidad.

La disposición que analizamos es similar al art. 5.3 del Reglamento 44/2001 de la UE según el cual son competentes los tribunales del lugar de producción del hecho dañoso. El demandante puede optar por demandar en virtud del foro general (domicilio del demandado) o en virtud del foro especial (lugar de producción del hecho dañoso).

El fundamento del foro especial previsto es el principio de proximidad razonable: el tribunal del lugar de producción del hecho dañoso está próximo al material probatorio.

Adviértase que el foro especial puede desdoblarse según las circunstancias del caso en dos: los jueces del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos.

Art. 2657. — Derecho aplicable. Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país.

Normativa derogada. El art. 8° CC establecía que los actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado; pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes a las leyes del país, que reglan la capacidad, estado y condición de las personas. Mucho ha debatido la doctrina sobre la aplicación de esta disposición al régimen internacional de la responsabilidad extracontractual. Así, por ejemplo Goldschmidt aplica el art 8 del CC, en ausencia de norma convencional a la referida cuestión, en tanto el artículo alude a los actos voluntarios tanto lícitos o ilícitos¹⁰². En cambio Boggiano concluye que: "la

¹⁰² GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 4ª edición, 1982, n° 329.

comprensión intrasistemática del art. 8 lleva a entender que esta norma, si alguna virtualidad tiene, no rige específicamente los actos ilícitos"¹⁰³.

A su turno, el Tratado de Montevideo de 1889 dispone que las obligaciones que nacen sin convención se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden y el de 1940, agrega "y, en su caso, por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden" (art. 43).

Por su parte el Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito de 1996 establece que la responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regulará por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se produjo el accidente. Sin embargo, si en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en otro Estado Parte, el mismo se regulará por el derecho interno de éste último (art. 3).

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. La rigidez de la regla del lugar de producción del daño ha llevado a la doctrina a formular una serie de propuestas correctoras. Los países del *Common Law* los Jueces recurren a conexiones más flexibles para determinar la ley aplicable atendiendo a las circunstancias del caso. En el derecho continental, algunos países también se apartan de alguna manera del criterio rígido de la *lex loci* bien estableciendo una cláusula de salvaguarda por la que no se aplica la ley que ha sido designada en virtud de la norma de conflicto, bien prefiriendo aquella otra ley que presente "vínculos más estrechos". La tendencia actual está orientada a intentar que coincidan diversos puntos que tienen relevancia a fin de evitar que sea designada como legislación aplicable la de un Estado con el que los interesados no presentan vínculos significativos. También se pretende evitar hacer depender la determinación de la legislación de un único punto¹⁰⁴.

El art. 2657 establece en principio que el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y

¹⁰³ BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado. En la estructura Jurídica del Mundo Actual*, 6ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 565.

¹⁰⁴ Cfr. SEUBA TORREBLANCA, Joan C., "Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento "Roma II", en *InDret* 1/2005, Barcelona, febrero de 2005, pp. 8-9.

cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. En consecuencia, lo determinante es donde realmente se produce el daño, y no donde se ha generado, en caso que los dos lugares no coincidan.

Sin embargo, en similar sentido al Protocolo de San Luis, flexibiliza el criterio clásico indicando que cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país (domicilio común).

Asimismo el art. 2657 tiene gran analogía con el Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («ROMA II»), cuya norma general dispone: 1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. 2. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicara la ley de dicho país. 3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión". Esta última posibilidad también está consagrada en el Código Civil y Comercial a través del art. 2597, de alcance general.

A diferencia de la norma comunitaria, nuestra normativa no habilita el ejercicio de la autonomía de la voluntad en esta materia¹⁰⁵.

¹⁰⁵ El Reglamento N° 864/2007 en su artículo 14 dispone: "Libertad de elección.-1. Las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan: a) mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño, o bien b) cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño. La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros".

Sección 14: TÍTULOS VALORES

Art. 2658. — Jurisdicción. Los jueces del Estado donde la obligación debe cumplirse o los del domicilio del demandado, a opción del actor, son competentes para conocer de las controversias que se susciten en materia de títulos valores.

En materia de cheques son competentes los jueces del domicilio del banco girado o los del domicilio del demandado.

Normativa derogada. El Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna carecía de normas de conflicto que determinen la jurisdicción competente y la ley aplicable a la letra de cambio, ya que el antiguo art. 738 del Código de Comercio fue derogado por el decreto-ley 5965/63, sin que el nuevo ordenamiento cambiario introdujera normas indirectas. La laguna obligó, según un amplio sector de la doctrina, a aplicar por analogía las disposiciones sobre letra de cambio contenidas en el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional, de Montevideo de 1940¹⁰⁶. Con la aprobación y ratificación de la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas” suscripta en Panamá el 30 de enero de 1975, en el marco de la CIDIP I, nuevas disposiciones especiales y más modernas podían colmar el vacío normativo¹⁰⁷.

El art. 34 del Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 dispone que las cuestiones que surjan entre las personas que han intervenido en la negociación de una letra de cambio, se ventilarán ante los jueces del domicilio de los demandados en la fecha en que se obligaron, o del que tengan en el momento de la demanda.

¹⁰⁶ GOLDSCHMIDT, Werner, “El primer caso de calificaciones en la jurisprudencia argentina”, *ED* 8-943 y *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1982, n° 319, p. 404; PARDO, Alberto Juan, *Régimen Internacional de los Títulos de Crédito*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, p. 59 y ss.; KALLER de ORCHANSKY, Berta, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, p. 418; CÁMARA, Héctor, *Letra de cambio y vale o pagaré*, Buenos Aires, Ediar, 1971, tomo III, p. 537; APARICIO, Juan M., “Régimen Internacional de la Letra de Cambio”, *LL* 151-1032.

¹⁰⁷ Así se hizo en el fallo “Banco do Brasil S.A. c. Astilleros Corrientes S.A.”, Juz. Nac. Com. 7, secretaría 14, 21/10/86,

A su vez, el art. 35 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 establece los mismos criterios y extiende su aplicación a los cheques u otro papel a la orden o al portador.

Según el artículo 8 de la CIDIP I los tribunales del Estado Parte donde la obligación deba cumplirse o los del Estado Parte donde el demandado se encuentre domiciliado, a opción del actor, serán competentes para conocer de las controversias que se susciten con motivo de la negociación de una letra de cambio¹⁰⁸.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En similar sentido a la CIDIP I, el art. 2658 establece la jurisdicción para conocer de las controversias que se susciten en materia de títulos valores de los jueces del Estado donde la obligación debe cumplirse o los del domicilio del demandado, a opción del actor.

Contiene una disposición especial respecto a los cheques, en cuyo caso, resultan competentes los jueces del domicilio del banco girado o los del domicilio del demandado.

Art. 2659. — Forma. La forma del giro, del endoso, de la aceptación, del aval, del protesto y de los actos necesarios para el ejercicio o para la conservación de los derechos sobre títulos valores se sujetan a la ley del Estado en cuyo territorio se realiza dicho acto.

Normativa derogada. La fuente interna, de acuerdo a lo dicho en relación con el art. 2658, no contenía ninguna norma al respecto. A su turno, el artículo 2 de la CIDIP I dispone que la forma del giro, endoso, aval, intervención, aceptación o protesto de una letra de cambio, se somete a la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice. En igual sentido, el art. 26 del Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 y el 23 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940.

¹⁰⁸ Las disposiciones sobre letra de cambio son aplicables a los pagarés (art. 9) y a las facturas entre Estados parte en cuyas legislaciones tengan el carácter de documento negociables (art. 10).

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2659 somete a la ley del lugar de realización la forma del giro, del endoso, de la aceptación, del aval, del protesto y de los actos necesarios para el ejercicio o para la conservación de los derechos sobre títulos valores. La norma armoniza con lo dispuesto por las fuentes convencionales, en vigor, y es una aplicación de la regla general en materia de forma de los actos jurídicos: la célebre *locus regit actum*.

Art. 2660. — Derecho aplicable. Las obligaciones resultantes de un título valor se rigen por la ley del lugar en que fueron contraídas.

Si una o más obligaciones contraídas en un título valor son nulas según la ley aplicable, dicha nulidad no afecta otras obligaciones válidamente contraídas de acuerdo con la ley del lugar en que han sido suscriptas.

Si no consta en el título valor el lugar donde la obligación cartular fue suscripta, ésta se rige por la ley del lugar en que la prestación debe ser cumplida; y si éste tampoco consta, por la del lugar de emisión del título.

Normativa derogada. La fuente interna, de acuerdo a lo dicho en relación con el art. 2658, no contenía ninguna norma al respecto.

El Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 establece que las relaciones jurídicas que resultan del giro de una letra entre el girador y el beneficiario, se regirán por la ley del lugar en que la letra ha sido girada; las que resultan entre el girador y aquel a cuyo cargo se ha hecho el giro, lo serán por la ley del domicilio de este último (art. 27). A su turno, las obligaciones del aceptante con respecto al portador y las excepciones que puedan favorecerle, se regularán por la ley del lugar en que se ha efectuado la aceptación (art. 28). Por último, los efectos jurídicos que el endoso produce entre el endosante y el cesionario, dependerán de la ley del lugar en que la letra ha sido negociada o endosada (art. 29). El Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 contiene normas similares en sus arts. 25 y ss.

Por su lado, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (CIDIP I) establece en su art. 3 que todas las obligaciones resultantes de una letra de cambio se rigen por la ley del lugar donde hubieren sido contraídas. A su turno, el art. 4 agrega que si una o más obligaciones contraídas en una letra de cambio fueren inválidas según la ley aplicable conforme a los artículos anteriores, dicha invalidez no afectará aquellas otras obligaciones válidamente contraídas de acuerdo con la ley del lugar donde hayan sido suscritas. Finalmente, el art. 5 dispone que cuando una letra de cambio no indicare el lugar en que se hubiere contraído una obligación cambiaria, ésta se regirá por la ley del lugar donde la letra deba ser pagada, y si éste no constare, por la del lugar de su emisión.

La República Argentina no ha ratificado la Convención de Ginebra de 1930 que establece una ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés ni la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (Nueva York, 1988). Tampoco hemos ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995).

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2660 guarda identidad con lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (CIDIP I)

Art. 2661. — Sustracción, pérdida o destrucción. La ley del Estado donde el pago debe cumplirse determina las medidas que deben adoptarse en caso de hurto, robo, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento.

Si se trata de títulos valores emitidos en serie, y ofertados públicamente, el portador desposeído debe cumplir con las disposiciones de la ley del domicilio del emisor.

Normativa derogada. La fuente interna, de acuerdo a lo dicho en relación con el art. 2658, no contenía ninguna norma al respecto. El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 tampoco contemplaba una norma específica para los casos de

sustracción, pérdida o destrucción material del documento. En cambio, el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 introdujo una disposición especial: "La ley del Estado en donde la letra debe ser pagada, determina las medidas que han de tomarse en caso de robo, de extravío, de destrucción o de inutilización material del documento" (art. 31).

Asimismo, el art. 7 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (CIDIP I) dispone que la ley del Estado donde la letra de cambio deba ser pagada determina las medidas que han de tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2661 guarda armonía con las disposiciones vigentes en el plano convencional, que ya se aplicaban analógicamente ante la ausencia de normas específicas.

Art. 2662. — Cheque. La ley del domicilio del banco girado determina:

- a) su naturaleza;*
- b) las modalidades y sus efectos;*
- c) el término de la presentación;*
- d) las personas contra las cuales pueda ser librado;*
- e) si puede girarse para "abono en cuenta", cruzado, ser certificado o confirmado, y los efectos de estas operaciones;*
- f) los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y su naturaleza;*
- g) si el tenedor puede exigir o si está obligado a recibir un pago parcial;*
- h) los derechos del librador para revocar el cheque u oponerse al pago;*
- i) la necesidad del protesto u otro acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el librador u otros obligados;*
- j) las medidas que deben tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento; y*

k) *en general, todas las situaciones referentes al pago del cheque.*

Normativa anterior. La Ley de cheques n° 24.452 dispone que el domicilio del girado contra el cual se libra el cheque determina la ley aplicable. El domicilio que el librador tenga registrado ante el girado podrá ser considerado domicilio especial a todos los efectos legales derivados del cheque (art. 3).

En la fuente convencional, solo contamos con el art. 33 del Tratado de Montevideo de 1940 que establece que si bien las disposiciones sobre letra de cambio, rigen también para los cheques, la ley del Estado en que el cheque debe pagarse, determina: 1°) El término de presentación. 2°) Si puede ser aceptado, cruzado, certificado o confirmado y los efectos de esas operaciones. 3°) Los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y su naturaleza. 4°) Los derechos del girador para revocar el cheque u oponerse al pago. 5°) La necesidad del protesto u otro acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el girador u otros obligados. 6°) Las demás situaciones referentes las modalidades del cheque.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2662 rige todos los aspectos que menciona expresamente vinculados al cheque en tanto medio de pago, por la ley del domicilio del banco girado, en concordancia con el art. 3 de la Ley de cheques n° 24.452.

Sección 15: DERECHOS REALES

Art. 2663. — Calificación. La calidad de bien inmueble se determina por la ley del lugar de su situación.

Normativa derogada. El art. 10 del Código Civil derogado disponía el régimen internacional de los bienes inmuebles y sometía a la "calidad de tales", en referencia a los bienes raíces situados en la República, exclusivamente a las leyes del país. Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 receptan la misma regla (arts. 26 y 32, respectivamente).

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2663 contiene una disposición especial para la calificación de los bienes inmuebles y efectivamente la somete a la ley del lugar de su situación, siguiendo así lo dispuesto por la norma derogada y de acuerdo a la teoría de la *lex causae*¹⁰⁹.

Art. 2664. — Jurisdicción. Acciones reales sobre inmuebles. Los jueces del Estado en que están situados los inmuebles son competentes para entender en las acciones reales sobre dichos bienes.

Normativa derogada. Nuestras normas derogadas no contenían disposiciones que determinaran la jurisdicción para entender en las acciones reales sobre bienes inmuebles. Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 indican que las acciones reales y las denominadas mixtas, deben ser deducidas ante los jueces del lugar en el

¹⁰⁹ La teoría de la *lex causae* es aquella que considera que la calificación debe hacerse con base en el derecho extranjero designando, incluidos sus propios conceptos o categorías, con lo cual se logra conservar la interpretación de la relación jurídica concreta.

cual exista la cosa sobre que la acción recaiga. Si comprendieren cosa ubicadas en distintos lugares, el juicio debe ser promovido ante los jueces del lugar de la situación de cada una de ellas (art. 67 y 64, respectivamente).

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2664 atribuye jurisdicción exclusiva a los jueces del lugar de situación de los bienes para entender en acciones reales sobre bienes inmuebles. En efecto, esta disposición de la Parte especial, corrobora el art. 2609 inc. a.

Art. 2665. — Jurisdicción. Acciones reales sobre bienes registrables. Los jueces del Estado en el que fueron registrados los bienes son competentes para entender en las acciones reales entabladas sobre dichos bienes.

Normativa derogada. Las normas derogadas no contenían disposiciones de Derecho Internacional Privado sobre los bienes registrables. Tampoco fueron contemplados por las normas convencionales.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2665 atribuye jurisdicción a los jueces del lugar del registro respecto a las acciones reales que pueden entablarse sobre bienes registrables.

Art. 2666. — Jurisdicción. Acciones reales sobre bienes no registrables. Los jueces del domicilio del demandado o del lugar de situación de los bienes no registrables son competentes para entender en las acciones reales sobre dichos bienes.

Normativa derogada. Nuestras normas derogadas no contenían disposiciones que determinaran la jurisdicción para entender en las acciones reales sobre bienes muebles no registrables.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2666 atribuye jurisdicción internacional concurrente a los jueces del lugar del domicilio del demandado (foro general) y a los jueces del lugar de situación de los bienes muebles no registrables (foro especial), a elección de la parte actora.

Art. 2667. — Derecho aplicable. Derechos reales sobre inmuebles. Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación.

Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados.

Normativa derogada. Los bienes, entendidos tan sólo como cosas susceptibles de ser objeto de derechos reales, son entidades corpóreas que ocupan un lugar en el espacio, sin posibilidad, algunas de ellas de cambiar de situación, como los bienes raíces y otras, como los muebles, con esa aptitud más o menos acentuada, según su destino civil y económico.

Los derechos reales, por su parte, son los derechos en las cosas, ya que requieren para ser ejercitados el contacto directo del titular con el objeto, implica una relación inmediata entre la persona y la cosa, objeto del derecho, a diferencia de los derechos a las cosas, que aunque recaen en definitiva sobre las cosas establecen una relación inmediata entre personas, sujeto activo y pasivo, y sólo un vínculo mediato sobre las cosas¹¹⁰.

Goldschmidt explica que los derechos reales son una especie de los derechos absolutos, que exigen la abstención de cualquier persona con respecto a un bien determinado. Los derechos reales como especie del género derechos absolutos se caracterizan por recaer en una cosa o bien material¹¹¹.

¹¹⁰ Cfr. VICO, Carlos M., *Curso de Derecho Internacional Privado*, op cit, pp. 312 - 313.

¹¹¹ Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado...* op cit, p. 268.

Alcorta se pregunta si se aplicará la misma ley a los derechos reales y a los derechos personales u obligacionales. Concluye que será diferente la ley en uno y otro caso en virtud de los diversos elementos que actúan en cada uno. En el derecho de las obligaciones prima la autonomía de la voluntad, pero ello no es así en los derechos reales, en los que aquélla sufre limitaciones por encontrarse en juego intereses de orden social¹¹².

Vélez Sársfield en los arts. 10 y 11 CC. regulaba los bienes *uti singuli*, diferenciando:

- a) Los inmuebles y los muebles de situación permanente o muebles inmóviles se rigen por la *lex rei sitae*.
- b) Los muebles de situación no permanente o móviles se regulan por la *lex domicilii* del propietario.

El art. 10 CC disponía: "Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República".

La doctrina mayoritaria extiende el criterio de la *lex rei sitae* al supuesto de inmuebles situados fuera de la República, por resultar un caso análogo al regulado por el propio artículo 10.

La expresión más controvertida del precepto es la que hace referencia a "... a la capacidad de adquirirlos...". En efecto se han pronunciado al respecto diversas teorías¹¹³ que intentaron corregir el "expansionismo" del art. 10.

¹¹² ALCORTA, Amancio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, tomo 2, 2ª edición, Estudios editados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1927, p. 350.

¹¹³ Según una postura doctrinaria, compartida por nuestra jurisprudencia, la interpretación literal e histórica del art. 10 indica que la capacidad de adquirir o transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la Argentina se rige exclusivamente por la ley territorial. Se trataría de una excepción a los arts. 6° 7° y 948 que regulan la capacidad por la ley del domicilio. Esta posición coincide con una de las fuentes: Story, pero se aparta de Savigny quien somete la capacidad de las personas para adquirir o enajenar inmuebles a la ley personal del domicilio. Tal es la postura sostenida por Pardo, aunque reconoce la impropiedad de la solución y propone su reforma. Asimismo, Goldschmidt, luego de analizar las notas a los arts. 3283 y 2507, concluye que en virtud de la soberanía, Vélez Sársfield ha querido regir

A su turno, el art. 1211 CC disponía que los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente. En similar sentido, el art. 3129 establecía que puede constituirse hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la República, por instrumentos hechos en países extranjeros, con las condiciones y en las formas dispuestas por el artículo 1211. De la hipoteca así constituida debe tomarse razón en el oficio de hipotecas, en el término de seis días contados desde que el juez ordene la protocolización de la obligación hipotecaria. Pasado ese término la hipoteca no perjudica a tercero. La hipoteca constituida desde país extranjero debe tener una causa lícita por las leyes de la República.

A su turno, los Tratados de Montevideo no distinguen entre bienes muebles e inmuebles ni tampoco entre bienes muebles de situación permanente y muebles móviles. Proponen una única regla: *la lex rei sitae*, adoptado un criterio decididamente territorialista (art. 26 de Tratado de Montevideo de 1889, y art. 32 del de 1940).

