

ABELEDOPERROT



Revista Jurídica de Buenos Aires - año 41 - número 93 - 2016

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Derecho Internacional Privado

María Elsa Uzal y María Susana Najurieta

Coordinadoras

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 41 - número 93 - 2016

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Derecho Internacional Privado

María Elsa Uzal y María Susana Najurieta

Coordinadoras



ABELEDOPERROT

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2016
© AbeledoPerrot S.A., 2016
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 210 ejemplares

ISSN 0326-7431

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO, UBA

Directores:

Roberto Guillermo Moncayo

Pedro Aberastury

Marta Rosa Vigevano

Secretaría de Redacción:

Emiliano Buis

MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL

Marcelo Alegre (UBA)

Laurence Boisson de Chazournes (Université de Genève)

Griselda Capaldo (UBA/CONICET)

José Casas (UBA)

Alberto Dalla Via (UBA)

Diana Maffía (UBA)

M. Susana Najurieta (UBA)

Pedro Nikken (Universidad Central de Venezuela)

Mónica Pinto (UBA)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

Edmundo Vargas Carreño (Universidad Nacional de Chile)

María Elsa Uzal (UBA)

Daniel Vítolo (UBA)

COMITÉ EVALUADOR

Javier Barnes (Universidad de Huelva, España)

Daniel Bonilla (Universidad de los Andes, Colombia)

Olivier De Frouville (París II, Francia)

Edgardo Donna (UBA)

Diego Fernández Arroyo (Sciences-Po, Paris, Francia)

Ricardo García Macho (Universidad Jaume I, Castellón, España)

Andrea Gastrón (UBA)

Silvina González Napolitano (UBA)

Carla Huerta (UNAM, México)

Patricia Llerena (UBA)

Ricardo Perlingeiro (Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Alberto Puppo (ITAM, México)

Fabián Salvioli (Universidad Nacional de La Plata)

Karl-Peter Sommermann (Universidad de Ciencias Administrativas, Speyer, Alemania)

Sébastien Touzé (Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, Francia)

Colaboradores del Consejo Editorial

Natalia Luterstein

Revisión de títulos, resúmenes y palabras claves en Inglés

Marcos Kotlik

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decana: Mónica Pinto

Vicedecano: Alberto J. Bueres

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares: Oscar Ameal / Beatriz Krom / Ernesto Marcer / Gonzalo Álvarez / Marcelo Gebhardt / Adelina Loianno / Enrique Zuleta Puceiro / Lily Flah

Consejeros Suplentes: Alberto J. Bueres / Daniel R. Vítolo / Luis Mariano Genovesi / Martín Böhmer / Raúl Gustavo Ferreyra / Mary Beloff / Marcelo E. Haissiner / Mario Ackerman

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares: Leandro Ernesto Halperin / Mónica Balmaceda / Pablo Andrés Yannibelli / Sebastián Alejandro Rey

Consejeros Suplentes: Gisela Candarle / Carlos Aguas / Aldo Claudio Gallotti / Lisandro Mariano Teszkewic

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares: Leandro Mutchinick / Alejandro Maronna / Micaela Pisterman Rozenek / Florencia Levato

Consejeros Suplentes: Carlos Plaza / Catalina Cancela Echegaray / Tomás González Vera / Patricio Méndez Montenegro

Secretaría Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Omar M. Zoppi

Secretario de Investigación: Marcelo Alegre

Secretario Técnico: Alejandro Gómez

Secretario de Vinculación Ciudadana: Nicolás de la Cruz García

Subsecretario Académico: Lucas Bettendorff

Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini

Subsecretario de Planificación Educativa: Enrique Rodríguez Chiantore

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Sebastián Picasso

Secretaria: Malvina Zacari

ÍNDICE
Revista Jurídica de Buenos Aires
Año 41, número 93, 2016, Buenos Aires

PRESENTACIÓN

MARÍA ELSA UZAL y MARÍA SUSANA NAJURIETA	XIII
--	------

DOCTRINA

MARIELA CARINA RABINO: La constitucionalización en el Derecho Internacional Privado argentino.....	3
EDUARDO TELLECHEA BERGMAN: Propuestas con miras a la profundización y actualización de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros en el ámbito interamericano	33
CAROLINA DANIELA IUD: Una aproximación al tratamiento de las normas internacionalmente imperativas en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	57
MARÍA ELSA UZAL: Forma. Representación. Mandato	83
PABLO RAÚL MASUD: La aplicación de los usos comerciales en los contratos internacionales (a la luz de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación).....	113
MARÍA SUSANA NAJURIETA: Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación.....	135
NIEVE RUBAJA: Lineamientos de la restitución internacional de niños a partir del nuevo Código Civil y Comercial y de la jurisprudencia reciente	163
JUAN JOSÉ CERDEIRA: El derecho penal internacional y la cooperación internacional....	197

BIBLIOGRAFÍA

MARÍA FLORENCIA ABELLA e IGNACIO JORGE ELESGARAY: <i>Derecho Internacional Privado y derechos humanos</i> , de Antonio Boggiano, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, séptima edición actualizada, 2015	221
--	-----

LEANDRO M. LEBENSOHN: <i>El Derecho Internacional Privado actual</i> , de Adriana Dreyzin de Klor, tomo I, Buenos Aires, Zavalia, 2015.....	227
MAGDALENA BULIT GOÑI: <i>Droit du commerce international et des investissements étrangers</i> , de Mathias Audit, Sylvain Bollée y Pierre Callé, París, LGDJ Lextenso, 2014.....	233
JONATHAN M. BRODSKY: <i>Gobernanza global: alternativas para la regulación jurídica del ciberespacio</i> , de Luciana B. Scotti, Buenos Aires, La Ley - Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2015...	237
Apéndice. Pautas para la presentación de originales	243

INDEX
Revista Jurídica de Buenos Aires
Year 41, number 93, 2016, Buenos Aires, Argentina

MARÍA ELSA UZAL y MARÍA SUSANA NAJURIETA: Presentation	XIII
--	------

DOCTRINE

MARIELA CARINA RABINO: <i>Constitutionalization in private international law</i>	3
EDUARDO TELLECHEA BERGMAN: <i>Proposed with a view to the deepening and updating of international jurisdictional cooperation and the recognition of foreign judgments in the interamerican sphere</i>	33
CAROLINA DANIELA IUD: <i>An approach to the treatment of international overriding mandatory rules in argentina's civil and comercial</i>	57
MARÍA ELSA UZAL: <i>Form. Representation. Mandate</i>	83
PABLO RAÚL MASUD: <i>The application of the comercial usages in internacional contracts (in the light of the enactment of the civil and commercial code of Argentina)</i> ...	113
MARÍA SUSANA NAJURIETA: <i>Principles and features of private international law regarding children with special reference to the provisions of the civil and commercial code of Argentina</i>	135
NIEVE RUBAJA: <i>Guidelines for international return of children as from the new civil and commercial code of Argentina and recent case-law</i>	163
JUAN JOSÉ CERDEIRA: <i>International criminal law and international cooperation</i>	197

BOOK REVIEW

Book Review: ANTONIO BOGGIANO: <i>Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos</i> , Editorial Abeledo-Perrot S.A., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Séptima edición actualizada, 2015, 1070 páginas, comentario de MARÍA FLORENCIA ABELLA e IGNACIO JORGE ELESGARAY	221
--	-----

Book Review: ADRIANA SILVIA DREYZIN DE KLOR: <i>El Derecho Internacional Privado actual</i> , Tomo I, Zavallía, 2015, Buenos Aires (Argentina), p. 340, comentario de LEANDRO M. LEBENSOHN.....	227
Book Review: MATHIAS AUDIT, SYLVAIN BOLLÉE et PIERRE CALLÉ: <i>Droit du commerce international et des investissements étrangers</i> , LGDJ Lextenso, Paris, 2014, 759 páginas, comentario de MAGDALENA BULIT GOÑI.....	233
Book Review: LUCIANA B. SCOTTI: <i>Gobernanza global: alternativas para la regulación jurídica del ciberespacio</i> , Buenos Aires, La Ley – Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2015, 256 pp., comentario de JONATHAN M. BRODSKY	237
Guidelines for the submission of articles.....	247

PRESENTACIÓN

*El derecho internacional privado es revelador de la evolución
de la sociedad internacional...*

Eric Loquin¹

La *Revista Jurídica* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires nos brinda la oportunidad de presentar a la comunidad académica y a los profesionales del derecho, un número especialmente dedicado a abordar diversos aspectos de la disciplina y algunas de las nuevas disposiciones de Derecho Internacional Privado que aparecen en el Título IV del Libro Sexto del Código Civil y Comercial de la Nación, en vigor a partir del 1° de agosto de 2015.

El derecho internacional privado exhibe en nuestros días una particular complejidad, producto de la mundialización, que acompaña a la evolución de la comunidad internacional y que aparece como entorno ambiental de las relaciones multinacionales.

En ese marco, el DIPr. se muestra como un sistema de coordinación entre ordenamientos de fuentes de diverso origen: comunitario, internacional y nacional, en el que adquiere creciente gravitación el conflicto de jurisdicciones y en el que van cambiando los paradigmas clásicos, de modo que la solución de los conflictos de leyes, no solo transita por los carriles de la norma de conflicto típica, sino que esta *se materializa* en normas directas, en las que juegan su influencia de modo cada vez más evidente, las nociones de los derechos humanos, los principios de orden público y el respeto de las disposiciones internacionalmente imperativas.

Junto a esa evolución, los fenómenos propios de la globalización hacen sentir sus efectos sobre las cuestiones de esta materia y múltiples agentes públicos y privados asumen roles de gran influencia individual e institucional. Es claro que los vínculos territoriales muchas veces se desdibujan, especialmente en el ámbito del comercio internacional y de los contratos, en los que la auto-

¹ LOQUIN, Eric, “Les règles matérielles internationales”, *Recueil des Cours*, t. 322 (2006), pp. 9-242.

nomía de la voluntad y el arbitraje adquieren significativa trascendencia y los principios internacionales y las nuevas normas integrantes del llamado *soft law*, conducen a través de una senda de flexibilidad metodológica, a una amplitud de soluciones que trascienden los límites de las condiciones clásicas y frente a cuya evolución es necesario diseñar herramientas que armonicen y adapten los sistemas en conflicto.

Como respuesta a este panorama, en nuestro medio, el movimiento codificador en el área del Derecho Internacional Privado tiene larga tradición y la evolución de la materia no ha sido ajena a los esfuerzos de los profesores de esta Casa de Estudios y de otras Universidades nacionales y privadas del interior del país, ya sea desde la cátedra, desde el trabajo en equipo de comisiones especializadas que arribaron a propuestas de reformas, o bien desde la función jurisdiccional, integrando lagunas y elaborando nuevas normas para el caso concreto, con la finalidad de adecuar las respuestas a los desafíos de una realidad intensamente comunicada y multinacional en sus diversas relaciones de derecho privado.

En nuestros días, esos esfuerzos se concretaron finalmente a través del trabajo de la Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación —Decreto 191/2011— integrada por los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. En el área del derecho internacional privado, el equipo de colaboradores estuvo integrado por los profesores doctores Adriana Dreyzin de Klor, Marcelo Iñiguez, María Susana Najurieta y María Elsa Uzal.

La reforma refleja el pluralismo metodológico y normativo que es impronta moderna de la disciplina, confirma el impacto del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho internacional privado y brinda un razonable marco de flexibilidad en la búsqueda de las soluciones que aprovecha la riqueza de la doctrina argentina y de las líneas jurisprudenciales nacionales. Se favorece el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, la apertura de jurisdicción para evitar la denegación internacional de justicia y la coordinación de nuestro sistema con otros ordenamientos nacionales o de fuente internacional. Se trata de un sistema dinámico, que procura el equilibrio entre el ejercicio de la autonomía de la voluntad, la libertad y el respeto a los intereses preeminentes que el foro debe tutelar.

El resultado muestra un logro notable, si bien no se cumplieron las aspiraciones de la comunidad científica argentina de incorporar en una moderna codificación todos los sectores de la disciplina que nos atañe. En efecto, no se incluyeron normas de reconocimiento y ejecución de sentencias, de carácter federal por su esencia de reglas de coordinación de ordenamientos jurídicos nacionales, pero se advierten, no obstante, en materias particulares, la presencia de normas que favorecen la inserción de estados de familia constituidos en el extranjero bajo el control del orden público internacional. En suma, se cuenta en

la actualidad con un sistema de derecho internacional privado de fuente interna inspirado en las más modernas tendencias del derecho comparado que enfoca los problemas de jurisdicción internacional, derecho aplicable y cooperación internacional combinando flexibilidad y previsibilidad, a fin de favorecer el equilibrio entre la certeza y la justicia del caso, muchas veces rebelde a encuadramientos rígidos.

Estas características se reflejan en los trabajos que conforman este número de la *Revista Jurídica*. Los autores, en los temas centrales que han escogido, muestran el concepto amplio del derecho internacional privado de nuestro tiempo, ahondan el problema de las fuentes, examinan las soluciones de derecho comparado que han sido inspiración de las soluciones de derecho positivo, y apoyan sus conclusiones en las ricas líneas jurisprudenciales argentinas y extranjeras —incluso de tribunales supranacionales de derechos humanos— que muestran la base fáctica de las soluciones legislativas.

Los trabajos que se han seleccionado para este número de la *Revista Jurídica* encaran en buena parte el estudio de los fundamentos de las soluciones positivas, para la mejor comprensión del sistema y de las posibilidades actuales y futuras de aplicación de las normas jurídicas. En un ámbito de tan acelerado movimiento como las relaciones privadas multinacionales, es imprescindible una reflexión sobre los fundamentos, a fin de dilucidar la esencia de los institutos y sus proyecciones en el tiempo.

Las colaboraciones que presentan los autores incluyen grandes temas de la parte general de la asignatura, como los principios que informan el sistema y que permiten integrarlo en el movimiento de constitucionalización del derecho privado.

También se ha abordado la insoslayable referencia al marco jurisdiccional, esta vez, con particular acento en los esfuerzos orientados hacia la cooperación internacional y el reconocimiento de sentencias en el ámbito interamericano.

Otro de los trabajos aborda un instituto particularmente complejo y de difícil comprensión para el no especialista, como es la naturaleza, aplicación y operatividad de las llamadas normas internacionalmente imperativas o “normas de policía del derecho internacional privado”.

Un capítulo se ha dedicado a uno de los temas más espinosos en el ejercicio de la vida profesional, que es la forma de los actos jurídicos, el mandato, la representación, la representación voluntaria y el acto de apoderamiento, la circulación transfronteriza de los poderes y el ejercicio y límites de la representación, cuestiones que plantean complejos problemas de calificación en el derecho interno y en el derecho internacional privado. El estudio en profundidad de esta problemática en las relaciones iusprivatistas multinacionales aportará claridad y certeza al desempeño de jueces, escribanos y autoridades administrativas.

Otro de los aportes se dirige en particular, a examinar el valor que cabe atribuir a los usos y prácticas del comercio internacional y a los usos y costumbres de los derechos nacionales, como fuente del derecho, en la interpretación

de los contratos multinacionales, en particular, los contratos comerciales, atendiendo especialmente al rol que les haya asignado la autonomía material de la voluntad de las partes o bien, el derecho nacional subsidiariamente aplicable. Se analiza en qué casos, los *usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional* pueden adquirir fuerza obligatoria para regular los contratos internacionales en el marco del CCyCN.

En nuestro tiempo no es posible comprender el cambio de paradigmas sin adentrarse en la problemática de los niños, sujetos especialmente vulnerables en las relaciones familiares transfronterizas. Un capítulo lo encara desde los fundamentos generales, los principios y el espíritu que anima las reglas de las cuatro secciones de la Parte Especial del Código Civil y Comercial dedicadas a los temas de filiación, adopción, responsabilidad parental y restitución internacional de niños. Otro de los trabajos se focaliza en profundidad, desde el marco teórico y la interpretación jurisprudencial, en las luces y las sombras del flagelo de los desplazamientos y retenciones ilícitas de niños y las herramientas que ofrece el nuevo derecho internacional privado mediante la cooperación internacional.

Finalmente, un último trabajo encara una relación poco abordada, que revela la estrecha vinculación entre el derecho público y el derecho privado en la resolución de los complejos casos multinacionales. En este orden de ideas, uno de los profesores, con sustento teórico y práctico, encara los temas de cooperación internacional en materia penal.

Se han agregado reseñas de interesantes novedades bibliográficas, a saber, la nueva edición del *Derecho Internacional Privado y los Derechos Humanos*, del profesor Antonio Boggiano, cuya orientación obliga a nuevas reflexiones en todos los ámbitos; asimismo, es presentada una original obra fruto de investigaciones de postdoctorado, que es la publicación *Gobernanza global: alternativas para la regulación jurídica del ciberespacio*, de la profesora Luciana Scotti. En cuanto a publicaciones extranjeras, se presenta la reseña de *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, obra cuyos autores son tres destacados profesores de la nueva generación de investigadores franceses de derecho internacional privado y derecho del comercio internacional. Finalmente, se presenta la reseña de la obra de la Dra. Adriana Dreyzin de Klor, *El Derecho Internacional Privado actual*, cuyo tomo I abarca los grandes temas de la parte general de la disciplina, incluyendo cooperación jurídica internacional y el derecho procesal civil internacional.

Estas colaboraciones han sido preparadas por jóvenes graduados, docentes en formación o ya consolidados, que se muestran profundamente interesados en esta disciplina y a quienes auguramos un sólido futuro en la vida académica.

MARÍA ELSA UZAL y MARÍA SUSANA NAJURIETA

DOCTRINA

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

Por MARIELA CARINA RABINO

Resumen:

Los Derechos Humanos impactan en el Derecho Internacional Privado. La norma de conflicto, la jurisdicción y la cooperación internacional pierden su neutralidad característica y se muestran materialmente orientadas. La coordinación de los distintos mecanismos requiere una nueva aproximación a los fines de brindar una tutela efectiva de los derechos humanos involucrados en el caso.

Palabras claves:

Derechos Humanos, Derecho Internacional Privado

CONSTITUTIONALIZATION IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Abstract:

Human Rights have an impact on Private International Law. Conflict of law rules, jurisdiction and international cooperation lose their characteristic neutrality and appear to be oriented according to substance matters. The coordination of different mechanisms requires a new approach in order to assure an effective protection of the human rights involved in the case.

Keywords:

Humans Rights, Private International Law

INTRODUCCIÓN

Los Derechos Humanos impactan en todo el derecho, incluido el Derecho Internacional Privado. Recordemos que este último procura la solución de casos iusprivatistas internacionales, es decir, aquellos que presentan vínculos con el

territorio de por lo menos dos Estados nacionales, mediante la determinación de la jurisdicción competente, el derecho aplicable y la cooperación jurídica internacional; con criterios que principalmente giran en torno a la proximidad. Entonces: ¿cómo ocurre la mentada influencia?

Vivenciamos un proceso que parte de la modificación del objetivo o fin de la materia, por cuanto la solución del caso además de ser justa deberá velar por los derechos humanos comprometidos. La doctrina ha puesto de manifiesto el fin social del Derecho Internacional Privado¹. Desde allí en adelante transforma la mayoría de los instrumentos jurídicos, los razonamientos, los mecanismos con el propósito de garantizar y efectivizar.

La influencia alcanza a la norma típica de la materia, la norma de conflicto, que pierde su neutralidad característica para convertirse en materialmente orientada. Luego sigue en el funcionamiento de dicha norma, en los razonamientos referidos a la aplicación del derecho extranjero como el reenvío, el control de orden público, entre otros.

La infiltración hace lo propio en materia de jurisdicción, contempla el acceso al juez, el derecho de defensa, el derecho a ser oído, entre otros. La cooperación de distintas jurisdicciones estatales a los efectos de obtener una solución efectiva que, por supuesto, involucra al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, se encamina en el orden de prevenir estatus, relaciones o situaciones claudicantes.

A su vez, presenciamos la constitucionalización en la parte especial, en algunas materias con mayor intensidad que en otras. Así, notamos un avance en la autonomía de la voluntad, la tutela de la persona humana, el paradigma protectorio y no discriminatorio, la protección del débil contractual como el consumidor, la familia en una sociedad multicultural, el niño como sujeto de derechos y su protección sobre la base de su interés superior, son algunas de sus manifestaciones.

El Derecho Internacional Privado argentino ha recibido la influencia progresiva de los Derechos Humanos, lejos estamos aún de la culminación de este proceso, sin embargo la regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación muestra su punto más elevado al receptar la actual etapa de concreción, ya que no basta con su proclamación ni reconocimiento, sino que es preciso buscar caminos para que tengan efectividad².

Procuraremos reseñar las influencias enumeradas como una suerte de invitación a profundizar en cada una de ellas en el entendimiento que más allá de su establecimiento en normas deviene en un razonamiento necesario e indispensable a la hora de resolver los casos.

¹ BUCHER, A., "L'ordre public et le but social des lois en droit international privé", *Recueil des Cours*, Academia de La Haya, 1993, t. 239, esp. pp. 53/4.

² GROSMAN, C. P., "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia", LL 1993-B-1089/1100, esp. Punto VI: Necesidad en que los derechos del niño resulten efectivamente tutelados.

I. LOS DERECHOS HUMANOS Y SU CONSTITUCIONALIZACIÓN

Adoptamos la terminología derechos humanos por ser la más utilizada en nuestro país y sin desconocer otras posibles denominaciones³. Su noción actual es la sumatoria de los aportes del *ius* naturalismo, del constitucionalismo liberal y del derecho internacional, lo que implica no solamente la consagración legal de los derechos subjetivos necesarios para el normal desarrollo de la vida del ser humano en sociedad, que el Estado debe respetar y garantizar, sino el reconocimiento de que la responsabilidad internacional del Estado queda comprometida en caso de violación no reparada⁴.

Una de las características de los Derechos Humanos es su universalidad⁵, mayoritariamente aceptada⁶ pero también cuestionada en tanto solo algunos derechos humanos la poseen (aquellos reconocidos por la costumbre internacional)⁷; o por la falta de una instancia de control, juzgamiento o coherción supraestatal⁸; o ante la posibilidad de admitir reservas⁹, o la carencia de ratificación de la totalidad de los Estado¹⁰ y de Organizaciones Internacionales¹¹; o frente a la pluralidad de tratados regionales con características propias (nótese el Derecho Islámico¹²).

³ FAVOREAU, L., “Quelques considérations sur les droits de l’homme”, *Liberum Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-UE, 1998, vol. I, pp. 667 y ss.

⁴ PINTO, M., *Temas de Derechos Humanos*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2011, p. 10.

⁵ La Corte Internacional de Justicia en 1970 al zanjar el diferendo generado por la quiebra de la Barcelona Traction, Light & Power Co. Inc. reconoce la existencia de normas consuetudinarias y convencionales en materia de derechos humanos y señala expresamente que todos los Estados tienen un interés jurídico en que las normas sobre derechos humanos —compromisos *erga omnes*— sean respetadas (Arrêt du 5 février 1970, CIJ Recueil 1970, 33-34).

⁶ PINTO, M., *ob. cit.*, pp. 13 y 57 donde refiere a “la consistente doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, decididamente impulsada en la Declaración de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993.

⁷ KINSCH, P., “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, *Recueil de Cours*, Academia de La Haya, 2005, t. 318, p. 19 y ss., esp. 223/4.

⁸ CHEMILLIER-GENDREAU, M., “A quelles conditions l’universalité du Droit Internationale est-elle possible?”, *Recueil des Cours*, Academia de La Haya, 2011, t. 355, p. 17 y ss., esp. 25.

⁹ CHEMILLIER-GENDREAU, M., *ob. cit.*, p. 31.

¹⁰ KINSCH, P., *ob. cit.*, pp. 229/30, quien cita jurisprudencia de la Corte europea de derechos humanos cuando excluye la aplicación de la convención a terceros Estados y remarca su “vocación regional”.

¹¹ BARBERIS, J. A., “Consideraciones sobre la convención americana sobre derechos humanos como tratado internacional”, *Liberum Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-UE, 1998, vol. I, p. 243 y ss., esp. 247/54.

¹² “Declaración de los Derechos Humanos en el Islam aprobada en la Conferencia de El Cairo en el año 1990, donde es posible observar un distanciamiento mayor entre aquella concepción que le atribuye derechos al individuo por su condición de tal —haciendo abstracción de cualquier marco jurídico, social, político o religioso— y esta otra que considera que esos derechos humanos tienen su asiento en la divinidad. La Declaración de El Cairo es clara al respecto:

Aunque no todos los Estados Miembro de las Naciones Unidas son parte en los principales tratados de derecho humanos, están igualmente obligados por las disposiciones de la Carta en la materia, y dado que la Declaración Universal dota de contenido a las obligaciones emergentes de la Carta, de este modo adquiere valor vinculante¹³, en consecuencia tales Estados están obligados a respetar, como mínimo, los derechos y libertades reconocidos en la Declaración¹⁴. Por tanto, la Declaración Universal, cuya fuerza jurídica proviene de la Carta, es para los Estados un estándar mínimo de protección de los derechos humanos¹⁵.

La constitucionalización de los Derechos Humanos¹⁶, entendida como una visión superadora de aquellas separatista e indiferente entre el derecho civil y el constitucional y dualista entre el derecho público y privado¹⁷, impacta también en el Derecho Internacional Privado.

En la mayoría de sus estipulaciones, los derechos humanos revisten la calidad de derecho programático, no susceptible de protección jurídica inmediata. Frente a normas no operativas que contienen soluciones inexactas y que corren

'los derechos fundamentales y las libertades generales en el Islam son una parte de la religión de los musulmanes. Nadie, categóricamente, puede abolirlos total ni parcialmente, ni tampoco violarlos o ignorarlos, en tanto que decretos divinos revelados por Allah en sus Libros, enviados y restablecidos por medio del Sello de sus Profetas, culminando así cuanto habían legado las sagradas escrituras'. Ello implica un cambio sustantivo por cuanto los dos últimos artículos de la referida Declaración aclaran debidamente que 'todos los derechos y deberes estipulados en esta Declaración están sujetos a los preceptos de la Sharia islámica' y que 'la Sharia islámica es la única fuente de referencia para la aclaración o interpretación de cualquiera de los artículos del presente documento'. De tal manera entonces, que estos derechos humanos están dotados de una especial rigidez en cuanto se basan en la concesión por Dios, quedando limitados precisamente al marco que les ofrece la religión'. En: BELANDRO, R. S., "Los derechos fundamentales y el derecho internacional privado", eDial.com - DC1A1F, publicado el 22/3/2013.

¹³ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Dignidad frente a la barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999, p. 100 y ss.

¹⁴ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar*. Documento E/CN.4/1993/37. Naciones Unidas, Ginebra, 1993, párr. 140-142. ASAMBLEA GENERAL, *Situación de los derechos humanos en Myanmar*. Nota del Secretario General. Documento A/63/341. Naciones Unidas, Nueva York, 2008, párr. 15. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Islámica del Irán*. Documento E/CN.4/1987/23. Naciones Unidas, Ginebra, 1987, párr. 20-21.

¹⁵ PEZZANO, L., "Fuentes de las obligaciones generales de los Estados en el sistema universal de protección de los derechos humanos", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XXI, 2012, p. 67 y ss., esp. 99.

¹⁶ Tomamos esta expresión de MOCAYO, G. R., "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema", en Abregú-Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, 2ª ed., Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1998.

¹⁷ AMBROGGIO, A. F., "Breves precisiones conceptuales sobre el proceso de constitucionalización del derecho privado en el marco de la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial", eDial.com - DC2071, publicado el 21/12/2015.

el riesgo de convertirse en meras “fuentes espectáculos”¹⁸ surge el siguiente interrogante: ¿cómo tutelar?

El Derecho Internacional Privado ha dispuesto todos y cada uno de sus instrumentos jurídicos a los fines de una tutela efectiva como veremos a continuación.

2. SUPREMACÍA DE LA FUENTE INTERNACIONAL

El Código Civil y Comercial establece la supremacía de la fuente internacional por sobre la interna (arts. 1º, 2594 y 2601), recepta la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la reforma constitucional de 1994. Muchos podrán pensar sobre la inexistencia de novedad al respecto, lo cual es cierto, pero brinda claridad al operador jurídico.

El art. 1º refiere expresamente a “los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte” y al comenzar con “los casos” indica una visión de actualidad, que requiere una interpretación vigente de la norma de fuente internacional.

Dicha norma viene precedido por una invariable jurisprudencia de la Corte según la cual toda norma debe ser considerada según las normas y principios constitucionales. Los tratados de derechos humanos son la Constitución misma.

En la doctrina tradicional del Derecho Internacional las fuentes son los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho. Entre dichas fuentes no existe ninguna primacía según la Convención de Viena sobre los Tratados (arts. 53 y 64), la cual admite las llamadas normas imperativas o *ius cogens*. La doctrina de los publicistas y la jurisprudencia son medios auxiliares para la determinación de la regla de derecho (art. 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)¹⁹.

El valor de la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales de derechos humanos reviste el carácter de fuente, según lo dispuesto por nuestra Corte en referencia a la Corte Interamericana²⁰, y receptado por prestigiosa doctrina

¹⁸ CIURO CALDANI, M. A., “Convención Interamericana de los Derechos del Niño. Su aplicación en el derecho interno argentino”, Investigación y Docencia N° 22, Rosario, 1994, pp. 13/15.

¹⁹ TRAVIESO, J. A., “La jurisprudencia en el derecho internacional. Influencia de los tribunales internacionales sobre los tribunales nacionales. El caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, LL 1997-D-934/941.