Para resolver las cuestiones que pueden plantearse, respecto de ciertas categorías de bienes de localización problemática, consagra reglas subsidiarias que le atribuyen un *situs* (arts. 27, 28, y 29 del Tratado de 1889 y art. 33 del de 1940).

la capacidad por la *lex rei sitae*. Sin embargo, el autor reconoce que aunque la interpretación literal e histórica lleva a esta conclusión, la considera injusta y entiende que deberían aplicarse los principios generales sobre capacidad. Por otro lado, Romero del Prado sostiene que el art. 10 sólo se refiere a los bienes inmuebles y no a las personas. Por ello entiende que la expresión "capacidad de adquirirlos" alude a la susceptibilidad o no de los inmuebles de ser adquiridos, si están dentro o fuera del comercio. Un argumento que apoya su postura es la nota al art. 6° donde el codificador siguiendo a Freitas y a Savigny señala: "La última parte del artículo no se opone al principio de que los bienes son regidos por la ley del lugar en que están situados pues en este artículo se trata de la capacidad de las personas y no del régimen de los bienes o de los derechos reales que afectan". A las mismas conclusiones llega Lazcano. Calandrelli y Alcorta entienden que el art. 10 ha sido tomado de Story, salvo en lo relativo a la capacidad de adquirirlos. Según el primero de los autores, se opera un reenvío interno de la norma del art. 10 a la norma indirecta de los arts. 6° y 7° que señalan la competencia de la *lex domicilii*. En igual sentido se pronuncia Boggiano. Para otra interpretación se debe diferenciar entre capacidad de hecho y de derecho. La primera queda sometida a la ley del domicilio, la segunda a la ley territorial. Machado, Llerena, Guastavino, Salvat, Gorostiaga, Bibiloni y Colmo opinan en este sentido. Finalmente, Vico realiza una variante a la postura anterior, señalando que el art. 948 debe entenderse referido a la incapacidad de derecho, por ello el art. 10 también se limita a ella.

En atención al posible cambio de situación de las cosas muebles y sobre sus efectos sobre los derechos de los interesados, los Tratados de Montevideo han establecido el respeto a los derechos adquiridos (arts. 30 y 31 del Tratado de 1889 y arts. 34 y 35 del Tratado de 1940).

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2667 determina la ley aplicable a los bienes inmuebles, siguiendo la máxima estatutaria: la *lex rei sitae*, o *lex situs*, es decir la ley del lugar de situación del inmueble. Si bien utiliza el mismo criterio que el art. 10 derogado, acota su ámbito a los derechos reales, quedando otras cuestiones vinculadas a estos bienes, sujetas a sus respectivas leyes. Es decir, que la capacidad, que tanto debate había generado en ocasión de interpretar el art. 10 CC, con las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, queda en claro que aquella queda sometida al lugar del domicilio de la persona humana (art. 2616).

El segundo párrafo del artículo que comentamos contiene una norma similar al del antiguo art. 1211 CC: "Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados".

Sin embargo, adviértase que se ha omitido la referencia a la protocolización de estos contratos por orden de un juez competente si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, a los fines de reconocerle efectos jurídicos a la tradición de aquellos. La doctrina ha criticado esta omisión en atención a las negativas consecuencias que ello acarrearía en el tráfico inmobiliario¹¹⁴.

Art. 2668. — Derecho aplicable. Derechos reales sobre bienes registrables. Los derechos reales sobre bienes registrables se rigen por el derecho del Estado del registro.

¹¹⁴ Cfr. HERRERA, María Marta Luisa, "El régimen de los poderes y de la transferencia de derechos reales sobre inmuebles ubicados en la República Argentina en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial 2012", en *El Derecho*, 13 de noviembre de 2012.

Normativa derogada. Las normas derogadas no contenían disposiciones de Derecho Internacional Privado sobre los bienes registrables. Tampoco fueron contemplados por las normas convencionales. Sin embargo, la mayoría de la doctrina sostenía que estos bienes deben ser sometidos al derecho del país en cuyos registros figuran.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. De acuerdo al art. 2668, los derechos reales sobre bienes registrables quedan sometidos a la ley del respectivo lugar del registro.

Art. 2669. — Derechos reales sobre muebles de situación permanente. Cambio de situación. Los derechos reales sobre muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, se rigen por el derecho del lugar de situación en el momento de los hechos sobre los que se plantea la adquisición, modificación, transformación o extinción de tales derechos.

El desplazamiento de estos bienes no influye sobre los derechos que han sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior.

Normativa derogada. El art. 11 CC disponía que "Los bienes muebles que tiene situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos son regidos por las leyes del lugar en que están situados, pero los muebles que el propietario lleva consigo, o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tiene para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño".

La nota al art. 11 reconoce dos fuentes: Story y Savigny. Recuérdese que la regla general para Story somete los muebles a la ley del domicilio del propietario, con ciertas excepciones respecto de los muebles que poseen una localidad implícita o son anexos a un inmueble. En cambio, Savigny somete estos bienes a la *lex rei sitae*, salvo el equipaje del viajero y las mercaderías en tránsito. La mayoría de la doctrina se inclina por la tesis de Savigny como la adoptada por Vélez Sársfield. Sin embargo, como bien

señala Kaller de Orchansky la oposición se desvanece pues en cada caso concreto, las soluciones coinciden por aplicación de la regla para uno y de la excepción para el otro, o viceversa.

Este precepto es una norma completa u omnilateral. La misma comprende tres hipótesis: 1) muebles de situación permanente, sometidos a la *lex situs*; 2) muebles de que el propietario lleva consigo y que son de su uso personal, regulados por la *lex domicilii* y 3) los muebles que se tiene para ser vendidos o transportados, sujetos a la ley del domicilio del propietario.

Al respecto, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas oportunidades. Así, la Cámara Civil 1ª de la Capital en 1937 en autos: "Stanford, Sarita v. Stanford, Carlos E. (suc.)", ha establecido que el criterio que debe adoptarse para decidir si un bien mueble tiene situación permanente en la República es el de apreciar si las circunstancias demuestran que el titular tenía la intención de que el bien permaneciera o no en nuestro país. Esa intención debe inferirse de la naturaleza del bien, de las circunstancias en que su dueño lo ha colocado y de la manera como se ha comportado a su respecto¹¹⁵.

Por otra parte, cabe destacar que, aún cuando se trata de cosas muebles móviles, si el propietario es desconocido por estar la cosa perdida o abandonada o cuando se discute sobre quién reviste la calidad de propietario, será de aplicación la *lex situs* ya que resulta inaplicable la *lex domicilii*. Boggiano interpreta que la *lex situs* cumple en estos casos una función subsidiaria¹¹⁶. Ello ocurrió con la moneda extranjera hallada a bordo de un buque mercante holandés anclado en un puerto argentino, que fue considerada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, como bien mueble de situación permanente en el país, al cual se le aplicó la *lex rei sitae*.¹¹⁷

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Según el art. 2669, los derechos reales sobre muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, se rigen por el derecho del lugar de situación en el momento de los hechos sobre los que se plantea la adquisición,

¹¹⁵ JA 1942-I, 715, con nota de Alberto J. Spota: *La unidad y pluralidad de las sucesiones*.

¹¹⁶ BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado. En la estructura Jurídica... op.cit.*, pp. 373-374.

¹¹⁷ Caso "Argemar", 16/09/63, en LL 112-313, con nota de Werner Goldschmidt.

modificación, transformación o extinción de tales derechos. Aclara que el desplazamiento de estos bienes no influye sobre los derechos que han sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior. La disposición mantiene lo regulado en la primera parte del art. 11 CC derogado referido a los bienes muebles de situación permanente, pero agrega en qué momento debe tomarse ese lugar de situación, previendo la posibilidad de su modificación en tanto aun cuando no exista intención de moverlos, por su naturaleza no han dejado de ser bienes muebles, tal como el clásico ejemplo del mobiliario de una casa.

Art. 2670. — Derechos reales sobre muebles que carecen de situación permanente. Los derechos reales sobre los muebles que el propietario lleva siempre consigo o los que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar se rigen por el derecho del domicilio de su dueño. Si se controvierte o desconoce la calidad de dueño, se aplica el derecho del lugar de situación.

Normativa derogada. El art. 11 del Código Civil derogado en su segunda parte se ocupa de los bienes que no tienen situación permanente, tal como comentamos respecto a la disposición anterior, sometiendo a la ley del lugar del domicilio del propietario.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 2670 rige por la ley del lugar del domicilio del propietario, a los bienes que éste lleva consigo, son de su uso personal, sin importar si se encuentra o no en su domicilio, así como los que tienen por destino ser vendidos o transportados a otro lugar. Esta disposición es muy similar al art. 11 derogado en su parte pertinente. Asimismo se ha adoptado el criterio que tenía consenso en la doctrina en cuanto al sometimiento al lugar de situación a este tipo de bienes en los casos en que no sea conocido el dueño.

Sección 16: PRESCRIPCIÓN

Art. 2671. — Derecho aplicable. La prescripción se rige por la ley que se aplica al fondo del litigio.

Normativa derogada. El Código Civil derogado no contemplaba normas de Derecho Internacional Privado sobre prescripción.

Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 contienen un título dedicado a la prescripción (arts. 51 a 55). Disponen que la prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley a que las obligaciones correlativas están sujetas. Respecto a la prescripción extintiva de acciones reales, se rige por la ley del lugar de la situación del bien gravado. Si el bien gravado fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en que se haya completado el tiempo necesario para prescribir. Por otra parte, la prescripción adquisitiva de bienes muebles o inmuebles se rige por la ley del lugar en que están situados. Si el bien fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en que se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El último artículo del Título correspondientes a las Disposiciones de Derecho Internacional Privado y última disposición del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se ocupa de determinar la ley aplicable a la prescripción, sometiéndola a la ley que se aplica al fondo del litigio.

Sorprende que la norma no haga distinción entre la prescripción liberatoria o extintiva (acciones personales y reales) y la prescripción adquisitiva, tal como lo hacen los Tratados de Montevideo y proyectos de reforma anteriores¹¹⁸.

¹¹⁸ El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 dispone que la prescripción extintiva de las acciones personales se rige por el derecho al que están sujetas las obligaciones respectivas. La prescripción extintiva de las acciones reales se rige por el derecho del lugar de situación del bien. La prescripción adquisitiva de cosas muebles o inmuebles se rige por el derecho del lugar donde están situados. Similares disposiciones proponía el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998, en el libro octavo (Del Derecho Internacional Privado, Capítulo XI, Disposiciones comunes a los derechos personales y reales).

CUADROS COMPARATIVOS ENTRE LAS NORMAS DEROGADAS Y LAS NUEVAS DISPOSICIONES*

Disposiciones Generales

Código Civil Vélez

No contiene norma. Se recurre a la jerarquía de fuentes plasmada en la Constitución Nacional.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2594. - **Normas aplicables.**

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

* Estos cuadros fueron realizados por el **Abog. Leandro Baltar**, docente de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la UBA, a quien le agradezco infinitamente su colaboración.

Aplicación del derecho extranjero

Código Civil Vélez

Art. 13. "La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes.

Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial".

Nota al Artículo 13. *"La ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba".*

Nota: el Senado incorporó al texto del proyecto la frase "en disputa", no estando en su redacción original.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2595.- Aplicación del derecho extranjero.

"Cuando un derecho extranjero resulta aplicable:

- a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino;
- b) si existen varios sistemas jurídicos cointervinientes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico **en disputa** que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate;
- c) si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos".

Reenvío

Código Civil Vélez

Nuevo Código Civil y Comercial

No contiene norma.

Artículo 2597.- Cláusula de excepción.

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

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

Artículo 2596.- Reenvío.

"Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino.

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

Fraude a la ley

Código Civil Vélez

El Derecho Internacional Privado de fuente interna no contiene una norma que recepte la problemática como teoría general, pero sí en materias en particular:

Art. 159CC. Las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubieren dejado su domicilio para sujetarse a las normas que en él rigen.

Art. 1.208.CC Los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes de una nación extranjera, no tendrán efecto alguno.

Art. 1.209.CC Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2598.- Fraude a ley.

“Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto”.

Normas de Policía

Código Civil Vélez

No cuenta con una norma general que recepte a las normas de policía.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2599.- Normas internacionalmente imperativas.

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

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

Nota: En el Anteproyecto se había consignado el título de "Normas de Policía" el cual fuera posteriormente modificado por el arriba indicado.

Orden Público Internacional

Código Civil Vélez

Art. 14. Las leyes extranjeras no serán aplicables:

1° Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República a la religión del Estado a la tolerancia de cultos o la moral y buenas costumbres;

2° Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este código ;

3° Cuando fueren de mero privilegio;

4° Cuando las leyes de este código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2600.- Orden público.

"Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino".

Normas sobre Jurisdicción internacional directa

Código Civil Vélez

No contiene normas de similar estilo.

Nuevo Código Civil y Comercial

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

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

Normas sobre Jurisdicción internacional directa

Código Civil Vélez

No contiene normas de similar estilo.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su art. 6 inc 4, dispone que a falta de otras disposiciones será tribunal competente en las medidas preliminares y precautorias, el que deba conocer en el proceso principal.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2603.- Medidas provisionales y cautelares.
"Los jueces argentinos son competentes para decretar medidas provisionales y cautelares:
a) cuando entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República;
b) a pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal;
c) cuando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina.

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

Párrafo incorporado por el Senado.

Normas sobre Jurisdicción internacional directa

Código Civil Vélez

No contiene normas de similar estilo.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2604.- Litispendencia.

“Cuando una acción que tiene el mismo objeto y la misma causa se ha iniciado previamente y está pendiente entre las mismas partes en el extranjero, los jueces argentinos deben suspender el juicio en trámite en el país, si es previsible que la decisión extranjera puede ser objeto de reconocimiento.

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

Normas sobre Jurisdicción Internacional directa

Código Civil Vélez

No contiene normas de similar estilo.

El CPCCN dispone en su Art.1° "La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable. Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el artículo 12, inciso 4, de la Ley 48, exceptuase 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 aún a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por Ley".

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2605.- Acuerdo de elección de foro.
"En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley".

Artículo 2606.- "El juez elegido por las partes tiene competencia exclusiva, excepto que ellas decidan expresamente lo contrario".

El texto de este artículo fue modificado por el Poder Ejecutivo, en su versión original rezaba de la siguiente manera: "El acuerdo de elección de foro establece el único juez competente, excepto que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario".

Normas sobre Jurisdicción Internacional directa

Código Civil Vélez

No contiene normas de similar estilo.

El CPCCN dispone en su Art.2° "La prórroga se operará si surgiera de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiesten explícitamente su decisión de someterse a la competencia del juez a quien acuden. Asimismo, para el actor, por el hecho de entablar la demanda; y respecto del demandado, cuando la contestare, dejare de hacerlo u opusiere excepciones previas sin articularla declinatoria."

Nuevo Código Civil y Comercial

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

Normas sobre Jurisdicción Internacional directa

Código Civil Vélez

No contiene normas de similar estilo.

El CPCCN dispone en su Art. 5 inc 3 que cuando se ejerciten acciones personales, el del lugar en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecido conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación.

El que no tuviere domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre o en el de su última residencia.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2608.- Domicilio o residencia habitual del demandado. "Excepto disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio **o residencia habitual del demandado**".

La conexión "residencia habitual del demandado" ha sido incorporada por el Poder Ejecutivo.

Normas sobre Jurisdicción Internacional directa

Código Civil Vélez

No contiene normas de similar estilo.

Artículo 2610.- Igualdad de trato.
"Los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina.
Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado.
La igualdad de trato se aplica a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero".

Nuevo Código Civil y Comercial

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

Normas sobre Cooperación jurisdiccional

Código Civil Vélez

No contiene normas de similar estilo.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2611.- Cooperación jurisdiccional.
"Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral".

Artículo 2612.- Asistencia procesal internacional.
"Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. **Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso.**

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

Párrafo incorporado por el Senado

Personas Humanas

Código Civil Vélez

El Código Civil argentino, si bien se ocupa de definir algunos de los tipos de domicilio, tales como el domicilio real, el de origen y el legal (arts. 89 y 90 del CC), no contiene una calificación de domicilio para el DIPr. Esta labor ha sido desarrollada por la doctrina civilista argentina, que distingue tres nociones diferenciadas de domicilio, residencia y habitación.

Todo lo referido a la Residencia Habitual en este artículo fue incorporado por el Poder ejecutivo, no encontrándose en el Anteproyecto.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2613.- Domicilio y **residencia habitual** de la persona humana.

“A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene:

a) Su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él.

b) Su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado.

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

Personas Humanas

Código Civil Vélez

No contiene normas de similar estilo.
Podemos recurrir al Art. 90 que indica como domicilio legal de los incapaces el domicilio de sus representantes.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2614.- Domicilio de las personas menores de edad.
"El domicilio de las personas menores de edad se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual.
Sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente.

El Art. 90 que indica como domicilio legal de los incapaces el domicilio de sus representantes.

Artículo 2615.- Domicilio de otras personas incapaces.
"El domicilio de las personas sujetas a curatela u otro instituto equivalente de protección es el lugar de su residencia habitual".

Personas Humanas

Código Civil Vélez

Art. 6° La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras será juzgada por las leyes de este Código, aún cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero.
Art. 7° La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República.
Art. 948. La validez o nulidad de los actos jurídicos entre vivos o de las disposiciones de última voluntad, respecto a la capacidad o incapacidad de los agentes, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio.
Art. 949. La capacidad o incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios sustanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las leyes de este código.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2616.- Capacidad.
"La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio.
El cambio de domicilio de la persona humana no afecta su capacidad, una vez que ha sido adquirida".

Artículo 2617.- Supuestos de personas incapaces.
"La parte en un acto jurídico que sea incapaz según el derecho de su domicilio, no puede invocar esta incapacidad si ella era capaz según el derecho del Estado donde el acto ha sido celebrado, a menos que la otra parte haya conocido o debido conocer esta incapacidad. (*favor negotti*)
Esta regla no es aplicable a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios

Personas Humanas

Código Civil Vélez

Art. 138. El que mude su domicilio de un país extranjero al territorio de la República, y fuese mayor o menor emancipado, según las leyes de este Código, será considerado como tal, aun cuando sea menor o no emancipado, según las leyes de su domicilio anterior.

Art. 139. Pero si fuese ya mayor o menor emancipado según las leyes de su domicilio anterior, y no lo fuese por las leyes de este Código, prevalecerán en tal caso aquéllas sobre éstas, reputándose la mayor edad o emancipación como un hecho irrevocable.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2616.- Capacidad.
"La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio.
El cambio de domicilio de la persona humana no afecta su capacidad, una vez que ha sido adquirida".

Artículo 2618.- Nombre.

"El derecho aplicable al nombre es el del domicilio de la persona de quien se trata, al tiempo de su imposición. Su cambio se rige por el derecho del domicilio de la persona al momento de requerirlo".

Personas Humanas: Ausencia con Pres. Fallecimiento

Código Civil Vélez

No contiene normas similares.
La Ley 14.394 de APF determina en su artículo 16 que "será competente el juez del domicilio, o en su defecto, el de la última residencia del ausente. Si éste no los hubiere tenido en el país o no fuesen conocidos, lo será el del lugar en que existiesen bienes abandonados, o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontrasen en diversas jurisdicciones".

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2619.- Ausencia y presunción de fallecimiento. Jurisdicción.
"Para entender en la declaración de ausencia y en la presunción de fallecimiento es competente el juez del último domicilio conocido del ausente, o en su defecto, el de su última residencia habitual. Si éstos se desconocen, es competente el juez del lugar donde están situados los bienes del ausente con relación a éstos; el juez argentino puede asumir jurisdicción en caso de existir un interés legítimo en la República".

Artículo 2620.- Derecho aplicable.
"La declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento se rigen por el derecho del último domicilio conocido de la persona desaparecida o, en su defecto, por el derecho de su última residencia habitual. Las demás relaciones jurídicas del ausente siguen regulándose por el derecho que las regía anteriormente. Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes inmuebles y muebles registrables del ausente se determinan por el derecho del lugar de situación o registro de esos bienes".

Matrimonio

Código Civil Vélez

Art. 227. Las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado.

Art. 159. Las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubieren dejado su domicilio para sujetarse a las normas que en él rigen.

Art. 161. La prueba del matrimonio celebrado en el extranjero se rige por el derecho del lugar de celebración

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2621.- Jurisdicción.

"Las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio, así como las referentes a los efectos del matrimonio, deben interponerse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio del cónyuge demandado.

Se entiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges".

Artículo 2622.- Derecho aplicable.

"La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez, se rigen por el derecho del lugar de la celebración, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen...."

El derecho del lugar de celebración rige la prueba de la existencia del matrimonio".

Matrimonio

Código Civil Vélez

Art. 160. No se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si mediaren algunos de los impedimentos de los incisos 1°, 2°, 3°, 4°, 6° o 7° del artículo 166.

Art. 166 – Impedimentos: 1. La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación; 2. La consanguinidad entre hermanos o medio hermanos; 3. El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1, 2 y 4 y el derivado de la adopción simple...; 4. La afinidad en línea recta en todos los grados; 6. El matrimonio anterior, mientras subsista; 7. Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2622.- Derecho aplicable. (Continuación)

"No se reconoce ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si media alguno de los impedimentos previstos en los arts. 575, segundo párrafo, y 403 incisos a, b, c, d y e...."

Art. 403: a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo; b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo; c) la afinidad en línea recta en todos los grados; d) el matrimonio anterior, mientras subsista; e) haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.

Matrimonio a distancia

Código Civil Vélez

Art. 173. Se considera matrimonio a distancia a aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente ante la autoridad competente para autorizar matrimonios del lugar en que se encuentra.

La documentación que acredite el consentimiento del ausente sólo podrá ser ofrecida dentro de los noventa (90) días de la fecha de su otorgamiento.

Art. 174. El matrimonio a distancia se reputará celebrado en el lugar donde se presta el consentimiento que perfecciona el acto. La autoridad competente para celebrar el matrimonio deberá verificar que los contrayentes no están afectados por los impedimentos legales y juzgarán las causas alegadas para justificar la ausencia. En caso de negarse el oficial público a celebrar el matrimonio, quien pretenda contraerlo con el ausente podrá recurrir al juez competente.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2623.- Matrimonio a distancia.

“Se considera matrimonio a distancia aquél en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento, personalmente, ante la autoridad competente para autorizar matrimonios del lugar en que se encuentra.

La documentación que acredite el consentimiento del ausente sólo puede ser ofrecida dentro de los noventa días de la fecha de su otorgamiento.

El matrimonio a distancia se considera celebrado en el lugar donde se presta el consentimiento que perfecciona el acto. La autoridad competente para celebrar el matrimonio debe verificar que los contrayentes no están afectados por impedimentos legales y decidir sobre las causas alegadas para justificar la ausencia.

Matrimonio: Relaciones Personales

Código Civil Vélez

Art. 162. Las relaciones personales de los cónyuges serán regidas por la ley del domicilio efectivo, entendiéndose por tal el lugar donde los mismos viven de consuno. En caso de duda o desconocimiento de éste, se aplicará la ley de la última residencia.

El derecho a percibir alimentos y la admisibilidad, permisibilidad, oportunidad y alcance del convenio alimentario, si lo hubiere, se regirán por el derecho del domicilio conyugal. El monto alimentario se regulará por el derecho del domicilio del demandado si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario.

Las medidas urgentes se rigen por el derecho del país del juez que entiende en la causa

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2624.- Efectos personales del matrimonio.

“Las relaciones personales de los cónyuges se rigen por el derecho del domicilio conyugal efectivo”.

Matrimonio: Relaciones Patrimoniales

Código Civil Vélez

Art. 163.

Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2625.- Efectos patrimoniales del matrimonio.
"Las convenciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración.
En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes.
En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros".

Matrimonio: Disolución

Código Civil Vélez

Art. 164. La separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 161.

Art. 161. El matrimonio celebrado en la República cuya separación personal haya sido legalmente decretada en el extranjero, podrá ser disuelto en el país en las condiciones establecidas en el artículo 216, aunque el divorcio vincular no fuera aceptado por la ley del Estado donde se decretó la separación. Para ello cualquiera de los cónyuges deberá presentar ante el juez de su actual domicilio la documentación debidamente legalizada.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2626.- Divorcio y otras causales de disolución del matrimonio.
"El divorcio y las otras causales de disolución del matrimonio se rigen por el derecho del último domicilio de los cónyuges".

Unión Convivencial

Código Civil Vélez

No se encuentra regulado.

Incorporación realizada por el Poder Ejecutivo

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2627.- Jurisdicción.

"Las acciones que surjan como consecuencia de la unión convivencial deben presentarse ante el juez del domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o del domicilio **o residencia habitual del demandado**".

Artículo 2628.- Derecho aplicable.

"La unión convivencial se rige por el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer".

Alimentos

Código Civil Vélez

Art. 228. Serán competentes para entender en los juicios de alimentos:

1° El juez que hubiere entendido en el juicio de separación personal, divorcio vincular o nulidad;

2° A opción del actor el juez del domicilio conyugal, el del domicilio del demandado, el de la residencia habitual del acreedor alimentario, el del lugar de cumplimiento de la obligación o del lugar de celebración del convenio alimentario si lo hubiere y coincidiera con la residencia del demandado, si se planteara como cuestión principal.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2629.- Jurisdicción.

"Las acciones sobre la prestación alimentaria deben interponerse, a elección de quien la requiera, ante los jueces de su domicilio, de su residencia habitual, o ante los del domicilio o residencia habitual del demandado. Además, si fuese razonable según las circunstancias del caso, pueden interponerse ante los jueces del lugar donde el demandado tenga bienes.

Las acciones de alimentos entre cónyuges o convivientes deben deducirse ante el juez del último domicilio conyugal o convivencial, ante el domicilio o residencia habitual del demandado, o ante el juez que haya entendido en la disolución del vínculo.

Si se hubiere celebrado un convenio, a opción del actor, las acciones pueden también interponerse ante el juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración de dicho convenio si coincide con la residencia del demandado".

Alimentos

Código Civil Vélez

Art. 162. 2ª Párrafo

...

El derecho a percibir alimentos y la admisibilidad, permisibilidad, oportunidad y alcance del convenio alimentario, si lo hubiere, se regirán por el derecho del domicilio conyugal. El monto alimentario se regulará por el derecho del domicilio del demandado si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario.

Las medidas urgentes se rigen por el derecho del país del juez que entiende en la causa.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2630.- Derecho aplicable.

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

Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos.

El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo".

Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida

Código Civil Vélez

Sin regulación

Artículo 2632.- Derecho aplicable.

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

El derecho aplicable en razón de esta norma determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado".

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2631.- Jurisdicción.

"Las acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación deben interponerse, a elección del actor, ante los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor.

En caso de reconocimiento son competentes los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, los del domicilio del hijo o los del lugar de su nacimiento".

Artículo 2633.- Acto de reconocimiento de hijo.

"Las condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto.

La capacidad del autor del reconocimiento se rige por el derecho de su domicilio. La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo".

Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida

Código Civil Vélez

Sin regulación

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2634.- Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero.

"Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquéllos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño".

Adopción Internacional

Código Civil Vélez

Art. 316 3° Párrafo:

“...La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo”.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2635.- Jurisdicción.

“En caso de niños con domicilio en la República, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para la declaración en situación de adoptabilidad, la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción.

Para la anulación o revocación de una adopción son competentes los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado.”

El Anteproyecto contenía un segundo párrafo que fue suprimido por el Poder Ejecutivo: “Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero.”

Adopción Internacional

Código Civil Vélez

Art. 339. La situación jurídica, los derechos y deberes del adoptante y adoptado entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción, cuando ésta hubiera sido conferida en el extranjero.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2636.- Derecho aplicable.

“Los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción.

La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado”.

Artículo 2637.- Reconocimiento.

“Una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado.

A los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República”.

Adopción Internacional

Código Civil Vélez

Art. 340. La adopción concedida en el extranjero de conformidad a la ley de domicilio del adoptado, podrá transformarse en el régimen de adopción plena en tanto se reúnan los requisitos establecidos en este Código, debiendo acreditar dicho vínculo y prestar su consentimiento adoptante y adoptado. Si este último fuese menor de edad deberá intervenir el Ministerio Público de Menores.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2638.- Conversión.
"La adopción otorgada en el extranjero de conformidad con la ley del domicilio del adoptado puede ser transformada en adopción plena si:
a) se reúnen los requisitos establecidos por el derecho argentino para la adopción plena;
b) prestan su consentimiento adoptante y adoptado. Si éste es persona menor de edad debe intervenir el Ministerio Público.

En todos los casos, el juez debe apreciar la conveniencia de mantener el vínculo jurídico con la familia de origen".

Incorporado por el Poder Ejecutivo

Responsabilidad parental e instituciones de protección

Código Civil Vélez

No contiene normas sobre DIPr.

Artículo 2640.- Tutela e institutos similares.

"La tutela, curatela y demás instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida, se rigen por el derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate al momento de los hechos que den lugar a la determinación del tutor o curador.

Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño".

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2639.- Responsabilidad parental.

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

Responsabilidad parental e instituciones de protección

Código Civil Vélez

No contiene normas sobre DIPr.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2641.- Medidas urgentes de protección.

"La autoridad competente debe aplicar su derecho interno para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio, sin perjuicio de la obligación de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada, excepto lo dispuesto en materia de protección internacional de refugiados".

Restitución internacional de Niños

Código Civil Vélez

No contiene normas sobre DIPr.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2642.- Principios generales y cooperación.

"En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño.

El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.

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

Sucesiones

Código Civil Vélez

Art. 3.284. La jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto.

Art. 3.285. Si el difunto no hubiere dejado más que un solo heredero, las acciones deben dirigirse ante el juez del domicilio de este heredero, después que hubiere aceptado la herencia.

Art. 3.283. El derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros.

Art. 3.286. La capacidad para suceder es regida por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del autor de la sucesión.

Art. 3.612. El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2643.- Jurisdicción.

“Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte, los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos”.

Artículo 2644.- Derecho aplicable.

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

Sucesiones

Código Civil Vélez

Art. 3.638. El testamento del que se hallare fuera de su país, sólo tendrá efecto en la República, si fuese hecho en las formas prescriptas por la ley del lugar en que reside, o según las formas que se observan en la Nación a que pertenezca, o según las que este código designa como formas legales.

Art. 3.611. La ley del actual domicilio del testador, al tiempo de hacer su testamento, es la que decide de su capacidad o incapacidad para testar.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2645.- Forma.

"El testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales argentinas".

Artículo 2647.- Capacidad.

"La capacidad para otorgar testamento y revocarlo se rige por el derecho del domicilio del testador al tiempo de la realización del acto".

Sucesiones

Código Civil Vélez

No hay norma similar, podemos mencionar: Art. 3.544. "Cuando no hubiere acreedores a la herencia, y se hubiesen vendido los bienes hereditarios, el juez de la sucesión, de oficio o a solicitud fiscal, debe declarar vacante la herencia y satisfechas todas las costas y el honorario del curador, pasar la suma de dinero depositada, al Gobierno Nacional o al Gobierno Provincial, según fueren las leyes que rigen sobre las sucesiones correspondientes al fisco".

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2648.- Herencia vacante.

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

Forma de los actos jurídicos

Código Civil Vélez

Art. 12. Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado.

Art. 950. Respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren

Art. 1.180. La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido.

Art. 1.181. La forma de los contratos entre ausentes, si fueron hechos por instrumento particular firmado por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato."

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2649.- Formas y solemnidades

"Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado.

Cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada.

Si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica".

Forma de los actos jurídicos

Código Civil Vélez

Art. 1.211. Los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente.

Art. 3.129. Puede también constituirse hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la República, por instrumentos hechos en países extranjeros, con las condiciones y en las formas dispuestas por el artículo 1211. De la hipoteca así constituida debe tomarse razón en el oficio de hipotecas, en el término de seis días contados desde que el juez ordene la protocolización de la obligación hipotecaria. Pasado ese término la hipoteca no perjudica a terceros*.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2667.- Derecho aplicable. Derechos reales sobre inmuebles. 2º Párrafo

“...Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados”.

Contratos

Código Civil Vélez

Art. 1.215. En todos los contratos que deben tener su cumplimiento en la República, aunque el deudor no fuere domiciliado, o residiere en ella, puede, sin embargo, ser demandado ante los jueces del Estado.

Art. 1.216. Si el deudor tuviere su domicilio o residencia en la República, y el contrato debiese cumplirse fuera de ella, el acreedor podrá demandarlo ante los jueces de su domicilio, o ante los del lugar del cumplimiento del contrato, aunque el deudor no se hallase allí.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2650.- Jurisdicción.

"No existiendo acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción de actor:

a) los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos;

b) los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales.

c) los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que ésta haya participado en la negociación o celebración del contrato".

Foro incorporado por el Poder Ejecutivo.

Contratos: Autonomía de la voluntad

Código Civil Vélez

No hay norma de DIPr.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2651.- Autonomía de la voluntad. Reglas.

"Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.

El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:

a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros;

b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario;

c) las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido;

d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato....

Contratos: Autonomía de la voluntad

Código Civil Vélez

No hay norma de DIPr.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2651.- Autonomía de la voluntad. Reglas. (Continuación)

e) los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso;

f) los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno;

g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho aplicable en ese país.

Este artículo no se aplica a los contratos de consumo”.

Contratos

Código Civil Vélez

Art. 1.205. Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados.

Art. 1.209. Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros.

Art. 1.210. Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, su naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2652.- Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes.

“En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento.

Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración. La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada”.

Artículo 2653.- Cláusula de excepción.

“Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

Contratos de consumo

Código Civil Vélez

No cuenta con norma especial de DIPr

Artículo 2655.- Derecho aplicable. "Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos:

- a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato;
- b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor;
- c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido;
- d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento".

En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2654.- Jurisdicción.

"Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor.

En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro".

Responsabilidad Civil

Código Civil Vélez

No cuenta con norma especial de DIPr

Art. 8° Los actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado; pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes a las leyes del país, que reglan la capacidad, estado y condición de las personas.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2656.- Jurisdicción.

"Excepto lo dispuesto en los artículos anteriores, son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil:

- a) el juez del domicilio del demandado;
- b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos".

Artículo 2657.- Derecho aplicable.

"Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país".

Títulos Valores

Código Civil Vélez

No hay norma especial de DIPr.

No hay norma especial de DIPr.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2658.- Jurisdicción.

"Los jueces del Estado donde la obligación debe cumplirse o los del domicilio del demandado, a opción del actor, son competentes para conocer de las controversias que se susciten en materia de títulos valores.

En materia de cheques son competentes los jueces del domicilio del banco girado o los del domicilio del demandado".

Artículo 2659.- Forma.

"La forma del giro, del endoso, de la aceptación, del aval, del protesto y de los actos necesarios para el ejercicio o para la conservación de los derechos sobre títulos valores se sujetan a la ley del Estado en cuyo territorio se realiza dicho acto".

Títulos Valores

Código Civil Vélez

No hay norma especial de DIPr.

No hay norma especial de DIPr.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2662.- Cheque.

"La ley del domicilio del banco girado determina:

- a) su naturaleza;
- b) las modalidades y sus efectos;
- c) el término de la presentación;
- d) las personas contra las cuales pueda ser librado;
- e) si puede girarse para "abono en cuenta", cruzado, ser certificado o confirmado, y los efectos de estas operaciones;
- f) los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y su naturaleza;
- g) si el tenedor puede exigir o si está obligado a recibir un pago parcial;
- h) los derechos del librador para revocar el cheque u oponerse al pago;
- i) la necesidad del protesto u otro acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el librador u otros obligados;
- j) las medidas que deben tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento; y
- k) en general, todas las situaciones referentes al pago del cheque".

Derechos reales

Código Civil Vélez

No hay norma especial de DIPr.

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2663.- Calificación.

"La calidad de bien inmueble se determina por la ley del lugar de su situación".

Artículo 2664.- Jurisdicción.

"Acciones reales sobre inmuebles. Los jueces del Estado en que están situados los inmuebles son competentes para entender en las acciones reales sobre dichos bienes".

Artículo 2665.- Jurisdicción. Acciones reales sobre bienes registrables.

"Los jueces del Estado en el que fueron registrados los bienes son competentes para entender en las acciones reales entabladas sobre dichos bienes."

Derechos reales

Código Civil Vélez

Art. 10.

"Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República".

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2666.- Jurisdicción. Acciones reales sobre bienes no registrables.

"Los jueces del domicilio del demandado o del lugar de situación de los bienes no registrables son competentes para entender en las acciones reales sobre dichos bienes".

Artículo 2667.- Derecho aplicable. Derechos reales sobre inmuebles.

"Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación. Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados".

Derechos reales

Código Civil Vélez

Art. 11. Los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño.

Artículo 2670.- Derechos reales sobre muebles que carecen de situación permanente.
"Los derechos reales sobre los muebles que el propietario lleva siempre consigo o los que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar se rigen por el derecho del domicilio de su dueño. Si se controvierte o desconoce la calidad de dueño, se aplica el derecho del lugar de situación".

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2668.- Derecho aplicable. Derechos reales sobre bienes registrables.

"Los derechos reales sobre bienes registrables se rigen por el derecho del Estado del registro".

Artículo 2669.- Derechos reales sobre muebles de situación permanente. Cambio de situación.

"Los derechos reales sobre muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, se rigen por el derecho del lugar de situación en el momento de los hechos sobre los que se plantea la adquisición, modificación, transformación o extinción de tales derechos.

El desplazamiento de estos bienes no influye sobre los derechos que han sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior

Prescripción

Código Civil Vélez

Nuevo Código Civil y Comercial

No hay norma especial de DIPr.

Artículo 2671.- Derecho aplicable.

"La prescripción se rige por la ley que se aplica al fondo del litigio".

OTRAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

TRATADOS INTERNACIONALES

CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE DISPOSICIONES GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional 1889 y 1940 y Protocolo Adicional.
- CIDIP II sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo 1979.
- CIDIP II sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, Montevideo, 1979.

PRINCIPALES CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

- Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y de 1940.
- Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. Panamá, 1975.

- Convención Interamericana sobre recepción de Pruebas en el Extranjero. Panamá, 1975.
- Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares. Montevideo, 1979.
- Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. Montevideo, 1979.
- Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa. Las Leñas, 1992.
- Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual, 1994
- Protocolo de Medidas Cautelares del Mercosur, Ouro Preto, 1994.
- Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. Montevideo, 1979.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958.

PRINCIPALES CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE PARTE ESPECIAL
(relativas, exclusivamente a secciones del Código Civil y Comercial de la Nación)

- Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional 1889 y de 1940
- Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889.
- Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940.
- Tratado de Navegación Comercial Internacional de 1940.
- Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios (Nueva York, 1962).
- Convención de La Haya de 1978 sobre la Celebración y el Reconocimiento de la Validez de los Matrimonios (no ratificada por Argentina).
- Convenio de La Haya de 14 de marzo 1978 sobre la Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales (no ratificada por Argentina).

- CIDIP III sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores (no ratificada por Argentina).
- Convención de La Haya de 1993 sobre Protección de Niños y la Cooperación en materia de Adopción Internacional (no ratificada por Argentina).
- Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV-Montevideo 1989).
- Convención de la ONU sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos (Nueva York, 1956).
- Convenio de la Haya sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia del 23 de noviembre de 2007 (no ratificada por Argentina).
- Protocolo de la Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias de la misma fecha (no ratificada por Argentina).
- Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (aprobada pero aún no ratificada por Argentina).
- Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay de 1981.
- CIDIP IV sobre Restitución Internacional de Menores de 1989.
- CIDIP V sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994.
- Convención de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (no ratificada por Argentina).
- Convención de La Haya de 1961 sobre Supresión de la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros.
- CIDIP I sobre Régimen Legal de Poderes.
- Acuerdo sobre Simplificación de Legalizaciones en Documentos Públicos entre Argentina y Brasil de 2003.
- Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados partes del Mercosur.
- Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V) (no ratificada por Argentina).