²⁰ “Cabrera Washington v. Salto Grande” 1983; “Ekmekdjian v. Sofovich” 1992; “Servini de Cubría” 1992; “Girolodi, Horacio s/ recurso de casación”, 1995 - LL 1995-D-462, ver comentario de HITTERS, J. C., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía para la interpretación de la Constitución (El Pacto de San José de Costa Rica, en la postura de la Corte Suprema Nacional), ED 164-1238; BOGGIANO, A., “La Corte Sumprema y el derecho de los tratados internacionales”, LL 2015-B.

internacional²¹ y en la propia como *usus fori*²², aunque sin unanimidad respecto a sus alcances²³.

Concretamente nuestra Corte ha dicho: “...lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla...”²⁴.

El derecho pasó a ser de la mera regulación consensual entre Estados soberanos al producto de aquella “trama de normas fundamentales” que se imputan a una verdadera “comunidad internacional” diversa y superior a sus Estados miembros²⁵, cuyo norte es la construcción de un “derecho internacional para la humanidad”²⁶.

3. LA NORMA DE CONFLICTO

La norma de conflicto es aquella que en su tipo legal capta un supuesto de hecho y en la consecuencia jurídica elige el derecho aplicable mediante el punto de conexión.

La influencia de los Derechos Humanos se produce en el tipo legal (1), la consecuencia jurídica (2) y en el funcionamiento de la norma (3). La autonomía de la voluntad, en tanto norma individual, se suma al sistema normativo (4). Los cambios producidos generan nuevas interacciones entre los mecanismos de razonamiento (5).

1) Tipo legal: Categorías jurídicas

Las categorías jurídicas omnicomprendivas del siglo XIX han sido reemplazadas por categorías cada vez más específicas²⁷.

²¹ ESCALANTE PIZA, R. E., “El valor del derecho y la jurisprudencia internacional en derechos humanos en el derecho y la justicia internos, el ejemplo de Costa Rica”, *Liberum Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-UE, 1998, vol. I, p. 169 y ss., esp. 176/8; RAMÍREZ, M. B., “Las decisiones judiciales como fuente del derecho internacional de derechos humanos”, misma obra, p. 431 y ss., esp. 435 y 446.

²² TRAVIESO, *ob. cit.* p. 937.

²³ Puede ampliarse en RAYA DE VERA, E. B., “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *eDial.com - DC1FED*, publicado el 25/9/2015.

²⁴ “Cabrera Washington” y “Ekmekdjian”, citados en nota 20.

²⁵ ESCALANTE PIZA, R. E., *ob. cit.*, p. 178.

²⁶ CANÇADO, A., “International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium”, *Recueil de Cours*, Academia de La Haya, 2005, t. 316, p. 317.

²⁷ NAJURIETA, M. S., “Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos desafíos que presentan los casos multinacionales”, Módulo VII, Relaciones de Consumo Derecho y Economía, Academia Judicial Internacional, La Ley, 2006, pp. 216-251, esp. p. 222.

Criterio receptado en el Código Civil y Comercial de la Nación, donde por ejemplo en materia de estatuto personal abandona el tratamiento en una única categoría y pasa a categorías más estrechas sobre capacidad (art. 2616), nombre (art. 2818) y ausencia con presunción de fallecimiento (art. 2620)²⁸. Incluso distingue a personas físicas, personas menores de edad, personas incapaces mediante una calificación autárquica del domicilio.

Solo podríamos hablar de la necesidad de una nueva categoría autónoma de conexión cuando se advierte un fundamento que justifica la distinción. La razón determinante reside en las particularidades del supuesto de hecho que escapa de la calificación genérica y exige una elección propia, por cuanto la general se presenta desvinculada, sin contacto razonable. En palabras de Audit, es preciso encontrar la “masa crítica” a partir de la cual es deseable concebir un tratamiento independiente que será por tanto susceptible de separación²⁹.

Sin embargo, en los Estados de tradición savigniana, como el nuestro, que han reglamentado el conflicto de leyes mediante categorías amplias y no sobre la base de la ponderación de los distintos intereses como en los del *common law*, la diversificación de las categorías en otras materias como las obligaciones no contractuales tiene en mira la fuente de la obligación y no las específicas exigencias de proximidad entre un derecho y la cuestión a registrar³⁰.

2) Consecuencia jurídica: la elección

a) Los puntos de conexión

La elección operada en la consecuencia jurídica debe ser justa, neutral y determinable. Justa pues guarda un razonable contacto con el derecho elegido, a punto tal que la justifica. Neutral, ya que todos los derechos se encuentran en pie de igualdad y determinable, por cuanto recién podrá identificarse el derecho aplicable frente a un caso concreto.

El Derecho Internacional Privado argentino tradicionalmente ha optado por los puntos de conexión rígidos son aquellos que eligen de modo preciso y determinable el derecho.

La neutralidad típica de la norma de conflicto se ha perdido en procura de elegir el derecho más satisfactorio en vistas de la solución de fondo del caso. En consecuencia se torna materialmente orientada, no solo la elección debe ser justa

²⁸ Puede verse nuestra Ponencia: Hacia una puesta en valor, en el XXIV Congreso de Derecho Internacional de la A.A.D.I., Rosario, 2012.

²⁹ AUDIT, B., “Le droit international privé en quête d’universalité”, *Cours General, Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haye*, 2003, t. 305, pp. 9-488, esp. pp. 345-352. También, el mismo autor en un trabajo anterior, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haye*, 1984, III, t. 186, pp. 229-397, esp. p. 314 y ss.

³⁰ NAJURIETA, M. S., “La responsabilidad civil...”, *ob. cit.*, p. 243.

sino también la solución³¹ y se priorizan los derechos fundamentales por sobre el derecho designado³². De este modo aumenta su complejidad técnica³³, con estructuras muchas veces en cascada, a través de puntos de conexión alternativos (arts. 2630, párr. 1º y 2º; 2632, 2633, 2645 y 2657 CCyCN) y subsidiarios (arts. 2620, 2630, 2649 *in fine*, 2652, 2655 y 2660 CCyCN). Los acumulativos iguales (art. 23 de los Tratados de Montevideo de 1940) y desiguales (arts. 15, ley 11.723) son más escasos. Los acumulativos iguales procuran actos válidos en todos los sistemas jurídicos involucrados que conllevan una acumulación y adaptación de los derechos involucrados que arroja una solución aún más exigente que en el derecho interno. En cambio el punto de conexión alternativo busca la validez del acto, recurriendo a cualquiera de los derechos indicados, incluso con mayor amplitud que en el derecho interno.

Podemos a su vez enunciar criterios de favor presentes en las instituciones universalmente aceptadas como:

* *favor capacitatis* (art. 2º Tratado de Montevideo y art. 2616, segundo párrafo, CCyCN).

* *favor matrimonii* en sí mismo³⁴ y en post de un *favor filiorum*: que deja de lado las carencias formales impuestas por la ley del lugar de celebración y consiente el fraude a la ley (art. 2622, primer párrafo, del CCyCN).

* *favor filiationis*³⁵.

* *favor adoptionis*³⁶.

* en la actualidad vemos también un *favor divorti*³⁷.

* *favor al interés del acreedor alimentario* (art. 2630 CCyCN).

* *favor a los derechos fundamentales del hijo* (art. 2632 CCyCN) o *el interés superior del niño* (arts. 2634, párr. 2º, 2637, 2638, 2639, 2640 y 2642 CCyCN).

* *favor al débil* (consumidor, arts. 2654 y 2655 CCyCN).

³¹ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 207 y ss.

³² VISCHER, F., “General Cours on Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haye*, 1992, I, t. 232, pp. 21/246, esp. p. 95 y ss.

³³ AUDIT, B., “Le droit international privé...”, *ob. cit.*, pp. 337/339.

³⁴ “Si se invocara la aplicación directa de los precedentes (Fallos 239:429, y Fallos 249:91), estos, que expresan el derecho argentino declarado por la Corte, serían más favorables a la validez del matrimonio que la eventual *lex loci* o la *lex fori* sobre prueba supletoria que condujera a la invalidez... Por tanto, en virtud del art. 14, inc. 4º del Código Civil, estos precedentes son aplicables aun a matrimonios celebrados en el extranjero” (BOGGIANO, *ob. cit.*, p. 360 y ss.).

³⁵ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, *ob. cit.*, p. 433 y ss.

³⁶ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, *ob. cit.*, p. 443.

³⁷ Por ejemplo en el derecho francés citado por GAUDEMONT-TALLON, “La desunión du couple en droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haya*, 1991, t. 226, p. 100. En el derecho argentino, parecería que esta orientación se ha perdido ante la supresión de la conversión de la separación personal otorgada en el extranjero en divorcio vincular.

El favor para el establecimiento de una situación es buscado en realidad en la sola medida en la que la ley material del foro crea conveniente seguir, y en la actualidad se amplían con los mínimos estándares dispuestos por los tratados de Derechos Humanos.

A su vez existen criterios de desfavor, como el consagrado hacia el desplazamiento de niños al extranjero³⁸ (art. 2614, último párrafo, CCyCN).

La materialización creciente³⁹ de la norma de conflicto trae aparejadas consecuencias en su funcionamiento.

b) La cláusula de excepción o escapatoria

En plena conciencia de la atipicidad de los casos, se ha flexibilizado la elección rígida al adoptar la cláusula general de excepción (art. 2597) y las especiales, en materia de responsabilidad parental (art. 2639 *in fine*) y contractual (art. 2653).

Las mencionadas cláusulas permiten escaparse de la elección operada por el legislador en abstracto, cuando se reúnan los requisitos por ellas exigidos y aplicar otro derecho más conectado, más justo, más protector del derecho humano, como el interés superior del niño del art. 2639.

El “correctivo” no solo se justifica por razones de una conexión más próxima sino también en razones materiales objetivas y subjetivas, es decir, considera tanto una función meramente geográfica o territorial como una funcional.

Por primera vez, nuestro derecho cuenta con una flexibilización expresa⁴⁰ y en consecuencia genera imprevisibilidad por la delegación al juzgador⁴¹. Vischer señala el quid del debate, al puntualizar que la cláusula permite evitar la petrificación a la cual tienden los sistemas codificados⁴². Presente también en nuestra fuente internacional⁴³, deviene en un instrumento que aporta una invaluable flexibilidad, facilita una mayor coordinación entre nuestro sistema y los demás derechos conectados, y logra el balance entre justicia de la localización y justicia material, entre certeza y flexibilidad, en claro respeto de la constitucionalización en tiempos de recodificación⁴⁴.

³⁸ CSJN, 14/9/2010, “V., M. N. v. S., W. F. s/ autorización”, elDial.com - AA658F.

³⁹ PICONE, P., “Cours general de droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haya*, 1999, t. 276, pp. 25-296, esp. p. 67.

⁴⁰ Puede ampliarse en nuestra Comunicación: Hacia la flexibilización, en el XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional de la A.A.D.I, Tucumán, 2014.

⁴¹ BUCHER, A., “Le droit international privé...”, *ob. cit.*, p. 75 y ss., 207 y ss., esp. pp. 215/219 donde reseña varios casos de la jurisprudencia suiza.

⁴² VISCHER, F., *ob. cit.*, p. 106 y ss.

⁴³ Convención de La Haya sobre ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías (1987) y sobre ley aplicable a las Sucesiones (1988).

⁴⁴ CIURO CALDANI, M. A., “La codificación civil y la internacionalidad (Significados internacionales del proyecto de Código Civil)”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* N° 24 (2000), Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario, pp.

Santo Tomás sabía que *en ciertos casos es malo seguir la ley constituida. Más es bueno, dejando a un lado las palabras de la ley, seguir lo que piden la razón de justicia y la utilidad común. Y a esto se ordena la equidad*⁴⁵.

3) *Funcionamiento de la norma de conflicto*

El funcionamiento de la norma de conflicto requiere, ante todo interpretación, luego puede requerirse integración, determinación, elaboración y finaliza con la aplicación. Aquí surgen los problemas que presenta: calificaciones, cuestión previa, reenvío, adaptación, entre otros.

Sin olvidar la advertencia de Boggiano sobre la norma completa que resuelve el caso, entendida como aquella que puede integrarse con varias normas fragmentarias de Derecho Internacional Privado. Así, pueden resultar necesarias varias normas de conflicto o hacer concurrir con la norma de conflicto otras normas incompletas materiales y de policía, a fin de completar la premisa mayor del silogismo de subsunción⁴⁶.

Desde una perspectiva del caso, el autor citado sostiene que todos los razonamientos y las teorías utilizadas para resolver los problemas de la norma de conflicto no son neutros, tienen en vistas la solución material.

a) *Calificaciones*: el problema de las calificaciones no está exenta de influencias valorativas materiales. Deja de ser una cuestión de lógica jurídica, para involucrarse en los resultados concretos a los que puede conducir una u otra calificación⁴⁷. Audit sostiene que debemos inclinar la balanza, no a favor de una calificación sino a favor de un resultado⁴⁸.

b) *Cuestión previa*: otro tanto ocurre con el problema de la cuestión previa, el cual no cabe mirar con criterios generales y rígidos, sino considerando la vía que conduzca a la mejor solución en cada caso, su orientación material es innegable⁴⁹.

Droz propuso descartar tanto la regla de conflicto de la *lex fori* como la regla de conflicto de la *lex causae*. En su opinión, deben considerarse las circunstancias de la especie concreta, particularmente, cuál sería el foro que mantiene los lazos más estrechos con la situación que se presenta como cuestión condicionante. Se trata de “insertar la situación existente en un ordenamiento jurídico

93/99, disponible en: www.cartapacio.edu.ar; quien resalta la importancia de la codificación hacia el exterior. BOGGIANO, A., “El Código Civil y Comercial y el derecho internacional público y privado”, LL, 8/5/2015, AR/DOC/1462/2015.

⁴⁵ Comentario a la *Ética a Nicómaco*, 1085.

⁴⁶ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., p. 190.

⁴⁷ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., p. 195 y ss.

⁴⁸ AUDIT, B., “Le caractère fonctionnel...”, ob. cit, p. 307 y ss., esp. p. 312.

⁴⁹ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., p. 204 y ss.

sobre la base del principio de proximidad. Ese foro próximo es llamado ‘el foro de razonamiento’ y su derecho constituiría la ley más apropiada para regir la cuestión previa. Esta solución sería válida en tanto no existiesen otros imperativos preeminentes a satisfacer, desde el punto de vista de la regla de conflicto del sistema de derecho internacional privado del foro que rige la cuestión principal⁵⁰. Según Picone, se trata de procurar la aceptación del derecho vinculado que permita realizar de mejor manera, en el plano funcional, los objetivos de carácter material protegidos y/o perseguidos por el legislador⁵¹. Los diferentes enfoques metodológicos consideran las preferencias de favor, como el *favor filiationis* y el *favor matrimonii* apuntados.

Otros autores lo entienden como problema de adaptación y para Boggiano se trata de un problema de corrección equitativa de la aplicación de normas de conflicto que concurren en someter un caso a diversos derechos materiales discordantes⁵².

El Código Civil y Comercial contiene el artículo 2595, cuyo inciso c, toma esta última visión y dispone que “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”. Norma que Boggiano califica de “encomiable”⁵³.

c) *Aplicación del derecho extranjero*: cuando un derecho extranjero resulta aplicable (art. 2595 CCyCN), según Boggiano, el juez argentino “lo hace no por respeto o cortesía con un Estado extranjero u otro sujeto del derecho internacional, sino por respeto a las razonables expectativas de las partes en que se aplique ese derecho y de este derivar algún efecto útil. Es crucial destacar que tal respeto a aquellas razonables expectativas de las partes constituye un elemento del debido proceso sustantivo y, consiguientemente, si no se respetara, se violaría el derecho humano a la tutela efectiva de la persona y de sus derechos y se provocaría una denegación de justicia sustancial. Así, pues, advertimos, con original énfasis, que el derecho internacional Privado argentino y comparado se basa esencialmente en el derecho humano a la defensa en sentido sustancial, esto es, a obtener garantías de que sus expectativas sobre el derecho que le confiere tutela, serán respetadas y observadas ante los tribunales de cualquier lugar”⁵⁴.

⁵⁰ NAJURIETA, M. S., *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, Córdoba, 2004, pp. 59/60.

⁵¹ PICONE, P., *ob. cit.* p. 104.

⁵² BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, *ob. cit.*, p. 232 y ss.

⁵³ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, *ob. cit.*, p. 231 *in fine*.

⁵⁴ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, *ob. cit.*, p. XXVI.

La postura se basa en los derechos adquiridos de las personas a la aplicación del derecho extranjero.

d) *Reenvío*: el Código Civil y Comercial consagra el instituto en el artículo 2596 y en el supuesto de reenvío al derecho argentino indica aplicar nuestro derecho interno. “El célebre problema del reenvío, tan plagado de cuestiones de intrincada hermenéutica, no es puro asunto de lógica. La devolución al foro o la transmisión a un tercer derecho u ordenamiento competente están muy estrechamente vinculadas al resultado material. Aquí la armonía internacional de las decisiones puede resultar un valor más apetecible que el fraccionamiento... El expediente del reenvío puede conducir a la aplicación de uno u otro derecho que podría en definitiva elegirse por razones de equidad”⁵⁵. Picone lo denomina reenvío *in favorem*, que opera de manera subsidiaria⁵⁶ y Boggiano “reenvío-equidad”.

e) *Fraude a la ley*: en cuanto al problema de la exclusión de un derecho extranjero por fraude, las consideraciones materiales son también decisivas. Si se pretende hacer aplicar un derecho para evadir otro, esta evasión tiene por finalidad lograr la aplicación de unas consecuencias materiales que normalmente, es decir, sin el expediente fraudulento, no serían alcanzables⁵⁷. El fraude a la ley es sancionado por el artículo 2598 del CCyCN pero otras consentido, “*aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen*” (art. 2622). Solo puede configurarse fraude en materia indisponible y como veremos más adelante ante el avance de la autonomía de la voluntad el campo sufre una reducción considerable. Actualmente, el fraude ha modificado la configuración de sus elementos característicos. El legislador se ha anticipado al fraude (dictando por ejemplo normas de policía que eliminan el razonamiento conflictual y abren la opción de cumplirlas o violarlas abiertamente), o bien lo ha vuelto ineficaz al limitar el margen de previsibilidad mediante un sistema conflictual flexible⁵⁸.

f) *Orden público*: el control de orden público dispuesto actualmente en el art. 2600 CCyCN, opera directamente cuando los jueces argentinos tienen jurisdicción en el caso, sea indirectamente cuando los jueces argentinos son requeridos para reconocer o ejecutar una decisión extranjera. “La exclusión de un derecho extranjero por contrario al orden público también presenta una problemática de conflicto axiológico material entre concepciones de justicia material inconciliables. Si no es posible cierta conciliación o suavización de las consecuencias prácticas que el derecho extranjero produciría en el foro, la solución foránea tendrá que ceder. Los principios fundamentales de justicia de

⁵⁵ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., p. 233.

⁵⁶ PICONE, P., ob. cit., p. 99.

⁵⁷ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., p. 233.

⁵⁸ NAJURIETA, M. S., “Fraude en el derecho internacional privado”, RDCO, N° 4, noviembre de 1993, pp. 305/321.

la *lex fori* son los puntos finales de la técnica conflictualista...”⁵⁹. Un cartabón de principios que inspiran nuestra legislación se encuentra en la parte dogmática de Nuestra Constitución Nacional, integrada por los tratados de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22). De tal forma se brinda plena y efectiva vigencia a un conjunto de derechos humanos fundamentales (Standard mínimo de todos los ordenamientos jurídicos en una suerte de uniformidad del orden público) y que de ser vulnerados impedirían la aplicación de un derecho extranjero o bien el reconocimiento de una decisión extranjera. Pero por otro lado conlleva una flexibilización o atenuación de los principios de orden público interno⁶⁰ en pos de la seguridad jurídica y de la cooperación. El orden público se transforma en el vehículo para la aplicación de los derechos humanos⁶¹.

Algunos sistemas jurídicos han adoptado el criterio del orden público según un criterio espacial, el modelo francés, otros prefieren otorgar un efecto atenuado y por último el modelo alemán se inclina por un “orden público de proximidad”, cuyos criterios de intervención fueron precisados por su jurisprudencia⁶² y receptado por nuestra doctrina⁶³. En realidad no importa tanto el método sino alcanzar la plena efectividad de los derechos humanos involucrados y el Derecho Internacional Privado ha sabido contener un criterio de apertura, que deviene indispensable a los fines del respeto a la diversidad, al multiculturalismo⁶⁴.

g) *Principio de igualdad o de no discriminación*: las injerencias de derecho público no pueden soslayarse pero sí circunscribirlas a su real ámbito de aplicación. La sociedad multicultural, fenómeno que se produce por el aumento exponencial del flujo migratorio de todas partes del mundo, produce conflictos cuya tensión se centra en la idea de asimilación y de respeto de la identidad cultural. La disipación de dicha tensión debe buscarse siempre por referencia a la actuación de los derechos fundamentales, la cual implicará el reconocimiento de los derechos del “otro”⁶⁵. Es un principio de justicia solucionar igualmente casos iguales y desigualmente los desiguales.

⁵⁹ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, *ob. cit.*, p. 234.

⁶⁰ KINSCH, P., “La non-conformité du jugement étranger à l’ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l’homme”, RCDIP, 2011, pp. 817-824.

⁶¹ BELANDRO, R. S., *ob. cit.*; NAJURIETA, M. S., “Orden público internacional y derechos fundamentales del niño”, LL 1997-B-1436.

⁶² KINSCH, P., *ob. cit.*, esp. 152/158.

⁶³ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P., “Concepto y problemas básicos del derecho internacional privado”, en *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavalía, 2003, Cap. 1, pp. 39/82, esp. p. 77.

⁶⁴ BELANDRO, R. S., *ob. cit.*

⁶⁵ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P., *ob. cit.* en nota N° 49, pp. 77 y 78, quien destaca la trascendencia del Convenio marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa, firmado en Estrasburgo el 1° de febrero de 1995.

El principio de no discriminación impacta en el razonamiento conflictual y según influyente doctrina el reto para el futuro será definir sus requisitos precisos para su aplicación práctica⁶⁶ que apunta a una justicia que respete la dignidad y los derechos de la persona humana sin discriminaciones⁶⁷.

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las leyes, y las norma legales de Derecho Internacional Privado han de considerarse comprendidas, deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos 302:1284). De modo que el funcionamiento de las normas de conflicto, que culmina con su aplicación a los casos, no puede conducir a soluciones injustas, pues en el ejercicio de la función judicial no cabe prescindir de la preocupación por la justicia (Fallos 259:27).

4) *La persona como generadora de normas*

Fernández Arroyo sostiene que se viene desarrollando un marcado proceso de “privatización” del poder regulador, fenómeno que puede analizarse en dos niveles: el referido a las personas físicas o jurídicas, y el vinculado a la actividad de alcance general elaborada fuera de los círculos oficiales⁶⁸.

Nos interesa el primer nivel que podríamos denominar como individual, aquí la autonomía de la voluntad posibilita a la partes autorregularse mediante la elección del derecho aplicable (autonomía conflictual) y la creación de sus propias normas/cláusulas (autonomía material). Mientras que la prórroga de jurisdicción permite elegir el juez o árbitro competente (arts. 2605 al 2608 CCyCN).

El Código Civil y Comercial consagra la autonomía en materia contractual que fuera jurisprudencial y doctrinalmente aceptada (art. 2651).

A su vez no solo la admite en dicho ámbito más tradicional sino que la extiende a otros. De este modo, faculta su ejercicio en supuestos de régimen patrimonial del matrimonio (art. 2625) con convenciones matrimoniales o la elección del derecho argentino en caso de cambio de domicilio al país; y permite el acuerdo alimentario pero limita la elección del derecho al domicilio o residencia habitual de cualquiera de las partes al momento de su celebración (art. 2630).

Como contracara la prohíbe expresamente en el contrato de consumo (arts. 2651 y 2654, ambos *in fine*).

⁶⁶ MUIR WATT, H., “Reshaping Private International Law in a Changing World, www.onflictolaws.net/2008.”

⁶⁷ PADILLA, N., “Una justicia que respete la dignidad y los derechos de la persona humana sin discriminaciones. El Papa Francisco a la Asociación Internacional de Derecho Penal”, elDial.com - DC1DF5, publicado el 3/11/2014.

⁶⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, *ob. cit.*, en nota N° 49, pp. 79 y 80.

La fuente internacional también evidencia un avance progresivo en materias o ámbitos antes impensados como La Convención Interamericana sobre Obligaciones alimentarias (CIDIP IV) cuyo art. 8 posibilita la prórroga tácita. En sucesiones, la Convención de La Haya (no vigente) autoriza la *professio iuris*, faculta al testador a elegir entre los derechos designados por la norma de conflicto general.

Otro tanto ocurre en insolvencia transfronteriza, la ley 25.589 crea el APE, acuerdo preventivo extrajudicial, cuya regulación y posterior aplicación contempla casos internacionales⁶⁹.

Puede apreciarse como varía el alcance o surgen límites según el grado de disponibilidad, del carácter protectorio o del nivel de injerencia estatal en la cuestión de que se trate. Por ejemplo, en material laboral recibe consenso doctrinal y jurisprudencial la autonomía conflictual y material, sin embargo, el derecho indicado por la norma de conflicto (art. 3º LCT) funciona como límite mínimo, es decir que el derecho elegido solo puede ser más beneficioso para el trabajador que el derecho aplicable subsidiariamente⁷⁰. Así como la prórroga de jurisdicción siempre que sea invocada por el trabajador, y suma una jurisdicción concurrente más a las indicadas por el legislador⁷¹.

Jayme postula proteger a la persona humana más por medio de un refuerzo de su autonomía que por leyes imperativas que se imponen sin tener en consideración las necesidades del individuo, incluso en cuestiones de derecho de familia, específicamente en el divorcio⁷². En la doctrina argentina, Menicocci la propone en materia de estatuto personal⁷³.

Parecería que la autonomía, tal y como es concebida en materia contractual, dificulta su traslado a otros ámbitos, pues requiere un pleno conocimiento de todas las consecuencias, información a un costo razonable⁷⁴, el acuerdo de alcanzar a todas las partes involucradas, implica una elección a futuro cuando se desconocen las modificaciones probables de las situación fáctica o no se cuenta con los elementos necesarios para una evaluación que solo podría ocurrir frente al hecho litigioso⁷⁵.

⁶⁹ Ver nuestro trabajo, “El acuerdo preventivo extrajudicial desde la perspectiva del derecho internacional privado. Análisis jurisprudencial con especial referencia al caso ‘Multicanal’”, RDCO N° 237-2009, 261 y ss., esp. 278/85.

⁷⁰ Puede verse nuestro trabajo, “La autonomía de la voluntad en el contrato individual de trabajo con elementos internacionales”, *Revista del Derecho Comercial*, 2010-B, año 43, Abeledo Perrot.

⁷¹ Íd. nota N° 101.

⁷² JAYME, E., “Le droit international privé du nouveau millènaire”, *Recueil des Cours*, Academia de La Haya, 2000, t. 282, pp. 13-40, esp. p. 31.

⁷³ MENICOCCHI, A. A., ponencia: “La autonomía conflictual en el estatuto personal”, XXIV Congreso de Derecho Internacional de la A.A.D.I., Rosario, 2012.

⁷⁴ VISCHER, F., *ob. cit.*, p. 132.

⁷⁵ PICONE, P., *ob. cit.*, p. 188.

De allí que el legislador limite su ejercicio a cuestiones determinadas, a derechos que presupone justos, precise el momento que puede ejercerse (*post litem natam*, por ej.) o establezca derecho/s que funcionen como tope mínimo.

La combinación del poder regulador de las personas y los límites legislativos optimizan el resultado entre: los derechos fundamentales, la previsibilidad y el paradigma protectorio.

5) *Interacción*

Hasta aquí hemos enunciado cada uno de los mecanismos en forma individual, pero lo cierto es que a la hora de resolver un caso concreto, actúan en conjunto, de allí su interacción.

Debido a las modificaciones apuntadas, que podemos sintetizar en la orientación material, parecería que la aplicación simultánea de dos o más razonamiento resulta en una primera aproximación abstracta.

“No es posible hacer funcionar el método de elección flexible sin una adecuada tarea comparativa y una ulterior decisión sobre un criterio material creador de una solución del caso”⁷⁶. La norma de conflicto de carácter material subordina la producción del efecto buscado a la aplicación formal de una u otra ley designada, en instauración de reparticiones, hacia la jerarquización de carácter funcional entre dichas leyes⁷⁷.

El principio de proximidad se configura como una modalidad de designación de la ley aplicable que opera en el interior del método tradicional y tiende solamente a concretizar y a especificar, en los casos particulares y/o excepcionales, el funcionamiento⁷⁸.

Si la norma de conflicto contiene una elección alternativa, es decir, que considerada la solución de fondo del caso sin hacer jugar las normas de Derecho Internacional Privado, el reenvío que parte del presupuesto de razonamiento con las normas de conflicto quedaría fuera.

Al incorporarse un método de coordinación inexistente hasta el presente en el derecho argentino, la cláusula de excepción, debemos cuestionarnos sobre la interacción entre ella y el resto de las herramientas.

El fundamento y el sentido del reenvío es lograr el objetivo de la coordinación de sistemas. La única distinción que se produce entre los autores es que: a) sostienen que la coordinación que realiza el reenvío presenta méritos suficientes para que se erija en principio general, sin perjuicio de admitir algunas excepciones y b) consideran que la admisión del reenvío solo debe darse como excepción en ciertos casos bien determinados. En la primera línea de

⁷⁶ BOGGIANO, A., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 56.