- Convención de Naciones Unidas de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.
- Convención de Naciones Unidas de 1974 sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías.
- Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo (MERCOSUR/CMC/DEC Nº 10/96).
- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (Panamá, 1975).
- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques (Panamá, 1975).

DISPOSICIONES LEGALES (complementarias de las secciones del Código Civil y Comercial de la Nación)

- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en especial arts. 1 y 2, y 517 a 519 bis.
- Ley 24.488 sobre inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros ante los tribunales argentinos

REGLAS DE SOFT LAW (complementarias de las secciones del Código Civil y Comercial de la Nación)

- Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales.
- Principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales
- Incoterms (CCI).
- Reglas Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, CCI, Brochure UCP 600.
- Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los Convenios sobre sustracción internacional de niños (CLH – IIN, 2007)

- Guías de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (restitución internacional de niños)
- Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños

BIBLIOGRAFIA GENERAL ACTUALIZADA

Libros

- BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado y derechos humanos*, 7ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.
- BOGGIANO, Antonio, *Tratado de Derecho Internacional Privado* (3 tomos), 6ª edición actualizada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El Derecho Internacional Privado Actual*, tomo 1, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015. **(Solo incluye parte general)**
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El Derecho Internacional Privado Actual*, tomo 2, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2017. **(Solo incluye parte especial)**
- SCOTTI, Luciana B., *Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017.
- SCOTTI, Luciana, *Derecho Internacional Privado*, de la *Colección Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación*, dirigida por el Dr. Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016. **(Incluye temas de parte general y de DIPr patrimonial)**

Códigos comentados

- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, "Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 1: Disposiciones generales", en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires, La Ley, 2014.
- HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014.

- RODRÍGUEZ, Mónica S., "Libro Sexto. Disposiciones comunes a los derechos personales y reales. Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado", en CALVO COSTA, C. A., *Código Civil y Comercial de la Nación, concordado, comentado y comparado con los códigos civil de Vélez Sarsfield y de comercio*. Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 813-930.
- SCOTTI, Luciana B., "Comentarios a las Disposiciones de Derecho Internacional Privado (Libro 6, Título IV)", en Bueres, Alberto J. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado* (dos tomos), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, tomo 2 (ISBN 978-950-741-681-1), pp. 655-741.

Artículos generales

- MENICOCCI, Alejandro Aldo, *Codificación de Derecho Internacional Privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Relato presentado al XXVI° Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, San Miguel de Tucumán, 2014
- PERUGINI ZANETTI, Alicia M., "Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. El Derecho, Buenos Aires, 2012, p. 659. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf>
- SCOTTI, Luciana B. y BRODSKY, Jonathan M., "Los clásicos problemas del Derecho Internacional Privado relativos al derecho aplicable en el nuevo Código Civil y Comercial", *Revista digital En Letra*, ISSN 2362-2148 (<http://enletra.com/>), Buenos Aires, 2015.
- STRAZIUSO, Andrea, *La codificación del Derecho Internacional Privado Argentino: necesidad y modalidades en el ámbito del Derecho de Familia*, Relato presentado al XXVI° Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, San Miguel de Tucumán, 2014.
- UZAL, María Elsa, "Breve panorama de la reforma del Derecho Internacional Privado", en RIVERA, Julio C. (dir.) y MEDINA, Graciela (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 1233-1262.

SITIOS WEB DE INTERÉS

<http://treaties.un.org/Pages/Home.aspx?lang=en> (NACIONES UNIDAS - COLECCION DE TRATADOS).

<http://www.cooperacion-penal.gov.ar/> (MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA – ASISTENCIA JURIDICA INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL).

<http://www.europa.eu.int> (UNION EUROPEA).

<http://www.hcch.net> (CONFERENCIA DE LA HAYA).

<http://www.iccwbo.org> (SITIO DE LA CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL).

<http://www.iin.oas.org/> (INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES).

<http://www.incadat.com/> (BASE DE DATOS SOBRE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES).

<http://www.infoleg.mecon.gov.ar> (INFOLEG- LEGISLACIÓN ARGENTINA).

<http://www.jus.gov.ar> (MINISTERIO DE JUSTICIA DE ARGENTINA).

<http://www.menores.gov.ar/> (MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO. Protección internacional de los niños).

<http://www.mercosur.int> (MERCOSUR).

http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm (CIDIP).

<http://www.un.org> (NACIONES UNIDAS).

<http://www.un.org/es/rights/> (NACIONES UNIDAS. Derechos Humanos).

<http://www.uncitral.org> (UNCITRAL).

<http://www.unidroit.org> (UNIDROIT).

<http://www.unilex.info> (UNILEX - BASE DE DATOS SOBRE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT Y LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980).

<http://www.ijeditores.com.ar/index.php?option=publicacion&idpublicacion=69>

(*Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración* –
IJ EDITORES)

<http://www.asadip.org/v2/> (Asociación Americana de Derecho Internacional
Privado – Doctrina – Normativa – Jurisprudencia)

<https://cartasblogatorias.com/> (El Blog de los litigios internacionales)

ACTIVIDADES PRÁCTICAS

(En particular, sobre el Capítulo 1 y 2 del Título IV del Libro Sexto del
Código Civil y Comercial de la Nación)

ACTIVIDAD 1: Concepto de Derecho Internacional Privado

1. Lea detenidamente la siguiente noticia periodística, tomada del Diario LA NACIÓN, del jueves 15 de abril de 2015.

Una madre cordobesa reclama la restitución de su hija desde Perú

Denunció que la niña, de dos años, fue retenida por su padre, que no entrega la documentación para el regreso a la Argentina

Gabriela Origlia

LA NACION

Jueves 23 de abril de 2015

CÓRDOBA.- Una madre cordobesa vive una odisea desde hace unas semanas, cuando debió regresar de Perú sin su hija de dos años, ya que el padre la retuvo en Lima. Ambas habían ido a pasar las Fiestas cumpliendo con un acuerdo de visitas y, al momento del regreso, él le quitó los papeles y la criatura quedó en Lima.

Daniela Bartoli contó a LA NACION los pormenores del caso. Conoció a Ernesto Fernández Castillo en Perú y de esa relación nació Santina. Nunca vivieron juntos; él se quedó en su país y ella vive en Córdoba donde comparte su casa con la niña, de quien tiene la tenencia, y sus otras dos hijas de 21 y 16 años de un matrimonio anterior.

Cuando nació Santina, firmaron un acuerdo en Perú -no homologado en la Argentina, por lo que no tiene valor aquí- que incluye un esquema de visitas y que Fernández Castillo colaboraría económicamente con la crianza.

En ese marco, viajaron el 7 de diciembre a Lima y, al momento de regreso, el 26 de enero, él le retuvo la partida de nacimiento y la autorización para salir del país firmada por ambos. "Empezaron las amenazas de que no podría viajar, y actos de violencia física y psicológica -relata Daniela-. Fui al Consulado argentino y, acompañada por un abogado, hice todas las denuncias."

Fernández Castillo le decía que le cambiaría el pasaje, que apenas Santina cumpliera los dos años (en febrero) las dejaría volver: "El tiempo pasó y nunca recuperé la documentación. Por indicación del abogado, regresé sola el 21 de marzo".

Desde entonces vio a su hija unas cuatro veces por Skype. Asegura que el padre sólo permite un contacto de unos minutos. "Ella llora y empieza a gritar: «Mamá, mamá». Otras veces la pude ver a escondidas de él por la intercesión de un familiar; en esas oportunidades, la nena está un poco más tranquila", dice.

El caso es distinto del de Ana Alianelli y Denis Burns, ya que en ese hecho la madre regresó a la Argentina desde Estados Unidos después de separarse de su marido y, después de vencido el permiso judicial temporal, no retornó.

"Esto es al revés; la niña vive acá, nació en Córdoba y viajaba a ver al padre por la voluntad de Daniela de que el vínculo se mantuviera", apunta el abogado de la madre, Jorge Pereyra.

Apenas regresó Daniela, se hizo la denuncia en la justicia de familia y se inició un reclamo de restitución internacional en la Cancillería. Pereyra señala que la madre está amparada por la ley 23.857 que es la ratificación de la Convención de La Haya en los aspectos relacionados a sustracción de menores. Perú también suscribió el acuerdo.

Ayer un abogado contactó a Pereyra en representación del padre de Santina. "Bajo presión no vamos a negociar; la nena debe regresar con su mamá y después conversaremos. Daniela tiene voluntad de diálogo", señala el asesor legal de la mujer.

Santina pasa la mayor parte del tiempo con su abuela y va a una guardería, relató la mamá.

2. Identifique las cuestiones jurídicas en juego en este caso.
3. Identifique los elementos extranjeros.
4. ¿Es una cuestión atinente al Derecho Internacional Privado? ¿Por qué?
5. ¿Qué le recomendaría, desde el plano legal, a la Sra. Daniela Bartoli?
¿Qué recursos legales estima que serían viables y pertinentes?
6. ¿Quiénes podrían ser los jueces competentes? ¿Qué juez, de acuerdo a su sentido común, sería competente? ¿Por qué?
7. ¿Qué leyes podría resultar aplicables? ¿Qué ley, a su criterio, sería aplicable? ¿Por qué?

ACTIVIDAD 2: Aplicación del Derecho extranjero, Límites y otros problemas

1. Lea detenidamente el siguiente caso:

- ✓ En 1940, el Sr. X nace en Italia.
- ✓ En 1955, el Sr. X traslada su domicilio a la Argentina.
- ✓ En 1965, el Sr. X se casa con la Sra. W, de nacionalidad argentina, con domicilio en la República Argentina, con quien tiene dos hijos.
- ✓ En 1967, el Sr. X se nacionaliza argentino.
- ✓ En 1975, el Sr. X se separó judicial pero no vincularmente de la Sra. W, en virtud del art. 67 bis de la ley 2393.
- ✓ En 1978, el Sr. X celebró un nuevo matrimonio en la República de México con la Sra. Y, con quien tiene un hijo.
- ✓ En 1989, el Sr. X obtuvo la conversión de la separación con la Sra. W en divorcio vincular, en virtud del art. 8° de la ley 23.515.
- ✓ En 1992, el Sr. X se traslada con su familia a Italia, donde establece su domicilio.
- ✓ En 2015, encontrándose en Buenos Aires de vacaciones, fallece, sin testamento, con bienes en la República Argentina.
- ✓ La Sra. Y se presenta para promover el trámite sucesorio.
- ✓ Ante la existencia de bienes muebles e inmuebles en la República Argentina, el juez argentino se declara competente y aplica de oficio la ley italiana por ser ésta la correspondiente al último domicilio efectivo del causante.
- ✓ A su turno, la ley italiana de Derecho Internacional Privado dispone que la sucesión de rige por la ley de la nacionalidad del causante.
- ✓ En virtud de ello, el juez argentino termina aplicando a la cuestión principal la ley local.

2. Indique los elementos de internacionalidad presentes en el caso. Explique y fundamente por qué se trata de una cuestión que atañe al Derecho Internacional Privado.
3. Identifique las normas indirectas que aplica el juez argentino. Indique el punto de conexión y clasifíquelo en mutable o fijo, y en real, personal o relativo a los actos.
4. Vincule tales normas con los aportes realizados por las escuelas estatutarias, por Mancini y Savigny.

5. ¿Qué fuentes del DIPr están involucradas? ¿Existe algún tratado internacional que podría ser aplicado? ¿Qué sucedería en ese supuesto?
6. ¿Cómo fundaría, de acuerdo a la legislación argentina vigente, la doctrina y jurisprudencia, la aplicación de oficio de la ley italiana?
7. ¿Se podría presentar en este caso un problema de calificaciones? ¿Cuál/es?
8. ¿Cuál es la cuestión previa? ¿Qué ley le aplicaría? ¿Por qué? ¿Cuál es la cuestión principal?
9. ¿Este caso presenta un supuesto de fraude a la ley? ¿Por qué?
10. ¿Se encuentra transgredido el orden público internacional del foro? ¿Por qué?
11. ¿Es un caso de reenvío? Si lo fuera, ¿de qué tipo?
12. ¿Cómo resolvería ud. el presente caso? ¿Coincide con lo resuelto por el juez? Fundamente su respuesta.

ACTIVIDAD 3: Aplicación del Derecho extranjero, Límites y otros problemas

1. Lea detenidamente el siguiente caso:

Hace seis años Hassan M., de nacionalidad marroquí y con domicilio en Marruecos, contrajo matrimonio en Rabat con Fátima, de nacionalidad marroquí y con domicilio en Argentina. Inmediatamente después del matrimonio el domicilio conyugal se fijó en Argentina. Transcurridos dos años el matrimonio trasladó su domicilio a territorio francés, instalándose en la ciudad de París, donde hace tres años nació el único hijo de la pareja. El pasado mes de julio Hassan M. decidió regresar por su cuenta a Argentina, fijando allí su nuevo domicilio, mientras que Fátima permanece en París con el hijo de la pareja. Fátima acaba de interponer una demanda de divorcio ante los tribunales argentinos, solicitando también la atribución de la custodia del hijo. Hassan M. se opone a la demanda alegando que su ley personal (marroquí) desconoce la separación y el divorcio judicial y que los tribunales argentinos no son competentes, pues la competencia debería corresponder a los tribunales franceses o a los de Marruecos. El derecho

marroquí admite exclusivamente el repudio como forma de disolución del vínculo matrimonial y se rige por la ley de la nacionalidad de los cónyuges. El derecho francés admite el divorcio vincular y lo somete a la ley de la nacionalidad común, o en su defecto a la ley del último domicilio conyugal.

Tenga en cuenta las siguientes disposiciones:

SECCIÓN 2ª

Matrimonio

ARTÍCULO 2621.- Jurisdicción. Las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio, así como las referentes a los efectos del matrimonio, deben interponerse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado.

Se entiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges.

ARTÍCULO 2622.- Derecho aplicable. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez, se rigen por el derecho del lugar de la celebración, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen.

No se reconoce ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si media alguno de los impedimentos previstos en los artículos 575, segundo párrafo y 403, incisos a), b), c), d) y e).

El derecho del lugar de celebración rige la prueba de la existencia del matrimonio.

ARTÍCULO 2623.- Matrimonio a distancia. Se considera matrimonio a distancia aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento, personalmente, ante la autoridad competente para autorizar matrimonios del lugar en que se encuentra.

La documentación que acredite el consentimiento del ausente sólo puede ser ofrecida dentro de los noventa días de la fecha de su otorgamiento.

El matrimonio a distancia se considera celebrado en el lugar donde se preste el consentimiento que perfecciona el acto. La autoridad competente para celebrar el matrimonio debe verificar que los contrayentes no están afectados por impedimentos legales y decidir sobre las causas alegadas para justificar la ausencia.

ARTÍCULO 2624.- Efectos personales del matrimonio. Las relaciones personales de los cónyuges se rigen por el derecho del domicilio conyugal efectivo.

ARTÍCULO 2625.- Efectos patrimoniales del matrimonio. Las convenciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración.

En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes.

En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros.

ARTÍCULO 2626.- Divorcio y otras causales de disolución del matrimonio. El divorcio y las otras causales de disolución del matrimonio se rigen por el derecho del último domicilio de los cónyuges.

2. Identifique las razones que ameritan calificar al presente como un caso multinacional o multiconectado.
3. Analice las normas transcriptas. Identifique el tipo de normas, y si corresponde indique el punto de conexión y clasifíquelo.
4. ¿Qué ley aplicaría el juez argentino –que se declaró competente en virtud del domicilio del demandad- para resolver el caso? Si fuera derecho extranjero, ¿cómo lo aplicaría?
5. ¿Operaría un supuesto de reenvío? Fundamento su respuesta explicando la figura.
6. ¿Operaría la “cláusula de excepción”? Fundamento su respuesta explicando la figura.
7. En caso de aplicarse un derecho extranjero, ¿consideraría algún límite a su aplicación? Fundamente su respuesta, indicando y describiendo brevemente tales límites.

ACTIVIDAD 4: Jurisdicción Internacional

EL CASO DE “LA DAMA DE ORO”¹¹⁹

En 1907, Gustav Klimt completa su máxima obra: *El Retrato de Adele Bloch-Bauer I*, también conocida como *La dama dorada* o *La dama de oro*.

¹¹⁹ Puede resultar de interés el film *La dama de oro*, cuyo título original es *Woman in Gold*, película dramática del cine británico, estrenada en 2015 y dirigida por Simon Curtis, con guión de Alexi Kaye Campbell, y protagonizada por Helen Mirren y Ryan Reynolds. Este film está basado en hechos reales que acontecieron a lo largo de cien años, desde 1907 a 2006, y que tuvieron como escenarios Austria y Estados Unidos.

Gustav Klimt (1862-1918) es considerado uno de los miembros más destacado de la Secesión vienesa, un grupo de artistas que rompieron con la forma tradicional de pintar. Klimt se formó en la academia Kunstgewerbeschule, y comenzó su carrera cultivando un estilo tradicional para luego convertirse en uno de los artistas modernos más importantes.

El retrato fue realizado en Viena durante tres años por encargo de Ferdinand Bloch-Bauer, mide 138 x 138 cm y está hecho con óleo y oro sobre tela marinera.

Y lo que aquí más nos interesa, su protagonista es Adele Bloch-Bauer, la única modelo pintada en dos ocasiones por Klimt. La segunda, el *Retrato de Adele Bloch-Bauer II*, fue culminada en 1912.

Adele Bauer nació en Viena el 9 de agosto de 1881. Su padre era un importante banquero, Moriz Bauer, uno de los miembros de la élite económica austriaca, director de uno de los siete bancos más importantes del Imperio Austro-Húngaro, el Wiener Bankverein. El 19 de diciembre de 1899, Adele contrajo matrimonio con Ferdinand Bloch-Bauer, dieciseis años mayor que ella, un rico industrial azucarero, mecenas y coleccionista de arte, que promovía especialmente la labor de Klimt.

El matrimonio Bloch-Bauer formó parte de la llamada *belle époque* vienesa. En su palacio, en el centro de Viena, decorado con obras de arte, pinturas, esculturas, tapices, porcelana, se reunían con frecuencia el escritor Stefan Zweig, los compositores Gustav Mahler, Richard Strauss y Arnold Schoenberg (abuelo del abogado de María Altmann, Randy Schoenberg), el arquitecto Martin Gropius, el filósofo Sigmund Freud, el canciller Karl Renner, que se convertiría después de la Liberación en el primer presidente de la República de Austria, y el pintor Gustav Klimt con sus discípulos más destacados, Oskar Kokoschka y Egon Schiele.

En 1923, Adele otorgó un testamento por el cual manifestaba el deseo que, a la muerte de su esposo, los cuadros de Klimt fueran donados a la Galería del Estado de Austria. En 1925, Adele murió de meningitis a los 43 años. Ferdinand, falleció 20 años después, en 1945, en Suiza.

Pero en esos veinte años, el contexto político mundial había cambiado radicalmente.

Cuando los nazis ocuparon Austria, todas las propiedades de esta familia judía (la casa, la empresa, su colección de obras de arte, las joyas de Adele) fueron confiscadas, incluida la colección Klimt.

En enero de 1939, representantes de los museos de Viena, oficiales de la Gestapo, y Erich Führer, abogado nazi encargado de la liquidación, se reunieron en el número 18 de Elisabeth-strasse para redactar el inventario de las obras de arte.

El Museo de Belvédère se reservó los dos retratos de Adele y un paisaje, todos obra de Klimt, que fueron transferidos en octubre de 1941 con una carta de Führer firmada "Heil Hitler!". Otro paisaje fue comprado por el Museo histórico de la Ciudad de Viena. El propio Hitler se quedó con dos telas de Waldmüller, un tapiz de Aubusson una escultura de Rodin para su museo personal. Hermann Goering se quedó con otras cuatro pinturas. El resto de la colección se distribuyó entre los museos de Munich y de Dresde. En compensación de su trabajo de liquidador, Erich Führer obtuvo un paisaje de Klimt, que meses más tarde vendería. Ferdinand solo recuperó un cuadro: un retrato, pintado por Oskar Kokoschka.