⁷⁷ PICONE, P., “Les methode de coordination entre ordres juridiques en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1999, t. 276, pp. 15 y ss., esp. 92.

⁷⁸ PICONE, P., *ob. cit.*, p. 81.

pensamiento, enumeran como excepciones a la regla general, los casos en los que está en juego una norma de conflicto que no responde al modelo tradicional sino que es “materialmente orientada”. Otra situación de exclusión es cuando la ley aplicable es determinada mediante la ponderación de un conjunto de índices apropiados que exige la intervención del criterio valorativo del juez. Tampoco es procedente esta técnica cuando el legislador ha previsto una cláusula escapatoria como correctivo de una primera designación que no satisface suficientes lazos de proximidad⁷⁹. Sin embargo, es admitido en una forma particular, aquel reenvío denominado *in favorem*, no permite la aplicación de una ley diferente (del foro o de otro Estado) salvo que dicha ley se asegure ser “más favorable” a la realización del efecto buscado⁸⁰.

El Código coordina la autonomía de la voluntad con el reenvío (art. 2596) y la cláusula de excepción (art. 2597), ambos son excluidos, y en el primero con la salvedad que la partes estipulen lo contrario. Una norma clara en orden al establecimiento de pautas de articulación⁸¹.

En síntesis, existe una fuerte tendencia a marcar también la autonomía del principio de proximidad en relación al método tradicional⁸², haciendo valer esencialmente dos argumentos: a) el hecho que mediante tal principio se hace posible la “derogación” a la puesta en marcha de las soluciones de conflictos ordinarias y/o normales; b) el hecho que la designación del derecho aplicable deja de lado en tales casos por definición la posible aceptación del reenvío⁸³.

4. JURISDICCIÓN

1) *En general*

La norma de jurisdicción otorga competencia a los jueces próximos al caso, sin embargo tampoco es neutral, se elige el juez que mejor pueda garantizar el debido proceso. En ocasiones se autolimita la jurisdicción porque la defensa se puede garantizar mejor en otro foro (*forum non convenies*)⁸⁴.

Todo el proceso está presidido por esa garantía de tutela jurisdiccional. La Corte ha sostenido que “los tratados sobre derechos humanos establecen el de-

⁷⁹ NAJURIETA, M. S., *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, Córdoba, 2004, p. 49.

⁸⁰ PICONE, P., *ob. cit.*, pp. 97, 99 y ss.

⁸¹ Puede consultarse el primer fallo en la materia proveniente del Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, publicado en ED, 7/6/2016, con comentario de MENICOCCHI, A., “El régimen de alimentos en el derecho internacional privado en fuente interna y un debut previsible de la cláusula de excepción”.

⁸² LAGARDE, P., “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueil des Cours*, 1986, t. 196, p. 9 y ss., p. 95.

⁸³ LAGARDE, P., “Le principe de proximité...”, *ob. cit.*, esp. pp. 40, 76 y 95.

⁸⁴ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, *ob. cit.*, p. XX.

recho a toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial” (*in re* “Aparicio, Ana Beatriz y otros, sentencia del 21 de abril de 2015, consid. 18).

El Código Civil y Comercial ha venido a colmar las lagunas en esta materia y ha plasmar criterios jurisprudenciales de alto valor. Soluciona conflictos positivos y negativos de jurisdicción. El primero mediante la consagración legislativa del célebre caso “Vlasov” (CSJN, del 25 de marzo de 1960, LL 98-277), en el foro de necesidad general del artículo 2602 y el especial del 2619.

Mientras que los conflictos positivos de jurisdicción se traducen en la litispendencia internacional, que el Código procura mitigar mediante la coordinación de los procesos extranjeros y argentinos desde una perspectiva local (art. 2604).

La redacción aumenta su complejidad, nótese que la norma citada que en materia de ausencia con presunción de fallecimiento (2619) utiliza un sistema en cascada cuya última posibilidad es la jurisdicción argentina, el único foro subsidiario del sistema.

Evidenciamos, a su vez, un paralelismo entre foro e *ius*. El correlato entre la competencia judicial y legislativa en materia de estatuto personal, por ejemplo, se muestra oportuna frente a la tendencia *cuasi* generalizada de aplicar la ley del foro⁸⁵. A veces es el foro que sigue al derecho otras a la inversa⁸⁶.

Las normas de jurisdicción del Código muestran un deseado equilibrio entre foros generales y especiales; entre foros concurrentes y exclusivos; con un marcado interés protectorio.

La norma general del artículo 2650 consagra un criterio atributivo de jurisdicción universalmente aceptado: el domicilio o residencia habitual del demandado. Su carácter general deviene en su expansión en todo el sistema normativo argentino, colmando cualquier laguna, o bien en función concurrente, con la clara ventaja de proteger el derecho de defensa tanto procesal como sustancial.

La relación entre criterios atributivos general y especial puede hallarse en materia de contrato, el art. 2650 y la especial, en contratos de consumo, art. 2654).

La mayoría de sus normas presentan jurisdicciones concurrentes, entre las cuales el foro del domicilio del demandado o su residencia habitual reviste una constante (arts. 2621, 2627, 2629, 2631, 2643, 2650, 2654, 2656, 2658 y 2666). El resultado es la habilitación de una pluralidad de foros que facilitan el acceso a la jurisdicción, que solo se encuentra limitada en supuestos excepcionales de jurisdicción exclusiva, señalados en la norma general del art. 2609 y en las especiales: art. 2606, 2633 y 2654, ya que el consumidor solo puede ser demandado ante los jueces de su domicilio.

⁸⁵ AUDIT, B., *ob. cit.*, p. 352.

⁸⁶ ROMANO, G. P., “La bilateralité éclipse par l’ autorité. Developpements récents en matière d’ état des personnes, *Rev. Crit. DIP*, 95 (3), 2006, p. 457 y ss.

En materia alimentaria, además de la concurrencia jurisdiccional, se aceptan dos criterios atributivos de fuente convencional, el foro del patrimonio de la CIDIP IV y el *forum actoris*; ambos con un evidente interés protectorio.

En grandes líneas, el juez argentino ha de ser estricto al asumir jurisdicción, a fin de no caer en una jurisdicción exorbitante, pero no inflexible en casos de excepcional gravedad o peligro de denegación internacional de justicia, porque en ambos supuestos conculcaría derechos fundamentales.

En el conflicto de jurisdicciones, se expande el fenómeno del *forum shopping*, que encuentra su sanción en la protección del derecho de defensa y del debido proceso y su límite en la falta de reconocimiento, sin necesidad de invocar la excepción de fraude⁸⁷.

2) *En particular*

En cuanto al acceso a una jurisdicción neutral, se ha avanzado notoriamente en aquellos casos en los cuales actúa un Estado Nacional, una Organización Internacional y el particular quedaba vulnerable. Al consagrarse el criterio restringido de inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros (ley 24.488) se permite el acceso a la jurisdicción. Aún resta profundizar en la inmunidad de ejecución⁸⁸. Por su parte la inmunidad de las Organizaciones Internacionales fue acotada jurisprudencial y doctrinalmente⁸⁹, aquí el peligro de desprotección es mayor ante la carencia absoluta de jurisdicción alternativa. En la misma línea, la comunidad internacional creó un fuero arbitral para que los particulares reclamen contra los Estados en materia de inversiones (CIADI). También se abren posibilidades a la participación de asociaciones o personas físicas en el sistema de resolución de conflictos de la Organización Mundial del Comercio⁹⁰.

Todas ellas son claras muestras de los avances hacia una tutela judicial efectiva.

En una dimensión internacional, además de la fuente convencional, encontramos la creación de jurisdicciones supraestatales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Penal Internacional y aquellas de los procesos de integración, aunque en el que integra nuestro país, el Mercosur, todavía los particulares tienen vedado su acceso directo. La característica común es la atribución de *iurisdictio* y la carencia de *imperium*. De allí que se propicie

⁸⁷ NAJURIETA, M. S., *Coordinación de ordenamiento...*, *ob. cit.*, en nota N° 51.

⁸⁸ Puede verse el trabajo de nuestra autoría, "Inmunidad de Ejecución", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 197, Depalma, marzo de 2002, pp. 163 a 171.

⁸⁹ Puede ampliarse en RABINO, M. C., "Inmunidad de Jurisdicción en las Organizaciones Internacionales", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Editorial, N° 189/192, Depalma, diciembre del 2000, pp. 541 a 562.

⁹⁰ Ver nuestro trabajo, "El Acuerdo de Marrakech (OMC) versus los derechos de los ciudadanos argentinos: aplicación directa y vías de reclamo", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 44, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 867/879.

la creación un nuevo sistema jurídico internacional que pueda proporcionar una jurisdicción en la cual sus jueces o árbitros dispongan de ambas en el ámbito internacional e interno de los Estados, basada en la teoría jurídica de la soberanía de la tercera generación⁹¹.

3) *El proceso*

También para el trámite procesal las normas de derechos humanos establecen criterios específicos que deben respetarse cualquiera sea la jurisdicción y la correspondiente ley aplicable al proceso. Kinsch se refiere a un orden público del proceso regido por la *lex fori* que resulta insusceptible de comparación con el orden público de fondo⁹² y que requiere estricto cumplimiento a la garantía del debido proceso, como estándar mínimo de los derechos humanos.

En síntesis, se trata de consagrar un amplio acceso a la jurisdicción⁹³, como derecho humano fundamental con clara nota de universalidad (según lo apuntamos en II), pues en los últimos tiempos abarca ciertas instituciones procesales, como el derecho a la jurisdicción, el amparo, el hábeas corpus, etc⁹⁴, que se han incorporado a los estatutos supranacionales (arts. 7, 8, 9 y 25, Pacto de San José) por lo que el pleito se ha convertido en una instrumento para concretar uno de los derechos trascendentes del hombre, el derecho a la justicia⁹⁵.

5. COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL⁹⁶

1) *En general*

También nos preguntamos si los Tratados de Derechos Humanos contienen normativas referidas a la cooperación judicial internacional.

Nuestra búsqueda nos arroja que la Carta de Naciones Unidas es la primera norma positiva que consagra la cooperación internacional como una pieza clave del orden jurídico-político a instaurarse. En su art. 1:3 enuncia el propósito de *realizar la cooperación internacional... en el desarrollo y el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin*

⁹¹ ARBUET-VIGNALI, H., “Actuales carencias de las jurisdicciones internacionales”, en *Derecho Procesal Transnacional*, Ábaco, 2012, pp. 33/56, esp. pp. 41 y 55.

⁹² KINSCH, P., *ob. cit.*, p. 293.

⁹³ PINTO, M., *ob. cit.*, p. 136.

⁹⁴ CIDH, caso “García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”, sent. del 25/11/2005, serie C, N° 137, 112.

⁹⁵ HITTERS, J. C., “El debido proceso y la responsabilidad internacional del estado y en particular la de los jueces”, en *Derecho Procesal Transnacional*, Ábaco, 2012, pp. 57/84, esp. p. 60.

⁹⁶ Este punto tiene como base nuestra ponencia, “La cooperación jurídica internacional: sus fuentes y los Derechos Humanos”, presentada en el XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional de la A.A.D.I., La Plata, 26 al 28 de septiembre de 2013.

hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. La Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, en su art. 26 dispone: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar las providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica; para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos... en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa y otros medios apropiados”. La Convención sobre de los Derechos del Niño en su preámbulo reconoce “*la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños...*”. Por su parte en el ámbito del Mercosur, hacen lo propio el Protocolo de Asunción sobre compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur (Decisión N° 17/05) y la creación del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos mediante la Decisión N° 14/09⁹⁷.

La cooperación aludida resulta un término amplio que comprende todo tipo de cooperación, incluida la judicial; y requiere de la adopción de mecanismos que permitan controlar su efectividad⁹⁸.

Reviste el carácter de una obligación estatal y se trata de una obligación *erga omnes* “de resultados” y no de “medios”. Los efectos jurídicos que se derivan de esta característica son varios: no resulta aplicable el principio general de derecho que establece que cuando una de las partes incumple obligaciones a su cargo, la otra queda liberada de las propias; de allí que la violación de las disposiciones del tratado no sea causal de denuncia ni de terminación (Convención de Viena de 1969, art. 60.5); la aceptación de las reservas formuladas es sin efecto respecto de la calidad de parte en el tratado; y las personas sujetas a la órbita de la jurisdicción estatal son sus beneficiarios directos, de allí el carácter de obligación interna además de internacional.

2) *En Derecho Internacional Privado*

Por su parte la cooperación en el Derecho Internacional Privado se ciñe a la jurídica y se ha convertido en la herramienta estelar para superar las diferencias entre los sistemas jurídicos.

Las tradicionales soluciones del conflictualismo de leyes y de conflicto de jurisdicciones son impotentes muchas veces para superar la fragmentación derivada del fenómeno de las fronteras y para permitir la articulación de dos o más ordenamientos jurídicos⁹⁹.

⁹⁷ SOTO, A. M. y FLOREAL GONZÁLEZ, F., *Manual de Derecho de la Integración*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 327 y ss.

⁹⁸ PINTO, M., *ob. cit.*, p. 119.

⁹⁹ NAJURIETA, M. S., *Cooperación Jurisdiccional Internacional en conflictos relativos a los niños. Desplazamientos y retención ilícitas, obstáculos al mantenimiento de relaciones personales con los progenitores, cobro de alimentos*, Relato de las VI Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado de la A.A.D.I., Mendoza, 2007, disponible en www.aadi.org.ar.

Jayme señala: “*una nota característica del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo es el rechazo a soluciones abstractas o dogmáticas y el recurso a la colaboración práctica entre autoridades competentes de distintos países que puedan lograr resultados satisfactorios mediante la relación directa entre jueces o gracias a la acción conjunta de autoridades especializadas*”¹⁰⁰.

Nuevamente la cooperación internacional no es neutra, tiene por finalidad garantizar la vigencia de los derechos fundamentales¹⁰¹.

Entendida como toda actuación procesal desplegada en un Estado al servicio de un proceso incoado o a incoarse en otro¹⁰². Tomaremos su concepción más amplia, abarcativa de todas sus denominaciones¹⁰³ y contemplativa de todas las situaciones¹⁰⁴. La cooperación debe ser tanto formal como material¹⁰⁵.

Argentina cuenta con una rica trama de instrumentos internacionales de rango universal, regional y bilateral, tanto de índole general como referidos a procesos autónomos de cooperación (el cobro de alimentos¹⁰⁶, la sustracción o retención internacional, etc.). Abundante es la fuente convencional en materia de cooperación penal, donde además contamos con la ley 24.767 de aplicación subsidiaria.

El Código Civil y Comercial establece la obligación de los jueces argentinos de cooperar en forma amplia (art. 2611) y le permite mantener comunicación directa con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso (art. 2612).

Ambas normas denotan una importante innovación y aportan flexibilidad, la primera al establecer una manda general y la segunda al dotar un instrumento *ad hoc* que habilita una vía de cooperación antes inexistente. Dichas normas

¹⁰⁰ JAYME, E., “Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 251, 1995, pp. 9/268, esp. pp. 257 y 258.

¹⁰¹ NAJURIETA, M. S., *ob. cit.* en nota N° 100.

¹⁰² TELLECHEA BERGMAN, E., “La cooperación jurisdiccional internacional con especial referencia al ámbito del Mercosur y al derecho uruguayo”, *DeCita*, 2005, pp. 359/397.

¹⁰³ GOLDSCHMIDT, W., *Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia basado en la teoría pluralista del mundo jurídico*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 429 y ss. CIURO CALDANI, M. A., “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997. UZAL, M. E., “Algunas reflexiones sobre temas de derecho procesal internacional”, *LL* 1988-E-1075/1080. TELLECHEA BERGMAN, E., *ob. cit.*, quien excluye al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. FEUILLADE, M. C., “Concepción normológica de la problemática científica de la cooperación jurisdiccional internacional de primer y segundo grado”, *Investigación y Docencia* N° 41, Rosario, 2008, pp. 49/60.

¹⁰⁴ Debemos entender por reconocimiento no solamente decisiones judiciales o administrativas sino también mero actos de registro, a fin de incluir cualquier intervención de una autoridad determinada como condición necesaria para crear, constituir, declarar o modificar el estatuto personal.

¹⁰⁵ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos, ob. cit.*, p. XVII.

¹⁰⁶ Ver nuestro trabajo, “El cobro de alimentos y la cooperación internacional”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional* XVII, 2008, p. 101 y ss.

permiten auxiliar todo tipo de proceso, aun en el marco de una fuente internacional, y al ubicarse en la parte general se trasladan a toda norma especial, incluso a la insolvencia transfronteriza, donde la ley Modelo de la CNUDMI la consagra en los arts. 25 a 27, Rouillon la ha calificado de “revolucionario” el llamado a la comunicación abierta y directa entre jueces y síndicos y ha afirmado que es la mayor garantía de lograr éxito en su finalidad de “establecer mecanismos eficaces”¹⁰⁷ para coordinar procesos en distintos países¹⁰⁸. Nótese que en materia de quiebras, donde carecemos de fuente convencional, el diálogo entre jueces se afianza en pos de superar la carencia normativa y de la búsqueda de soluciones efectivas¹⁰⁹.

En otro orden, y mediante la utilización de las últimas tecnologías (IberRed, ver punto VI c] B) se procura fomentar un diálogo horizontal y directo entre jueces nacionales. En algunas materias de cooperación como penal y niños ha demostrado su utilidad y ha vencido la desconfianza. En consecuencia va adquiriendo paulatinamente el rango de costumbre internacional. ALI, mediante su Comité de Litigio Internacional propone su extensión a todo tipo de materias¹¹⁰.

El Código contempla las medidas provisionales y cautelares en general (art. 2603) y en especial (arts. 2641 y 2642, párr. 3°); igualdad de trato (art. 2610) y asistencia procesal (art. 2612). Se ha perdido la oportunidad de contar con normas uniformes sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, pero poseemos normas de reconocimiento autónomas como los arts. 2631 *in fine* y 2634 sobre filiación; el 2637 en materia de adopción y 2640 *in fine* sobre responsabilidad parental.

La Corte Europea de Derechos Humanos se ha expedido en varios casos referidos a cooperación internacional en materia de niños¹¹¹ y en materia de

¹⁰⁷ ROUILLON, A., “Cooperación internacional en materia concursal. La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre insolvencia transfronteriza”, LL 2002-D-998/1009, esp. pp. 1002 y 1007.

¹⁰⁸ UZAL, M. E., “Cooperación internacional en materia de insolvencia transfronteriza en procesos de reorganización”, en *Derecho Procesal Transnacional*, Ábaco, 2012, pp. 541/553.

¹⁰⁹ Véase especialmente el caso Multicanal, comentado por esta autora en trabajo citado en la nota N° 70, “El acuerdo preventivo extrajudicial...”.

¹¹⁰ ALI, 68° Conferencia, Londres, 2000, “La corte original puede comunicarse directamente con la corte alternativa por cualquier aplicación referencial en orden a obtener información relevante para su determinación... donde tal comunicación es permitida por sus respectivos Estados. Los Estados son alentados a permitir a sus jueces a hacer, y responder también, tales comunicaciones. Cualquier comunicación deberá ser solicitada por las partes o de oficio. Cuando los jueces actúen de oficio, deberá notificarse a las partes y brindarles la información obtenida. La corte original puede comunicarse por escrito u oralmente y debe hacer en un idioma aceptable para la corte alternativa”.

¹¹¹ SILBERMAN, L. J., “The Hague Children’s Conventions”, *Recueil des Cours*, Academia de La Haya, 2006, pp. 271/467, esp. 375/383, 420/427, 455/457.

reconocimiento¹¹². En los primeros la Corte de Estrasburgo ha reforzado la obligación de reintegro en el marco de la Convención de La Haya sobre sustracción internacional con una abundante jurisprudencia, considerando como violación al art. 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos al fallar en adoptar las medidas para asegurar el pronto regreso del niño en evidente violación de las obligaciones¹¹³. Asimismo ha mitigado el control de competencia al sostener que en casos de reconocimiento y ejecución “*de cualquiera que sea la jurisdicción del cual provenga*”, la negativa estatal de cooperar vulnera la garantía del debido proceso¹¹⁴.

Como consecuencia de la influencia de los Derechos Humanos en materia de cooperación judicial internacional, la doctrina ha propuesto una cooperación materialmente orientada a fin de su efectivización¹¹⁵ y hasta ha llegado a proponer un reconocimiento *cuasi* automático en derecho de familia, abandonando la mayoría de los controles tradicionales¹¹⁶.

Parecería que no están dadas las condiciones para receptor la postura de Bucher, calificada por Kinsch como radical y revolucionaria. En los procesos de integración más avanzados como la UE cuentan con un sistema de libre circulación, conocida como la quinta libertad, de documentos como un reconocimiento automático de resoluciones judiciales, basado en la confianza recíproca, la eliminación del control de competencia, la simplificación de formalidades y procedimientos; y avanza en una armonización progresiva¹¹⁷. Sin embargo, la Corte de Justicia de la UE ha elegido, hasta ahora, la salvaguarda del derecho de defensa antes que la libre circulación de sentencias¹¹⁸.

La competencia indirecta debe dejar lugar a criterios flexibles para la verificación de la competencia judicial extranjera, respetando siempre los pilares en los cuales descansa todo sistema de conflicto de jurisdicciones; la concurrencia

¹¹² Ver, en particular, TEDH, 29 abril 2008, as. 18648/04, “MacDonald v. Francia”, y 3 mayo 2011, as. 56759/08, “Négrépontis-Giannisis v. Grecia”.

¹¹³ Ver del mismo tribunal: “Silvestre v. Austria”, N° 36812/97 y 40104/98, año 2003; “Ignaccolo-Zenide v. Rogmania”, N° 31679/96, año 2000 y “Monory v. Romania and Hungary”, N° 71099/01, año 2005; “Iglesias-Gil et AUI v. Espagne”, N° 56673/00, año 2003; “Marie v. Portugal”, N° 48206/99, año 2003; “Bianchi s. Suisse”, N° 7548/04, año 2006; “Paradis v. Allemagne”, N° 4783/03, año 2005; “Eskinazi et Chelouche v. Turquie”, N° 14600/05, año 2005; “Gettcliffe et Grant v. France”, N° 23547/06, año 2006; “Guichard v. France”, N° 56838/00, año 2003; “Lindberg v. Suède”, N° 48198/99, año 2004; “Bosphorus v. Ireland”, N° 45036/98, año 2005 y en materia de alimentos: “Hussin v. Belgique”, N° 70807/01, año 2004.

¹¹⁴ “Hornsby v. Grece”, 19 de marzo de 1997; “Iera Moni Profitou Ilion Thiras v. Grece”, N° 32259/02, del 22 de diciembre de 2005, esp. párr. 35.

¹¹⁵ JAYME, E., *ob. cit.*, p. 9 y ss.

¹¹⁶ BUCHER, A., “La famille en droit international privé”, *Recueil des Cours*, Academia de La Haya, 2000, t. 283, p. 9 y ss., esp. 96/115.

¹¹⁷ POCCAR, F., “Notas sobre el Reglamento Comunitario Europeo N° 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, en *Derecho Procesal Transnacional*, Ábaco, 2012, pp. 555/575, esp. 557 y 573.

¹¹⁸ KINSCH, P., *ob. cit.* p. 318 y ss.

de foros, la competencia razonable (no exorbitante) del juez de origen y los derechos fundamentales. Puede recurrirse a dos postulados de Boggiano: el reenvío de jurisdicción y el multilateralismo crítico¹¹⁹.

Asimismo en la prevención de actos claudicantes, el Derecho Internacional Privado posee sus propias técnicas de validación¹²⁰. La falta de reconocimiento en el foro de una situación constituida en el extranjero sin ningún tipo de contacto con el foro al momento de su constitución, significaría un incumplimiento de los derechos humanos difícilmente justificable. En el otro extremo, la falta de reconocimiento frente a una situación adquirida en el extranjero con fuertes vínculos con el Estado requerido, a tal punto de ser evidente para las mismas partes (sin llegar a emitir un juicio de favor sobre situaciones fraudulentas), estaría justificada. Sin embargo, el problema más complicado son las situaciones intermedias, caracterizadas por los fuertes vínculos con el Estado requerido, adquiridas en otro Estado y con amplias expectativas de las partes, quienes jamás podrían esperar su rechazo. Sobre este punto Kinsch, a raíz de un caso de matrimonio putativo, propone dejar de lado soluciones esquemáticas, en las cuales el juego del principio de proporcionalidad debe ser afinado y tomar conciencia del grado de gravedad que la falta de reconocimiento produce¹²¹. Picone lo entiende como “derechos adquiridos en el extranjero” que puede presentarse como un conflicto móvil, de una cuestión previa, o de la aplicación de la *lex fori*, mediante el control de orden público¹²². Cualquiera fuera, podrá recurrirse a los mecanismos correctivos vistos en el punto IV, 3) o a la cláusula de excepción (art. 2597 CCyCN), sin perder de vista que determinados ámbitos se muestran más sensibles y plantean dificultades significativas, particularmente aquellos vinculados con sistemas jurídicos con marcadas diferencias¹²³.

3) Soft law

El fraccionamiento interpretativo y en consecuencia aplicativo de la norma de fuente internacional uniforme fue el motivo de desarrollo de distintas herramientas de superación. En este sentido, varios foros productivos como la Conferencia de La Haya han puesto en funcionamiento una base de datos jurisprudencial, han buscado coordinar las funciones de las Autoridades Centrales mediante reuniones periódicas, han emitido recomendaciones, dictámenes, resoluciones,

¹¹⁹ BOGGIANO, A., *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2000, p. 298 y ss.

¹²⁰ Por ejemplo: la protección de los derechos adquiridos, el método de la referencia al orden jurídico competente, situaciones generadas en el extranjero sin contacto con el foro, distinción entre foro de juzgamiento y foro de razonamiento, la cuestión previa, la solución al conflicto móvil, entre otros.

¹²¹ KINSCH, P., *ob. cit.*, esp. 126/7.

¹²² PICONE, P., *ob. cit.* p. 227 y ss.

¹²³ Puede consultarse la reseña jurisprudencial de AUDIT, B., “Le droit international privé...”, *ob. cit.* p. 125 y ss.

códigos de conducta, principios, guías de buenas prácticas, manuales para su correcta aplicación y leyes modelo¹²⁴, entre otros. Todo lo cual se pone en funcionamiento mediante la recepción de las nuevas tecnologías, un claro ejemplo lo encontramos en el e-APP (apostilla electrónica)¹²⁵.

En paralelo se han conformado nuevos foros dedicados específicamente a la cooperación como:

A) REMJA (Reunión de Ministros de Justicia de las Américas) en el ámbito de la OEA, cuya primera reunión se celebró en Buenos Aires en 1997, donde abordaron la problemática de la cooperación penal y frente al éxito de las medidas adoptadas posteriormente han ampliado el campo de cooperación en otras temáticas como: derecho de familia y derecho de la infancia, propiciando la ratificación de las convenciones existentes en el ámbito de CIDIP y la designación de sus respectivas Autoridades Centrales. En la reunión del año 2008 estableció una red de Autoridades Centrales para permitir una cooperación jurídica continental en dichas materias y ha recomendado a los Estados americanos ratificar la Convención de La Haya sobre alimentos del año 2007. Otro dato de interés sobre sus actividades es que a su propuesta, la OEA creó el Centro de estudios de la justicia de las Américas con sede en Santiago de Chile¹²⁶.

B) COMJIB (Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos) nuclea a todos los Estados latinoamericanos junto a España y Portugal. Entre sus desarrollos podemos destacar: Estatuto del Juez Iberoamericano (2001), Carta de los Derechos de Usuarios de la Justicia (2002), Código Iberoamericano de Ética Judicial (2006), Red Iberoamericana de Asistencia Judicial (IberRed, 2004), Programa Iberoamericano de Acceso a la Justicia (2010), Convenio Iberoamericano sobre el uso de videoconferencias (2010), Portal Iberoamericano de Justicia Electrónica, Manual Operativo de Cooperación Iberoamericana, Manual de Buenas Prácticas, etc.

C) Mercosur: Comisión técnica de cooperación jurídica.

D) Propuesta para una Ley Modelo Latinoamericana para juicios internacionales¹²⁷, Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica¹²⁸ y Propuesta de Principios Procesales de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

¹²⁴ RUBAJA, N., *Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectivas desde el ordenamiento jurídico argentino*, Abeledo Perrot, 2012, pp. 60/62; quien referencia sobre el particular la Ley Modelo para la Implementación y Puesta en Práctica de Manera Uniforme de las Convenciones de La Haya y la Interamericana en la especie.

¹²⁵ FERNÁNDEZ ARROYO, D., “Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días”, *elDial.com* - DC1620, publicado el 24/6/2011.

¹²⁶ ARRIGHI, J. M., “L’OEA et le droit international”, *Recueil des Cours*, Academia de La Haya, 2011, t. 355, p. 392 y ss., esp. 413/17.

¹²⁷ DAHL, H. S., “Propuesta para una Ley Modelo Latinoamericana para juicios internacionales”, *DeCita* 3, Buenos Aires, Zavalía, 2005, pp. 392/99.

¹²⁸ SOSA, G. L., “El proyecto de código procesal civil modelo para Iberoamérica: normas internacionales”, disponible en <http://www.bibliotecajuridica.org/libros/2/592/28.pdf>.

E) Principios del proceso civil transnacional (que incluye principios y reglas del año 2005) elaborados por ALI-UNIDROIT¹²⁹, todos ellos relevantes en materia de cooperación, sin perjuicio de destacar sus últimos dos artículos que textualmente rezan: “Art. 30. Reconocimiento: Una sentencia definitiva dictada en otro foro en un proceso sustancialmente compatible con estos Principios debe ser reconocida y ejecutada, salvo que razones de orden público material dispusieran lo contrario. Las medidas provisionales deben ser reconocidas en los mismos términos. Art. 31. Cooperación judicial internacional: Los tribunales de un Estado que ha adoptado estos Principios deberán prestar asistencia a los tribunales de cualquier otro Estado en los que se esté desarrollando un procedimiento de conformidad con estos Principios, incluida la concesión de medidas cautelares y provisionales y la cooperación en la identificación, conservación y producción de pruebas”¹³⁰.

Todo lo cual ha conformado en un verdadero *soft law* en materia de cooperación que viene a completar al *hard law* a los fines justamente de favorecerla¹³¹.

El *soft law* carece de coactividad, sin embargo constituye una referencia importante para los operadores jurídicos¹³². Entre sus ventajas se ha considerado que genera un derecho flexible y evita los problemas propios del derecho de los tratados: ratificaciones, denuncias, reservas, etc.¹³³.

La costumbre y los principios generales del derecho poseen una plasticidad y poder de expansión extraordinario en una época de globalización con tecnología creciente. Se trata de un poder de generación en primer término y posterior cristalización¹³⁴.

4) Cooperación in favorem

A la luz del criterio *pro homine* que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria¹³⁵. En tanto funcionan como un derecho mínimo y subsidiario, el derecho interno opera en todo cuanto amplía, acrece y mejora.

¹²⁹ Comienzan diciendo: “Estos principios son estándares para la solución jurisdiccional de los litigios comerciales transnacionales. También pueden ser útiles para resolver otros tipos de litigios de naturaleza civil y servir de base a las futuras iniciativas de reforma del proceso civil”.

¹³⁰ DREYZIN DE KLOR, A. A., *ob. cit.*

¹³¹ SILBERMAN, L. J., *ob. cit.*, pp. 465/66.

¹³² DREYZIN DE KLOR, A - SARACHO CORNET, T., *Trámites judiciales internacionales*, Buenos Aires, Zavalia, 2005, p. 16.

¹³³ RUBAJA, N., *ob. cit.*, pp. 60/62.

¹³⁴ TRAVIESO, J. A., *ob. cit.*, p. 936.

¹³⁵ PINTO, M., *ob. cit.*, p. 81.

La cooperación internacional nacida en la cortesía adquirió el rango de fuente del Derecho Internacional en tanto costumbre¹³⁶, para luego transformarse en una obligación internacional tras la multiplicidad de tratados suscriptos (*pacta sunt servanda*)¹³⁷ y actualmente en materia de Derechos Humanos se ha convertido en una obligación *erga omnes*¹³⁸ y de resultado.

6. A MANERA DE COROLARIO

Podemos señalar:

1) Las distintas ramas del derecho involucradas¹³⁹ han abandonado sus compartimentos estancos para vincularse¹⁴⁰, cada uno interfiere en el otro, lo condiciona y lo transforma, obliga a replantearse no solamente los conceptos básicos, en su relación recíproca, sino también los cambios profundos que sus relaciones provocan¹⁴¹.

2) El Derecho Internacional Privado queda impregnado por los Derechos Humanos, quienes producen una influencia de tal magnitud que transforman todos y cada uno de sus mecanismos de razonamiento dejando de lado los silogismos puros basados en criterios de proximidad objetiva entre el caso y el derecho, entre el caso y la jurisdicción; y pasa a teñirse materialmente en procura de brindar tutela efectiva a los derechos humanos involucrados.

3) Se advierte la multiplicidad de fuentes, internacional e interna, formal e informal, todas coadyuvan a favorecer la protección de los derechos humanos. Y a ellas se suma el progresivo avance de la autonomía de la voluntad, en claro respeto del paradigma protectorio de la persona.

4) “Por lo general, actuar dentro de un sistema de normas jurídicas es como construir un castillo, una imagen que en la complejidad del proceso elaborador revela la necesaria conjunción de varios factores para obtener el resultado. En realidad, para la construcción de un castillo es condición necesaria pero no suficiente que tenga torres. De la misma manera para la construcción o la formación del derecho, es condición necesaria aunque no imprescindible la existencia de normas. Los ladrillos y las piedras no forman el castillo hasta que estén integrando un plan homogéneo, que forma lo que es el castillo en su estructura y funciones. El castillo será en definitiva la suma de diversos elementos, todos

¹³⁶ TELLECHEA BERGMAN, E., “La cooperación jurisdiccional internacional con especial referencia al ámbito del Mercosur y al derecho uruguayo”, DeCita 2005, p. 359 y ss., esp. 361/62.

¹³⁷ CHEMILLIER-GENDREAU, M., *ob. cit.*, p. 32.

¹³⁸ PINTO, M., *ob. cit.* p. 58.

¹³⁹ BOGGIANO, A., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. I, p. 1 y ss., postula la tesis *ius inter iuria*.

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ ARROYO, D., “Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público”, elDial.com - DC18BA, publicado el 22/6/2012.

¹⁴¹ ESCALANTE PIZA, R. E., *ob. cit.* p. 182.

debidamente unidos en la argamasa del conjunto. Una vez que todos los elementos que lo integran se hallen unidos dentro un concepto determinado, nos hallaremos en presencia de un verdadero castillo. En caso contrario se trataría solo de elementos separados, sin dar idea de conjunto: un castillo de naipes”¹⁴².

5) Cabe a los operadores jurídicos ponderar todas las fuentes a su alcance a fin de garantizar los derechos humanos mediante una adecuada y favorable elección del derecho aplicable, arrogación de competencia y cooperación efectiva.

6) En esta búsqueda de la convergencia en lugar de la discordancia, y de la sincronización en vez de la oposición o del recelo; se perfila un andamiaje jurídico de compleja estructura que va mucho más allá de una norma expresa.

7) Un sistema de derecho en un estado democrático debe interpretarse de tal modo que logre completitud y quede cerrado a través de dos fuentes: “la interna y la internacional”¹⁴³.

8) A más de un siglo después que se expuso el método conflictual se puede afirmar que carece de un mecanismo abstracto¹⁴⁴ y lejos de entrar en crisis¹⁴⁵, se muestra enriquecida por la mentada influencia.

9) “El juez con su jurisprudencia es el que cuida que la construcción del castillo tenga bases, fundamentos y medios suficientes para hacerlo coherente y homogéneo. Pero el juez es algo más: es el que nos permite salir del laberinto iluminando la oscuridad y haciendo clara la penumbra”¹⁴⁶. En este camino alcanza su máximo vigor la relación entre Derecho Internacional Privado, Derechos Humanos y activismo judicial¹⁴⁷.

10) De allí que además de la orientación material, las soluciones se encuentran necesariamente impregnadas de equidad.

No olvidar, como sostuvo el juez Anthony M. Kennedy¹⁴⁸, que “la naturaleza de la injusticia es tal que no siempre podemos verla en nuestro tiempo”.

Recibido: 29/7/2106

Aprobado: 10/8/2016

¹⁴² TRAVIESO, J. A., *ob. cit.*, pp. 934/35.

¹⁴³ BIDART CAMPOS, G., “La interpretación de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Internacional y en la jurisdicción interna”, ED 159-914.

¹⁴⁴ AUDIT, B., “Le droit international privé...”, *ob. cit.*, p. 291 y ss.

¹⁴⁵ AUDIT, B., “Le caractère fontionnel...”, *ob. cit.*, 241 y ss. OPERTTI BADAN, D., “Reflexiones sobre un tema esencial: Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos”, *Derecho internacional privado y derecho de la integración*, libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano, Asunción, CEDEP, 2013, pp. 63-86, esp. 73.

¹⁴⁶ TRAVIESO, *ob. cit.*, p. 941.

¹⁴⁷ DREYZIN DE KLOR, A. “Derechos Humanos, Derecho Internacional Privado y activismo judicial”, *elDial.com* - DC1A58, publicado el 26/4/2013.

¹⁴⁸ El 26 de junio de 2015, caso “Obergefflel vs. Hodges”.

PROPUESTAS CON MIRAS A LA PROFUNDIZACIÓN
Y ACTUALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JURISDICCIONAL
INTERNACIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS FALLOS
EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO

Por EDUARDO TELLECHEA BERGMAN*

Resumen:

El actual incremento de los litigios suscitados en torno a las relaciones privadas internacionales y consecuentemente de los casos de cooperación jurisdiccional internacional en sus distintos niveles o grados y reconocimiento de sentencias extranjeras, impone la urgente necesidad de actualizar y profundizar soluciones hoy vigentes en la materia a nivel continental con miras a una mejor realización transnacional de la justicia.

Palabras claves:

Cooperación jurisdiccional internacional, cooperación de mero trámite, cooperación probatoria, cooperación cautelar, reconocimiento de sentencias extranjeras; jurisdicción internacional, jurisdicción internacional indirecta, jurisdicción internacional exclusiva.

Abstract:

The current increase in disputes arising around private international relations, and consequently in cases of international judicial cooperation at different levels or degrees and of recognition of foreign judgments, imposes the urgent need to update and deepen the current Inter-American solutions, for the purpose of a better transnational achievement of justice.

Keywords:

International judicial cooperation, cooperation of mere formality, evidential cooperation, precautionary cooperation, recognition of foreign judgments, international jurisdiction, indirect international jurisdiction, exclusive international jurisdiction

* Titular de la Cátedra de Derecho Internacional Privado y Director del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Director, años 1985-2011, de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica del Uruguay.

INTRODUCCIÓN

La cooperación jurisdiccional internacional, actividad procesal desplegada en un Estado al servicio de un proceso tramitado o a tramitarse en otro, tradicionalmente ha sido fundada en la reciprocidad, la conveniencia o la *comitas gentium*¹, asentándose hoy en una práctica creciente entre las naciones que responde a la preocupación que la justicia no resulte frustrada por fronteras nacionales que se erijan en obstáculo a su realización². En tal sentido Alcalá Zamora advertía hace más de medio siglo con palabras que conservan plena vigencia: “el progreso incesante de los medios de comunicación y las cada día mayores relaciones mercantiles entre las naciones del mundo, son factores que contribuyen a fomentar y aún a exigir la cooperación entre los distintos Estados de la tierra”³. Los Principios de ASADIP sobre Acceso Transnacional a la Justicia (en adelante Principios de ASADIP), presentados en ocasión de las IX Jornadas de ASADIP de Panamá de octubre de 2015, disponen coincidentemente en el Capítulo 4, “Cooperación interjurisdiccional”, art. 4.1, “La cooperación interjurisdiccional es un deber ineludible de los Estados, no solamente en la realización de actos de mero trámite como las notificaciones y citaciones, sino también en todos aquellos actos o medidas necesarias para la consecución de los fines del proceso, incluyendo la cooperación cautelar así como la identificación, conservación y producción de pruebas”.

1. LAS SOLUCIONES CLÁSICAS

El auxilio jurídico internacional alcanza importantes desarrollos en la región ya en la segunda mitad del siglo XIX.

El Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889⁴ en el Título III, “Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales”

¹ Noción que en su origen en el siglo XVII, Ulrich Huber le atribuyera un sentido más profundo que el de mera cortesía internacional, fundándola en el interés común y la convención tácita entre las naciones, MEIJERS, Eduard Mauritz, “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir de Moyen Age spécialement dans l’Europe occidentale”, *Recueil des Cours*, t. 49, III, 1934, pp. 543/686.

² En conformidad, SENTÍS MELENDO, Santiago, “El auxilio entre jueces de distinta jurisdicción”, LL, Buenos Aires, N° 48, octubre-diciembre 1956, p. 70; idem, entre otros, MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, 8ª ed., Madrid, Atlas, 1978, pp. 499 ss.; DE ARAUJO, Nadia, *Direito Internacional Privado, Teoria e Prática Brasileira*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 266/267. En similar sentido, ÁLVAREZ GASPAS, Renata y KEIN VIEIRA, Luciane, “La cooperación jurídica internacional en Brasil: especial referencia al diálogo entre el DIPr autónomo y convencional y los derechos humanos”, en MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio y LIMA MARQUES, Claudia (coords.), *Los servicios en el Derecho Internacional Privado*, Jornadas de la ASADIP 2014, Porto Alegre-Asunción, Gráfica e Editora RJR, 2014, 191-217.

³ Palabras citadas por CAPPELLETTI, Mauro, “Riconoscimento delle sentenze straniere e basi idiologiche della interpretazione giuridica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año VIII, N° 22-23, enero-agosto 1975, p. 33.

⁴ El Tratado fue ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay; Colombia adhirió. Actualmente varias de sus disposiciones han sido sustituidas entre los Estados Partes por

prevé soluciones pioneras para la época, tales las resultantes del art. 5º, que realiza una prolija enumeración de los requisitos que las sentencias extranjeras deben cumplir para su reconocimiento y del art. 10 que expresamente contempla los exhortos que “refieran a embargos”⁵, permitiendo de este modo el surgimiento de una jurisprudencia que en el caso de Uruguay hizo posible un progresivo diligenciamiento de las solicitudes de cooperación cautelar rogadas por los tribunales de los otros Estados Partes. El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 también legisló sobre asistencia cautelar internacional en el Título X, “De las falencias”, arts. 37 y 38.

En el marco uruguayo-argentino la cooperación jurídica se afianza en los albores del siglo veinte con la firma en Montevideo el 7/9/1903 del Convenio Ampliatorio del Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889, en vigor desde el 4/10/1907, por canje de instrumentos de ratificación efectuado en Buenos Aires. Acuerdo que adelanta soluciones que textos continentales y regionales recién acogerían décadas más tarde. Tales, la exclusión en el art. 1º del requisito de la legalización para acreditar la autenticidad de los exhortos transmitidos vía diplomática o consular, exigido genéricamente por el art. 3º del Tratado de 1889, y la consagración de la gratuidad en la tramitación de las rogatorias libradas de oficio, art. 3º. Gratuidad que de manera amplia recién sería recibida más de setenta años después por el Protocolo Adicional de Montevideo de 1979 a la Convención Interamericana de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 5º⁶.

regulaciones posteriores. Argentina, Paraguay y Uruguay aprobaron el Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940 y posteriormente pasaron a ser Partes, al igual que Colombia y Perú, de las Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero y de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. Argentina y Uruguay también son Partes del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Bolivia ratificó las Convenciones sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. La cooperación judicial internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay hoy se presta en aplicación de los Protocolos [del Mercosur] de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, Decisión CMC 05/92 y de Ouro Preto de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94.

⁵ Cabe recordar que en el Congreso de Montevideo de 1888-1889, el Miembro Informante, Dr. Gálvez, Delegado de Perú, al explicar el contenido del artículo 10 señaló expresamente: “en este artículo se estatuye que cuando los exhortos o cartas rogatorias contengan comisiones de trascendencia, como son las de *practicar embargos...*”, Actas de los Tratados de Montevideo de 1889, p. 337.

⁶ El art. 5º del Protocolo Adicional de Montevideo a la Convención Interamericana de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatoria, así como el art. 6º del Protocolo Adicional de La Paz a la Convención Interamericana de 1975 sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, supusieron un importante avance respecto a lo que preveían las referidas Convenciones que ponían las costas y demás gastos originados en el cumplimiento de las rogatorias a cargo de los interesados, respectivamente, arts. 12 y 7º. El principio de gratuidad en la tramitación de los exhortos es recibido con amplitud en el ámbito del Mercosur por el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, Decisión CMC 05/92, art. 15.

El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, aprobado por Argentina, Paraguay y Uruguay, respecto a su precedente de 1889 excluye a nivel multilateral la exigencia de la legalización en relación a las rogatorias transmitidas vía diplomática o consular, art. 11, párrafo final; desarrolla la cooperación cautelar internacional, arts. 12 a 14, solo contemplada de manera proteica por el anterior Tratado, constituyendo un valioso y directo antecedente de la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, legislando también sobre la materia en el Título IV, “Del concurso civil de acreedores”, arts. 18 y 19; y prevé además procedimientos específicos aplicables tanto a la ejecución de las sentencias y fallos arbitrales extranjeros y a aquellos emanados de tribunales internacionales, art. 7º, cuanto a los casos en que se trate de hacer valer como prueba la autoridad de cosa juzgada del fallo foráneo, art. 9º. Asimismo el Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940, vigente entre los mismos países que el de Derecho Procesal, al igual que su similar de 1889, contempla la cooperación cautelar internacional, Título VIII, “De las quiebras”, en especial, arts. 43 y 44.

2. REGULACIONES ACTUALES A NIVEL CONTINENTAL Y REGIONAL

La cooperación jurisdiccional y el reconocimiento de las sentencias extranjeras entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay muestra un crecimiento exponencial en los últimos veinte años producto de la aplicación de las Convenciones Interamericanas y los Protocolos del Mercosur. Entre las Convenciones Interamericanas referidas a la materia resaltan por su importancia las de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatoria y Recepción de Pruebas en el Extranjero y de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, cuyas soluciones son profundizadas en distintos aspectos por los acuerdos alcanzados en el Mercosur por los Protocolos de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, Decisión CMC 05/92 y de Ouro Preto de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94. Regulaciones que procuraron atender las necesidades emergentes del proceso de integración tomando en consideración lo previsto por las propias Convenciones Interamericanas⁷, lo que permitió asegurar entre los países de la zona la prestación del espectro total del auxilio jurisdiccional internacional⁸, pues a nivel interamericano Brasil es

⁷ Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 14, “Los Estados Partes que pertenezcan a sistemas de integración económica podrán acordar directamente entre sí procedimientos y trámites más expeditos que los previstos en esta Convención. Estos acuerdos podrán ser extendidos a terceros Estados en la forma que resolvieren las partes”; ídem, Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 17.

⁸ Ver, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis en especial de la cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del MERCOSUR”, en *Curso de Derecho Internacional*,

Estado Parte de las Convenciones sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, pero no de aquellas sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y Cumplimiento de Medidas Cautelares.

En Uruguay como consecuencia de la aplicación de los citados textos interamericanos y regionales actualmente se transmiten a través de la Autoridad Central miles de exhortos al año con los países del área. Asistencia jurisdiccional internacional a la que corresponde añadir un volumen igualmente significativo proveniente de la aplicación del Código General del Proceso, en adelante CGP, que regula en defecto de tratado o convención el auxilio jurisdiccional y el reconocimiento de los fallos extranjeros⁹, Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulos: I. “Normas Generales”; II. “De la Cooperación Judicial Internacional”; III. “De la Cooperación Judicial Internacional en Materia Cautelar”; y IV. “Del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras”, arts. 524 a 543¹⁰.

3. DESARROLLOS PROPUESTOS

El incremento contemporáneo a nivel interamericano de la asistencia jurisdiccional internacional en sus distintos niveles impone la actualización de las regulaciones vigentes a través de necesarios y posibles desarrollos.

1. *Propuestas en materia de cooperación internacional de mero trámite y probatoria*

La experiencia resultante de la aplicación de las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero, ambas con alto número de Estados Partes, permite constatar la necesidad de perfeccionar y profundizar algunas de sus soluciones¹¹, tales:

Washington DC, Comité Jurídico Interamericano - Secretaría General de los Estados Americanos, t. XXXIV, 2007, pp. 211/260.

⁹ CGP, art. 524, “Normas aplicables”, “En defecto de tratado o convención, los tribunales de la República deberán dar cumplimiento a las normas contenidas en el presente Título”.

¹⁰ Las disposiciones del Título, “Informe” de los autores del Proyecto del Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Profs. Drs. Operti y Tellechea, a la Comisión Redactora del Código conformada por los Profs. Drs. Gelsi Vidart, Vescovi y Torello, buscaron asegurar un tratamiento homogéneo de la cooperación jurídica internacional y el reconocimiento de las sentencias extranjeras ante ausencia de regulaciones convencionales tomando en consideración y profundizando, en algunos casos, las soluciones consagradas a nivel interamericano, así, en materia de apreciación de la jurisdicción internacional como requisito para el reconocimiento del fallo extranjero, art. 539.1.4.

¹¹ Al respecto, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Desarrollos necesarios en el ámbito interamericano en materia de condición procesal del litigante extranjero y asistencia judicial internacional”, en: *Liber Amicorum Jürgen Samtleben, Avances del Derecho Internacional Privado en*

A) Ampliación del ámbito material en el que los Estados se obligan a prestar cooperación

Ambas Convenciones, arts. 2º, solo comprometen auxilio en materia civil y comercial, previendo la posibilidad que los Estados al momento de suscribir, ratificar o adherir a las mismas puedan formular declaraciones ampliando su alcance a las materias laboral, contencioso administrativa y penal, Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 16; Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 15. Opción que pocos países han ejercido, más allá que en la práctica algunos brinden asistencia jurisdiccional respecto a un elenco más extenso de temas. A nivel del Mercosur el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional contempla la cooperación de mero trámite y probatoria de manera más amplia, pues sin necesidad de declaración de los Estados abarca además del ámbito civil y comercial, el laboral y el administrativo [contencioso administrativo], Capítulo IV, “Cooperación en Actividades de Mero Trámite y Probatorias”, art. 5º.

La consolidación de la asistencia jurisdiccional internacional a nivel continental impone contemplar a texto expreso el compromiso de los Estados a brindar auxilio también en el ámbito laboral y contencioso administrativo, así como prever su prestación en cuestiones de familia y minoridad, materias en las que sin perjuicio de ser atendida la cooperación internacional en aspectos puntuales por regulaciones convencionales específicas¹², la complejidad y variedad de los casos vinculados a las mismas torna imprescindible asegurar su prestación de modo general.

B) Propuestas referidas a la transmisión de exhortos

- a) Extensión explícita a la cooperación probatoria de las distintas vías previstas por la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias

Mientras que la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias contempla las vías diplomática o consular, autoridad central, judicial y particular, art. 4º, a las que agrega la comunicación directa entre jueces de frontera, art. 7º, la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 11, solo prevé los procedimientos diplomático o consular, autoridad central y judicial. Vías que entre los Estados Partes de ambas Convenciones corresponde ampliar a todas las demás enumeradas por la Convención sobre Exhortos, cuanto que la de Recepción de Pruebas en el art. 14 dispone: “Esta Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que en materia de exhortos o cartas rogatorias

América Latina, Max Plank Institute Fur Ausländisches Und Internationales Privatecht, Montevideo, FCU, 2002.

¹² Tales las Convenciones Interamericanas de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias y sobre Restitución Internacional de Menores.

sobre la recepción u obtención de pruebas hubieran sido suscriptas o se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral entre los Estados Partes, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia” y, precisamente, la Convención de Exhortos en el art. 2.b, salvo reserva al respeto, comprende la recepción y obtención de pruebas.

b) Recepción de diferentes vías para la transmisión de exhortos en el ámbito del Mercosur

El Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional si bien únicamente refiere a la autoridad central, arts. 2º y 5º, con finalidad de ponerla en efectivo funcionamiento en la región ya que al momento de su aprobación solo operaba en Argentina y Uruguay, en puridad no excluye las demás vías previstas por la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de la que son Partes los cuatro Estados que han ratificado el Protocolo, por lo que corresponde concluir en la pertinencia de las mismas. En tal sentido el art. 35 del texto de Las Leñas dispone: “El presente Protocolo no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscriptas anteriormente entre los mismos Estados en tanto no lo contradigan”, y la posibilidad de empleo de pluralidad de medios para la transmisión de las solicitudes de auxilio internacional no solo no contradice, sino que se inscribe en los objetivos enunciados por el Preámbulo del Protocolo: “promover e intensificar la cooperación” a través de “la adopción de instrumentos comunes que consoliden la seguridad jurídica”. En coincidencia la Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur, Decisión CMC 07/02¹³, así como el Acuerdo [espejo] de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02¹⁴, expresamente admiten la multiplicidad de vías y en relación a la aplicación de disposiciones contenidas en anteriores convenciones establecen con mayor precisión que el texto que les precediera, art. 35, “El presente acuerdo no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscriptas anteriormente entre los Estados Partes, en tanto sean más beneficiosas para la cooperación”. Asimismo debe tenerse presente que el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94, art. 19, vigente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, consagra con amplitud distintos procedimientos para la transmisión de rogatorias en un nivel de asistencia sensiblemente más complejo como es el

¹³ La Enmienda ha sido aprobada por Argentina, Brasil y Paraguay, no encontrándose aún vigente.

¹⁴ El Acuerdo se encuentra vigente entre Argentina, Brasil, Paraguay, Chile y Ecuador, que adhirió el 30/6/2002.

cautelar y añade, inclusive, la posibilidad de comunicación directa entre jueces de zonas de frontera, párrafo cuarto del art. 9º, por lo que no existe razón lógica para excluir la aplicación de estos modos respecto a auxilios de menor grado. La interpretación propuesta, favorable a la prestación de la asistencia jurisdiccional internacional así como a asegurar la realización de la justicia más allá de los límites de los Estados, es coincidente con la posición a la que arribaron las doctrinas de Argentina y Uruguay¹⁵ en ocasión del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, Sección de Derecho Internacional Privado, La Plata 26 y 27 de septiembre de 2013, que abordara el tema a partir de valioso relato de la Prof. Dra. María Blanca Noodt Taquela referido a la “Aplicación de la norma más favorable a la cooperación judicial internacional”, concluyendo por unanimidad: “1.2. En caso de pluralidad de fuentes en principio aplicables y sin perjuicio de las normas de compatibilidad del derecho de los tratados en lo que fueren pertinentes, se deberá aplicar la norma más favorable a la cooperación judicial internacional” y “1.3. En particular la cooperación puede prestarse con el recurso a normas de distintas fuentes con arreglo a los métodos del Derecho Internacional Privado y a principios generales aceptados en la materia”. Conceptos acogidos por los Principios de ASADIP, que en el Capítulo 1, “Disposiciones y principios generales”, art. 1.2, consagran el aforismo *in dubio pro cooperationis*, agregando que “los operadores jurídicos deben orientarse al favorecimiento de la cooperación jurídica internacional”.

El interés de facilitar la cooperación jurídica internacional torna conveniente legislar de manera explícita la pertinencia de la multiplicidad de vías para la transmisión de las rogatorias, evitando de este modo tener que recurrir a interpretaciones más o menos complejas para permitir al justiciable optar por uno u otro medio.

c) Propuestas atinentes a vías específicas de transmisión de los exhortos

c.1) Propuestas referidas a la vía autoridad central

Las autoridades centrales en tanto organismos especializados en DIPr. y cooperación jurisdiccional internacional tramitan actualmente la mayoría de los exhortos entre los países de la región, superando de este modo el encadenamiento burocrático, casi kafkiano, resultante de la vía diplomática o consular. Vía que con frecuencia ha supuesto un serio obstáculo a la realización de la justicia, pues su complejo funcionamiento insume usualmente varios meses.

Las autoridades centrales, previstas por las Convenciones de La Haya de 1965 sobre La Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial y de 1970 sobre La Obtención

¹⁵ En el Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y en las Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional Privado celebradas en la Plata el 25/9/2013, que lo precedieran, participaron por Uruguay además del autor, los colegas Profs. Drs. Didier Operti y Cecilia Fresnedo de Aguirre.

de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, son recibidas a nivel interamericano a partir de las Convenciones de 1975 de Panamá sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 4º y Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 11 y más tarde, por las Convenciones de 1979 de Montevideo Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 13 y de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, art. 7º. El Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional las organiza en el Capítulo II, “Autoridades Centrales”, art. 2º.

La designación actual de autoridades centrales por los países de la región no debe suponer, empero, un obstáculo para que su actuación sea optimizada, ni a la posibilidad de utilizar otros medios igualmente idóneos para la transmisión de los pedidos de asistencia jurídica internacional.

Entre las propuestas tendientes a dinamizar y profundizar las autoridades centrales cabe mencionar:

c.1.1) Empleo de medios electrónicos

La puesta en funcionamiento de las autoridades centrales ha permitido acelerar significativamente el auxilio judicial internacional pero la transmisión de las rogatorias al ser realizada a través del medio postal, generalmente correo certificado, requiere en los hechos un lapso de varios días para la transmisión del exhorto desde la autoridad central rogante a la rogada. La celeridad en la realización de la justicia impone analizar la posibilidad del uso de medios electrónicos tanto para la transmisión de los exhortos, cuanto para las comunicaciones entre las autoridades centrales referidas al cumplimiento de los mismos. Posibilidad que cuando estos organismos fueron creados en los años sesenta y setenta por las Convenciones de La Haya e Interamericanas no era previsible, pero que hoy constituye una realidad que permite a través de actuales tecnologías una comunicación instantánea y segura, capaz de acreditar la autenticidad del pedido. Al respecto cabe recordar que en el Mercosur el Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, Decisión CMC 02/96, art. 6.2, solución ya aplicada entre Brasil y Uruguay, contempla que solicitudes de cooperación puedan ser transmitidas “por télex, facsímil, correo electrónico o similares”, debiendo ser confirmadas por documento original firmado por la autoridad requirente dentro de los diez días siguientes a su expedición. Los Principios de ASADIP, Capítulo 4, “Cooperación interjurisdiccional”, art. 4.7, disponen al respecto, “En los actos de cooperación jurídica internacional, los jueces y demás operarios de justicia procurarán y favorecerán el uso de nuevas tecnologías de información y comunicación a su disposición, tales como comunicaciones telefónicas y videoconferencias, mensajes electrónicos y cualquier otro medio disponible, siempre que se garantice la seguridad de las comunicaciones”. El Protocolo Iberoamericano de Cooperación Jurídica Internacional¹⁶,

¹⁶ El Protocolo fue declarado con valor de Acordada por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Acordada 7815 de 20/8/2014.

aprobado por la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana¹⁷ de Santiago de Chile de 2014, también contempla favorablemente el uso de los medios electrónicos al enunciar los “Principios Básicos en Materia de Cooperación Judicial Internacional”, numeral 6.