En su testamento de 1945, Ferdinand designa a sus sobrinos y sobrinas, incluyendo a Maria Altmann, como herederos de su patrimonio.

Recuperadas por los aliados, decenas de miles de obras de arte robadas a los judíos de Europa se reunieron en Munich antes de ser enviadas de vuelta a su países de origen, dejando librada a cada gobierno su devolución a sus propietarios.

Austria, en consecuencia aprobó la ley de restitución en mayo de 1945 que otorgaba a las víctimas un período de tan solo un mes para reclamar sus propiedades. Además, se reactivó una ley de 1919 que restringía la exportación de bienes culturales. Se obligó a los judíos expatriados a hacer donaciones a los museos nacionales o al reembolso de grandes sumas de dinero para poderse los llevar con ellos.

Finalizada la guerra, María Altmann, y sus cuatro hermanos le pidieron a un abogado amigo de la familia, Gustav Rinesch, que iniciara los trámites para recuperar los bienes espoliados de su tío.

Después de meses de investigación y negociaciones, Rinesch logró determinar el origen de 68 pinturas de Ferdinand. Pero solamente pudo recuperar 23 para los herederos, los otros tuvieron que ser ofrecidos a Austria para obtener los permisos de exportación. En 1948, firmó una carta en la que acordaba que las seis pinturas de Klimt permanecerían en el Belvedere, en virtud del testamento de Adele.

A su vez, llevó una década de negociaciones para que Austria se comprometiera a indemnizar a los herederos por la incautación de la refinería

de su tío, pidiéndoles a cambio que renunciaran a reclamar sus derechos de propiedad sobre el edificio Elisabethstrasse N° 18.

El Retrato de Adele permaneció, entonces, en la Galería Belvedere en Viena y se convirtió en un ícono para los austriacos, que desconocían quién era la hermosa mujer retratada. La placa del museo simplemente decía *La dama de oro*.

Y así fue durante muchos años, hasta que a fines de la década de los noventa se desató una batalla legal que tuvo como escenarios a Austria y a Estados Unidos.

La protagonista de esta lucha por recuperar las obras de los Bloch-Bauer, la verdad y la memoria fue la mencionada María Altmann, última sobreviviente de esa familia.

Maria Altmann (1916 – 2011), era hija del matrimonio de Marie-Therese - Thedy- Bauer con el abogado Gustav Bloch, y en consecuencia sobrina de Adele y Ferdinand.

Maria junto a su esposo, huyeron de Austria en 1938 para instalarse definitivamente en Estados Unidos, cuya nacionalidad adoptaron en 1945, y donde nacieron y criaron a sus cuatro hijos. Sus tres hermanos y su hermana también emigraron hacia Canadá y Yugoslavia.

En 1998, cuarenta y cuatro países, entre ellos Austria, firmaron los Principios de Washington sobre Arte Confiscado por los Nazis. En virtud de este Acuerdo, los Estados se comprometen a investigar la historia de las obras de arte de sus museos, a la luz de expolio nazi y, en caso de reclamaciones, a llegar a un acuerdo justo, bien sea la devolución, una compensación, un reconocimiento histórico u otra solución.

En cumplimiento de ello, el parlamento austríaco aprobó una ley que exigía a los museos la apertura de sus archivos y la devolución de la propiedad robada.

Esta decisión permitió que el periodista del *Standard*, Hubertus Czernin, descubriera en los archivos de la Galería Austríaca pruebas de que el país no tenía motivos para proclamar la propiedad de las pinturas Bloch-Bauer de Klimt. Luego de su confiscación por parte de agentes nazis, los museos habían expuesto varias pinturas, entre ellas el retrato de 1907 de Adele. Austria había afirmado que Bloch-Bauer había legado el retrato al país en su testamento. Sin embargo, de la documentación de los archivos surgió que la obra pertenecía al esposo de Adele, que dejó el país en 1938, y que al morir, en 1945, había legado sus pertenencias a sus herederos.

Esta revelación generó que Austria volviera a cerrar los archivos, y que dictara una nueva Ley de restitución del arte de 1998 que creaba la Comisión de Investigación de la Procedencia, para analizar caso por caso y a puertas cerradas la "limpieza" de las colecciones públicas.

Tras analizar cada caso, dicha Comisión formula al Ministerio de Cultura una recomendación no vinculante, pero que generalmente se cumple, sobre si procede o no la restitución.

Las decisiones de la Comisión no son apelables ni se puede acudir a la justicia común. La única posibilidad es llevar el caso ante la Corte.

María decidió presentarse ante ese órgano austriaco para recuperar las obras de Klimt, y en particular el retrato de su tía, fallecida cuando ella tenía tan solo 9 años.

Los Bloch-Bauer recuperaron 19 piezas de la colección de porcelana de Ferdinand y 16 cuadros de Klimt.

Sin embargo, la Comisión rechazó el reclamo de Altmann en relación con seis pinturas de Klimt: cuatro paisajes y los dos Retratos de Adele.¹²⁰ Ante la imposibilidad económica de acceder a la justicia austriaca, decidió acudir a los tribunales de Estados Unidos.

En primera instancia, la Corte de Distrito del distrito Central de California consideró que no había inmunidad por ser actos de expropiación, y admitió que la Foreign Sovereign Immunities Act (1976) era aplicable a hechos anteriores. La Corte de apelación consideró que Austria no debía beneficiarse de inmunidad por hechos cometidos por el gobierno nazi. Y, finalmente, la Corte Suprema estadounidense confirmó estas apreciaciones, entendiendo que era aplicable la cláusula de expropiación, que se daban los "mínimos" contactos necesarios y que no podía haber inmunidad de jurisdicción para actos de expropiación del gobierno nazi (por lo que tampoco era aplicable los principios tradicionales de irretroactividad de las normas).

Sin embargo, a fin de acelerar los tiempos, y dada su avanzada edad, Altmann acordó con el gobierno de Austria someter la controversia a un tribunal arbitral integrado por tres árbitros austriacos, con sede en el mismo país, que resolvió que cinco obras de G. Klimt debían ser entregadas a María Altmann, al resultar cubiertas por la legislación austriaca que regulaba la restitución de obras de arte.

¹²⁰ Los cuadros eran: Adele Bloch-Bauer I, Adele Bloch-Bauer II, Apple Tree I, Beechwood, Houses in Unterach am Attersee, y Schloss Kammer am Attersee III. Este último no fue objeto de análisis por la Corte Suprema de EEUU porque Ferdinand lo había donado a la Galería Belvedere en 1936.

Finalmente, el Retrato de Adele, considerado una suerte de Mona Lisa de Austria, fue vendido en 135 millones de dólares a Ronald Lauder, propietario de la Neue Galerie en Nueva York, en junio de 2006, lo que lo convirtió, en ese momento, en la segunda pintura de mayor valor de todo el mundo. Allí se exhibe actualmente. .

De acuerdo al relato precedente:

1. ¿Qué opinión le merecen los obstáculos que padeció María Altmann para acceder a la justicia austriaca?
2. ¿Los tribunales de Estados Unidos constituían un caso de *forum non conveniens*? Justifique su respuesta.
3. ¿O estaba configurado un supuesto de foro de necesidad ante los costos prohibitivos de accionar en Austria?
4. La actora sostuvo que Austria no gozaba de inmunidad de jurisdicción de acuerdo con la Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) ya que el caso debía subsumirse en la excepción de expropiación que excluye de dicha inmunidad a ciertos casos que supongan expropiación de propiedad contraria al Derecho Internacional. La defensa de Austria se basó en que en 1948, cuando los hechos tuvieron lugar, en Estados Unidos se aplicaba la teoría de la inmunidad absoluta, y que además la FSIA no se aplicaba retroactivamente. Analice las nociones de inmunidad de jurisdicción absoluta y relativa a la luz del caso.
5. Finalmente, el caso “Altmann v. Austria” se sometió a arbitraje. Analice la elección de foro a la luz de los requisitos exigidos por las fuentes normativas que conoce. ¿Qué efectos tiene la elección de arbitraje en relación a los tribunales judiciales de Austria y de Estados Unidos?

ACTIVIDAD 5: Cooperación jurídica internacional

En un juicio tramitado en Porto Alegre (Brasil) se solicita el embargo de un bien inmueble situado en Buenos Aires (Argentina). En tal caso:

1. ¿Qué fuente resultaría aplicable? Fundamente su respuesta.

2. ¿A través de qué vía o vías podrá tramitarse la solicitud de dicha medida cautelar?
3. ¿Quién es el juez competente para ordenar el embargo?
4. ¿Quién es el juez competente para ejecutar el embargo sobre el bien inmueble?
5. ¿Cuál será la ley que regulará la cooperación?
6. ¿En qué supuesto el juez requerido podría desestimar el pedido de cooperación? Ejemplifique.
7. ¿La ejecución del embargo ordenada por el juez argentino lo obliga, o determina de algún modo el reconocimiento y ejecución en el país de la sentencia definitiva dictada por el juez brasileño?

ANEXO:

**GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO**

Publicado en: **SCOTTI, Luciana B.**, "La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República* N° 38, ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665, Montevideo, 2015, pp. 213-249. Disponible en: <http://www.revistafacultadderecho.edu.uy/>

**LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO: PERSPECTIVAS A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**

POR LUCIANA B. SCOTTI

**SURROGATE MOTHERHOOD AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW:
PERSPECTIVES IN THE LIGHT OF THE NEW CIVIL AND COMMERCIAL
CODE OF ARGENTINA**

RESUMEN

La gestación por sustitución, comúnmente llamada *maternidad subrogada* o *alquiler de vientre*, es sin lugar a dudas una figura jurídica compleja que tiene tantos detractores como defensores.

Esta técnica de reproducción humana asistida, a diferencia de otras tradicionalmente más aceptadas, pone en tela de juicio la célebre máxima del derecho romano *mater semper certa est*.

Si bien esta práctica no es nueva, ha cobrado popularidad en los últimos años, y en Argentina alcanzó una notoria repercusión con motivo de una serie de casos jurisprudenciales y en particular, cuando fuera incorporada por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, y posteriormente eliminada del texto definitivo aprobado por el Congreso.

Ante el vacío normativo del nuevo Código argentino, aprobado por Ley 26.994, en vigor desde el 1° de agosto de 2015, será frecuente encontrar casos de personas que recurran a esta técnica en el extranjero. Ahora bien, los efectos de la filiación así obtenida con arreglo al ordenamiento jurídico foráneo que permite la gestación por sustitución, plantearán generalmente un problema de reconocimiento en nuestro país, que debe analizarse a la luz de las disposiciones de Derecho Internacional Privado.

PALABRAS CLAVE

Gestación por sustitución – Derecho Internacional Privado – Técnicas de reproducción humana asistida – Turismo reproductivo – Reconocimiento extraterritorial.

ABSTRACT

The gestation by substitution, commonly called surrogacy, is undoubtedly a complex legal concept that has as many detractors as supporters.

This technique of assisted human reproduction, unlike other traditionally accepted, puts into question the famous maxim of Roman law *mater semper certa est*.

Though this practice is not new, it has gained popularity in recent years and in Argentina reached a noticeable impact due to a series of court decisions and particularly when it was incorporated into the Draft Civil and Commercial Code of Argentina and subsequently removed from the final text adopted by Congress.

Given the legislative gap of the new Argentinean Code, approved by Act 26994, in force since 1 August 2015, we will often see cases of people making use of this technique in a foreign country. However, the effects of filiation obtained under foreign law that allows for substitution gestation, usually pose a problem of recognition in our country, to be analyzed in the light of the rules of Private International Law.

KEYWORDS

Surrogated motherhood - Private International Law -
Assisted reproduction - Reproductive tourism - Extraterritorial recognition.

I. Introducción

La gestación por sustitución, comúnmente llamada *maternidad subrogada* o *alquiler de vientre*, es sin lugar a dudas una figura jurídica compleja que tiene tantos detractores como defensores.

Esta técnica de reproducción humana asistida, a diferencia de otras tradicionalmente más aceptadas, pone en tela de juicio la célebre máxima del derecho romano *mater semper certa est*.

Si bien esta práctica no es nueva (el primer caso conocido es el de *Baby M*, a mediados de la década de los años ochenta), ha cobrado popularidad en los últimos años, y en Argentina alcanzó una notoria repercusión con motivo de una serie de casos jurisprudenciales y en particular, cuando fuera incorporada por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, y posteriormente eliminada del texto definitivo aprobado por el Congreso.

Entre los argumentos en contra, la doctrina ha mencionado que son contratos inmorales, de objeto prohibido, y en consecuencia nulos; que supone la explotación y la cosificación de la mujer gestante, a quien se le dispensa el trato de una *incubadora humana*; que estos acuerdos implican la manipulación del cuerpo femenino; que puede atentar contra la salud física y psíquica de la gestante; que esta práctica puede convertirse en un gran negocio económico; que puede importar un fraude a las normas legales sobre la adopción. Principalmente, en relación con el niño, se ha indicado que recurrir a la gestación por sustitución importa convertir al hijo en objeto de comercio debido a que “es atender más a los intereses de los futuros padres que a los del niño y pretende convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto” (Lamm, E., 2012, p. 6).

Pero, asimismo, encontramos otros tantos fundamentos que favorecen la admisión de la gestación por sustitución. Entre ellos, destacan: que es una manifestación del derecho a procrear y a formar una familia, apelando a la libertad reproductiva y la autodeterminación; que esta práctica no supone ningún daño a terceros y por ende, debe estar permitida; que es una figura que se corresponde con una sociedad liberal, pluralista y democrática; que son acuerdos voluntarios y libres y por consiguiente, no hay razón para hablar de explotación en términos tan genéricos, máxime cuando la ley puede exigir la gratuidad y perseguir la solidaridad; su aceptación propende a la defensa de principios básicos de igualdad y no discriminación especialmente en relación a las parejas de dos varones pues la gestación por sustitución es la única técnica de las conocidas que les permite tener un hijo genéticamente propio; que el recurso a la adopción no siempre es una alternativa pues suele implicar un trámite engorroso y lento. La gestación por sustitución no atenta contra la salud física y psíquica de la gestante, no existen estudios que hayan hallado algún tipo de trastorno en las mujeres que han actuado como gestantes; tampoco hay daño alguno para el niño así gestado que fue deseado por los comitentes y en consecuencia, lo que corresponde es la regulación de esta figura para proteger y garantizar los derechos de los niños.

Estas divergencias, que se plasman en los sistemas jurídicos de los distintos Estados que rechazan deliberada o indirectamente la gestación por sustitución, o la aceptan con amplitud o con cierta tibieza, responden a múltiples factores religiosos y culturales muy profundos, que se reflejan en concepciones antagónicas sobre el contenido del orden público, en especial en lo que respecta a principios como el indisponibilidad del cuerpo humano y del

estado civil de las personas, sobre los derechos humanos, los principios elementales de libertad y de igualdad y principalmente, el tan mentado interés superior del niño. La invocación de estos principios puede justificar tanto la prohibición absoluta como la admisión o al menos el reconocimiento de algunos efectos de esta práctica, sobre todo cuando se realiza en el extranjero.

II. Las técnicas de reproducción humana asistida y el Derecho Internacional Privado: el caso de la gestación por sustitución

A la complejidad que presenta el régimen internacional de la filiación, íntimamente vinculado a la noción de orden público internacional, desde hace unos años, se han sumado los aportes de la ciencia y de la biotecnología, que no pueden ser soslayados en ninguna legislación del Siglo XXI.

El derecho filial tradicional centrado en la visión binaria filiación por naturaleza o biológica/filiación adoptiva se encuentra en crisis. Además de estos dos tipos filiales que observan características propias, la realidad nos pone de manifiesto otra manera de alcanzar el vínculo filial: las técnicas de reproducción humana asistida con una causa fuente independiente: la voluntad procreacional.

De esta revolución biotecnológica que impacta en el ordenamiento jurídico, no escapa el Derecho Internacional Privado.

Las nuevas técnicas de reproducción humana asistida potencian las posibilidades de encontrar un elemento extranjero en una controversia sobre filiación. Tal como sostiene Rubaja:

“(P)or ejemplo para los supuestos de donantes con residencia habitual en un país distinto del de la madre, o que el país en que se lleve adelante la técnica de reproducción sea otro que aquel de la residencia habitual de los padres y luego ése constituya un punto de conexión relevante para regir el caso por tratarse del lugar de la concepción; o en los supuestos de maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero, pero cuyos progenitores y el niño residan en un país que no permita dicha técnica; entre muchas otras posibilidades...” (2012, p. 302).

Así como afirma Santos Belandro:

“(E)l verdadero reto actual, no consiste en esta tendencia hacia la unicidad de régimen o nivelación de tratamiento de las diferentes formas de filiación ya conocidas y reguladas. Al derecho internacional privado hoy día, le interesan las nuevas formas de filiación que se están obteniendo con las técnicas más modernas que nos proporciona la biotecnología. Y ese reto para una regulación adecuada – que se siente actualmente en el derecho interno – también se presenta con la misma presión, en el derecho internacional privado. Ello se debe, sobre todo, al desmantelamiento de los sistemas jurídicos internos, provocados por los adelantos científicos, sobre los que se han elaborado tradicionalmente las reglas de derecho internacional privado, las que inevitablemente también tendrán que cambiar” (2009, p. 191).

Tales técnicas de reproducción humana asistida pueden ser definidas como todos aquellos métodos, con intervención de terceras personas (médicos, agencias intermediarias, madre sustituta), mediante los cuales se trata de

aproximar en forma artificial a los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo. Las más conocidas son: la inseminación artificial homóloga (los componentes genéticos pertenecen a los cónyuges o pareja), la inseminación artificial homóloga cuando el marido ha fallecido, inseminación artificial heteróloga (cuando el hombre es estéril y por ende el semen pertenece a un donante); fecundación extrauterina o in vitro, que permiten que el embrión sea implantado en una mujer distinta a la madre genitora, o sea quien aportó el ovulo fecundado.

Ahora bien, los ordenamientos jurídicos estatales pueden reconocer efectos extraterritoriales (una filiación declarada en un Estado será reconocida en todos los demás) o bien meramente territoriales (solo tendrá efectos en el Estado que la declaró o reconoció).

Podemos caer en un sistema estrictamente territorial, precisamente– en contrasentido al principio de extraterritorialidad del derecho, fundamento básico para la operatividad de Derecho Internacional Privado- ante el temor de reconocer todas o ciertas técnicas que nos provee la biotecnología, ya implementadas legalmente y utilizadas en muchos Estados.

Cabe recordar que ya en 1989, en las 12^a Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la Comisión de Derecho Internacional Privado recomendó que:

III. En virtud del espíritu que inspira la ley 23.264, tanto la inseminación artificial, como la fecundación in vitro y el desarrollo del embrión en el útero de una mujer distinta de la que aportó el óvulo, realizados en otros países, en principio, no conculcan el orden público argentino.

Sin embargo, de los distintos métodos de reproducción humana asistida, la que ha generado mayor controversia por la propia naturaleza de la práctica, es la llamada *maternidad subrogada*, o con más propiedad, *gestación por sustitución*, sobre la que trataremos en forma particularizada en los acápites siguientes.

III. ¿Qué es la gestación por sustitución o maternidad subrogada?

Se han utilizado diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes (Lamm, E., 2012, p. 4).

En esta práctica intervienen múltiples actores: padres comitentes, contratantes o intencionales; la gestante, madre sustituta o “madre de alquiler”; el donante de espermatozoides o el donante de óvulos; clínicas especializadas, agencias intermediarias.

En efecto, el recurso a la maternidad subrogada tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la gestante, la madre subrogada, madre de alquiler o madre portadora, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o

pareja comitente, también llamados padres intencionales, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer.

En los ordenamientos donde el recurso a la maternidad subrogada está más generalizado¹ se instrumenta a través de acuerdos comerciales, por los cuales el individuo o pareja comitente paga a la madre subrogada una suma dineraria, dirigida a compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación, más una cantidad adicional a la agencia que actúa de intermediaria, que es la encargada de buscar la candidata idónea a madre subrogada y de formalizar el acuerdo entre las partes.