- c.1.2) Puesta en funcionamiento de procedimientos que permitan fluida comunicación de las autoridades centrales con los tribunales y que eviten injerencias de la administración en la tramitación de las rogatorias

En aquellos ordenamientos en los que no esté prevista la comunicación directa entre las autoridades centrales y los tribunales del Estado al que pertenezcan en todo lo atinente a la recepción, transmisión de los pedidos de auxilio internacional y diligenciamiento de los mismos, ha de resultar conveniente posibilitar dicha comunicación eliminando la intermediación de otros organismos, lo que habrá de permitir un significativo acortamiento del tiempo que insume la tramitación de la asistencia.

En lo referido a evitar posibles interferencias de la administración en la prestación del acto cooperativo resulta de interés lo dispuesto en el sistema judicial uruguayo por la Acordada 7134/92 de la Suprema Corte de Justicia, que a efectos de la determinación del turno de las sedes intervinientes en los trámites de los exhortos recibidos del extranjero toma en consideración la fecha de libramiento de estos, evitando así toda manipulación al respecto y con tal finalidad la Suprema Corte aprueba anualmente una Planilla de Turnos referida al diligenciamiento de las rogatorias recibidas del extranjero. Con propósitos similares en cuanto a evitar injerencias en la tramitación de los exhortos, la Sección de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional recomendó en el XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, Conclusión 2.3: “Asegurar en el mayor grado posible la independencia técnica de la autoridad central”.

- c.1.3) Tecnificación

La compleja actividad a cargo de las autoridades centrales hace necesario capacitar a sus funcionarios en los distintos niveles y modalidades de la cooperación jurisdiccional internacional. A tales efectos habrá de resultar conveniente al prever su funcionamiento en futuros textos atender la realización de encuentros periódicos entre las autoridades centrales del continente con tal finalidad, así como para intentar homogeneizar sus actuaciones a través de la elaboración de guías de buenas prácticas.

¹⁷ La cumbre Judicial Iberoamericana está constituida por los Presidentes de las Cortes y Tribunales Supremos de Justicia de los veintitrés Estados de la Comunidad Iberoamericana de naciones y los máximos responsables de los Consejos de la Judicatura.

c.1.4) Evaluar en los Estados en que fuera necesario por razones de extensión, la posible descentralización territorial de las autoridades centrales

Se persigue a través de esta iniciativa dotar al funcionamiento de las autoridades centrales de mayor agilidad y vinculación con el medio en el que actúan y con las necesidades de los justiciables y los operadores de la justicia. En coincidencia, Conclusión 2.2, emanada de la Sección de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional en el referido XXV Congreso.

c.2) Propuestas referidas a otras vías de transmisión de exhortos

Por las opciones que ofrecen a la prestación de una eficiente asistencia jurídica, resulta de interés analizar posibles desarrollos atinentes a la vía particular y a la comunicación directa entre jueces fronterizos.

c.2.1) Vía particular

En esta modalidad el interesado retira la rogatoria de la sede exhortante y la remite a un corresponsal en el Estado rogado que de conformidad con la normativa de este se encargará de hacerla llegar al tribunal competente para su diligenciamiento, por lo que se trata de un procedimiento que permite una transmisión rápida y reservada de las solicitudes de auxilio judicial.

El funcionamiento de esta vía se ve afectado en la práctica en razón que la misma, por su propia naturaleza, exige acreditar la autenticidad del exhorto foráneo. Acreditación que entre Estados no Partes de la Convención de La Haya de 5/10/1961 sobre Supresión de la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros¹⁸ requiere de la legalización, con todas las demoras que ello supone¹⁹. Por lo que ha de resultar conveniente para un más eficaz funcionamiento de la modalidad, impulsar que los países americanos que aún no lo hubieren hecho aprueben la Convención y que una futura revisión del marco regulatorio interamericano en la materia contemple que entre Estados Partes de convenios que como el de La Haya prevean procedimientos más expeditos de acreditación de la autenticidad de los documentos extranjeros, se estará a ellos.

¹⁸ Uruguay aprobó la Convención por ley 18.836 de 15/11/2011 y efectuó el depósito del instrumento de adhesión el 9/2/2012, habiendo entrado en vigor para el país de acuerdo al procedimiento previsto en el art. 12, el 14/10/2012.

¹⁹ La legalización es requerida en relación a la vía particular, entre otras, por la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, arts. 5º.a y 6º, examinados en su conjunto; ídem, Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, arts. 10.1 y 13; Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, art. 19, párrafo tercero; Enmienda (no vigente), al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados del Mercosur, Decisión CMC 07/02, art. 10, párrafo tercero. En la normativa de fuente nacional uruguaya, el CGP, Libro Segundo, Título X, "Normas Procesales Internacionales", Capítulo II, "De la Cooperación Judicial Internacional", art. 527, "Exhortos o cartas rogatorias", numerales 1 y 2, consagra igual solución; en el mismo sentido, decreto-ley 15.441 de 1/8/1983, "Se establecen normas para legalizar documentos extranjeros", arts. 1º y 5º.

c.2.2) Comunicación directa entre jueces fronterizos

Distintos convenios prevén esta vía en relación a la cual es excluido el requisito de la legalización. Tales, las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 7º y sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 15 y Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, art. 19, párrafo cuarto. Esta modalidad de comunicación jurisdiccional se adecua a la realidad de las zonas de frontera, en las que el entorno sociológico favorece el surgimiento de relaciones privadas internacionales de todo tipo y de litigios suscitados en torno a las mismas y consecuentemente hace necesario atender un significativo volumen de cooperación internacional entre jueces muy próximos entre sí.

En la frontera argentino-uruguaya sobre el Río Uruguay ha comenzado a tener exitosa aplicación este tipo de comunicación judicial, inclusive en materia cautelar.

Un correcto funcionamiento de esta vía, hasta ahora subutilizada, ha de permitir una eficaz asistencia jurisdiccional en las regiones de frontera. Propuesta que resulta coincidente con las “Recomendaciones a los Estados Americanos para la integración fronteriza o vecinal”, adoptada por el Comité Jurídico Interamericano el 13/3/2014 en su 84 período ordinario de sesiones, CJI/RES.206 (L XXXIV-0/14).

2. Propuestas en materia de cooperación cautelar internacional

Las medidas cautelares, providencias cuya finalidad es prevenir el daño resultante del retardo de una decisión jurisdiccional definitiva asegurando la eficacia de la misma, abarcan todas aquellas providencias dispuestas por los tribunales con el objeto de impedir actos de disposición o administración capaces de hacer ilusorio el resultado de un juicio²⁰.

En el ámbito del auxilio jurisdiccional internacional la cooperación cautelar constituye un nivel de asistencia de singular complejidad y creciente planteo, destinado a evitar que la sentencia extranjera al igual que “los guardias de la ópera bufa”, al decir de Calamandrei²¹, llegue demasiado tarde, cuando ya no existan posibilidades de hacerla efectiva^{22 y 23}.

²⁰ En conformidad, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Teoría del Ordenamiento Procesal*, t. 2, Madrid, Tecnos, 1969, p. 899.

²¹ CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, CEDAM, 1936, p. 144.

²² En similar sentido, COUTURE, Eduardo, “Los Embargos y el Tratado de Montevideo”, nota de jurisprudencia, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. XXXVII, Montevideo, 1939, p. 247, reflexionaba: “¿en qué sentido influye sobre este fenómeno [las medidas cautelares] la circunstancia de que los bienes que son objeto de garantías se hallen en el extranjero? Ni lógica ni moralmente puede influir en ninguno. Más aún, se puede decir que una vez que el Derecho Internacional ha llegado al punto de fijar criterios de competencia entre los Estados, la extensión de la potestad coercitiva hacia bienes radicados en otro territorio resulta absolutamente indispensable”.

²³ En materia de cooperación cautelar internacional con especial referencia al ámbito regional y al DIPr. uruguayo, ver, OPERTTI BADÁN, Didier, *Exhortos y Embargos de Bienes Extran-*

Una medida cautelar adquiere cualidad internacional cuando adoptada por los tribunales del Estado con jurisdicción para conocer en el litigio cuyo resultado la cautela asegura, está destinada a cumplirse en otro. Ello sin perjuicio de medidas cautelares de urgencia destinadas a asegurar el resultado de un juicio incoado o a incoarse en otro país ordenadas por los magistrados del Estado de situación de los bienes o la persona a asegurar²⁴ pues, como señalara Operti en ocasión de analizar el tema en la CIDIP II, “cuando hay un bien jurídico a proteger en el territorio de determinado juez, este podrá adoptar esa medida en base al principio de la jurisdicción más próxima, sin mengua del principio de la competencia internacional, devolviendo el resultado obtenido al juez natural internacional”²⁵. El tribunal que conoce del cumplimiento de una sentencia extranjera también puede ordenar por sí medidas de seguridad, las que en definitiva poseen naturaleza cautelar internacional, cuanto su finalidad está dirigida a asegurar la eficacia de un fallo dictado fuera de frontera. Así lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 7º; el Protocolo del Mercosur de Medidas Cautelares, art. 11, “Cooperación Cautelar en la Ejecución de Sentencia”; y a nivel de normas uruguayas de fuente nacional, el CGP, art. 533, “Medidas previas a la ejecución”. Disposiciones que reconocen como precedente lo dispuesto por el art. 8º del Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940.

A nivel interamericano y del Mercosur la asistencia cautelar internacional es atendida por la Convención Interamericana de Montevideo sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares que tiene como antecedente aquella y respondió a la necesidad de incluir en este nivel de cooperación a Brasil en tanto Estado no Parte del texto continental. Ambas regulaciones tratan acerca de la aplicación de las leyes y la competencia de los tribunales del Estado requirente y requerido, la oposición de tercerías de mejor derecho y de dominio o de otros derechos reales y legislan de manera detallada tipos especiales de cooperación cautelar, entre ellos, los referidos a la cooperación cautelar en instancia de cumplimiento de sentencias

jeros. Medios de Cooperación Judicial Internacional, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1976; TELECHEA BERGMAN, Eduardo, *Derecho Internacional Privado*, Montevideo, LL Uruguay, 2010, pp. 47/68, VESCOVI, Eduardo, *Derecho Procesal Internacional. Uruguay, el Mercosur y América*, Montevideo, Ediciones IDEA, 2000, pp. 131/149; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Cooperación jurisdiccional internacional cautelar. Dificultades que presenta en la práctica. Una mirada desde Uruguay”, Taller Participativo. Dificultades metodológicas del discurso del Derecho Internacional Privado. Como superarlas y hacerlo más accesible, Buenos Aires, Universidad de Belgrano - The University of Ediburgh - Universidad de Buenos Aires - British Academy, junio 2004.

²⁴ Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 10.

²⁵ OPERTTI BADÁN, Didier, Exposición en Tercera Sesión, Comisión I - CIDIP II, *Actas y Documentos Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, (CIDIP II)*, vol. II, Washington DC, Secretaría General, Organización de Estados Americanos, 1980, pp. 52/53.

extranjeras, Convención, art. 7º, Protocolo art. 11 y a la custodia de menores, Convención, art. 9º, Protocolo art. 12 y además la Convención Interamericana consagra la denominada cooperación cautelar de urgencia por la jurisdicción más próxima, art. 10. Tipo de asistencia esta última no contemplada por el texto del Mercosur, en razón de dificultades invocadas por Brasil para aceptar esta modalidad en momentos en que recién abría sus tribunales al auxilio cautelar²⁶.

No obstante, la trascendencia de la cooperación cautelar para la configuración de un sistema integral de asistencia jurídica internacional en tanto el efectivo funcionamiento de este nivel incide directamente en la eficacia del reconocimiento de la sentencia extranjera, la Convención Interamericana ha sido ratificada por un reducido elenco de Estados: Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Paraguay y Uruguay. Realidad que a treinta y cinco años de aprobada la Convención impone abordar su reexamen.

En relación con una necesaria actualización de la cooperación cautelar internacional a nivel interamericano será de interés procurar:

A) Regulación más precisa de la cooperación cautelar preparatoria

Este tipo de asistencia es prevista solo de manera somera por el art. 1º del texto interamericano cuando dispone: “Para efectos de esta Convención las expresiones “medidas cautelares...” se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro...”. Por el contrario, el Protocolo de Ouro Preto si bien inicialmente también refiere de modo escueto a las “medidas cautelares preparatorias”, art. 3º, atiende luego de manera detallada las mismas en los arts. 13, que contempla que la interposición de la demanda en el proceso principal fuera de los plazos previstos para hacerlo en la legislación del Estado requirente “producirá la plena ineficacia de la medida cautelar preparatoria concedida” y 14, que exige que el tribunal exhortante al transmitir la rogatoria comunique al requerido el plazo contado a partir del cumplimiento de la cautela en el que la demanda deberá ser presentada en el proceso principal y a la mayor brevedad, la fecha de presentación de la misma o el transcurso del plazo establecido por la legislación del exhortante sin que tal interposición hubiere ocurrido. Asimismo y a fin que comience a computarse el término referido, el art. 15 dispone que la sede rogada comunique de inmediato a la rogante la fecha en la que dio cumplimiento a la medida solicitada y en su defecto, las razones por las cuales esta no fue cumplida. Obligación de explicar el incumplimiento de la cooperación recibida a nivel

²⁶ Entre la Argentina, Paraguay y Uruguay, Partes de la Convención sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, el auxilio cautelar de urgencia se presta en base a lo dispuesto por la misma. Solución confirmada por el propio texto del Protocolo, art. 26 [de iniciativa de las Delegaciones de Uruguay y Argentina], que dispone: “Este Protocolo no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación contenidas en otras convenciones sobre medidas cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Parte”.

interamericano en materia de asistencia probatoria por el Protocolo de 1984 a la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 3º, párrafo segundo, y que por su utilidad a la efectiva prestación del auxilio juzgamos de interés extender también al nivel de la asistencia cautelar.

B) Posibilidad que los tribunales arbitrales puedan requerir por sí cooperación cautelar

Se trata de una competencia sobre la que entendemos pertinente reflexionar en el ámbito interamericano, cuanto que se encuentra ya consagrada a nivel regional por los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional entre los Estados Parte del Mercosur y entre los Estados Parte del Mercosur con la República de Bolivia y la República de Chile, respectivamente Decisiones CMC 03/98 y 04/98, art. 19, párrafo cuarto de ambos textos²⁷, que contemplan inclusive que los Estados puedan autorizar a tribunales arbitrales a remitir directamente solicitudes de asistencia cautelar vía autoridad central a las autoridades jurisdiccionales de las otras Partes.

C) Supresión de la opción que la Convención Interamericana confiere a los Estados de limitar el alcance de la asistencia

Posibilidad restrictiva del alcance convencional prevista por el art. 1º, parte final, inconveniente a los fines de asegurar una homogénea y eficiente asistencia internacional, no admitida por el Protocolo de Medidas Cautelares que consagra una cooperación no sujeta a tales límites.

D) Comunicación directa entre jueces de frontera

Se considera de interés atento a la índole y necesidades de las zonas de frontera incluir la comunicación directa en la materia entre jueces fronterizos, opción no contemplada entre las vías enumeradas por el art. 13 de la Convención y que el Protocolo de Ouro Preto, art. 19, párrafo cuarto, consagró expresamente. A nivel interamericano la comunicación jurisdiccional fronteriza directa sin necesidad de legalización es acogida en relación a la asistencia de mero trámite y probatoria por la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y de manera amplia, por la Convención de México de 1994 sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 15.

²⁷ El Acuerdo del Mercosur ha sido aprobado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, ley 17.834 de 23/9/2004; el Acuerdo Mercosur y Estados Asociados, aún no vigente, ha sido aprobado por Uruguay por ley 17.751 de 26/3/2004.

E) Supresión de la legalización como requisito de alcance general

La Convención sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 14.a trata esta condición de manera genérica, no excluyendo expresamente de la misma la transmisión de exhortos vías diplomática, consular y autoridad central, modos que por su calidad de oficiales, doctrina y derecho positivo coinciden en no requerir la exigencia. Tal lo dispuesto por el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 respecto a la transmisión de exhortos a través de agentes diplomáticos o consulares, art. 11, parte final, y de modo más amplio, incluyendo la vía autoridad central y la comunicación directa entre jueces de frontera, por la Convención Interamericana de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias arts. 6º y 7º. La disposición convencional en su redacción actual lleva a que en la práctica algunos países exijan la legalización para acreditar la autenticidad de las solicitudes de auxilio cautelar, cualquiera que fuere la vía empleada, cuando correspondería requerir la condición solo en los casos de transmisión vía particular y ello, siempre que entre el Estado de origen de la solicitud y el rogado no exista una regulación convencional que como la Convención de la Haya de 5/10/1961 consagre un procedimiento más expedito a los efectos.

4. PROPUESTAS EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE FALLOS EXTRANJEROS

La coexistencia de pluralidad de ordenamientos jurídicos, presupuesto del Derecho Internacional Privado, impone solidaridad entre los Estados y universalidad en la justicia y por consiguiente corresponde reconocer, dadas ciertas condiciones, las resoluciones jurisdiccionales dictadas en el extranjero con miras a hacer efectiva la seguridad jurídica y el *comercium* internacional, evitando que las personas puedan quedar sujetas a decisiones jurisdiccionales contradictorias sobre un mismo asunto dictadas en distintos países. Como precisara Operti, “un sentimiento elemental de justicia, señala que las decisiones dictadas por los jueces de un Estado no deben quedar reducidas a su ámbito territorial cuando en él no obtienen el acatamiento voluntario de la partes involucradas y requieren de alguna forma de reconocimiento en los demás Estados”²⁸, y ello es así ante la necesidad imperiosa de dar continuidad a las situaciones jurídicas más allá de las fronteras²⁹.

El reconocimiento y ejecución de los fallos extranjeros requiere a nivel interamericano desarrollos que faciliten su mejor circulación internacional, tales:

²⁸ OPERTTI BADÁN, Didier, “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales Extranjeras”, *OEA - CIDIP II/3*, 1976, p. 2.

²⁹ En conformidad, FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos - SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1993, p. 103.

A) Desarrollos en la apreciación del requisito de la jurisdicción internacional del tribunal de origen

La jurisdicción³⁰ plantea en su dimensión internacional dos interrogantes básicas: ¿ante los jueces de qué Estado ha de corresponder incoar una demanda vinculada a un caso privado internacional? y ¿los jueces de qué Estado son los que deben haber dictado un fallo para que este se encuentre en condiciones que su eficacia sea reconocida en otro? La primera de las cuestiones refiere a la “jurisdicción internacional directa” y a la “jurisdicción internacional indirecta” la segunda³¹. Conceptos vinculados en definitiva a la apreciación de la jurisdicción en dos momentos procesales distintos, al momento de plantearse la demanda o después de dictado el fallo^{32 y 33}.

El análisis de derecho comparado muestra que se acude a distintos criterios con finalidad de constatar la jurisdicción internacional indirecta. Hay regulaciones que remiten a lo que disponga en la materia ya la legislación del Estado donde se invoca el fallo, calificación *lex fori*, ya del país de origen del mismo, calificación *lex causae* y otras que prevén soluciones específicas sobre jurisdicción internacional referidas al reconocimiento de los fallos extranjeros.

La calificación *lex fori* en tanto determinación de la jurisdicción internacional del tribunal que dictó el fallo de acuerdo al Derecho del país receptor del mismo, supone una solución fuertemente restrictiva a la circulación internacional de las sentencias³⁴ y consecuentemente a la adecuada protección del justicia-

³⁰ “Actividad pública realizada por órganos competentes nacionales o internacionales, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se aplica el orden jurídico establecido para dirimir conflictos y controversias mediante decisiones eventualmente factibles de ejecución”, COUTURE, Eduardo, *Vocabulario Jurídico*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1960, p. 381. BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, “Teoría General del Proceso - Enseñanza de la misma”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República*, Montevideo, t. XVIII, 1967, p. 120, la define como “el poder-deber atribuido a órganos estructuralmente imparciales para excluir la insatisfacción jurídica”.

³¹ BARTIN, Étienne Adolphe, *Étude sur les effets internationaux des jugements*, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1907. GUTTERIDGE, Harold Cooke, “Les conflits des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles”, *Recueil des Cours*, t. 44, I, 1933, pp. 111/198.

³² OPERTTI BADÁN, Didier, “Algunas Reflexiones Sobre Jurisdicción Internacional y Jurisdicción Exclusiva”, en: *Homenaje al Prof. Dr. Gualberto Lucas Sosa*, OYARZÁBAL, Mario, J. A. (coord.), *Derecho Procesal Internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 2012, p. 178.

³³ GOLDSCHMIDT, Werner, “Jurisdicción Internacional Directa e Indirecta”, *Respuesta al Cuestionario Provisional Acerca de la Jurisdicción Internacional enviado por la Consultoría Jurídica de la Organización de Estados Americanos a los Participantes en la Reunión de Expertos*, 9 al 15 de abril de 1980, Washington DC, OEA/Ser. K/XXI.3- CIDIP-III/5, 15/3/1983, p. 36, precisa que los conceptos de jurisdicción internacional directa e indirecta responden a distinta teleología, el primero está vinculado a la idea de evitar la denegación de justicia, “ningún litigio debe quedar sin juez competente”, en tanto el segundo refiere al reconocimiento de las sentencias extranjeras firmes.

³⁴ En conformidad, ALFONSÍN, Quintín, “La ejecución extraterritorial de las sentencias en materia civil y comercial”, *Revista de Derecho Público y Privado*, Montevideo, abril 1954,

ble. Este habiendo obtenido una decisión favorable en un juicio tramitado con todas las garantías del debido proceso, luego puede ver frustrados sus derechos cuando en el Estado donde se pretenda el reconocimiento no sea reconocida en razón de haber sido dictada por tribunal que de acuerdo a las normas de dicho país careciere de jurisdicción para conocer en una causa que al momento de plantearse quizás le era absolutamente ajena.

La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, art. 2º, literal d, sujeta el requisito de la jurisdicción internacional, no obstante los inconvenientes que presenta la calificación *lex fori*, a lo que disponga la ley del Estado en el que el fallo deba surtir efectos. Solución que se aparta tanto de su antecedente directo, el Proyecto del Comité Jurídico Interamericano de Convención sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 21/1/1977, que en el art. 1º al enumerar las condiciones requeridas para el reconocimiento consagra en el literal d la calificación *lex causae* sin otro límite que la jurisdicción exclusiva del foro requerido³⁵, cuanto de los Proyectos presentados por las Delegaciones de Uruguay y México a la Comisión I de la CIDIP II, que tuviera a cargo el tratamiento del tema³⁶. El Proyecto uruguayo, de fecha 26/4/1979³⁷, en el Capítulo Quinto, “De los requisitos para el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera”, exigía dentro de aquellos de naturaleza procesal, art. 9.1, “provenir de juez o tribunal internacional competente”, agregando en el párrafo segundo de dicho numeral: “En caso de existir normas internacionales entre los Estados Partes en materia de competencia se estará a las mismas” y preveía ya en calidad de art. 21 de la Convención, ya de Protocolo a la misma, regulaciones específicas para la apreciación de la jurisdicción internacional indirecta. El Proyecto mexicano de fecha 27/4/1979, art. 12, contempló un tratamiento similar para la jurisdicción internacional.

En razón de lo expuesto nos pronunciamos por superar fórmulas conducentes a considerar que los únicos criterios jurisdiccionales válidos son los consagrados por la ley del foro y analizar soluciones más favorables a la circulación internacional de los fallos en línea con desarrollos ya existentes a nivel interamericano y regional. Tales aquellos consagrados por las Convenciones Interamericanas de La Paz de 1984 sobre Competencia en la Esfera Internacional para

pp. 266 ss.; OPERTTI, Didier, “La Tercera Conferencia Especializada en Derecho Internacional Privado - CIDIP III”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1984-2, p. 164.

³⁵ Actas y Documentos de la Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP II, v. II, Washington DC, Secretaría General, Organización de Estados Americanos, 1980, p. 271.

³⁶ En relación con el Proyecto presentado por Uruguay, ver documento citado en nota 35, pp. 275/286; y respecto al presentado por México, ver el mismo documento, pp. 287/295.

³⁷ El Proyecto sigue los lineamientos del Anteproyecto preparado por OPERTTI, Didier, “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales Extranjeras”, *Doc. CDIP II II/3*, OEA, 1976.

Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, únicamente ratificada por México y Uruguay, que no obstante su limitado ámbito espacial supuso un valioso intento a nivel continental en el que la jurisdicción internacional indirecta es regulada en base a criterios concretos acordados por los Estados; y de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias³⁸, art. 11.a, que condiciona la jurisdicción internacional a que “el juez o autoridad que dictó la sentencia haya tenido competencia en la esfera internacional de conformidad con los arts. 8º y 9º de esta Convención”. Solución lógica, pues si los Estados a través de un texto convencional indican a los magistrados y a las partes cuáles han de ser los jueces competentes para conocer de un caso internacional, corresponde concluir que la sentencia dictada en aplicación de tales disposiciones proviene de jurisdicción intencional competente. En el Mercosur los Protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, Decisión CMC 1/94, art. 14, “La jurisdicción como requisito para el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales” y el aun no vigente de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, Decisión CMC 10/96, art. 12, “Jurisdicción intencional indirecta”, adoptan igual criterio.

En el derecho uruguayo de fuente nacional, el CGP, Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulo IV, “Del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras”, art. 539, “Eficacia de las sentencias”, acoge la calificación *lex causae*, disponiendo en el numeral 1.4, “que el tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer del asunto, de acuerdo con su derecho, excepto que la materia fuere de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios”. Jurisdicción que alude a la potestad de los tribunales de un Estado de conocer en relación a un caso o grupo de casos de modo excluyente, de forma tal que si los jueces de otros países conocieran de ellos la consecuencia ha de ser la denegación del reconocimiento de las sentencias dictadas³⁹. Frente a interpretaciones que maximizan el alcance de la jurisdicción internacional exclusiva y en definitiva comprometen el derecho del justiciable a acceder a la justicia, entendemos que corresponde una conceptualización cuidadosa que evite una expansión del criterio capaz de transformarlo en serio obstáculo al reconocimiento y circulación internacional, necesaria y de principio, de las decisiones jurisdiccionales extranjeras. Coincidimos con Operti, en carta con reflexiones referidas al tema que nos enviara en septiembre de 2002, en que la jurisdicción exclusiva debe ser de interpretación estricta y

³⁸ Convención con un alto número de ratificaciones, aprobada por Uruguay por ley 17.334 de 17/5/2001.

³⁹ En coincidencia, entre otros, GONZALO CAMPOS, Julio Diego, Tema X, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles”, en: *Derecho Internacional Privado*, VV.AA., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid, 198, p. 302. BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, acota al respecto que la condición de foro exclusivo conlleva la de ser un foro único cuantitativamente y excluyente, cualitativamente, de toda otra jurisdicción, *El Proceso Civil, Comercial y Penal en América Latina*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 210.

su determinación debe estar “sujeta a criterios de racionalidad que deben tener en cuenta la solución particular del asunto, en consonancia en nuestro DIPr. con la Convención de Normas Generales de DIPr. [CIDIP II, 1979], art. 9º, al consagrar la equidad del caso concreto...”, agregando, “Queda de manifiesto que la jurisdicción exclusiva no funciona como si fuera una autorización en blanco para rechazar el fallo extranjero sino como un mecanismo de defensa del orden jurídico nacional, cuando inequívocamente, estamos en presencia de una solución jurisdiccional que le atribuye al Estado uruguayo el conocimiento del caso que se trata”. En esfuerzo por evitar la invocación excesiva de la jurisdicción exclusiva, alguna doctrina ha restringido su invocación a aquellos casos en los que la jurisdicción asumida por los tribunales extranjeros afecte de manera manifiesta el orden público internacional del foro requerido⁴⁰.

El Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado, art. 60, dispone: “La jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República tiene carácter excepcional, debe interpretarse restrictivamente, y carece de fuero de atracción sobre cuestiones que puedan plantearse sobre el mismo asunto. En especial y a modo de ejemplo, se considera materia de jurisdicción exclusiva de la República las estrictamente concernientes a: derecho reales sobre bienes situados en ella, sistemas registrales organizados por esta, régimen de protección de la propiedad intelectual e industrial en su territorio y arrendamiento de bienes inmuebles situados en su territorio si fuere de aplicación el régimen estatutario”. Limitación a la jurisdicción exclusiva recibida por recientes textos, entre otros, el Reglamento Europeo (UE) 1215 de 12/12/2012 Relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, Capítulo III, Sección 6, “Competencias exclusivas”, art. 24; y el Código Civil y Comercial de la República Argentina, Libro Sexto, “De las Disposiciones Comunes a los Derechos Reales y Personales”, Título IV, “Disposiciones de derecho internacional privado”, Capítulo 2, “Jurisdicción internacional”, art. 2609, “Jurisdicción exclusiva”. En consonancia con lo expuesto, los Principios de ASADIP, art. 3.1, disponen: “Los supuestos en los que se pretenda ejercer jurisdicción exclusiva deben concebirse e interpretarse restrictivamente”.