Ahora bien, existen varias modalidades, que merecen ser diferenciadas. Veamos.

IV. Diversas modalidades de la gestación por sustitución

En líneas generales, la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), y la gestacional o parcial (*gestational surrogacy*). En la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante. Puesto que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial. En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, una donante anónima.

Sin embargo, con mayor precisión, la doctrina ha diferenciado al menos cinco modalidades distintas:

(E)s posible, en primer lugar, que recurran a esta técnica parejas conformadas por personas de distinto sexo en las que la mujer está aquejada de infertilidad uterina. En tal caso, lo habitual es que a la gestante le sean implantados embriones ajenos: óvulos de la mujer comitente, fecundados por su propia pareja. De esta forma, en esta modalidad no se daría propiamente tanto una maternidad de sustitución como una gestación de sustitución, pues la gestante no será madre genéticamente: el o los niños que dé a luz llevarán los genes de los comitentes. En segundo lugar, también cabe la posibilidad de que la infertilidad de la mujer comitente sea además ovárica, de manera que sea preciso que la propia gestante u otra mujer (donante) aporten óvulos, para su fecundación por parte del hombre de la pareja comitente y su posterior implantación en la gestante... Además, a la maternidad de sustitución suelen acudir parejas del mismo sexo, fundamentalmente hombres... A través de la

¹ Diversos países admiten esta práctica. Entre ellos destacan: varios estados de Estados Unidos; Luisiana, Maryland, Michigan, Nebraska, Alabama, Arkansas, California, Connecticut, Idaho, Massachusetts, North Carolina, Ohio, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, Vermont, West Virginia, Illinois y Florida, en algunos territorios en Australia; en India, Grecia, Israel, Sudáfrica, Nueva Zelanda, Alberta y British Columbia en Canadá, Hong Kong, en el estado de Tabasco en México, Rusia, Ucrania, Georgia, Tailandia.

maternidad de sustitución lograrán tener hijos que también lo sean genéticamente de al menos de uno de ellos, pues se emplearán sus gametos para fecundar óvulos de la propia gestante (cuarta modalidad) o de una tercera mujer, una donante (quinta modalidad), a efectos de implantar los embriones en el útero de aquélla (Orejudo Prieto de los Mozos, P., 2012, p. 4).

V. Cuestiones controvertidas involucradas en el ámbito del Derecho Internacional Privado

La facilidad para celebrar un acuerdo de maternidad subrogada en los Estados que le otorgan efectos jurídicos ha incrementado los casos internacionales de gestación por sustitución en los últimos años². Piénsese que, en varios países, tanto la pareja comitente como las candidatas a madre subrogada ya pueden cursar su solicitud *on line* en las páginas web de las agencias o de los centros de reproducción asistida que actúan de intermediarios, y comenzar así el *trámite*.

Principalmente, son tres las grandes cuestiones que se encuentran involucradas, propias del Derecho Internacional Privado: el problema de la jurisdicción competente, la determinación del derecho aplicable a la relación jurídica y el reconocimiento y ejecución de sentencias.

En relación al último aspecto mencionado, son pocos los ordenamientos jurídicos que exigen una intervención judicial para la consagración del vínculo; por lo general, los magistrados realizan una supervisión con la finalidad de conducir el embarazo hacia el parto de acuerdo a las pautas establecidas por la legislación local, algunos de ellos homologándolas. Por ende, en general, no estamos ante una decisión o resolución judicial sino ante documentos públicos, generalmente partidas de nacimiento. Por ello, tal como afirma Santos Belandro, ello conduce a resolver esta cuestión sobre dos planos: respecto del reconocimiento y ejecución de las sentencias judiciales extranjeras en primer lugar; y en segundo término, la circulación internacional de los documentos extranjeros (2011, p. 9).

En consecuencia, los efectos de la filiación así obtenida con arreglo al ordenamiento jurídico extranjero que permite la gestación por sustitución, plantean generalmente un problema de reconocimiento, normalmente en el ámbito registral. Ahora bien, cuando esa filiación ha sido establecida en otro Estado por una autoridad judicial, la inscripción dependerá del previo reconocimiento extraterritorial de la sentencia extranjera sorteando los requisitos legales exigidos para proceder al *exequátur*, entre ellos el control de la competencia internacional de la autoridad de origen y el control del orden público internacional.

² Es imposible determinar el número de acuerdos internacionales de maternidad subrogada celebrados en el mundo. Sin embargo, surge de los datos de cinco agencias internacionales especializadas en la gestación por sustitución que el "mercado" registró un enorme crecimiento: entre 2006 y 2010, las cifras muestran un aumento en un porcentaje cercano al 1000% en todas las agencias.

Efectivamente, la inexistencia de la institución en el país hasta nuestros días, aún cuando no está prohibida expresamente, podría motivar el recurso al orden público internacional a fin de negarle efectos en nuestro territorio.

Para interponer esta excepción de orden público en las hipótesis de maternidad por sustitución consagrada en el extranjero, se han hecho valer las siguientes consideraciones:

(L)a indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto de un derecho patrimonial; afecta además, a la dignidad de los seres humanos, al ser considerados como objetos –tanto la madre gestante como el niño producto de la procreación médicamente asistida- y no como fines en sí mismos; generaría *un derecho al niño*, como si fuera una cosa; la gestación de un niño mediante la donación de los gametos no puede asimilarse a la donación de un riñón o de un ojo; puede producir una confusión en la mente del niño acerca de quiénes son sus padres y ocasionar alteraciones psicológicas, en cuanto heredaría una filiación compleja; influiría también en la configuración antropológica del niño: parejas japonesas donan su embrión a mujeres indias, parejas europeas donan su embrión a mujeres africanas, etc.; sería un nuevo mecanismo de explotación de la miseria humana, ya que en la mayoría de los casos la maternidad por sustitución oculta un negocio de cifras muy abultadas, donde la madre por sustitución generalmente reciben una ínfima parte, y el resto va a las instituciones que funcionan como ‘bancos’ de materiales genéticos, al Estado por vía indirecta a través de los impuestos aplicables, y al esposo de la mujer gestante. Se saldría del derecho de las personas para ingresar al derecho de los contratos, o al de los bienes (Santos Belandro, R., 2011, p. 16).

Cabe señalar que, en estos casos, es posible recurrir al llamado orden público atenuado (o efecto atenuado del orden público), ya que no es la misma reacción del foro cuando se trata de constituir una relación jurídica en base a una ley extranjera, que cuando se trata de reconocer efectos a una relación jurídica ya constituida en el extranjero. La acción del orden público en éste último supuesto es menos intensa que en el primero. Sobre este tema, es ilustrativa la jurisprudencia extranjera. Por ejemplo, una Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo (España), de 9 de abril de 2012, que concede a una madre por subrogación (madre comitente) el permiso por maternidad y el derecho a percibir un subsidio por maternidad, en relación con su hijo nacido en California mediante gestación por sustitución. El juez afirmó que: el hecho de que la maternidad por sustitución no esté reconocida en España, es más, esté prohibida, no es motivo para que no se le reconozca a la madre el subsidio, porque en otras situaciones ilegales o irregulares, existe la protección del sistema para los afectados. El juzgado ejemplifica con la pensión de viudez que se otorga a las viudas de un causante poligámico o la protección que se otorga, en materia de Seguridad Social, a los trabajadores en situación irregular. Concluyó que siendo la maternidad por sustitución equiparable a las demás situaciones de hecho protegidas, la denegación del subsidio solicitado vulneraría el principio de igualdad (Álvarez González, S., 2013, p. 85).

Por otro lado, la excepción de fraude (ya sea a la jurisdicción o a la ley aplicable) también puede ser invocada. En efecto, el sometimiento a los procedimientos médicos necesarios se torna factible sólo en los sistemas jurídicos que lo autorizan, y es en virtud del paraguas de legalidad brindado por dichos ordenamientos que la maternidad subrogada se viabiliza. Es por ello que, resulta esencial distinguir los supuestos en los que el convenio de gestación por subrogación tiene lugar en un Estado con el que los involucrados ya se encontraban internacionalmente conectados (sea en función de su domicilio, residencia o nacionalidad), de aquellas hipótesis en las que el traslado de los particulares se lleva a cabo con la única finalidad de celebrar y cumplir un contrato de estas características (Dreyzin de Klor, A. y Harrington, C., 2011, p. 301).

En definitiva, son complejos los interrogantes frente a los casos de gestación por sustitución: ¿qué dificultades se advierten en torno al establecimiento/reconocimiento de la filiación en estos casos?, ¿cómo se calificaría esta institución en el Derecho Internacional Privado argentino?, ¿qué otros problemas se encuentran involucrados: migratorios, establecimiento de la nacionalidad, preocupación relativa a las partes vulnerables, aspectos contractuales incluyendo compensación financiera, procedimientos criminales, regulación de las agencias intermediarias?, ¿cómo pueden ser solucionados? ¿Qué ley resulta aplicable? ¿Es posible aplicar un derecho extranjero que reconoce efectos jurídicos a la llamada maternidad subrogada si el derecho del foro los prohíbe?, ¿y si no los contempla expresamente? O bien ¿configuran la institución con requisitos divergentes (ej. onerosidad vs. gratuidad del acuerdo)? ¿Un juez nacional reconocería los efectos de un acuerdo de maternidad subrogada? ¿Podría reconocer un acto, documento (por ejemplo, un certificado de nacimiento), o sentencia proveniente de un país que recepta dicha institución? ¿En qué medida las dificultades experimentadas en los casos de maternidad subrogada en el ámbito internacional demandan un tratamiento específico?, ¿qué cuestiones deberían ser incorporadas en un instrumento de alcance universal en la materia? ¿Cuál es el rol que desempeña el fraude a la ley a la hora de proceder al reconocimiento de un acto o decisión extranjera en estos casos?, ¿qué rol desempeña el orden público internacional en el pedido de reconocimiento de un acto o decisión extranjera en estos supuestos? (Scotti, L., 2013, p. 267).

Analizaremos, a continuación, algunas respuestas que aporta el Derecho comparado.

VI. Sistemas de regulación: un recorrido por el Derecho Comparado

La gestación por sustitución se encuentra expresamente prohibida en muchos países, incluyendo en algunos de ellos, normas penales que incriminan la participación o la intermediación en esta práctica.

En el lado opuesto, encontramos legislaciones sumamente permisivas, que promueven el llamado turismo reproductivo.

Descubrimos, entonces, a nivel mundial, al menos tres grandes sistemas: los que prohíben la práctica; los que la admiten ampliamente, y entre estas dos alternativas extremas, los ordenamientos que la admiten pero condicionada a estrictos requisitos.

1. Legislaciones prohibitivas

En países europeos como Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria, Portugal, España, Serbia, Islandia, Finlandia, Noruega, Dinamarca la regla es la prohibición expresa y la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución.

En España, por ejemplo, el artículo 10 de la Ley 14/2006 declara “nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”; a continuación añade que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”; y deja a salvo “la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. La contratación de una madre gestante o sustitutiva, por tanto, está sancionada desde un punto de vista jurídico-civil, aunque no tenga efectos penales. Y, sin embargo, esa prohibición abre la posibilidad de que la comitente y la gestante incurran en conductas delictivas. Si, a pesar de la prohibición civil, se llevase a cabo una maternidad de sustitución en territorio español, para que se atribuyese la maternidad a la comitente ambas mujeres tendrían que ocultar la verdadera identidad de la gestante: por ejemplo, alumbrando ésta bajo la identidad de aquélla. La gestante, con ello cometería el delito de entrega de hijo a terceros para alterar o modificar la filiación; y la comitente, el delito de suposición de parto (art. 220 CP) (Orejudo Prieto de los Mozos, P., 2012, p. 5).

En Francia, el *Comité Consultatif National d’Ethique* de Francia en su Opinión n° 3 del 23 de Octubre de 1984, no se manifiesta a favor de la gestación por sustitución en tanto ésta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas. La misma postura negativa se reitera en la opinión n° 90 del 24 de noviembre de 2005 sobre Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación, y en su opinión n° 110, de mayo de 2010, sobre *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)*. En esta última afirma que la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos (Lamm, E., 2012, p. 11).

Por su parte, desde 1991, la Corte de Casación francesa sostuvo el principio según el cual “la convention par laquelle une femme s’engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l’abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d’ordre public de l’indisponibilité du corps humain qu’à celui de l’indisponibilité de l’état des personnes”.

La ley de bioética de 1994 de Francia consagró formalmente la prohibición de la práctica en el seno del código civil.

El artículo 16-1 de dicha ley mantiene el principio de no patrimonialidad del cuerpo humano, de sus elementos y de sus productos, y el artículo 16-5

declara nulas las convenciones que tienen por efecto conferirle un valor patrimonial, el artículo 16-7 contiene el principio según el cual “toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle”. Además el derecho francés prevé sanciones penales. La revisión de las leyes de bioética en 2004 mantiene esta posición, sustentada por la jurisprudencia intransigente de la Corte de casación, incluso cuando el contrato fue concluido en el extranjero³.

Por su parte, la ley alemana de protección del embrión 745/90 del 13/12/90, en su artículo 1°, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece que:

1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; (...); 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento.

A su turno, en Suiza la gestación por sustitución está prohibida por el artículo 119.2 letra d) de la Constitución Federal: “La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas”. El artículo 4 de la ley federal sobre procreación medicamente asistida de 1998, reformada en 2006 expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (Lamm, E., 2012, p. 12).

Asimismo, en Italia, la ley del 19 de febrero 2004 sobre la procreación médicamente asistida prohíbe los contratos de maternidad subrogada y condena a toda persona que realice, organice o promueva esta práctica.

En Portugal, la gestación por sustitución también está prohibida por la ley n°32/2006 sobre las tecnologías de reproducción. El artículo 8.1 considera nulo y desprovisto de todo efecto los contratos de maternidad subrogada, con o sin remuneración. Las sanciones penales se reservan exclusivamente a los contratos concluidos a título oneroso.

Por otro lado, en los países de tradición islámica, esta práctica está, en principio, prohibida, como en Arabia Saudita, en Marruecos, o en Turquía. En Túnez, se encuentra expresamente condenada por el artículo 15 de la ley n° 96 del 7 de agosto de 2001 sobre la procreación médicamente asistida.

En Estados Unidos, algunos estados prohíben estos acuerdos, tales como Arizona, Indiana, Michigan, Columbia, Utah, Dakota del Norte. En Canadá, mientras que el derecho federal prohíbe solamente los contratos onerosos, la prohibición es general en Quebec. En Australia, Tasmania tiene una legislación de este tipo.

En Asia, algunos pocos países contemplan prohibiciones legislativas expresas, tales como Macao, Singapur, Vietnam, Japón y Filipinas.

³ Es de sumo interés la jurisprudencia de los tribunales franceses, orientada de modo casi unánime a negar efectos jurídicos a los acuerdos de gestación por sustitución, aún a aquéllos celebrados en el extranjero. El caso más renombrado y mediatizado es el de los esposos Mennesson, que llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos, sobre el que volveremos en este trabajo más adelante.

2. Legislaciones restrictivas

Otros Estados, en cambio, permiten la gestación por sustitución, siempre que se cumplan ciertas condiciones. Adoptan, por ende, una posición más moderada. Ello sucede en el Reino Unido, Canadá, Israel, Grecia, Australia, Queensland, New South Wales, South Australia, Victoria, Western Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda.

Algunos de estos ordenamientos exigen una pre-aprobación del acuerdo, que deberá ser presentado ante una autoridad competente (judicial o extrajudicial) que controlará que se configuren los requisitos legales antes del inicio del tratamiento. Otros sistemas, en cambio, conservan la regla tradicional de establecimiento de la maternidad (*mater semper certa est*), y protege el derecho de la gestante a un cambio de opinión. Tal es el caso, de la legislación del Reino Unido, de acuerdo a la cual, la filiación se determina con respecto a la madre que da a luz, y sólo se transfiere, pasado un período de reflexión de seis semanas que se otorga a la gestante, a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales. El juez inglés establecerá, entonces, la filiación del niño respecto de los padres intencionales mediante una *parental order*.

En varias de estas legislaciones se intenta combatir el turismo reproductivo. En la legislación inglesa, la mencionada *parental order*, tiene, entre otros requisitos, la necesidad de que al menos uno de los solicitantes tenga su domicilio en el Reino Unido. Asimismo, en Grecia los arts. 1458 y 1464 del Código Civil sólo son aplicables cuando la mujer comitente y la mujer gestante poseen ambas su domicilio en Grecia.

La ley holandesa es aún más exigente. El reglamento del 1 de abril de 1998 relativo a los establecimientos dedicados a la fertilización in vitro establece que la subrogación se llevará a cabo conjuntamente con la fertilización in vitro, sólo si el médico responsable de la operación confirma que se trata la única manera para que una mujer se convierta en madre, y la operación debe llevarse a cabo de acuerdo con las directrices de la Asociación Holandesa de Obstetricia y Ginecología. Además, la adopción de un niño de una subrogación está sujeta a estrictas condiciones. Sólo los contratos onerosos están sometidos a sanciones penales.

Por su parte, la gestación por sustitución se regula en Sudáfrica por la Ley de la infancia (en vigor desde el 1 de abril de 2010). Sólo los contratos gratuitos y entre contratantes domiciliados en Sudáfrica están permitidos, con sujeción a la aprobación previa de la Corte Suprema. La filiación se establece directamente a favor de los padres intencionales.

En Israel, se regula estrictamente desde 1996 por la Ley de contratos de alquiler de vientres. En un primer momento, una autoridad estatal específicamente creada a tal efecto (*National Statutory Approvals Committee*) debe autorizar el acuerdo. En un segundo paso, una vez que el embarazo llegó a término y el niño ha nacido, la filiación legal será establecida judicialmente. Las partes en el contrato (pareja y madre de alquiler) deben residir en Israel y ser de la misma religión.

En Hong Kong, la Ordenanza sobre las Tecnologías de Reproducción Humana de 2000 prohíbe los contratos onerosos y reserva la práctica para las

parejas casadas que proporcionen sus propios gametos y sólo si se ha demostrado que la mujer no podía tener hijos y que el recurso a una madre de alquiler es la única alternativa posible.

En líneas generales, podemos concluir que para contrarrestar los efectos negativos derivados de estos acuerdos, este tipo de leyes además de la aprobación judicial o administrativa previa o requisitos sobre la nacionalidad o domicilio de los comitentes y de la gestante, prevén exigencias respecto a la edad, consentimiento, estado civil, salud física y psíquica de los intervinientes, algunas legislaciones requieren que la gestante compruebe que ya ha dado a luz anteriormente en al menos una oportunidad; pueden exigir que la agencia gubernamental competente realice una visita al hogar de los contratantes. Muchas leyes condicionan la legalidad de la práctica a su gratuidad, solo admitiendo el pago de una compensación a favor de la gestante, limitada a cubrir los gastos médicos relacionados con el embarazo, la elaboración de evaluaciones médicas y no médicas, la pérdida de los salarios de la madre cuando la ausencia del trabajo sea recomendada por escrito por un médico, la celebración de un contrato de seguro de salud, incapacidad y vida durante el término del embarazo y hasta seis semanas después, y los gastos legales razonables que se deriven del contrato. Ciertas legislaciones también requieren que el acuerdo contenga una cláusula que exprese el consentimiento de la madre subrogada de renunciar a la custodia del recién nacido o que acepta la obligación de custodia si ella decide mantener sus derechos sobre este. Adicionalmente, algunos Estados reconocen a la madre subrogada la posibilidad de cambiar su decisión de renunciar a los derechos de custodia sobre el menor, hasta un cierto momento después del nacimiento, siguiendo el mismo principio establecido para los casos de adopción tradicionales (Rodríguez-Yong, C. y Martínez-Muñoz, K, 2012, p. 59).

3. Legislaciones permisivas

En las legislaciones más liberales, como las de Georgia, Ucrania, Georgia, Armenia, India, Rusia y de algunos Estados de los Estados Unidos, como California, Arkansas, Ohio, entre otros, la gestación por sustitución es absolutamente legal y las exigencias son mínimas, relacionadas generalmente con las condiciones de salud de la gestante.