En función de lo expuesto consideramos que en materia de jurisdicción internacional indirecta será deseable concretar a nivel interamericano un Protocolo que ofrezca una regulación específica sobre el tema y sea capaz de lograr una efectiva aprobación por los Estados. Y de no ser ello posible, será necesario concluir en los casos en los que en relación a la materia resuelta por la sentencia extranjera esté vigente entre el Estado de origen de la decisión y aquel en el que se plantee el reconocimiento una regulación convencional sobre la jurisdicción internacional directa, que el fallo cumple con la condición de provenir de tribu-

⁴⁰ Tal la posición de GOLDSCHMIT, Werner (nota 33), p. 103.

nal internacionalmente competente⁴¹. Y para la hipótesis de inexistencia de regulación jurisdiccional convencional, que la jurisdicción del tribunal que dictó la sentencia sea apreciada de acuerdo a su derecho excepto que la materia fuere de jurisdicción exclusiva del Estado donde el fallo es invocado.

B) No revisión del mérito de la causa materia del proceso en que se dictó el fallo

Si bien la normativa continental sobre eficacia de sentencias extranjeras no ha abordado el tema de modo general, excluyendo solo de manera expresa la revisión del fondo de la sentencia extranjera en relación al reconocimiento de los fallos extranjeros en materia de alimentos, Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, art. 13, el rechazo a la revisión del fondo alcanza amplio consenso en derecho comparado, excepto los controles que resulten necesarios para evitar violaciones a los derechos sustantivos fundamentales. La no revisión del fallo extranjero se encuentra expresamente consagrada tanto a nivel de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convención de 1/2/1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial, art. 8º, cuanto en el ámbito europeo desde la Convención de Bruselas de 27/9/1968 Relativa a la Competencia Judicial y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, art. 34 *in fine*, hasta el Reglamento (UE) 1215 del 12/12/2012 en la materia, art. 52. El Derecho uruguayo excluye la revisión del fondo a texto expreso, CGP, art., 538.2⁴²⁴³, y los Principios de ASADIP precisan, Capítulo 7, “Eficacia de decisiones extranjeras”, art. 7.5, “La revisión del fondo de la decisión extranjera, así como la revisión de la determinación de la legislación aplicable al fondo del litigio, son contrarias al derecho de acceso transnacional a la justicia. Se entienden excluidas de esta regla los controles que sean necesarios para evitar violaciones a derechos sustantivos fundamentales”.

Consideramos que una nueva regulación interamericana deberá consagrar la no revisión del fondo del fallo foráneo de modo general y expreso, con vistas a facilitar su efectivo reconocimiento internacional.

⁴¹ Así lo resultante a nivel interamericano, tal como se indicara, del art. 11.a de la Convención de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias y en el Mercosur, del art. 14 del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual; ídem, lo previsto por el art. 9º, numeral 1, párrafo segundo, del Proyecto uruguayo sobre el tema presentado en la CIDIP II.

⁴² En igual sentido Convenio entre Uruguay y España de Cooperación Jurídica, aprobado por Uruguay por ley 16.864 de 10/9/1997, art. 11.1; y Convención entre Uruguay y Francia de Cooperación Judicial en Materia Civil y Comercial, aprobada por Uruguay por ley 17.110 de 12/5/1999, art. 20, párrafo segundo.

⁴³ En Francia la revisión de fondo fue rechazada a partir del *arrêt Munzer*, Sentencia de la Corte de Casación de 7/11/1964, “Caso Munzer v. señora Munzer”.

C) Regulación del procedimiento aplicable para el contralor del fallo extranjero

A diferencia de lo dispuesto por el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 que previó procedimientos específicos para la ejecución de sentencias, fallos arbitrales extranjeros y fallos dictados por tribunales internacionales, art. 7º, así como para los casos en que se trate de hacer valer como prueba la autoridad de cosa juzgada de los mismos, art. 9º, la Convención Interamericana de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de la Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, art. 6º, remite a lo dispuesto en la materia por el derecho del Estado “en que se solicita su cumplimiento”. Solución también adoptada por el Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, Capítulo V “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales”, art. 24, que, no obstante planteos uruguayos, optó por seguir la fórmula del texto interamericano. Esta remisión a la ley del Estado de invocación del fallo hace posible la aplicación de procedimientos centralizados en tribunales superiores. Solución prevista por las normas de fuente nacional vigentes en algunos países, lo que provoca importantes demoras en el reconocimiento de la eficacia del fallo extranjero y con frecuencia, un perjudicial distanciamiento entre el tribunal superior encargado de controlar la sentencia y el lugar donde la misma habrá de surtir efectos.

En razón de lo expuesto nos pronunciamos por la pertinencia de examinar con vistas a un nuevo texto de alcance continental, la posibilidad de consagrar convencionalmente un procedimiento específico para el contralor de los fallos extranjeros, simple y descentralizado, del tipo que hoy acoge la Convención Interamericana de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias en el art. 13, solución con antecedentes en disposiciones ya citadas del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940. Regulación que habrá de facilitar significativamente una más adecuada circulación internacional de las sentencias.

Tales, algunas propuestas con miras a la elaboración de un futuro y necesario Protocolo sobre Derecho Procesal Internacional que actualice y profundice el marco regulatorio vigente sobre cooperación jurisdiccional internacional y reconocimiento de fallos extranjeros en el ámbito interamericano.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSÍN, Quintín, “La ejecución extraterritorial de las sentencias en materia civil y comercial”, *Revista de Derecho Público y Privado*, Montevideo, 1951.
- ÁLVAREZ GASPAS, Renata y KLEIN VIEIRA, Luciane, “La cooperación jurídica internacional en Brasil: especial referencia al diálogo entre el DIPr autónomo y convencional y los derechos humanos” en MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio y LIMA MARQUES, Claudia (coords.), *Los servicios*

- en el Derecho Internacional Privado*. Jornadas de la ASADIP 2014, Porto Alegre-Asunción, Gráfica e Editora RJR, 2014.
- BARRIOS DE ANGELIS, Dante, “Teoría General del Proceso - Enseñanza de la misma”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República*, Montevideo, t. XVIII, 1967.
- *El Proceso Civil, Comercial y Penal de América Latina*, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- BARTIN, Étienne Adolphe, *Étude sur les effets internationaux des jugements*, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1907.
- CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelare*, Padova, CEDAM, 1936.
- CAPELLETTI, Mauro, “Riconoscimento delle sentenze straniere e basi ideologiche della interpretazione giuridica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año VIII, N° 22-23, enero agosto-agosto 1975.
- COUTURE, Eduardo, “Los embargos y el Tratado de Montevideo”, nota de jurisprudencia, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. XXXVII, Montevideo, 1939.
- *Vocabulario Jurídico*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1960.
- DE ARAUJO, Nadia, *Direito Internacional Privado, Teoría y Prática Brasileira*, 3ª ed., Río de Janeiro, Renovar, 2006.
- FAIREN GUILLEN, Víctor, *Teoría del Ordenamiento Procesal*, Madrid, Tecnos, t. 2, 1969.
- FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1993.
- FRESNEDO DE AGUIRE, Cecilia, “Cooperación jurisdiccional internacional cautelar. Dificultades que presenta en la práctica. Una visión desde Uruguay”, en *Taller participativo - Dificultades metodológicas del discurso de Derecho Internacional Privado. Cómo superarlas y hacerlo más accesible*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano - The University of Edimburg-Universidad de Buenos Aires.
- GOLDSCHMIDT, Werner, “Jurisdicción Internacional Directa e Indirecta”, *Respuesta al Cuestionario Provisional Acerca de la Jurisdicción Internacional enviado por la Consultoría Jurídica de la Organización de Estados Americanos a los participantes de la Reunión de Expertos*, Washington 9 a 15 de abril de 1980, Washington DC, OEA/Ser. K/XXI. 3 - CIDIP/III/5.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego, “Tema X, Competencia judicial internacional de los tribunales españoles”, en PÉREZ VERA, Elisa (coord.), *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 1987.
- GUTTERIDGE, Harold Cook, “Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles”, *Recueil des Cours*, t. 44, I, La Haya, 1933.

- MEIJERS, Eduard Mauritz, “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir de Moyen Age spécialement dans l’ Europe occidentale”, *Recueil des Cours*, t. 49, III, La Haya, 1934.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Atlas, 1978.
- OPERTTI BADÁN, Didier, *Exhortos y Embargos de Bienes Extranjeros. Medios de Cooperación Judicial Internacional*, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1976.
- “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales Extranjeras”, OEA - CIDIP II/3, 1976.
- “Algunas reflexiones sobre jurisdicción internacional y jurisdicción exclusiva”, en OYARZÁBAL, Mario, J. A. (coord.), *Homenaje al Prof. Gualberto Lucas Sosa*, Derecho Procesal Transnacional, Buenos Aires, Ábaco, 2012.
- SENTÍS MELENDO, Santiago, “El auxilio entre jueces de distinta jurisdicción”, *La Ley*, Nº 48, Buenos Aires, octubre-noviembre 1956.
- TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *Derecho Internacional Privado*, Montevideo, LL Uruguay, 2010.
- “Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis en especial de la cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del MERCOSUR”, *Curso de Derecho Internacional*, Washington DC, Comité Jurídico Interamericano - Secretaría General Organización de Estados Americanos, t. XXXIV, 2007.
- “Desarrollos necesarios en el ámbito interamericano en materia de condición procesal del litigante foráneo y asistencia judicial internacional”, en: *Liber Amicorum Jürgen Samtleben, Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Max Plank Institut Fur Ausländisches Und Internationales Privatrecht, Montevideo, FCU, 2002.
- VESCOVI, Eduardo, *Derecho Procesal Internacional. Uruguay, el Mercosur y América*, Montevideo, Ediciones IDEA, 2000.

UNA APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO DE LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por CAROLINA DANIELA IUD*

Resumen:

*La presencia de las normas internacionalmente imperativas fue advertida ya por von Savigny como normas de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria. Sin embargo, promediando el siglo pasado, se produjo un resurgimiento del interés de los especialistas, interés que se ha visto reflejado en su abordaje por las modernas legislaciones de derecho internacional privado y por el derecho comunitario europeo. El Código Civil y Comercial de la Nación ha enfrentado el desafío de regular la aplicación de las normas internacionalmente imperativas, no solo las de la *lex fori* sino también las de la *lex causae* y las terceros Estados; en este último caso, con un matiz de flexibilidad y dentro de cierto parámetros, ha puesto en cabeza del juez la decisión. En el presente aporte se efectúan algunas apreciaciones con el objetivo de contribuir a su identificación y brindar algunas herramientas para su aplicación.*

Palabras claves:

Derecho Internacional privado. Principales reglas mandatorias. Código Civil y Comercial Argentino. Autonomía de las partes. Ley aplicable

AN APPROACH TO THE TREATMENT OF INTERNATIONAL OVERRIDING MANDATORY RULES IN ARGENTINA'S CIVIL AND COMMERCIAL

Abstract:

The presence of overriding mandatory rules was observed by von Savigny as norms of a positive and strictly mandatory nature. During the last century, scholars' interest re-

* Abogada. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado y Comunitario de la Universidad de Palermo. Docente de la Facultad de Derecho de la UBA. Directora de la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

emerged, as reflected by the issue's approach by modern private international law rules and by the law of the European Union. The Argentine Civil and Commercial Code has faced the challenge of regulating the application of overriding mandatory rules, not only those lex fori but also those lex causae and those of third States. In the latter case, it has established that decisions are to be taken by judges, albeit with an element of flexibility and within certain parameters. This paper will present some considerations with the purpose of contributing to the identification of said rules and of providing some tools for their application.

Keywords:

Private International Law. Overriding mandatory rules. Civil and Commercial Code of Argentina. Party autonomy. Applicable law

INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCyCN, fiel a su enrolamiento en el pluralismo metodológico en el ámbito del derecho internacional privado, ha contemplado expresamente la aplicación de las “normas internacionalmente imperativas” del foro, de las del derecho designado y de las del derecho de terceros Estados.

Así, el art. 2599, que se encuentra inserto en el Capítulo 1 del Título IV cuyo título reza “Disposiciones Generales” y, por lo tanto, resulta aplicable respecto de todas las materias, establece:

- a) La aplicación excluyente de las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del sistema argentino respecto de la autonomía de la voluntad y del derecho que pudiere resultar designado por el sistema conflictual;
- b) La aplicación de las normas internacionalmente imperativas del derecho extranjero designado;
- c) La posibilidad de reconocer los efectos de las disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados en ciertos casos;

Por otra parte, el art. 2651 inc. e) ya en la Parte Especial y en relación con la autonomía de la voluntad en materia contractual establece que:

- a) Las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato;
- b) Se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso;

El mismo art. 2651, pero en el inc. f) establece que los contratos “hechos” en nuestro país para violar normas internacionalmente imperativas extranjeras “de necesaria aplicación al caso” no tienen efecto alguno.

Estas normas están destinadas a ser aplicadas por los jueces pertenecientes a la estructura judicial argentina y desde esta perspectiva serán tratadas en el presente artículo habida cuenta que el enfoque en sede arbitral resulta diferente.

Su incidencia parece haber sido advertidas desde tiempo antiguo ya por VON SAVIGNY como “normas de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria” aunque es a FRANCESACAKIS a quien se atribuye su moderna reformulación bajo la denominación de “leyes de aplicación inmediata” o *lois de police* hacia fines de la década del cincuenta, principios de la década del sesenta.

El interés actual sobre la temática se vincula probablemente, a decir de JUENGER, por el “desencanto con el postulado fundamental multilateralista de que la selección del derecho debe estar desprovista de valoraciones”¹ como también a la creciente intervención del legislador en el campo económico.

Su presencia genera inquietud como consecuencia de una serie de problemas concatenados. En primer lugar, no existe un concepto unívoco y el legislador no indica normalmente la naturaleza de “norma internacionalmente imperativa” por lo cual su identificación es una tarea que queda normalmente librada a la interpretación. En segundo lugar, la interpretación final es en definitiva judicial, lo cual constituye un obstáculo en términos de certeza. En tercer lugar, una interpretación judicial excesivamente amplia puede hacer naufragar los objetivos que se persiguen con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad e ir contra el respeto al elemento extranjero del caso, pilar fundamental del derecho internacional privado.

El desafío para el legislador es importante. Puede guardar silencio o hacerse cargo del problema. Indudablemente la última es la mejor opción pero también la más difícil. Debe marcar un camino que permita compatibilizar los intereses en juego de modo tal que el derecho internacional privado pueda cumplir su fin, esto es la solución real, justa y efectiva del caso de derecho privado con elementos extranjeros. Pero al mismo tiempo evitar que se convierta en un obstáculo, en particular, para el desarrollo del comercio internacional².

Veamos cómo lo ha enfrentado el legislador argentino aunque previamente estimamos pertinentes algunas observaciones respecto del concepto en general, su tratamiento y evolución en algunos instrumentos indicados como fuentes con el objeto de que sirvan de utilidad para la futura aplicación.

1. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

Es dable destacar la inexistencia en el CCyCN de una definición de “normas internacionalmente imperativas” y su conceptualización es una tarea compleja.

Así, se han acuñado expresiones tales como “normas de policía”, “*lois d'application immediate*”, “*norme con apposita delimitazione della sfera di efi-*

¹ JUENGER, Friedrich K, *Derecho internacional privado y justicia material*, trad. por FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. - FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, Porrúa/Universidad Iberoamericana, México, 2006, p. 91.

² Si bien su presencia no se limita al ámbito del derecho comercial internacional, es en este sector donde aparecen con más frecuencia.

cacia”, “*spacially conditioned rules*”, “*peremptory norms*”, “normas rígidas”, “*exklusivsatze*”, “*lois de police*”³, “normas de aplicación exclusiva”, “*internationally mandatory rules*”, “*overriding mandatory rules*”, “normas de aplicación inmediata”, “normas rigurosamente preceptivas”, “normas necesarias”, “*functionally restricted substantive rules*”, “*exclusive normen*”, “*raumlich bedingte Sachnormen*”⁴. A punto tal que, en ciertos textos doctrinales redactados en un determinado idioma, entre paréntesis se efectúa la referencia al término en idioma extranjero, tal vez porque el término en el idioma original no refleje exactamente aquello a lo que el autor se refiere⁵.

Y es que, cuando se comienza a profundizar en la temática se advierte que, aunque en muchos casos sean consideradas equivalentes, ciertos autores introducen matices diferenciales en la conceptualización, elaboran subcategorías, establecen relaciones de género/especie, lo cual lleva en definitiva a que los términos indicados no resultan o puedan no resultar exactamente intercambiables⁶.

En este contexto cobra importancia ya no tanto la terminología o la denominación sino el concepto en tanto resulta crucial para la identificación de este tipo de normas.

En la doctrina española, FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO utilizan la expresión “normas materiales imperativas” o “normas imperativamente aplicables al tráfico externo”⁷ para referirse también a “aquellas disposiciones de la ley del foro cuyo interés para la sociedad estatal es demasiado relevante para que puedan entrar en concurrencia con las leyes extranjeras” y cuyo “ámbito de aplicación se determina, en consecuencia, teniendo en cuenta fundamentalmente el fin que persiguen (...) refleja un interés público, quizá momentáneo o circunstancial (...) un interés público que puede responder simplemente, a criterios de oportunidad económica, y no necesariamente a valores superiores del ordenamiento jurídico”⁸. Luego, efectúan una subcategorización distinguiendo

³ BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, t. I, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 516.

⁴ En rigor, el propio art. 2599 del CCyCN alude a “normas internacionalmente imperativas” o “de aplicación inmediata” aparentemente como sinónimos aunque, justo es decirlo, luego no vuelve a aparecer esta última denominación.

⁵ JUENGER destaca que “*Varios términos han sido aplicados a esas normas, tales como leyes de policía, normas de aplicación inmediata y normas autolimitadas. Como sucede muy a menudo en el conflicto de leyes, la terminología es tan inútil como perturbadora*” (*ob. cit.*, p. 89).

⁶ Conf. MOSCONI, Franco y CAMPIGLIO, Cristina, *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. I, UTET, Torino, 2013, pp. 272/3. Téngase presente que la ley 218 del 31/5/1995 de Reforma del Sistema Italiano de Derecho Internacional Privado”, art. 17 se emplea la expresión “*Norme di applicazione necessaria*”. Algunos destacan la existencia junto las normas de policía de otras normas de aplicación inmediata o necesaria (véase MAYER, Pierre y HEUZÉ, Vincent, *Droit international privé*, 10ª ed., París, Montchrestien, 2010, pp. 90/99).

⁷ La difusión de esta terminología comenzó a través de la obra de GONZÁLEZ CAMPOS pero también se usa la de “normas de aplicación necesaria” (conf. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1993, p. 395).

⁸ FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, *ob. cit.*, p. 395.

entre “normas materiales absolutamente imperativas” y “relativamente imperativas”, reservando esta última denominación para aquellas que persiguen un “resultado material favorable a determinadas personas o situaciones”⁹.

Por su parte, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, también emplean la expresión normas materiales imperativas para referirse a ciertas normas que deben aplicarse también a casos internacionales aun cuando no hubiera sido previsto por el legislador, cuyo ámbito de aplicación espacial a menudo implícito, termina siendo delimitado por los tribunales¹⁰.

Al abordar la temática en el contexto de los contratos internacionales, los mencionados autores, se refieren a “normas internacionalmente imperativas” distinguiendo entre “normas de dirección”, que serían aquellas destinadas a regular ciertos aspectos concretos de la vida social y económica de un Estado para salvaguardar intereses generales¹¹ y “normas de protección”, que buscan amparar a ciertas personas con el objeto de preservar el equilibrio contractual. No obstante, destacan también las dificultades prácticas de la distinción puesto que varias de ellas podrían proteger tanto intereses públicos como situaciones de debilidad¹².

Por su parte, GONZÁLEZ CAMPOS, utiliza la expresión “normas materiales imperativas para el tráfico externo” como sinónimo de “normas de aplicación necesaria”, participando también de la distinción entre normas materiales imperativas de protección y las de dirección.

Más allá de esos matices de redacción, la doctrina española menciona como ejemplos de normas de “normas de protección” a algunas pertenecientes al ámbito del derecho de familia como también algunas relativas a trabajadores y consumidores. Como ejemplo de “normas de dirección”, se destacan las relativas a defensa de la competencia, a control de cambios, condiciones mínimas de trabajo, exportaciones de armas y material sensible, exportación de obras de arte, transferencia de tecnología, protección del medioambiente, normas *antitrust*¹³.

En la doctrina italiana, se ha destacado la presencia de ciertas normas de naturaleza material que definen su propio ámbito de aplicación o que, en atención a su objeto y el fin perseguido, se aplican tanto a los casos internos como a aquellos que presentan algún elemento de extranjería.

⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, *ob. cit.*, p. 398.

¹⁰ Los autores destacan ciertos aspectos negativos de este tipo de normas: vulneración de la seguridad jurídica, excesivo legesforismo, contrariedad con el principio de armonía internacional de las soluciones (CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, 9ª ed., Granada, Comares, junio 2008, pp. 224/225).

¹¹ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 512/513.

¹² CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 513.

¹³ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 512/513. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., “La regulación por el derecho internacional privado de las situaciones de tráfico externo”, en ABARCA JUNCO, Ana Paloma (dir.), *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Uned, 2004, pp. 125/126.

Con especial referencia al *common law*, HARTLEY, no sin señalar incluso la dificultad semántica para referirse a ellas en inglés¹⁴, distingue las normas imperativas —*mandatory rules*— en un sentido amplio y en un sentido restringido; dentro de esta acepción restringida deslinda aquellas que se vinculan con la creación de un sistema de derecho contractual coherente o que persiguen un propósito general e impreciso como, por ejemplo, las relativas a oferta y aceptación, de aquellas que persiguen un propósito específico —de naturaleza política, social o económica—, como las que prohíben la exportación de ciertas mercaderías (por ejemplo armas) sin un permiso especial o directamente la exportación de mercaderías de cualquier tipo a cierto Estado. Estas últimas serían las que, en muchos casos requieren un especial tratamiento en Derecho internacional privado.

SANTOS BELANDRO, en la doctrina uruguaya alude a “reglas materiales espacialmente autolimitadas como equivalente a normas de aplicación inmediata, “reglas perentorias, leyes de policía, reglas espacialmente condicionadas, para referirse a la “voluntad unilateral que tendría determinada norma estatal, de naturaleza material o sustancia, de querer aplicarse de todos modos a aquellos actos y hechos que se produzcan dentro de su ámbito de vigencia, sin distinguir si estos actos son de naturaleza nacional o internacional”¹⁵.

Lo cierto es que la identificación de este tipo de normas cuando el legislador no lo ha indicado expresamente¹⁶, lo cual frecuentemente ocurre, es una tarea ardua y por tanto, desalentadora de cualquier pretensión de sistematización apriorística, estimándose insuficientes todos los criterios propuestos en tal sentido¹⁷ a punto tal que se ha destacado que, en el fondo, no habría una diferencia de naturaleza sino de grado entre las normas de policía —tal la denominación con

¹⁴ Señala: “*In English, there does not appear to be any satisfactory terminology for distinguishing between the two categories of mandatory rules. This is because the concept is fairly new in the private international law systems of the English speaking world; indeed, the term ‘mandatory rule’ itself gained wide currency in the English vocabulary of private international law only with the advent of the Rome Convention*” (HARTLEY, Trevor C., “Mandatory rules in international contracts: the common law approach (Volume 266)”, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, pp. 345/346).

¹⁵ SANTOS BELANDRO, Rubén B., *Derecho Comercial Internacional*, Montevideo, Asociación de Escribanos de Uruguay, 2008, p. 113.

¹⁶ FRESNEDO DE AGUIRRE destaca que “es necesario el pronunciamiento concreto y tónico del órgano jurisdiccional de cada país, ya que dicho carácter no viene normalmente indicado por el legislador. Debe verse claramente que tales normas manifiestan su intención de aplicarse a todos los casos, aun internacionales, en razón de la materia implicada y de la vinculación del caso con el foro” (FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Aspectos generales del sector del derecho aplicable” en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 310).

¹⁷ SANTOS BELANDRO, Rubén B., “Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República* N° 8, Montevideo, 2005, pp. 47/8.

la que tradicionalmente han sido tratadas en el derecho argentino—, y el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico¹⁸.

Se avizora pues, que se han acuñado diversos términos para referirse a cierto tipo de normas a través de las cuales el legislador, por diversos motivos, pone de manifiesto su voluntad de aplicación cualquiera sea el derecho aplicable y aún antes de su identificación, idea que conviene retener.

2. EL ANTECEDENTE DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

1) *En materia contractual*

Una de las fuentes mencionadas en relación con las normas del CCyCN que abordan la cuestión, es el art. 9° del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, en particular su art. 9°¹⁹, en adelante Reglamento Roma I.

Tal como es sabido, el art. 7° del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma, 1980 (80/934/CEE), en adelante Convenio de Roma, contenía una serie de reglas bajo el título de “Leyes de Policía”.

Por una parte, en el parágrafo 1, preveía la posibilidad de que al aplicarse la ley de un país determinado, se pudiera dar efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro Estado con el cual la situación tuviere una conexión, en tanto tales disposiciones, según el derecho de este último fueren aplicables cualquiera fuese la ley que rigiera el contrato. A tal fin, debería tenerse en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivaran de su aplicación o inaplicación.

Por otra, en el parágrafo 2, se dejaba claramente establecido que las disposiciones del Convenio, no podrían afectar la aplicación de las normas del país del juez que rigieran imperativamente la cuestión, cualquiera fuera la ley aplicable al contrato.

La norma fue objeto de múltiples comentarios y análisis críticos, dando lugar a algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad

¹⁸ Conf. M. LOUSSOUARN cit. por MAYER y HEUZÉ, *ob. cit.*, p. 9. En igual sentido, FELDSTEIN DE CÁRDENAS con citas de Bevia, Lagarde y Bonomi (FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., “Las normas internacionalmente imperativas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: una mirada crítica”, Suplemento de Derecho Internacional Privado, disponible en www.eldial.com/nuevo/suple-privado_oe.asp?Edicion=27/05/2016.

¹⁹ DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El Derecho Internacional Privado Actual*, Buenos Aires, Zavallía, 2015, p. 189. Además de esta fuente en relación con el art. 2599 del CCyCN, la autora menciona el art. 15 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado del año 2003, el art. 20 del Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica, los arts. 18 y 19 de la Ley Federal Suiza, los arts. 3076 y 3079 del Código Civil de Quebec, el art. 17 de la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado de 1995, el art. 6° del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay, el art. 10 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela.

Europea, en adelante, TJCE, todos fuertemente vinculados a las dificultades a las que hacíamos alusión en la Introducción de este aporte.

El Reglamento Roma I se hizo eco de algunas de ellas pretendiendo sor-tearlas con éxito. En este sentido, se ha destacado que una de las ventajas de este instrumento respecto de su antecesor, es que permite deslindar adecuadamente las normas imperativas a secas (*mandatory rules*) de las internacionalmente imperativas (*overriding mandatory rules*) al tiempo que elimina las dificultades que podía traer aparejada la utilización en forma indistinta de la expresión “*mandatory rules*” en los arts. 3.3, 5.2, 6.1, 7º y 9.6 de la versión en inglés.

Mientras que las primeras serían aquellas “disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo”²⁰ el concepto de las segundas viene impuesto por el art. 9.1) del Reglamento Roma I que contiene una definición.

Así, por tal debe entenderse “una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”. Su interpretación debe hacerse, por otro lado, de manera más restrictiva que las primeras²¹.

El texto hace suyo el concepto dado el 23/11/1999 por el TJCE en “Arblade”²² y resulta muy similar al acuñado por FRANCESKAKIS, enfatizando no solo su naturaleza imperativa sino también su contenido representativo de intereses públicos²³.

Se ha destacado que esta noción proporcionada por el art. 9.1 del Reglamento Roma I, tiene un efecto *clarificador*, en particular para aquellos no familiarizados con el derecho internacional privado, un efecto *disuasivo* respecto de los tribunales de los Estados miembros en orden a su aplicación solo en supuestos excepcionales y en forma restrictiva y *uniformizador* respecto de las distintas nociones de leyes de policía que pudieren existir en los Estados miembros con la potencialidad de suscitar una cuestión prejudicial ante el TJCE²⁴.

²⁰ Serían las normas simplemente imperativas o coactivas, aquellas a las cuales deben las partes ajustarse en los contratos internos (conf. MASEDA RODRÍGUEZ, Javier, “El juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre Ley Aplicable a las Obligaciones No Contractuales: Límites a la aplicación de la *Lex Causae*”, REEI N° 5, junio 2013, p. 7).

²¹ Conf. Considerando 37 del Reglamento Roma I.

²² En en relación con la calificación como “leyes de policía y de seguridad” de ciertas normas belgas, el TJCE destacó que “debe entenderse esta expresión en el sentido de que se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él” (“Arblade and Leloup”, TJCE, 23/11/1999, C-369/96 y C- 376/96).

²³ Conf. PAUKNEROVÁ, Monika, “Mandatory Rules and Public Policy in International Contract Law”, ERA Forum 2010, DOI 10.1007/s12027-010-0151-2, p. 38.

²⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso L., “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, CDT, vol 1, N° 2, octubre 2009, p. 115, con cita de BONOMI.

Se ha señalado también que permitiría superar la duda que surgía en el Convenio de Roma en el sentido de si el concepto de “ley de policía” abarcaba tanto las denominadas “normas de dirección” como las “normas de protección”²⁵.

El concepto comunitario del Reglamento Roma I alcanzaría, en opinión de la doctrina, solo a las normas de dirección u ordopolíticas (*Eingriffsnormen*) sin que ello implique dejar desprotegidos, por ejemplo, a los consumidores o trabajadores u otras partes débiles, ya que ello se lleva a cabo o bien a través de una normativa específica o a través del marco de protección que puede proveer la propia *lex contractus* pero no a través de las “leyes de policía”²⁶.