En efecto, entre los destinos más habituales encontramos a California (EEUU), fundamentalmente porque su ordenamiento es de los pocos que no pone obstáculos cuando los comitentes tienen nacionalidad y/o residencia en otro Estado. En California, esta figura se ha convertido en un negocio sumamente lucrativo, con la intervención de una empresa local especializada en la intermediación entre los comitentes y la gestante. Las autoridades californianas, una vez que hayan verificado que concurren todos los requisitos, declaran, antes de que el parto tenga lugar, que los comitentes son los progenitores legales de los niños que nazcan. Otros de los países que funcionan como *paraísos* para la maternidad subrogada es la India, principalmente por los bajos costos para los padres contratantes y por la gran disponibilidad de madres subrogantes.

En estos sistemas más liberales, la paternidad se establece directamente entre el niño y los padres intencionales, eliminando así cualquier procedimiento adicional (como la adopción, transferencia de custodia o patria potestad).

Nada indican, en cambio, respecto de la nacionalidad o residencia de los comitentes y la gestante. Siendo así, promueven el turismo reproductivo, es decir el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a técnicas de reproducción humana asistida que no se encuentran disponibles en su Estado.

Sin embargo, algunas de estas legislaciones más permisivas, como es el caso de la India, ocasionan serios problemas al niño ya nacido a través de esta práctica cuando la comitente no es nacional. Este país no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio. Según la normativa vigente en la India, a los niños nacidos a través de gestación por sustitución se les extiende un certificado de nacimiento donde figura el nombre del padre –quien aportó el gameto masculino– y como nombre de la madre, la leyenda “madre subrogante o madre sin estado”.

Finalmente, en un gran número de países, la gestación por sustitución no se encuentra ni prohibida ni autorizada o regulada por los tribunales, pero la práctica se realiza generalmente en el extranjero, y surgen los conflictos.

VII. Consecuencias y dificultades ante el *turismo reproductivo*

Tal como bien expresa Lamm, el turismo reproductivo da lugar a diferentes problemas que se presentan cuando los comitentes desean llevar al niño a su Estado de residencia; una vez que el niño está en el Estado de residencia de los padres y se procura la inscripción del certificado de nacimiento extranjero o se demanda una acción judicial/administrativa para reconocer el certificado de nacimiento extranjero o la sentencia extranjera relativa a la filiación legal del niño (Lamm, E., 2012, p. 21).

El primer problema se configura cuando la ley considera padres a los comitentes, pero no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por lo que los comitentes tienen que solicitar un pasaporte (u otros documentos de viaje) ante la representación consular de su país, que en muchas ocasiones, es denegado. El niño es apátrida y permanece con filiación incierta.

En Argentina, tuvo gran repercusión mediática el caso de Cayetana, la niña de madre argentina y padre español, ambos residentes en Madrid, España, que nació en la India por medio del alquiler de un vientre, y a la que ninguno de los países involucrados quería darle la ciudadanía. Finalmente, a través de una medida *autosatisfactiva*, un juez de familia de San Lorenzo, localidad santafesina de la que es oriunda la madre, reconoció la nacionalidad argentina de la niña, quien pudo ser inscripta en el consulado de Nueva Delhi (Argentina, Tribunal de 1ª Instancia de San Lorenzo, Expte. n° 3263/12, 2 julio

2012, "S. G., E.F. y/o G., C. E. s/ Medida C. Autosatisfactiva", Escola, M., firmante)⁴.

Las autoridades indias habían rechazado conceder la nacionalidad porque los padres eran extranjeros. En España, argumentaron que Elsa Saint Girons no podía figurar como madre porque existe otra con la categoría de subrogada: la mujer que aceptó alquilar su vientre, y en ese país, como vimos, está vedada esta práctica. La embajada argentina había rechazado, en un primer momento, la solicitud al alegar que la mujer no tiene residencia actualmente en el país.

El juez argentino sostuvo, en lo principal que:

Es procedente la medida autosatisfactiva a fin de obtener la inscripción como argentina de su hija de la actora, nacida en la República de la India mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre, pues, se encuentran conculcados derechos de raigambre internacional incorporados a nuestra Carta Magna (art. 75 inc. 22) y que atentan contra el interés superior de la niña, que nacida hace más de cuarenta días aún no ha sido inscripta y por lo tanto no goza de identidad y nacionalidad, dentro del plexo de derechos que como sujeto de derecho le corresponden (...). La negativa de inscribir como argentina a una niña nacida mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre por parte del Consulado argentino en la ciudad de Nueva Delhi, avasalla su derecho a la nacionalidad entendido como un derecho humano básico en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se consagró el reconocimiento a la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho reafirmado en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad entre personas.

Y por último, reafirma que:

La actitud tomada por el Consulado argentino en Nueva Delhi al no inscribir como argentina a una niña nacida mediante la técnica de gestación por

⁴ El juez Marcelo E. Escola resolvió: "1) Ordenar al Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y/u organismo que corresponda, a que en el plazo de tres días hábiles de comunicada la presente resolución inscriba a la menor C. E. G. y S. G., hija de los cónyuges J. A. G. G., pasaporte español n° AAD... y E. F. S. G., DNI n°..., argentina nativa nacida el 27 de abril de 1961 en la ciudad de Rosario (Provincia de Santa Fe - República Argentina), anotada en el acta n° ... del Tomo: ... Folio: ... quienes en ejercicio de la patria potestad han hecho la opción por la nacionalidad argentina para su hija, en el Libro de las Personas del Consulado argentino en la ciudad de Nueva Delhi (República de la India) y comunique dentro del plazo de treinta (30) días de producida la inscripción al Registro Nacional de las Personas, al efecto se lo faculta a que tome todas las medidas pertinentes y urgentes a fin que en el Consulado citado se proceda dicha inscripción. 2) En el mismo plazo entregue a los citados progenitores de la menor, el Documento Nacional de Identidad para la misma y su Pasaporte argentinos, como asimismo copia certificada de la partida de inscripción y de toda otra documentación que sea necesaria con respecto a la niña y deba estar en poder de los padres. Todo bajo apercibimiento de la aplicación de astreintes (artículo 666 bis del Código Civil), que comenzarán a aplicarse vencido que fuere el plazo indicado en el punto 1) de este Resuelvo y que consistirá en el monto diario de gastos que tenga el matrimonio G. - S. G. por su estadía en la ciudad de Nueva Delhi (República de la India) y hasta tanto se cumpla con lo aquí ordenado, las sumas de dinero que sean producto de la aplicación de astreintes, deberán ser depositadas en una cuenta que al efecto se abrirá en el Nuevo Banco de Santa Fe SA Sucursal San Lorenzo (Sta. Fe), a la cuenta y orden de este Tribunal y para estas actuaciones y la misma tendrá carácter de alimentario a favor de la menor C. E. G. y S. G. 3) Líbrense los despachos que correspondan para el cumplimiento de la presente. Insértese y hágase saber".

subrogación de vientre, debido a que la madre, argentina nativa, no reside en nuestro país, ha conculcado el derecho a la identidad de la menor que goza de expresa jerarquía constitucional a partir del año 1994, al incorporar la Convención sobre los Derechos del Niño.

En otros casos, los problemas van a comenzar cuando los comitentes ya han regresado con el niño recién nacido a su país de residencia habitual. Cuando los comitentes procuran la inscripción del certificado de nacimiento extranjero de donde surge la filiación, o mediante una acción judicial/administrativa intentan que se reconozca el certificado de nacimiento extranjero o la sentencia extranjera relativa a la filiación legal del niño, la petición puede ser denegada, principalmente, por razones de orden público. Dos casos que ilustran con meridiana claridad este tipo de problemas son “Mennesson” y “Labassee”, ambos resueltos por los tribunales franceses y luego objeto de recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos que ha dictado una sentencia de fecha 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia), por la que declara que Francia viola el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH), por no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo.

En ambos casos, los recurrentes son dos matrimonios franceses que contrataron en los Estados Unidos gestaciones por sustitución, por implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De tales gestaciones nacieron, en un caso, dos niñas gemelas y en el otro una niña.

De acuerdo con sentencias dictadas en los estados de California y de Minnesota, cada una de las parejas son los padres de las respectivas niñas.

La Cour de Cassation denegó las respectivas solicitudes de inscripción de filiación o de reconocimiento de sentencias solicitadas por los recurrentes, bajo el criterio de que la gestación por sustitución incurre en una nulidad de orden público según el artículo 16-9 del Código Civil francés. Los recurrentes invocaron el art. 8 del Convenio del Convenio Europeo (respeto a la vida privada y familiar), por el perjuicio que para el interés superior del menor se deriva del hecho de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero.

El Corte EDH señala que el artículo 8 es aplicable tanto en lo que se refiere a la “vida familiar” como a la “vida privada”. Asimismo, recuerda que el derecho a la propia identidad forma parte integral de la noción de vida privada y que hay una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación. El Tribunal admite que la injerencia litigiosa afecta a dos de los objetivos legítimos enunciados por el artículo 8: la “protección de la salud” y la “protección de los derechos y libertades de los demás”. Seguidamente, examina a continuación si esta injerencia es necesaria en una sociedad democrática. En este sentido subraya que, consideradas las delicadas cuestiones éticas que se suscitan sobre este tema y la falta de consenso sobre el mismo en Europa, los Estados deben disponer de un amplio margen de apreciación en sus opciones relativas

a la gestación por sustitución. Sin embargo, este margen de apreciación debe limitarse cuando se trata de la filiación, ya que ello afecta a un aspecto esencial de la identidad de las personas. Por otra parte, incumbe al Tribunal decidir si se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, habida cuenta en particular del principio esencial según el cual, cada vez que está en cuestión la situación de un niño, debe primar el interés superior de éste.

Por lo que se refiere a la vida familiar de los recurrentes, el Tribunal observa que esta se ve necesariamente afectada por la falta de reconocimiento por el derecho francés de la relación de filiación entre los hijos y los esposos que contrataron la gestación en el extranjero. Pero constata, sin embargo, que los recurrentes no pretenden que los obstáculos con los cuales se han encontrado fuesen insuperables ni que se hayan visto impedidos de disfrutar en Francia del derecho al respeto de su vida familiar. Se ha acreditado, en efecto, que padres e hijo se han podido establecer juntos en Francia poco después del nacimiento del hijo, que viven juntos en una situación globalmente comparable a aquella en las que viven otras familias y que no se ha estimado que exista el riesgo de que las autoridades decidan separarles con motivo de su situación respecto del derecho francés. Además, como consecuencia de un examen del caso concreto, los jueces franceses han estimado que las dificultades prácticas con las que se han encontrado los recurrentes no han excedido los límites que impone el respeto a la vida familiar. En consecuencia, se aprecia que se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses de los recurrentes y los del Estado por lo que se refiere a su derecho al respeto a la vida familiar.

No obstante, por lo que se refiere al respeto de la vida privada de los niños así nacidos, el Tribunal aprecia que estos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica: sin ignorar que los niños han sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes, Francia les niega, sin embargo, esta consideración en su ordenamiento jurídico. El Tribunal considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa. Por añadidura, a pesar de que su padre biológico sea francés, los niños se ven abocados a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente la definición de su propia identidad. El Tribunal aprecia, además, que estos niños no pueden heredar de los esposos recurrentes sino en tanto que legatarios de los mismos, de forma que los derechos sucesorios se calculan de forma menos favorable, evidenciando así otro elemento de la identidad filial de los que se encuentran privados.

Obstaculizando de esta manera tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico, el Estado francés ha ido más allá de lo que le permitía su margen discrecional, por lo que el Tribunal concluye que se ha ignorado el derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del Convenio.

El Tribunal europeo condenó a Francia a satisfacer a cada uno de los niños afectados en el caso 5.000 euros por daños morales⁵.

VIII. La situación legal en la República Argentina. Evolución.

1. El Código Civil de Vélez Sarsfield (CC)

Vélez Sarsfield adoptó las ideas provenientes de la tradición romana, que valoraban la necesidad de proteger a la familia legal, y a la descendencia matrimonial. Por ende, distinguía de forma tajante entre hijos legítimos e ilegítimos. A su turno, entre los segundos, con un status jurídico y social claramente desventajoso frente a los primeros, se diferenciaban distintas clases. Los más favorecidos eran los hijos naturales, es decir, “los nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa”. Tenían acción para pedir su reconocimiento. Establecía reciprocidad alimentaria entre padres e hijos naturales, y admitía la posibilidad de su legitimación, pudiendo ésta ser impugnada. En materia sucesoria, podían concurrir junto con el cónyuge y los hijos legítimos, pero en condiciones mucho menos ventajosas. Los incestuosos podían, de acuerdo al grado de consanguinidad de los progenitores, equipararse con los naturales. A los adulterinos no se les admitía legitimación alguna. Los sacrílegos fueron los más cuestionados y, por ello, la ley 2393 de matrimonio civil, en su artículo 112, eliminó esta categoría, suprimiendo los impedimentos para contraer matrimonio en virtud del orden sagrado.

La ley 14.367, de 1954, equiparó a todos los hijos ilegítimos y estableció una única categoría: la de los hijos extramatrimoniales. La ley tenía un propósito equiparador, pero quedaban resabios excluyentes en cuanto a la porción hereditaria (alcanzaba a la mitad de la que corresponde a los matrimoniales).

Fue recién en 1985, que la ley 23.264 logró la equiparación definitiva de todas las categorías. Clasificó a los hijos en por naturaleza (matrimoniales y extramatrimoniales) y por adopción, dando por finalizado la tan cuestionable discriminación. El artículo 240, segundo párrafo del Código Civil dispuso desde que entonces que “la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme las disposiciones de este código”.

Ahora bien, nuestra legislación civil no contenía norma alguna sobre técnicas de reproducción humana asistida. Por ende, la filiación del nacido a partir de la gestación por sustitución quedaba en un limbo jurídico. Veamos las normas que resultaban aplicables ante esta laguna legal.

El artículo 242 CC establecía que la filiación queda establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. El estado de filiación materna queda establecido por el parto. Por ende, ante

⁵ Como consecuencia de este importante fallo de la Corte EDH, algunos Estados europeos han replanteado su legislación y jurisprudencia en la materia. En efecto, el 9 de julio de 2014, el Ministerio de Justicia español se ha comprometido a adaptar la legislación a lo establecido por esta sentencia y facilitar la inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos de vientres de alquiler.

esta disposición, en un supuesto de práctica de subrogación, la madre del nacido era la subrogada, la gestante.

Por otro lado, con respecto a la determinación de la paternidad, el artículo 243 CC establece que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio. Por lo tanto, en el caso que la gestante se encuentre casada, el nacido era considerado como hijo del marido de la misma, no así de los padres comitentes. Sin embargo, atento a la calidad de presunción *iuris tantum*, dicha paternidad bien podía ser impugnada por el marido de la madre subrogada.

Aún ante este panorama normativo, la práctica se realizaba y se realiza en la Argentina. La filiación del niño se establece a través de diversos subterfugios como la impugnación de la maternidad o el reconocimiento por parte del marido que brinda sus gametos. Esta persona es efectivamente el padre biológico, se admite el reconocimiento sin dificultades, y seguidamente su esposa puede solicitar la adopción de integración del hijo del cónyuge. Si la gestante es casada, también se recurre al mismo mecanismo, aunque previamente el marido de la gestante deberá iniciar una acción de impugnación de la paternidad (art. 259 CC), alegando no ser el padre genético del niño nacido de su esposa a los efectos de que el comitente, a quien le corresponde el material genético, reconozca al niño. Posteriormente, la esposa peticiona la adopción de integración.

Si los comitentes no aportan el material genético, en muchos casos se vulneran las normas de adopción que no admiten la entrega directa de la familia biológica a la nueva familia adoptante: el matrimonio comitente solicita la adopción conjunta después que el niño ya ha establecido un fuerte vínculo afectivo con ellos. El interés superior del niño bien puede justificar una decisión judicial en este sentido.

Sin perjuicio de incurrir en un delito penal (arts. 139 y ss. del Código Penal), en ocasiones, directamente se falsifican las partidas de nacimiento para que la comitente figure como madre, en lugar de la gestante que tuvo el parto.

2. El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

El 23 de febrero de 2011, el Poder Ejecutivo Nacional creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Esta Comisión, integrada por los doctores Ricardo Luís Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, elevó un Anteproyecto en marzo de 2012.

Dicho Anteproyecto incorporaba en su texto original la regulación de la gestación por sustitución, en los siguientes términos: Artículo 562. "Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

En los fundamentos se afirma:

El derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación. El proyecto sigue la tercera postura por diversas razones. En primer lugar, la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional. Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como *turismo reproductivo*); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres. Más aún, en el país ya se ha planteado la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado. Por otra parte, el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición...

El sistema proyectado pretendía asegurar el cumplimiento de los requisitos legales con carácter previo a la provocación del embarazo ante la instancia judicial.

En los casos de gestación por sustitución, la filiación se determinaría sobre la base de la voluntad procreacional. Por ello, el artículo previsto exigía el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso. Este consentimiento, como fue dicho, debería ser homologado por autoridad judicial.

Ante esta norma, se podrían haber presentado casos en los cuales se practicó la gestación por sustitución en el extranjero de acuerdo a pautas divergentes con las previstas por el artículo 562 proyectado. Por ejemplo, en

caso de haber incorporado esta disposición: ¿un tribunal argentino reconocería un acuerdo de maternidad subrogada celebrado en el extranjero bajo un derecho que no exige autorización judicial?, o cuando la gestante aporta su propio material genético?, o cuando la práctica se llevó a cabo pese a que los comitentes eran fértiles y podían llevar a término un embarazo?; o en aquellos casos en los cuales la gestante recibe una retribución que excede los gastos razonables?

Ha dejado de tener sentido, en gran medida, intentar dar respuesta a estos interrogantes dado que la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación ha eliminado el mencionado artículo del texto que aprobó el Congreso de la Nación, y por ende, nos quedamos respecto al tema que nos ocupa ante una situación similar a que teníamos con el antiguo Código Civil. Veamos.

3. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994 (Boletín Oficial: 8 de octubre de 2014), que entrará en vigor el 1° de agosto de 2015⁶, admite en el artículo 558 una nueva fuente de filiación, que equipara a las ya reconocidas legislativamente: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

Asimismo, este cuerpo legal dedica algunas disposiciones a las llamadas “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”. En efecto, establece las siguientes pautas:

- El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones (artículo 560 CCCN).
- La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (artículo 561 CCCN).
- Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil

⁶ La Ley 27.077, sancionada el 16 de diciembre de 2014, sustituye el artículo 7° de la ley 26.994 por el cual el nuevo Código entraría en vigor el 1° de enero de 2016, por el siguiente texto: “La presente ley entrará en vigencia el 1° de agosto de 2015”.

y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos (artículo 562 CCCN).

- La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento (artículos 563 y 564 CCCN).

Como anticipamos el nuevo Código ha eliminado de tu texto definitivo la disposición que regulaba la gestación por sustitución en el Anteproyecto.

En consecuencia, a tenor de las nuevas normas, la gestante es considerada la madre, en tanto los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, es decir de quien ha demostrado su vocación procreacional. Por ende, es altamente probable que los comitentes sigan recurriendo a los señalados subterfugios legales cuando hayan optado, de todos modos, por esta práctica ante la imposibilidad de tener un hijo naturalmente o a través de otras técnicas.

En suma, nuestro legislador ha tomado una posición desfavorable respecto de la gestación por sustitución en el país, que sin prohibirla expresamente, no reconoce la maternidad de la comitente, sino de la gestante, regla inversa a la que contemplan las legislaciones que admiten la figura.

Ahora bien, una situación distinta se puede configurar cuando la práctica de ha realizado en extranjero y lo que se solicita es el reconocimiento de efectos en el territorio de la República Argentina.

A tales efectos, nos interesa detenernos, en particular, en el artículo 2634 CCCN, según el cual: "Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquéllos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño".

La incorporación de esta norma se basa, a tenor de los fundamentos expuestos por los especialistas que la propusieron, en las siguientes consideraciones:

No se nos escapa que el derecho de fondo en cuestiones de filiación se encuentra en plena evolución, con grandes diferencias en las legislaciones nacionales. Por ello, se ha incluido una norma específica que sienta el principio del reconocimiento de todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero, en tanto sea compatible con los principios de orden público de nuestro país, especialmente los que imponen la consideración del interés superior de niños y niñas. Esta norma tiende a la

estabilidad del vínculo filial, permitiendo el control del orden público internacional que el juez apreciará en el caso concreto.

En consecuencia, el reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero debe estar guiado por el *favor filiationis*, es decir, siempre corresponde inclinarse a favor de dicho emplazamiento, sobre todo cuando no exista otro ya determinado. Esa es la respuesta que satisface el interés superior del menor y en particular, su derecho a la identidad.

La jurisprudencia ya ha destacado, en tal inteligencia, que “es definitorio que el Estado Argentino ha elevado a condición de norma con jerarquía constitucional Tratados que establecen y favorecen la determinación de la filiación de origen de los menores (Convención sobre Derechos del Niño) y es claro que no se satisfaría tal cometido constitucional si la protección se restringe a los nacionales de nuestro Estado no haciéndola extensiva al extranjero que acude en busca de un emplazamiento filiatorio” (Argentina, Tribunal Colegiado de Familia nº 5 de Rosario, 24 octubre 2002, “N., B. c. B., G.”)⁷.

⁷ En este fallo, el tribunal concluyó que la aplicación del Derecho Argentino, es la solución que, en el caso, más favorece el reconocimiento y dilucidación del vínculo, en consonancia con el principio *favor filius* vigente en el Derecho Internacional Privado.

En este sentido,

(D)eberá priorizarse la faz dinámica de la identidad del niño en cada caso, sobre todo en aquellos supuestos en el que vínculo afectivo y social se encuentre ya afianzado y cualquier decisión que vulnere esos derechos adquiridos atentaría contra los derechos fundamentales del niño y desatendería su mejor interés (Rubaja, N., 2012, p. 331).

Tal como podemos observar el artículo 2634 contiene dos párrafos. El primero brinda la regla general a seguir cuando se solicita ante un juez argentino el reconocimiento de los efectos de un emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero. En tales supuestos, la disposición establece que deberá reconocerse en nuestro país, de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquéllos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Por ende, se vincula al artículo 2600 CCCN de la parte general de las disposiciones de Derecho Internacional Privado, según el cual las normas de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino. En consecuencia, si dicho reconocimiento del estado filiatorio conduce a un resultado contrario a nuestros principios esenciales, deberá ser desechado.

El segundo párrafo del artículo bajo estudio se ocupa de un tema muy delicado y recientemente explorado por el derecho argentino, como es la relación entre el Derecho Internacional Privado y las llamadas técnicas de fertilización asistida. Según la norma que estamos analizando las disposiciones sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. Agrega el artículo que, en todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

Cabe recordar que el orden público internacional argentino en esta materia viene dado por los principios consagrados positivamente en diversos convenios internacionales con jerarquía constitucional, enumerados en el artículo 75 inciso 22. En particular, cabe recordar el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 establece que: 1. *El niño será inscripto*

inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (el destacado nos pertenece).

A su turno, el artículo 8 dispone que: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar *el derecho del niño a preservar su identidad*, incluidos la nacionalidad, el nombre y *las relaciones familiares* de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, *los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad* (el destacado nos pertenece).

En suma, el juez recurrirá al orden público internacional para desconocer las disposiciones de un derecho extranjero, bajo el cual fue constituida una filiación, siempre por vía de excepción, cuando dicho ordenamiento jurídico foráneo atente manifiestamente con nuestros principios fundamentales.

Respecto al tema que nos ocupa, entendemos que en la balanza del juez, en el caso concreto, debe pesar más el interés superior del niño nacido a través de una gestación por sustitución y los derechos y efectos que derivan de la determinación de la filiación a favor de los comitentes, que la mera invocación a la ilicitud del objeto y consiguiente nulidad del acuerdo de maternidad subrogada en los términos de los nuevos artículos 279 (Objeto del acto jurídico), 1003 y 1004 (Objeto de los contratos), de contenido similar al antiguo artículo 953 del código derogado.

IX. Consideraciones finales

La gestación por sustitución es una realidad que se impone a la prohibición de la ley y aún más al silencio de las normas.

Una regulación estricta, con pautas claras y eficaces sería un instrumento idóneo para proteger los derechos de todas las personas involucradas: comitentes, gestante y principalmente, los niños que nacen gracias a esta práctica. Son muchas las situaciones conflictivas que se pueden presentar y que requieren una solución que provenga de la mano de la ley: desde los casos en los que la gestante se niega a cumplir el acuerdo y a entregar al niño, hasta los lamentables supuestos en donde los padres intencionales rechazan hacerse cargo del niño nacido con algún tipo de discapacidad, o ante la separación de la pareja, o del deceso de uno o ambos comitentes una vez realizado el acuerdo pero antes del nacimiento, entre tantos otros supuestos controvertidos.

Si bien la regulación de esta compleja figura en la República Argentina merece un debate amplio y soluciones consensuadas, entre tanto nuestro país debería asumir una posición firme a favor del reconocimiento de la filiación en pos del interés superior del niño, ante los hechos ya consumados bajo el amparo de una legislación extranjera. En efecto, las parejas no dudarán en traspasar las fronteras para realizar la práctica en otro país que la admita con cierto grado de amplitud que no les exija la nacionalidad o la residencia allí establecida. Una vez de regreso a nuestro país, la relación jurídica entre los

padres intencionales y el niño, así como todas las consecuencias de dicho vínculo no pueden caer en un vacío jurídico.

No es deseable ni prudente dejar completamente librado al juez establecer el contenido del orden público internacional frente a este tipo de casos, cada día más frecuentes, pues dicha situación generaría un alto grado de incertidumbre para los padres y en especial para el propio menor.

El sólo hecho de que un niño haya nacido a través de esta práctica en el extranjero no debería considerarse atentatorio con nuestros principios fundamentales, mucho menos aún las consecuencias jurídicas que se deriven del reconocimiento filiatorio, tales como la nacionalidad del niño, el estado de inmigración, el ejercicio de la responsabilidad de los padres respecto del hijo, los derechos hereditarios, etc.

En conclusión, no es idéntica la reacción del foro cuando se trata de constituir una relación jurídica en base a una ley extranjera, que cuando se trata de reconocer efectos a una relación jurídica ya constituida en el extranjero. Consideramos que en estos casos, debemos recurrir al mencionado orden público atenuado.

Cierto es que hay distintos supuestos, algunos más sencillos que otros. No es lo mismo que el niño sea descendiente genético de los comitentes que no lo sea; no es lo mismo que se trate de una pareja heterosexual, que una pareja homosexual, en particular para los países que no han aceptado aún el matrimonio igualitario. También debemos tener presente que los aspectos negativos que se le suelen endilgar a la maternidad subrogada no se configuran en la mayoría de los casos: no siempre se *cosifica* o *contractualiza* al niño, no siempre la práctica es onerosa al punto de obtenerse beneficios indebidos, no siempre la madre gestante es denigrada o explotada.

Por otro lado, dentro del contenido del orden público internacional de todos los países que hemos ratificado los más célebres tratados de derechos humanos, y en nuestro caso, que los hemos jerarquizado equiparando su rango al de la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22), se encuentra el derecho a la no injerencia en la vida personal y familiar.

A nuestro criterio, la citada jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos se encamina por el buen sendero, y en tal sentido, los mismos argumentos bien pueden emplearse para los casos de reconocimiento extraterritorial de filiaciones obtenidas a través de una gestación por sustitución y de sus efectos en la República Argentina.

En suma, el debido resguardo de los derechos del niño siempre debe estar en los cimientos y en las entrañas de toda decisión que se adopte en estos casos de extrema complejidad y delicadeza.

Referencias

Álvarez González, S. (2013). Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución. En: Forner Delaygua, J., González Beilfuss, C. y Viñas i Farré, R. *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación*

- internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás* (77-90). Madrid: Marcial Pons.
- Dreyzin de Klor, A. y Echegaray de Maussión, C. (2011). *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*. Córdoba: Advocatus.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret - Revista para el análisis del derecho*, 3, 1-49. Recuperado de: <http://www.indret.com> (18-01-2015).
- Orejudo Prieto de los Mozos, P. (2012). Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución. En: Navas Navarro, Susana. *Iguales y Diferentes ante el Derecho privado* (465-516). Valencia: Tirant Lo Blanch. Recuperado de: <http://eprints.ucm.es> (10-01-2015).
- Rodríguez-Yong, C. y Martínez-Muñoz, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXV (2), 59-81. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003> (20-01-2015).
- Rubaja, N. (2012). *Derecho Internacional Privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Santos Belandro, R. (2011). La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella. *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 65. Recuperado de: <http://www.eldial.com.ar/> (28/11/2014).
- Scotti, L. (2013). El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. *Pensar en Derecho*, 1, 267-289. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf> (28/11/2014).

Normas citadas

- Alemania. Ley N° 745/90, *Protección del embrión*. 13 diciembre 1990.
- Argentina. Ley N° 340, *Código Civil*. 25 septiembre 1869.
- Argentina. Ley N° 14.367, *Modificación al Código Civil, Filiación*. Boletín Oficial 3 noviembre 1954.
- Argentina. Ley N° 23.264. *Modificación al Código Civil, Filiación*. Boletín Oficial 23 octubre 1985.
- Argentina. Ley N° 26.994, *Código Civil y Comercial de la Nación*. Boletín Oficial, 8 octubre 2014.
- Argentina. Ley N° 27.077, *Modificación vigencia Ley 26.994*. Boletín Oficial, 19 diciembre 2014.
- España. Ley N° 14/2006, *Técnicas de reproducción humana asistida*. BOE, núm. 126, de 27 de mayo de 2006, pp. 19947-19956.

- Francia. Loi N° 94-654, *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prenatal*. Diario oficial, 19 julio 1994.
- Grecia. Ley N° 3089/2002, *Reproducción humana médicamente asistida*. Gaceta Oficial de la República Helénica n° 327, 23 diciembre 2002.
- Israel. Ley N° 5746, *Acuerdos de gestación por sustitución*. 17 marzo 1996.
- Italia. Ley N° 40, *Procreación médicamente asistida*. 19 febrero 2004.
- Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), San José, Costa Rica 7 al 22 noviembre 1969.
- Organización de Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Países Bajos. Reglamento relativo a los establecimientos dedicados a la fertilización in vitro, 1 abril 1998.
- Portugal. Ley N°32/2006, *Procreación médicamente asistida*. 26 de julio de 2006.
- Reino Unido. Surrogacy Arrangements Act (c. 49). 16 julio 1985.
- Reino Unido. Human Fertilisation and Embryology Act (c. 37). 1 noviembre 1990
- Reino Unido. Human Fertilisation and Embryology Act (c. 22). 13 noviembre 2008.
- Sudáfrica. Ley N° 38, Children's Act, 2005. 19 junio 2006.
- Sudáfrica. Children's Amendment Act, 2007. 18 marzo 2008.
- Suiza. Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA). 18 diciembre 1998 (revisada el 13 junio 2006).
- Túnez. Ley N° 96, *Procreación médicamente asistida*. 7 agosto 2001.

Jurisprudencia citada

- Argentina, Tribunal de 1ª Instancia de San Lorenzo, Expte. n° 3263/12, 2 julio 2012, "S. G., E.F. y/o G., C. E. s/ Medida C. Autosatisfactiva", Escola, M., firmante. Publicado en: *LLLitoral* 2012 (diciembre), 1250.
- Argentina, Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de Rosario, 24 octubre 2002, "N., B. c. B., G.).
- Corte Europea de Derechos Humanos, asunto 65192/11 ("Mennesson c/ Francia"), 26 junio 2014. Publicado en: <http://hudoc.echr.coe.int/>
- Corte Europea de Derechos Humanos, asunto 65941/11 ("Labassee c/Francia"), 26 junio 2014. Publicado en: <http://hudoc.echr.coe.int/>
- España. Sentencia del Juzgado de lo Social n° 2 de Oviedo, sentencia núm. 212/2012, autos 1043/2011, 9 abril 2012.

Bibliografía

- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (2004). *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid: Colex.

- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (2009). Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(2), 294-319. Recuperado de: <http://www.uc3m.es/cdt> (26-12-2014).
- Dreyzin de Klor, A. y Echegaray de Maussión, C. (2011). *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*. Córdoba: Advocatus.
- Dreyzin de Klor, A. (2012). *El Derecho Internacional Privado de familia en la Postmodernidad*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Famá, M. V. (2011). Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación. *La Ley* 2011-C, 1204.
- Farnós Amorós, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. *InDret Revista para el análisis del derecho*, 1, 1-25. Recuperado de: <http://www.indret.com> (25-09-2014).
- Fresnedo de Aguirre, C. (2011). El régimen internacional de la filiación y los derechos humanos: el diálogo de las fuentes. En: Fernández Arroyo, D. y Obando Peralta, J. J. (coordinadores), *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional* (453 – 481). San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Herrera, M. y Lamm, E. (2012). Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). MJ-DOC-5751-AR | MJD575112. Recuperado de: <http://ar.microjuris.com/> (26-07-2014).
- Jayme, E. (1995). Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, en *Recueil des cours*, 25, 1995, 9-267.
- Najurieta, M. S. (2000). El derecho internacional privado de la filiación y los valores del fin de siglo. *Revista de Derecho internacional y de la Integración*, 1, 85-97.
- Quiñonez Escamez, A. (2009). Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjera mediante maternidad subrogada. *InDret Revista para el análisis del derecho*, 3, 1 - 42. Recuperado de: <http://www.indret.com> (20-01-2015).
- Santos Belandro, R. (2009). *Derecho Civil Internacional y de Familia*. Montevideo: Asociación de Escribanos de Uruguay.
- Scotti, L. (2014). La maternidad subrogada en la legislación y jurisprudencia argentinas. *Revista digital En Letra*, 1, 47-78. Recuperado de: <http://enletra.com/> (22-11-2014).

ACTIVIDADES PRÁCTICAS

Actividad 1: Análisis jurisprudencial

Tribunal: JUZGADO DE FAMILIA Nro. 7, Departamento Judicial de Lomas de Zamora
Autos: H. M. Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS (art.232 del CPCC)
Fecha: 30/12/2015

La gestación por sustitución es una Técnica de Reproducción Humana Asistida –en adelante TRHA–, considerada como una figura jurídica compleja, que en alguna de sus modalidades -como es el caso de autos- pone en tela de juicio la célebre máxima del derecho romano mater semper certa est, lo que ha dado lugar al inicio del expediente con el objeto de inscribir el nacimiento de la niña por nacer como hija de la mujer que ha aportado el óvulo y de su pareja que ha aportado el esperma para que, luego de la fertilización in vitro, se le implantara el embrión a la mujer gestante.

Recordemos que en el CCCoN, aprobado por Ley 26.994, el art.558 establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción. Se admite, así, una nueva fuente de filiación, las TRHA, que el nuevo código equipara a las ya reconocidas en la legislación anterior.

La filiación, mediante el acceso a las TRHA, constituye una fuente de filiación en igualdad de condiciones y efectos que la filiación por naturaleza o por adopción con el límite máximo de dos vínculos filiales. Con lo cual la fuente de filiación se configuraría como una garantía primaria del derecho a la voluntad procreacional.

Se evidencia que los derechos del niño y su superior interés asumen en la solución de los casos sobre TRHA un significado determinante, tanto a nivel local como en el ámbito internacional.

También advierte el Señor Agente Fiscal que “aplicar aislada y literalmente la norma del art.562 del CC y C en el presente caso sin armonizarla con los derechos de raigambre constitucional señalados más arriba, puede constituir una discriminación hacia la mujer que por carecer de capacidad gestacional pero no genética como este caso, no se le reconozca su maternidad a pesar del vínculo biológico y de conformar su proyecto de familia” y peticiona, por lo expuesto, que se haga lugar a la medida cautelar como se pide. (Arts. 14 bis, 16, 18 de la Constitución Nacional; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre art.VI; Declaración Universal de Derechos Humanos art. y art.16; Convención Americana de Derechos Humanos art 4 y 17; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art.10.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art.23.1 y 2; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Ley 26378; arts.558, 560 y ss del CC y C).

la gestación por sustitución ha sido eliminada pero no prohibida, lo que implica que está permitida en virtud del principio de legalidad (art.19 Const.Nacional) y teniendo presente las conclusiones de las XXV Jornadas de Derecho Civil de Bahía Blanca (2015) en las que por unanimidad se concluyó que “[a]ún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida”, encuentro que el artículo

562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer comitente que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, constituye en este caso de gestación por sustitución una barrera para el ejercicio –por parte de los justiciables, tanto personas adultas como menores de edad, incluyendo a la niña por nacer inmersa en la incertidumbre jurídica respecto de su identidad– de derechos humanos y fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de la máxima jerarquía jurídica, lo que torna dicho texto normativo incompatible con las protecciones debidas por la magistratura en el caso a resolver, en el marco del sistema de protección de derechos humanos, tanto la protección general establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos, como en los dos Pactos de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como las protecciones de derechos específicas que dimanar de la Convención sobre los Derechos del Niño – arts.3.1, 7, 8, 18–, de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –arts.2, 4, 16–, y de la Convención sobre la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad –arts.1, 3, 6, 23, 25– todos ellos instrumentos protectores de la máxima jerarquía jurídica en nuestro sistema, “vale aclararlo, en las condiciones de su vigencia”, como dijera la Corte Federal en el fallo Aquino (art.75 inc.22 Constitución Nacional).

En este caso el art.562 del CCCoN configura para los integrantes de esta familia, que han expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, una barrera que tornaba inaccesible para ellos el ejercicio de derechos de raigambre constitucional, cuya realización es deber de la jurisdicción garantizar.

Fallo completo disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/05/H.-M.-Y-OTROA-SMEDIDAS-PRECAUTORIAS-art.232-del-CPCC-1.pdf>

Cuestionario:

1. Describa brevemente los hechos de caso.
2. Enuncie los fundamentos de la sentencia.
3. Analice la pertinencia de aplicar el art. 2634 CCCN al presente caso. Para ello, realice un breve estudio de dicha norma.
4. ¿Qué consideraciones le despierta la declaración de inconstitucionalidad del art 562 CCCN? Fundamente su respuesta.
5. Ante un caso análogo, ¿cuál hubiera sido la solución a la luz del texto del Anteproyecto del CCCN?

6. En líneas generales, ¿qué opinión le merece el fallo?

Actividad 2: Resolución de caso práctico

Un matrimonio con lugar de domicilio en Argentina, ante la imposibilidad de tener hijos naturalmente y habiéndose sometido en el país a numerosos tratamientos de inseminación artificial, decide trasladarse a Estados Unidos a los fines de optar por un método de fecundación extrauterina. Deciden en tal sentido, luego de someterse a una fecundación in vitro implantar un embrión con gametos de los cónyuges en el útero de una mujer norteamericana con domicilio en el Estado de California. El acuerdo de gestación por sustitución es celebrado bajo el derecho californiano, en donde se admite esta práctica, se reconoce como padres a los comitentes o padres intencionales y se formaliza a través de un contrato oneroso.

El matrimonio, de regreso a la Argentina con el niño recién nacido, solicita el reconocimiento de la filiación ante un juez argentino.

1. ¿Sería competente el juez argentino? ¿Por qué?
2. ¿Qué ley resultaría aplicable en su caso? Justifique su respuesta.
3. ¿El juez reconocería dicha filiación? Fundamente su respuesta.
4. ¿El juez podría considerar que en tal práctica existe un contrato de objeto inmoral o prohibido? ¿Por qué?
5. Supongamos que la gestante reclama al niño ante la justicia argentina, pues alega ser la madre biológica: ¿Cómo resolvería el conflicto?
6. Y si los padres intencionales descubren que la gestante incumplió con una serie de obligaciones acordadas que le han ocasionado perjuicios en la salud del niño, ¿podrían iniciar un reclamo por daños y perjuicios ante los jueces argentinos?