Al mismo tiempo y, al menos en términos teóricos, permitiría disminuir la posibilidad de que una interpretación excesivamente amplia del concepto por parte de un Estado redundara en una aplicación exorbitante y exagerada de este tipo de normas en materia contractual.

El Reglamento Roma I distingue entre:

a) *Leyes de policía del foro en tanto se adecuen al precedente concepto comunitario*: las disposiciones del Reglamento no restringirán su aplicación (conf. art. 9.2). Debe tenerse presente que la norma debe exigir su aplicación al caso y al contrato, que la situación debe encontrarse comprendida dentro de su ámbito de aplicación, lo cual implica que expresamente establezca su proyección a casos internacionales con independencia de cuál sea la ley aplicable²⁷ ya que si se dejara en manos del juez la precisión de si una norma es internacionalmente imperativa se podrían afectar algunos propósitos esenciales del Reglamento previstos en el Considerando 6 tales como la “previsibilidad del resultado” y “la seguridad en cuanto a la ley aplicable”²⁸.

En cuanto a los efectos, serán aquellos que determine la *lex fori* que podrán ser resultar de la propia norma internacionalmente imperativa o inferirse de las normas generales del sistema al cual pertenezca.

²⁵ Mientras que la opinión mayoritaria en la jurisprudencia y doctrina alemanas consideraba que las normas que protegían intereses individuales no se adecuaban al concepto de “leyes de policía” al que se refería el Convenio de Roma, en otros países como Holanda, el Reino Unido y Francia se consideraba que las normas protectoras de los intereses de los consumidores o empleados sí se adecuaban (VAN BOCHOVE, Laura María, “Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law”, ELR Nº 3, noviembre 2014, pp. 149/150).

²⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ destaca que “el concepto proporcionado por el art. 9.1. Reg. Roma I deja claro, de modo radical y definitivo, que a efectos del Reglamento Roma I, las ‘Leyes de policía’ son, exclusivamente, las ‘normas de dirección’, como ya había defendido un sector autorizado de la doctrina (P. Lagarde, M. Audit, J. Kropholler, F. J. Garcimartín Alférez, G. Biagioni)” (*ob. cit.*, pp. 230/231). En igual sentido, MASEDA RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 8. En la misma línea, P. MAYER, J. BEULKER, R. FREITAG, R. BALDI (conf. CEBRIÁN SALVAT, María Asunción, “Agencia Comercial, leyes de policía y Derecho Internacional Privado Europeo”, CDT, vol. 6, Nº 1, marzo de 2014, p. 363, nota 35).

²⁷ Conf. CARRASCOSA GONZÁLEZ quien destaca además, con cita de LAGARDE y VIRGÓS SORIANO, que cada Estado “determina los casos en los cuales la observancia de ‘sus’ leyes de policía es ‘esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos’ (unilateralismo introverso)” (*ob. cit.*, pp. 234/5).

²⁸ CALVO CARAVACA, “El Reglamento...”, pp. 122/23.

b) *Leyes de policía de otros Estados*: solo podrá dárseles efecto²⁹ a aquellas leyes que respondan al concepto de comunitario de “leyes de policía”, que pertenezcan al del país en el cual las obligaciones derivadas del contrato deben ejecutarse o han sido ejecutadas y en tanto tornaran ilegal la ejecución del contrato³⁰. Para ello se deberá tener en cuenta su naturaleza y objeto³¹, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación³² (conf. art. 9.3). Las posibilidades de aplicar normas imperativas de terceros Estados se presentan más restrictivas que en el Convenio de Roma ya que se limitan a las del Estado de ejecución del contrato y en tanto ellas pudieren tornar ilegal su ejecución mientras que en el instrumento antecedente podrían ser las normas de cualquier Estado que tuviere un vínculo estrecho³³. Se ha destacado que ante la imposibilidad de incorporar una reserva al Reglamento, debió adoptarse una solución de compromiso ante la postura de ciertos países que consideraban que la aplicación de tales normas podría dificultar notablemente la contratación internacional ya que un intervencionismo exagerado generaría una gran inseguridad jurídica, mientras otros Estados consideraban necesaria su aplicación ya sea por cuestiones prácticas o realistas o incluso como manifestación de solidaridad con las políticas legislativas de otros Estados³⁴.

²⁹ “Dar efectos” implica que el juez no necesariamente debe “aplicar” dichas normas con las sanciones y consecuencias que ellas dispongan sino que puede “modular” sus efectos lo cual abriría la posibilidad de aplicar todas o algunas de las sanciones previstas por el sistema al cual pertenece esa “ley de policía” o incluso las de la *lex contractus* en una suerte de adaptación (conf. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 242/3).

³⁰ Se ha destacado que “ilegal” no significa “nulo”, sino “prohibido por la ley” (CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 241). Por otra parte, la doctrina se ha preguntado qué ocurre si la ley del lugar de ejecución no la declara ilegal sino por ejemplo si el efecto fuera una suspensión de la ejecución, el condicionamiento al cumplimiento de ciertos requisitos (conf. CALVO CARAVACA, “El Reglamento...” con cita de AUDIT, p. 129).

³¹ Esto es “su carácter público o penal, prohibitivo o permisivo, general o especial, aunque ninguno de esos rasgos sea decisivo” (CALVO CARAVACA, “El Reglamento...”, con cita de AUDIT, p. 130).

³² Se ha señalado que “el juez del Estado miembro aplicará las normas de policía de otro Estado cuando se trate de normas ya vigentes antes de la celebración del contrato y que, por ello, las partes pudieron haber tenido presentes” (CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 241, CALVO CARAVACA, “El Reglamento...”, p. 130).

³³ No obstante, es dable destacar que no se trataba de una solución que conformara a todos los Estados y que por ello debió admitirse la posibilidad de reservas a esta disposición, derecho que fue ejercido por Reino Unido, Alemania, Luxemburgo, Portugal, Irlanda, Eslovenia y Letonia. En rigor, destaca la doctrina que la limitación introducida por el Reglamento Roma I a las leyes de policía del lugar de ejecución fue determinante para que el Reino Unido ejerciera el *opting in* ya que sus mercados financieros podrían haberse visto afectados por una aplicación indiscriminada de normas de policía de terceros Estados (conf. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 238, CALVO CARAVACA, “El Reglamento...”, p. 127). De hecho, la redacción de la norma se inspira en el precedente inglés “Ralli Brothers v Cia. Naviera Sota y Aznar” (PAUKNEROVÁ, *ob. cit.*, p. 39).

³⁴ Conf. CARRASCOSA GONZÁLEZ (*ob. cit.* p. 233). CALVO CARAVACA (*ob. cit.*, p. 126).

Se ha señalado que el concepto de “ejecución” y de “país de ejecución” debe ser interpretado en forma amplia³⁵.

La ausencia de una referencia a las normas de internacionalmente imperativas de la *lex contractus* se justifica en su innecesariedad habida cuenta que la remisión a un derecho estatal por el juego de la norma de conflicto o de la autonomía de la voluntad lo es a todas las normas de la *lex causae*, incluidas las normas internacionalmente imperativas³⁶ en tanto se correspondan con el concepto comunitario establecido en el art. 9.3) del Reglamento Roma I.

Una interesante decisión pronunciada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, sala III, el 17/10/2013 en “United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV y Navigation Maritime Bulgare” capturó la atención doctrinal y puso en el centro de la escena la aplicación de las normas internacionalmente imperativas del foro porque parecería, al menos *prima facie*, poner en tela de juicio el postulado según el cual el concepto comunitario solo alcanzaría a las normas internacionalmente imperativas de dirección y no a las de protección como también la necesidad de una interpretación restrictiva.

El origen de la decisión es el planteo de una cuestión prejudicial planteada por la Corte de Casación belga en los siguientes términos:

“Habida cuenta de la calificación, conforme al Derecho belga, de los artículos controvertidos 18, 20 y 21 de la [Ley relativa al contrato de agencia comercial], como leyes de policía, en el sentido del art. 7º, apartado 2, del Convenio de Roma, ¿deben interpretarse los arts. 3º y 7º, apartado 2, de [dicho Convenio], en su caso en relación con la Directiva [86/653], en el sentido de que permiten que las leyes de policía del país del juez que ofrecen una mayor protección que el mínimo establecido por la Directiva [86/653] se apliquen al contrato, también cuando resulte que el Derecho aplicable a este sea el Derecho de otro Estado miembro de la Unión Europea en el que también se goce de la protección mínima que proporciona la referida Directiva 86/653?”

La decisión versa sobre la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.

³⁵ Conf. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 240. Por su parte, LEIBLE destaca que, si bien es cierto que la solución importa una ganancia en términos de seguridad jurídica en tanto las partes ya no tienen que pensar en la posibilidad de aplicación de normas imperativas de cualquier Estado con el cual, a juicio del eventual tribunal, el contrato pudiera presentar vínculos estrechos, no debe obviarse las dificultades derivadas de la determinación del lugar de cumplimiento ya que si las obligaciones tuvieren lugar de cumplimiento en diferentes Estados, se debería determinar en forma individualizada lo cual podría conducir a una multiplicación de normas imperativas potencialmente aplicables (LEIBLE, Stefan, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, CDT, vol. 3, N° 1, p. 231). También se ha sugerido como posibilidad el recurso al art. 12.1.b) del Reglamento y dejarlo librado a la *lex causae* o bien al derecho del foro (PAUKNEROVÁ, *ob. cit.*, p. 40).

³⁶ CALVO CARAVACA, “El Reglamento...”, p. 121.

Esta Directiva no persigue la protección del agente como parte débil del contrato sino el establecimiento de una suerte de equiparación de las legislaciones sobre la base de ciertos mínimos en la contratación de los agentes en toda la Unión Europea; no impide que los Estados puedan proporcionar una protección mayor, lo cual ha ocurrido en algunos Estados al momento de su transposición, entre ellos Bélgica³⁷.

En efecto, a través del art. 27 de la ley de 13 de abril de 1995 relativa al contrato de agencia comercial, este Estado dispuso que “Sin perjuicio de la aplicación de los convenios internacionales de los que Bélgica es parte, toda actividad de un agente comercial con establecimiento principal en Bélgica quedará sujeta a la ley belga y a la competencia de los tribunales belgas”.

Más allá de otros aspectos interesantes que emergen del caso pero que en cuanto aquí interesa no resultan determinantes, es preciso señalar que el derecho elegido por las partes era el derecho búlgaro. La cuestión giraba, pues, en torno al derecho del tribunal belga de apartarse del derecho elegido por las partes y aplicar su propio derecho, lo cual solo podía resultar legítimo en tanto la normativa belga fuese considerada “ley de policía” en el contexto del derecho comunitario.

El TJUE destacó que “la calificación de disposiciones nacionales de leyes de policía y de seguridad por un Estado miembro se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él” (sentencia “Arblade y otros”, antes citada, apartado 30, y de 19 de junio de 2008, Comisión/Luxemburgo, C-319/06, Rec. p. I-4323, apartado 29).

Destacó luego que “incumbe al juez nacional, a la hora de apreciar el carácter de ‘ley de policía’ de la ley nacional que se propone aplicar en lugar de la ley elegida expresamente por las partes en el contrato, tener en cuenta no solo los términos exactos de aquella ley sino también su concepción general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó, para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo, en la medida en que conste que el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro de que se trate. Tal como ha subrayado la Comisión, así puede suceder en caso de que la transposición en el Estado del foro garantice, en

³⁷ Conf. CEBRIÁN SALVAT, *ob. cit.*, p. 358. El TJCE había puesto de manifiesto que el objetivo es “armonizar el Derecho de los Estados miembros en materia de relaciones jurídicas entre las partes en un contrato de agencia comercial” (casos “Bellone”, C 215/97, “Honyvern Informazioni Commerciali”, 465/04). El carácter imperativo que el TJCE atribuye a los arts. 17 a 19 de la Directiva no halla su naturaleza en la protección del agente en sí misma sino en, a través del ella, proteger “la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior” (TJCE, sala V, 9/11/2000, “Ingmar GB Ltd y Eaton Leonard Technologies Inc.”, Asunto C 381/98).

virtud de la extensión del ámbito de aplicación de una Directiva o mediante la opción de un uso más amplio del margen de apreciación que esta concede, una mayor protección a los agentes comerciales en razón del interés particular que el Estado miembro atribuya a esa categoría de nacionales”.

Finalmente concluyó: “los arts. 3º y 7º, apartado 2, del Convenio de Roma deben interpretarse en el sentido de que la ley de un Estado miembro de la Unión que garantiza la protección mínima prescrita en la Directiva 86/653, ley elegida por las partes en un contrato de agencia comercial, podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la *lex fori*, basándose a tal efecto en el carácter imperativo que, en el ordenamiento jurídico de este último Estado miembro, tienen las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes, pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas”³⁸.

Esta decisión parecería, tal como adelantamos, contradecir la opinión mayoritaria que considera que el derecho comunitario europeo solo admite la posibilidad de considerar “leyes de policía” a las normas de dirección u ordopolíticas y no a las de protección como parecerían ser las normas belgas en cuestión. Incluso, se ha estimado que la interpretación del Tribunal es más amplia de lo que era esperable y que podría constituir un antecedente para considerar que las normas protectoras de partes débiles no protegidas por el Reglamento Roma I pero considerados débiles por los derechos estatales, como distribuidores, franquiciados, asegurados, etc., pudiesen ser aplicadas a título de “leyes de policía” cuando la protección que estas les brindaran fuera mayor que la de *lex causae*³⁹.

Lo que en el fondo ocurre es que este tipo de normas serían de doble valencia, esto es, que si bien protegen intereses privados, al mismo tiempo, protegen intereses públicos generales. De modo tal que, a partir de esta decisión del TJUE quedarían alcanzadas por el concepto comunitario no solo las normas de dirección sino también las ambivalentes⁴⁰.

³⁸ El TJUE destacó la diferencia con el precedente “Ingmar” en el cual la ley que se pretendía aplicar era la de un tercer Estado mientras que en este caso era la ley de otro Estado miembro de la UE que también había transpuesto la Directiva y que por la tanto daría al agente la protección mínima. En dicho caso, se resolvió que los arts. 17 y 18 de la Directiva “que garantizan determinados derechos al agente comercial, una vez terminado el contrato de agencia, deben aplicarse cuando el agente comercial haya ejercido su actividad en un Estado miembro, aun cuando el empresario se halle establecido en un país tercero y el contrato se rija por la ley de este país en virtud de una de sus cláusulas” (TJCE, sala V, 9/11/2000, “Ingmar GB Ltd y Eaton Leonard Technologies Inc.”, Asunto C 381/98).

³⁹ CEBRIÁN SALVAT, *ob. cit.*, p. 364.

⁴⁰ CEBRIÁN SALVAT, *ob. cit.*, p. 366.

Al margen de lo difícil que puede resultar trazar una línea divisoria entre las normas que protegen un interés público y aquellas que solo pretenden resguardar el equilibrio entre las partes⁴¹, Es cierto que, tal como se ha afirmado, difícilmente una norma dictada por un Estado no persiga ese objetivo⁴².

2) *En materia extracontractual*

Aunque en las fuentes no se ha hecho referencia este instrumento, nos interesa destacar su existencia y hacer hincapié en dos diferencias fundamentales en relación con el rol de las normas internacionalmente imperativas en el marco del Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento y del Consejo de 11 de julio de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, en adelante Reglamento Roma II.

En primer lugar la falta de una definición y en segundo lugar la ausencia de una referencia a la aplicación de normas internacionalmente imperativas de un Estado que no fuera del foro.

En cuanto a la primera cuestión se ha destacado la posibilidad de recurrir al concepto establecido por el art. 9º del Reglamento Roma I teniendo en cuenta que, por un lado, este concepto se funda en la propia jurisprudencia del TJUE y por otro lo que surge del considerando Nº 7 del Reglamento Roma II⁴³ y ⁴⁴.

En cuanto a la segunda, cabe destacar que el art. 16 bajo el título de “Leyes de policía”, se refiere únicamente a la posibilidad de aplicar las disposiciones imperativas del foro cualquiera sea la ley aplicable a la obligación extracontractual pese a que la Propuesta de Reglamento Roma II sí incluía una disposición para tales casos. Esta circunstancia ha sido interpretada en el sentido de que se encuentra vedada al operador la posibilidad de la aplicación de normas imperativas de otros Estados, lo cual se encontraría justificado por motivos de certeza, predictibilidad y costos de transacción⁴⁵.

⁴¹ BASEDOW, Jurgen, “The law of Open Societies-Private Ordering and Public Regulation of International Relations”, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, *The Hague Academy of International Law*, vol. 360, p. 406.

⁴² LOUSSOUARN, cit. por MAYER y HEUZÉ, p. 91.

⁴³ Este, en su parte pertinente, reza “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con (...) los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”.

⁴⁴ MASEDA RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 6.

⁴⁵ MASEDA RODRÍGUEZ, con cita de DE LIMA PINHEIRO, BRIÈRE, *ob. cit.* p. 16. No obstante, se ha señalado que ese silencio no debería ser necesariamente interpretado en sentido negativo, en especial cuando se advierte que, en el marco de este instrumento y como consecuencia de su carácter universal y del reconocimiento de la autonomía de la voluntad, podría suceder que el derecho eventualmente aplicable no estuviere vinculado objetivamente al caso. Se propugna así la posibilidad de dar efectos a una norma extranjera como dato fáctico; ello no pondría en riesgo la seguridad jurídica en tanto el operador obrase con cautela, se adecuaría a la idea de cortesía internacional y favorecería la circulación de la decisión (MASEDA RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pp. 17/19 con cita de GARCIMARTÍN ALFÉREZ, CALLIÉS, JUNKER).

3. OTROS ANTECEDENTES INDICADOS COMO FUENTES

En relación con otras fuentes citadas como antecedentes de nuestro sistema, tales como el art. 20 del Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica, los arts. 18 y 19 de la Ley Federal Suiza, los arts. 3076 y 3079 del Código Civil de Quebec, el art. 17 de la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado de 1995, el art. 6° del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay, el art. 10 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, podemos concluir que, en general:

a) Aunque no se incluye una definición, el concepto puede ser inferido de las propias disposiciones, refiriéndose a normas que por disposición de la ley o en atención a su objetivo particular, deben ser aplicadas cualquiera sea el derecho designado⁴⁶;

b) Se establece la aplicación de las normas internacionalmente imperativas del foro en forma excluyente;

c) En relación con las normas internacionalmente imperativas de otros Estados, no en todos los casos está prevista⁴⁷. En aquellos casos en los que si se ha adoptado una solución, se prevé la posibilidad darles efecto en tanto gocen del carácter indicado en a) y pertenezcan a un Estado con el cual la situación presente una conexión estrecha⁴⁸. En cuanto a la posibilidad de darles efectos, se manda tener en cuenta su naturaleza y objetivos así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación. En algunos casos, se indica que esta posibilidad de dar efectos requiere que intereses legítimos y preponderantes así lo requirieran⁴⁹.

⁴⁶ Obviamente que existen matices de redacción.

⁴⁷ La Ley Italiana de Derecho Internacional Privado no prevé la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de otros Estados. La doctrina ha destacado que si se trata de las normas internacionalmente imperativas de la *lex causae* se aplican en tanto su imperatividad se deriva de la regla según la cual el derecho extranjero se aplica según sus propias reglas de interpretación conforme el art. 15 de la misma (MOSCONI y CAMPIGLIO, p. 279). Tampoco la ley venezolana prevé la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de otros Estados ni la Ley uruguaya pese a que el Proyecto de ley tomado como fuente sí lo preveía; en efecto el art. 6° del Proyecto preveía que “1. Las relaciones jurídicas privadas internacionales que son reguladas o están abarcadas por normas imperativas de aplicación necesaria que la República haya adoptado para el cumplimiento de políticas sociales y económicas, no serán sometidas a las normas de conflicto. 2. Puede el tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes”.

⁴⁸ La palabra “aplicar” aparecía en el Proyecto, art. 6.2 transcripto en la nota anterior. Empero, es dable destacar que en la Ley de Derecho Internacional Privado, el art. 6° del Proyecto se transformó en el art. 7° que no contiene referencia alguna a las disposiciones imperativas extranjeras y solo contiene solución respecto de las normas imperativas uruguayas.

⁴⁹ Art. 19.1 de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, dispone “*Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit. 2 Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de*

También ha sido mencionado el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado del año 2003 (argentino) cuyo art. 15 abordaba la temática bajo el título de “Normas de policía”. Si bien no incluía una definición de qué debían entenderse por tales, se infería del texto, contemplando la aplicación excluyente de las normas de policía argentina y al deber de “atender a las normas” extranjeras. En efecto, disponía que “El ejercicio de la autonomía privada y el funcionamiento de las normas de conflicto quedan excluidos por las normas argentinas dictadas para preservar el interés público. Los tribunales deben atender a las normas dictadas por Estados extranjeros para preservar el interés público si su finalidad y las consecuencias que se derivan de su aplicación, fuesen compatibles con los principios de la legislación argentina y la razonable previsión de las partes”.

4. LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS EN LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Esta Convención, suscripta en México el 17 de marzo de 1994 no ha tenido demasiado éxito ya que solo se encuentra en vigor entre México y Venezuela.

Su art. 11 dispone “No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”.

La doctrina ha destacado la “extrema vaguedad y la falta de nitidez en la redacción” puesto que debió haberse aclarado que se estaba haciendo referencia a las normas internacionalmente imperativas⁵⁰, aunque existe consenso en que se refiere a estas últimas.

5. ANTECEDENTES EN EL SISTEMA ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Con anterioridad a la entrada en vigor del CCyCN existían numerosas referencias en la doctrina y jurisprudencia argentina aunque bajo la denominación de “normas de policía” y algunas incluso normativas.

la conception suisse du droit”. Por su parte el art. 3079 del Código Civil de Quebec dispone: “*Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut être donné effet à une disposition impérative de la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit. Pour en décider, il est tenu compte du but de la disposition, ainsi que des conséquences qui découleraient de son application*”.

⁵⁰ SANTOS BELANDRO, *Derecho...*, p. 115.

1) *En el plano doctrinal*

Indudablemente ha sido la pluma de BOGGIANO la que ha ejercido más influencia en esta temática bajo la denominación “norma de policía” aunque no sin ciertas dudas que estima disipables en tanto se efectúen ciertas precisiones de tipo conceptual tendientes a delimitar su alcance.

En esa línea destaca que se trata de “normas que, inspiradas en rigurosas consideraciones de orden público, excluyen el funcionamiento de las normas de conflicto y de toda otra norma”, sometiendo el caso o uno o más aspectos de él al derecho material propio delimitando expresamente su ámbito de aplicación espacial”.

Destaca también que su presencia se advierte fundamentalmente en ciertos sectores o persiguiendo determinados intereses, tales como la protección de un sistema de libre concurrencia o de la parte típicamente débil del contrato, la organización de las profesiones liberales o de organización de la propiedad inmueble como también estableciendo prohibiciones de importación o exportación, normas de control de cambios.

Este tipo de normas deben ser claramente distinguidas, siguiendo al mencionado autor, de las normas coactivas de derecho privado aplicables respecto de los casos internos, cuyo aspecto diferencial es precisamente que las normas de policía contemplan casos multinacionales. Y deben también ser distinguidas de las normas materiales inderogables cuya diferencia con las que nos ocupan es, desde su óptica, estructural.

Esta terminología ha sido por otra parte seguida en la jurisprudencia local, seguramente por influencia de la obra del mencionado autor.

GOLDSCHMIDT aludía a la publicización de ciertos contenidos clásicamente jusprivatistas, destacando que “*Las mal llamadas “leyes de aplicación inmediata” son, por ende, leyes propias aplicables con arreglo a normas indirectas unilaterales*”, de peligrosa valoración y alejadas del método justo de resolución de los casos mixtos⁵¹.

NAJURIETA destaca que aunque este tipo de normas pueden presentar una estructura formal diferente según los sistemas jurídicos “siempre se advierte la voluntad superimperativa de imponer un contenido sustancial —a veces de transformar en materia imperativa todo un sector normativo de derecho privado—, y la presencia de una conexión con el país que las dicta, destinada más a forzar un “Ámbito excesivo del aplicación”⁵².

WEINBERG alude a “normas imperativas de aplicación inmediata”, “leyes de policía” y “leyes de aplicación necesaria” para referirse a “normas del derecho local del tribunal” que “deben ser aplicadas inexorable y automáticamente

⁵¹ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*, 7ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1990, pp. 161/163.

⁵² NAJURIETA, María Susana, “El pluralismo metodológico en el derecho internacional privado actual”, ED 161-1064.

te con preeminencia sobre cualquier disposición extranjera” y las caracteriza como normas directas⁵³.

LÓPEZ HERRERA, por su parte, emplea la expresión “norma de policía” destacando que se encuentran “a mitad de camino entre el derecho público y el privado” y destaca su estructura unilateral. Se detiene en la cuestión terminológica y menciona la distinción entre “supernormas de policía” de contenido casi público como las relativas a la competencia, las de “aplicación inmediata lisa y llana”, como las de protección de consumidores o trabajadores y las de aplicación “semi o casi necesarias o normas relativamente imperativas”⁵⁴.

UZAL/MASUD, por su parte, al comentar el art. 2599 del CCyCN, identifican a las normas internacionalmente imperativas con las normas de policía, destacando que más allá de las distintas denominaciones, se trata de normas que “tienen la particularidad de someter la solución de una caso iusprivatista multinacional al derecho propio (...) de forma exclusiva y excluyente de cualquier otra regulación posible” cuya finalidad “radica en la especial protección de determinados intereses de orden social, económico, familiar, político, entre otros, que solo se hallarán debidamente resguardados si son, siempre y en todos los casos, regulados por el derecho propio”⁵⁵.

Por su parte, DREYZIN DE KLOR, en relación específicamente al CCyCN, bajo la categoría de “normas materialmente imperativas” alude a las normas internacionalmente imperativas, de policía o de aplicación inmediata destacando que “el tipo legal puede contemplar o no la internacionalidad del caso, en tanto que la consecuencia jurídica se caracteriza por aplicar siempre el Derecho nacional, ya sea a través de una solución directa o de una solución indirecta”⁵⁶.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, también en relación con el nuevo texto legal, utiliza como sinónimos las expresiones normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata o de aplicación necesaria o leyes de policía. Las caracteriza como “normas sustantivas”, “materiales”, “directas”, desde el punto de vista estructural “que exigen su aplicación inmediata y necesaria sin necesidad de recorrer, de transitar el camino de la regla de conflicto (...) Debido a excepciones consideraciones, la norma que ha sido originariamente diseñada para regular típicas relaciones dentro del ámbito territorial, ve extender por estrictas razones de política legislativa, su dominio a la esfera extraterritorial”⁵⁷.

⁵³ WEINBERG, Inés M., *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 77.

⁵⁴ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, pp. 88/89.

⁵⁵ UZAL, María Elsa y MASUD, Pablo, “Comentario al art. 2599”, en CURÁ, José María (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires, Thomson Reuters/La Ley, 2014, pp. 735/6. Aluden a las variantes terminológicas pero no formulan diferencias entre los distintos vocablos.

⁵⁶ DREYZIN DE KLOR, *ob. cit.*, pp. 188/189.

⁵⁷ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., “Las normas internacionalmente imperativas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: una mirada crítica”, disponible en www.eldial.com/nuevo/suple-privado_oe.asp?Edicion=27/05/2016.

2) *En el plano jurisprudencial*

La jurisprudencia argentina ha aludido en varias oportunidades a este tipo de normas denominándolas corrientemente “normas de policía”, ya sea para el sometimiento al derecho argentino de sociedades constituidas en el extranjero cuya sede o principal objeto se hallaba destinado a cumplirse en el República (art. 124 de la ley 19.550) como para denotar que no gozaban de ese carácter las normas que establecieron el régimen general de pesificación de las obligaciones.

3) *En el plano normativo*

En este sentido han de tenerse presente dos antecedentes de fuentes internacionales vigentes para la República Argentina que hacen referencia a la posibilidad de aplicación de este tipo de normas.

Por un lado, el art. VIII.2.b) del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional⁵⁸.

La naturaleza de esta norma, al igual que la categoría a la que pertenece ha dividido a la doctrina.

Una posición minoritaria ha considerado que el Convenio solo establece obligaciones para los Estados miembros, de modo tal que estos deberían abstenerse de prestar colaboración para lograr la ejecución de un contrato que viola las normas de cambios de otro Estado miembro. De tal modo, su efecto sobre las relaciones entre particulares solo podría ser indirecto puesto que “en sí mismo solo es aplicable a las autoridades de los Estados miembros, y concretamente a sus autoridades judiciales”⁵⁹.

La posición mayoritaria considera que, si bien puede ser acertada la referencia al carácter vinculante respecto de los jueces, el artículo interfiere directamente en las relaciones entre particulares.

Con respecto a la categoría a la que pertenece la norma, GUARDANS I CAMBÓ, destaca diferentes posiciones:

⁵⁸ La norma en cuestión dispone “*Exchange contracts which involve the currency of any member and which are contrary to the exchange control regulations of that member maintained or imposed consistently with this Agreement shall be unenforceable in the territories of any member*”. El Convenio fue aprobado por el decreto-ley 15.970, habiéndose depositado el instrumento de aceptación el 20 de septiembre de 1956. Véase NEGRI, Juan Javier, “La extraterritorialidad de las normas de control de cambios ante la Corte Suprema (A propósito del fallo ‘Citibank N.A. v. Narbaitz, Hnos. y Cías., S.A.’”, ED 127-867/872. Por nuestra parte, nos ocupamos del tema en IUD, Carolina D., “Algunas dificultades que plantea la contratación con una sociedad constituida en el extranjero, ED 127-867/872.

⁵⁹ GUARDANS I CAMBÓ, Ignasi, *Contrato Internacional y Derecho Imperativo Extranjero. De la jurisprudencia comparada al convenio de Roma de 1980*, Pamplona, Arazandi, 1992, p. 183.

- 1) Se trata de una norma de conflicto⁶⁰.
- 2) Se trata de una norma que no es en sí misma una norma de aplicación necesaria sino una norma que “tiene la virtualidad de atribuir ese carácter a determinadas normas extranjeras”⁶¹.
- 3) Se trata de una norma material de DIPr. de fuente convencional⁶².

Por otro lado, merece destacarse el art. 16 de la Convención sobre la legislación aplicable a los contratos de intermediarios y de representación, La Haya, 1978⁶³, el cual establece que “podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de todo Estado con el que la situación presente un vínculo efectivo y en la medida en que, según el Derecho de dicho Estado, estas disposiciones sean aplicables cualquiera que sea la ley designada por sus normas de conflicto”.

Es evidente que la referencia es a las normas internacionalmente imperativas.

6. LA REGULACIÓN DE FUENTE INTERNA

Tal como hemos destacado, el CCyCN se refiere a este tipo de normas sin definir las. Pese a que la doctrina ha desarrollado el tema con diferentes alcances y denominaciones, es preferible emplear la expresión utilizada por el texto legal, esto es “Normas internacionalmente imperativas” en la inteligencia de que resulta lo suficientemente amplia para comprender a aquellas normas imperativas que, ya sea porque persiguen un interés general o en virtud de ciertos propósitos particulares, el legislador pretende sean aplicadas cualquiera sea el derecho designado por la norma de conflicto o la solución adoptada por vía de la autonomía de la voluntad.

El concepto comprende tanto las denominadas normas de dirección como las de protección y aun cuando la definición y las soluciones del derecho comunitario europeo pueda servir para guiar al intérprete no debe perderse de vista el contexto en el cual la misma se inserta (derecho comunitario) por lo cual se encuentra subordinada y condicionada por los intereses que en ese marco se persiguen.

Tales normas resultan escasas y excepcionales en el derecho argentino siendo de aplicación restrictiva y no susceptibles de interpretación analógica.

Desde el punto de vista estructural, pueden describir un caso o un aspecto de un caso de con elementos extranjeros y someterlo en todo o en parte al

⁶⁰ Tal la posición de RUILABA SANTANA para quien “su estructura... es la de una norma de conflicto que utiliza un punto de conexión para dar competencia a un sistema nacional de normas sobre control de cambios. Este punto de conexión consiste en el vínculo entre el contrato de cambio y la moneda de un país miembro” (cit. por GUARDANS I CAMBO, *ob. cit.*, p. 183).

⁶¹ GOLD, Joseph, *The Fund Agreement in the Courts*, t. III, p. 572, cit. por GUARDANS I CAMBO, *ob. cit.*, nota 225, p. 184.

⁶² Tal la posición de F. GIANVITI.

⁶³ Solo son Estados Parte la República Argentina, Francia, Países Bajos y Portugal.

derecho propio. Pero también puede tratarse de una norma en cuyo tipo legal no se efectúe referencia alguna a elementos extranjeros pero de la cual fluye la voluntad de aplicación tanto a casos internos como internacionales.

En nuestra opinión, en el marco de la aplicación de las normas internacionalmente imperativas ha de tenerse presente la distinción entre las normas internacionalmente imperativas argentinas y las extranjeras, careciendo de sentido práctico las distinciones o subcategorías esbozadas por la doctrina.

No obstante, las consideraciones efectuadas por los autores así como las soluciones adoptadas en las distintas fuentes contribuyen a su identificación y aplicación puesto que, por un lado, nuestro legislador no proporciona una definición y por otro, normalmente tampoco se pronuncia respecto de su naturaleza.

El legislador argentino ha establecido una norma de carácter general y una específica en relación con la autonomía de la voluntad en materia contractual, lo que contribuye a atribuirle a esta última un carácter de especialidad.

1) Las normas internacionalmente imperativas argentinas

Estas normas, cuyos conceptos deben ser calificados *lex fori*, se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero designado por la norma de conflicto o por las partes (conf. art. 2599 en general y 2651 inc. e) en relación con el ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia contractual en particular).

La doctrina ha expresado ciertas críticas en cuanto a los vocablos⁶⁴ y técnica de redacción del art. 2599⁶⁵.

⁶⁴ La doctrina ha criticado la terminología empleada en el art. 2599 en tanto se refiere a la “exclusión del derecho elegido por las normas de conflicto o por las partes” con sustento en que la norma de conflicto no “elige” sino designa, indica, señala, el derecho aplicable, lo cual podría conducir a complicaciones interpretativas innecesarias como también en relación con el empleo de la palabra “caso” al que se le atribuye cierta ambigüedad o equívocidad ya que daría la idea de una situación litigiosa concreto (conf. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *ob. cit.*, p. 6). No obstante y aunque probablemente la elección de los vocablos no haya sido la más adecuada, no advertimos que pueda generar este tipo de complicaciones. En relación con el art. 2594 del CCyCN que alude a “situaciones vinculadas con varios ordenamientos”, la doctrina incluso ha destacado que “resulta de utilidad teórica, práctica y hasta pedagógica, concebir a la situación o relación como si se encontrada en estado litigioso, como “caso” internacional (ALL, Paula M. - ALBORNOZ, Jorge R., “Comentario al art. 2599”, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2014, p. 777).

⁶⁵ La crítica se orienta en este caso en torno a que la utilización de las expresiones “ejercicio de la autonomía de la voluntad”, “derecho extranjero elegido”, “normas de conflicto o por las partes” podría dar “la sensación que el Código adhiere a una concepción restringida, que entiende que el único dominio en que tienen aplicación las normas internacionalmente imperativas, es en el área contractual o en aquellas donde es posible la preselección de la ley aplicable, sean cuales sean según el propio legislador establezca” (FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *ob. cit.*, p. 6). En nuestra opinión, es evidente que la norma se refiere tanto a las situaciones libradas al ejercicio de la autonomía de la voluntad como a aquellas en las cuales no existe espacio para ello (en relación con la autonomía de la voluntad en materia contractual existe una disposición específica). Esto se encuentra reforzado precisamente por su inclusión dentro del capítulo relativo a “Disposiciones

En relación específicamente con la materia contractual, el art. 2651 inc. e) establece que tales normas se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato, desplazando cualquier otra solución que pudiese provenir tanto del ejercicio de la autonomía de la voluntad en sentido conflictual como material.

Ejemplos de normas internacionalmente imperativas argentinas actualmente vigentes se encuentran en los arts. 124 de la ley 19.550, del CCyCN, art. 604 de la ley 20.094, art. 2644 segunda parte.

2) *Las normas internacionalmente imperativas de la lex causae*

En el art. 2599 se ha dispuesto expresamente que “Cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas”.

Estimamos que esta referencia resulta innecesaria. Tal innecesidad deriva del hecho de que, cuando como consecuencia del funcionamiento de la norma de conflicto resulta aplicable un derecho extranjero, este lo en su integridad (conf. arts. 2595, 2596 del CCyCN) lo cual resulta ya suficiente para, en tales casos, considerar que las normas internacionalmente imperativas de la *lex causae* resultan aplicables. Para estos supuestos, no obstante la redundancia, podría otorgar una mayor confianza y fundamento claro al operador jurídico con familiarizado con el derecho internacional privado.

Ha de tenerse presente que, en tales casos, las normas internacionalmente imperativas de la *lex causae* no deben resultar contrarias obviamente a normas internacionalmente imperativas argentinas y, claro está, sin perjuicio del control de orden público como última etapa del razonamiento conflictual, control en definitiva que corresponde realizar en caso de aplicación de cualquier norma de derecho extranjero (conf. art. 2600 del CCyCN)⁶⁶.

Si centramos nuestra atención en la materia contractual, advertiremos que si el sometimiento al derecho extranjero resulta del ejercicio de la autonomía de la voluntad en sentido conflictual, no existe una referencia idéntica; no obstante la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de la *lex contractus* derivaría del art. 2651 b) del CCyCN⁶⁷. Si, por el contrario, resulta del funcionamiento del sistema subsidiario, nos debemos remitir a la norma general del

Generales” proyectando sus efectos a todas las materias como también por el empleo de la expresión “normas de conflicto”.

⁶⁶ Acerca del orden público internacional, nos hemos referido en “Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año V, N° 8, Buenos Aires, septiembre de 2013, pp. 43/53.

⁶⁷ En tanto este dispone que “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”; así, si solo se ejerciera la autonomía de la voluntad en sentido conflictual, las únicas normas excluidas serían las de conflicto, no así las internacionalmente imperativas.

art. 2599 por lo que vale también lo sostenido en el párrafo anterior, esto es, la solución vendría impuesta por los como por los arts. 2595 y 2596 del CCyCN).

Ahora bien, cabe analizar el supuesto en el cual las partes, ejerciendo la autonomía de la voluntad en sentido material, hubiesen creado una norma de contenido contrario a la norma internacionalmente imperativa del derecho aplicable.

Debemos comenzar por destacar que la elección del derecho aplicable a un contrato de acuerdo al art. 2651 del CCyCN no se encuentra limitado a los derechos de los distintos lugares de ejecución ni se exige ningún tipo de vinculación entre el contrato y el Estado cuyo derecho fuere designado por las partes. Suponiendo que este fuere el caso, no existe razón alguna para impedir que las partes dejen sin efecto una norma internacionalmente imperativa del derecho elegido, creando una norma de contenido contrario (autonomía de la voluntad en sentido material conf. art. 2651 inc. c). No se nos escapa que esta última norma emplea la expresión “normas coactivas del derecho elegido” pero consideramos que ello no debe ser limitado a las normas simplemente imperativas sino que alcanza también a las normas internacionalmente imperativas (en definitiva son también normas coactivas). Y es que ello resulta claramente de una razonamiento *ad maiore ad minus*⁶⁸. Ello siempre y cuando la ley designada por las partes no presente con el caso vínculos económicos preponderantes, en cuyo caso las normas internacionalmente imperativas de dicha ley se impondrían “en principio” (conf. art. 2651 inc. e)].

3) *Las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados*

Este es el aspecto más delicado y riesgoso de la regulación del funcionamiento de las normas internacionalmente imperativas⁶⁹ en atención a la necesidad de hallar el equilibrio entre la cortesía y la cooperación internacional y los riesgos que podría conllevar una postura excesivamente generosa en relación

⁶⁸ Si las partes pueden elegir un derecho extranjero en su totalidad, al todo o a parte del contrato, no se advierte razón para que no puedan excluir de su contrato la aplicación de ciertas normas del derecho elegido mediante la creación de normas de contenido contrario. En la sentencia dictada por la sala B de la CNCom., el 7/8/2007 en “Standard Bank London Ltd. y otros v. Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland y otro” (disponible en www.diprargentina.com), la magistrada preopinante manifestó compartir expresamente el criterio doctrinal expresado por la Dra. María Elsa Uzal, en el sentido que “por medio de la autonomía material resulta la posibilidad de que las partes excluyan mediante la incorporación de una cláusula contractual en sentido contrario, las normas de policía de la *lex contractus* elegida. Ello es así en tanto si fueron las propias partes quienes han traído ese sistema legal al contrato, nada obsta a que ellas mismas lo puedan desplazar en la medida o en los aspectos que así lo decidan, con la salvedad de que el derecho elegido y parcialmente desplazado, no sea uno de aquellos ordenamientos jurídicos que guardan con el caso, una relación económica preponderante”, citando además en apoyo la sentencia dictada en “Treviso, Pablo SA v. Banco Argentino de Comercio” (JA 2008-147- 51).

⁶⁹ Habrá advertido el lector que no todos los sistemas jurídicos que contemplan estas normas prevén la aplicación de las pertenecientes a otros Estados.

con la aplicación de estas normas en términos de promoción del comercio internacional. El principio de efectividad debería ser el gran orientador.

En este sentido, el legislador argentino ha puesto en manos de los jueces esta tarea a través de una regulación que goza de flexibilidad, denota confianza y les encomienda una seria responsabilidad.

En efecto, surge del art. 2599 del CCyCN que “*pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativos de terceros Estados*” siempre que:

- a) Intereses legítimos lo exijan,
- b) Pertenezcan a terceros Estados que presenten vínculos estrechos y preponderantes con el caso.

Queda pues, a criterio del juez la identificación y constatación de la existencia de esos intereses así como la identificación de los vínculos y su apreciación.

Por su parte, el art. 2651 inc. e) adopta una redacción diferente que puede traer ciertas diferencias en la aplicación⁷⁰ puesto que establece que “se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso”.

La redacción dada a la norma específica en materia contractual parece denotar una mayor fuerza o protagonismo de estas normas puesto que establecer que “se imponen en principio”, da la idea de que el punto de partida es que se aplican, a diferencia de lo que ocurre en la norma general del art. 2599 del CCyCN que se inclina más por una aplicación facultativa. Así, en materia contractual la no aplicación sería excepcional.

Por otro lado, a diferencia de la norma general, no exige la presencia de “vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes” sino “vínculos económicos preponderantes”.

Finalmente, nos parece interesante detenernos en la redacción del art. 2599 del CCyCN en la utilización del giro “pueden reconocerse *los* efectos”. Mientras que en las fuentes mencionadas como antecedentes se alude a la posibilidad de “reconocer efectos” y esto da pie a que la doctrina haya sostenido que es la base para que el juez “module” la aplicación de la norma internacionalmente imperativa extranjera⁷¹, la inserción de la palabra “los” parecería ir en sentido contrario ya que no posibilitaría, por ejemplo, reconocerle algunos y no todos.

⁷⁰ Así se ha destacado al compararlo con el art. 2599: “Dada la especialidad del último, cabe pensar que la intención fue que, en general, esas peculiares normas extranjeras queden a criterio del juez, quien las tomará ‘con pinzas’, pero que en materia de contratos en particular el juez esté obligado a aplicarlas salvo excepciones justificadas (que es lo que querría decir “en principio”). El juez hará bien, en todo caso, en analizar cuidadosamente las consecuencias de la aceptación de tal imposición antes de decidir” (conf. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Comentario al art. 2651” en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela, *ob. cit.*, p. 947).

⁷¹ Véase nota 29.

Ahora bien, ¿cuál es la diferencia práctica entre “reconocer todos los efectos” y “aplicar” la norma? Parecería que ninguno.

Si el legislador aludió al reconocimiento de efectos y no a la aplicación de las normas internacionalmente imperativas en el art. 2599 del CCyCN es porque quiso marcar alguna diferencia. Si a eso se le agrega el énfasis puesto en el carácter facultativo, reforzado por la presencia de intereses legítimos y por la exigencia de la presencia de vínculos estrechos y preponderantes con el caso, estimamos que el juez puede, al aplicar esta norma, reconocer total o parcialmente los efectos de las normas internacionalmente imperativas extranjeras en aplicación de esta norma.

Inversamente, si se trata de la aplicación del art. 2651 inc. e) no habría lugar para la modulación puesto que esas normas internacionalmente imperativas se “imponen” en principio.

En otro orden, si existiera una norma internacionalmente imperativa correspondiente a la *lex contractus* que las partes no hubiesen dejado sin efecto por vía de la autonomía de la voluntad y una norma internacionalmente imperativa de un tercer Estado con el cual el caso presentara vínculos económicos preponderantes, cabe preguntarse cuál debería prevalecer. Parecería que en tales casos, el juez, debería adoptar la decisión orientado por el principio de efectividad.

No debería descartarse tampoco la posibilidad de que el caso tuviera vínculos económicos preponderantes con más de un Estado⁷² y de ello derivarse una incompatibilidad entre las normas internacionalmente imperativas de ellos.

Finalmente en la decisión de aplicar o no una norma internacionalmente imperativa extranjera, estimamos de utilidad algunas de las referencias empleadas en el derecho comparado tales como la evaluación de las consecuencias de su aplicación o inaplicación.

No obstante, no podemos dejar de señalar que a nuestro criterio que, en relación con el art. 2651 inc. e) hubiese sido más apropiado mantener el criterio facultativo de reconocimiento de efectos a las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados en los cuales se localizaren el o los lugares de ejecución del contrato.

4) Contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera

El art. 2651 inc. f) aborda un tema con una terminología vieja-nueva. Por un lado alude a los contratos “hechos” en la “República”, esto es comienza describiendo el caso en idénticos términos que el art. 1208 del Código Civil y luego la completa con una terminología nueva “para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso”,

⁷² Adviértase que la norma usa el plural.

disponiendo que “no tienen efecto alguno”. Cabría preguntarse ¿cuál habrá de ser el alcance del concepto de “hechos”?⁷³

Al margen de esta solución, en nuestra opinión, es una norma de difícil aplicación práctica.

7. CONCLUSIÓN

El CCyCN al prever la aplicación de las normas internacionalmente imperativas se ha puesto en línea con las modernas legislaciones en el ámbito del derecho internacional privado. Entre adoptar una posición rígida frente a las normas internacionalmente imperativas extranjeras y una flexible, prefirió la última, aunque acotada. Es cierto que deja en manos de los jueces la decisión última y que esto puede conspirar contra la certeza y la seguridad jurídica. Pero también es cierto que si los jueces ejercen prudentemente y a consciencia las facultades conferidas y tienen presente la excepcionalidad de las manifestaciones unilateralistas en la solución de los casos de derecho privado con elementos extranjeros, es dable esperar una solución más justa y efectiva.

Recibido: 8/8/2016

Aprobado: 11/8/2016

⁷³ FERNÁNDEZ ARROYO destaca: “La letra cruda limita la sanción a los contratos “hechos” en Argentina, término que por lo general se relaciona con la celebración o el perfeccionamiento y que, como mucho, podría extenderse a la negociación. Pese a esto, además de en los casos de “hechura” local, la inefectividad caería también sobre los contratos en los cuales se ha elegido como aplicable la ley argentina con la misma finalidad fraudulenta” (FERNÁNDEZ ARROYO, *ob. cit.* p. 947).

FORMA. REPRESENTACIÓN. MANDATO

Por MARÍA ELSA UZAL*

Resumen:

La forma de los actos jurídicos, el mandato, la representación, la representación voluntaria y el acto de apoderamiento plantean complejos problemas de calificación en el derecho interno y en el derecho internacional privado. Cada relación involucrada debe examinarse para determinar el derecho aplicable en derecho internacional privado de fuente interna y en los tratados y convenciones internacionales de aplicación, tomando en consideración las posibilidades del equivalente funcional en cuestiones de forma.

Palabras clave:

Forma. Mandato. Representación. Derecho Internacional Privado

FORM. REPRESENTATION. MANDATE

Abstract:

The form of juridical acts, such as mandate, representation, voluntary representation and the act of legal empowerment, entails complex qualification in domestic law and Private International Law. Each legal relationship involved should be examined to determine the applicable law in private international law of a domestic nature and within the applicable international treaties and conventions, taking into consideration the possibilities of functional equivalents with regards to the form of juridical acts.

* Escribana y Abogada Universidad del Salvador. Diploma de honor. Doctora en Derecho, UBA (tesis sobresaliente). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado (DIPr.) Univ. del Salvador y USI. Profesora DIPr. UBA. Facultad de Derecho. Cátedra de Derecho Internacional Privado. Profesora de postgrado DIPr. en diversas Universidades. Convocada como experta por la Conferencia de la Haya en DIPr. Ex-presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Invitada por la Comisión Redactora del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación para colaborar con la elaboración del Título IV del Libro sexto (DIPr.). Autora de numerosos libros y artículos de su especialidad. Ha organizado y participado en numerosos congresos, jornadas y seminarios del área específica.

Keywords:

Form. Mandate. Representation. Private International Law

**I. LA FORMA. INTRODUCCIÓN A UN ENFOQUE INTERNACIONAL
DEL PROBLEMA. LA SOLUCIÓN DEL DIPR. ARGENTINO
DE FUENTE INTERNA E INTERNACIONAL**

El Maestro Goldschmidt señalaba que el concepto de forma es ambiguo y recordaba que en la filosofía aristotélica, el concepto de forma se opone a la materia y que mientras que en esa línea la forma de algo es su esencia, su meollo, mientras que la materia es lo “informe”, lo que realmente carece de ser, ya que *solo la forma da el ser a la cosa*, sin embargo, también señalaba que ese concepto solo se conserva hoy en la filosofía clásica y ha desaparecido del lenguaje cotidiano y jurídico, salvo cuando se hace referencia a las *formas intrínsecas*, en alusión a la necesidad de una exigencia formal para atribuir validez a un negocio jurídico¹.

En la terminología actual, la idea de *forma se opone a fondo*, invirtiendo la fórmula clásica, la *forma* es ahora el *accidente* y el *fondo* la *sustancia*. Por ende la forma es fungible, sustituible y el contenido de fondo puede verterse en distintos moldes formales.

En esta línea, el problema de la forma fue trabajado en la doctrina en señalando que comprende tres preguntas diferentes que, aunque a veces coinciden, deben distinguirse con sumo cuidado.

La primera cuestión se pregunta cuál es el derecho que rige la realización de la forma en general, que por lo general será el lugar donde el acto se realiza, se celebra o se otorga, se trata de la *ley reguladora de la forma*. La segunda pregunta, lleva a considerar si el derecho que rige o ha de regir el fondo del negocio jurídico (*lex causae*), exige o le impone a este sujetarse a una forma determinada, o si, en cambio no le demanda ninguna exigencia formal, en su caso este derecho sería, la *ley impositiva de la forma*. Si ambos derechos coinciden, si la forma se realiza en el mismo lugar en el que el negocio se lleva a cabo, desaparece la necesidad de formularse la tercera pregunta, pero, si el acto fue hecho de conformidad con la ley reguladora de la forma, pero, en apariencia, sin respetar la forma exigida por el derecho que ha de regir el fondo del asunto, esa contradicción obliga a preguntarse cuál es del derecho que determina si la forma utilizada es idéntica, equivalente o si satisface, funcionalmente, la forma exigida por la *lex causae*. Ello nos lleva a una nueva distinción, la *ley calificadora o controladora* de la forma. Se ha dicho que es evidente que la ley que impone la forma es la que ha de juzgar sobre la equivalencia de la forma realizada con la forma exigida².

¹ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Depalma, 1985, N° 226.

² GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho...*, *ob. cit.*, N° 227.

En este marco, se ha observado que bajo la regla tradicional, *locus regit actum* (el lugar rige el acto), podría entenderse que con esta expresión se quiere significar en realidad, *lex loci regit formam actus* (la ley del lugar rige la forma del acto), sin embargo, se ha dicho también que *esta fórmula es imprecisa*, pues no es claro si se refiere a la ley reguladora de la forma o si también concierne a la impositiva y hay quienes la usan en este último sentido, aludiendo así al derecho que rige el fondo del acto³.

Ya se ha dicho que la ley reguladora de la forma suele identificarse con el lugar donde el acto se realiza, se celebra o se otorga (*lex loci celebrationis*).

La Sección 10^a CCyCN, con un único artículo relativo a la “Forma”, el art. 2649, comienza la regulación de los actos jurídicos. La norma mantiene la solución clásica en materia de cuestiones de forma, que dispone que la ley reguladora de las formas y solemnidades de los actos jurídicos en general, así como de la validez, nulidad y necesidad de publicidad de esas formas, está dada por *las leyes y usos del lugar de celebración de los actos*, la llamada también *lex loci celebrationis*.

Es así como el primer párrafo del art. 2649 dice: “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”.

En esa norma se recogen soluciones muy arraigadas en el derecho internacional privado en general y en el Código Civil de Vélez Sarsfield, pues eran las seguidas por los *arts. 12 y 950 CCiv.* que aplicaba la ley del lugar de celebración a las formas, aunque a veces también a la validez intrínseca y efectos (*arts. 1205 y 1220 CCiv.*) y en muchas otras disposiciones de ese mismo código. En la misma línea se encuentran la interpretación de nuestros tribunales y las enseñanzas de la doctrina y siguen la misma línea las fórmulas que aparecen en los proyectos de reforma a partir del Proyecto Werner Goldschmidt de Código de Derecho Internacional Privado de 1974 (*arts. 15; 35*). Las fuentes de esta Sección, pueden rastrearse en soluciones de similar inspiración consagradas en el derecho comparado: en el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, Uruguay, *arts. 43; 47*; el Código Civil Perú, *art. 2094*; la Ley de Derecho Internacional Privado, Venezuela, 1998, *art. 37*; el Acta Introductoria del Código Civil alemán, 1994, *art. 11*; la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado, Suiza, *art. 124.1*; el Código de Quebec, Libro X, *art. 3109* y también en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, Argentina, 2003, *art. 65*.

Cabe señalar respecto de este primer párrafo del art. 2549 CCyCN, que solo cabría en favor de la validez del acto, convalidar los defectos formales de la ley extranjera si se trata de infracciones a la ley extranjera reguladora de la forma. En efecto, por la autonomía de la voluntad las partes pueden escoger el derecho aplicable a la regulación de las formas privadas, escogiendo un derecho

³ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho..., ob. cit.*, N° 227.

que no sea ni el que rige el fondo, ni el del lugar de otorgamiento del acto, pero no sería admisible convalidar la falta de forma si, el requerimiento de una determinada forma, en particular, la forma solemne, *tiene en miras la validez intrínseca del acto o contrato*. Es que las partes pueden elegir en materias disponibles para la autonomía de la voluntad de las partes el derecho aplicable al fondo del asunto, pero una vez elegido ese derecho, de él surge imperativamente, la ley impositiva de la forma, si esta es solemne. Es claro pues, que las partes no pueden disociar la ley de fondo de la ley impositiva de la forma⁴.

El segundo párrafo de la norma que analizamos, en la línea con lo ya explicado *supra* dispone 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”.

Es claro, en nuestro derecho pues, luego de la reforma introducida en nuestro derecho civil que cuando la ley aplicable al fondo del asunto, la llamada *lex causae*, exija una determinada formalidad, ese derecho, funcionará como ley impositiva de la calidad formal y será el que determine la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada, actuando también, como ley controladora de la forma del acto.

Finalmente, en el tercer párrafo del art. 2649 también se incluye una norma nueva *sobre validez formal de los contratos celebrados entre ausentes*, que establece que se rigen por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable a la validez sustancial del contrato, esto es, por la *lex causae*.

Dice ese tercer párrafo: “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”.

Esta norma es de significativa importancia, pues provee una calificación autónoma del concepto *lugar de celebración*, para casos en los que ese acto, por tratarse de un acto entre ausentes, no se formaliza ni otorga en ningún lugar determinado que coincide con el lugar de perfeccionamiento del acto previsto por el tercer párrafo del art. 2652 CCyCN.

Debe recordarse también, que la ley del lugar de celebración es la que determina el derecho aplicable al fondo de un contrato cuando no puede establecerse de ninguna forma el lugar de cumplimiento (véase art. 2552 CCyCN).

En el Código de Vélez si el contrato se celebraba entre ausentes, se interpretaba que la forma era juzgada por las leyes más favorables a la validez del acto (véase art. 1181 CCiv.)⁵.

En la fuente internacional vigente en nuestro país, el Tratado de Montevideo de 1889 prevé en su art. 32 que la ley del lugar donde los contratos deben

⁴ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho...*, *ob. cit.*, N° 235.

⁵ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho...*, *ob. cit.*, N° 186 y 233.

cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente. En la misma línea pero más acabadamente, el Tratado de 1940 dispone en su art. 36, que las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan y que la ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento correspondiente.

Con lo cual ambos tratados receptan la diferencia entre la ley reguladora, la ley impositiva y la ley controladora de la forma, haciendo coincidir estas dos últimas, También se establece en el Tratado de 1940 que los medios de publicidad, se rigen por la ley de cada Estado.

2. EL PROBLEMA DE FONDO. REPRESENTACIÓN. GESTIÓN

2.1. La representación e interposición en el negocio jurídico

En el ámbito de la libertad de contratación en el que por lo general se desenvuelven los negocios jurídicos, las relaciones humanas destinadas a un fin jurídico se manifiestan a través de tratos preliminares por los que las partes comienzan a relacionarse, que aunque inicialmente aún no son contratos ni pre-contratos en sentido propio y, desde este ángulo, pueden no dar lugar a ningún deber de prestación judicialmente exigible, sino solo a deberes de conducta impuestos por la buena fe⁶, luego suelen complejizarse hasta desembocar en modalidades que conducen a tener por formuladas propuestas y por generadas responsabilidades, tanto por lo obrado en la etapa precontractual como cuando derechamente se desemboca en contratos propiamente dichos. En todas esas actuaciones las partes interesadas se relacionan ya sea directamente, ya sea a través de otras personas que los sustituyen en ese relacionamiento y en la celebración de esos negocios, surge entonces, para el derecho, el problema de reconocer dentro de los márgenes compatibles con la idea de la autonomía privada, la posibilidad de que ese negocio realizado por otros, sea atribuible al verdadero interesado.

Se ha dicho, que “la interposición ajena solo es admisible cuando la relación entre el interesado y el llamado a sustituirlo discurra, de modo tal, que justifique el encauzamiento de los efectos jurídicos, por vía directa o indirecta, a la esfera patrimonial del primero”. Es decir, “que quien concluye el negocio tenga el poder de imponer un orden vinculante a los intereses ajenos por cuenta del interesado”⁷, ello presupone una legitimación para obrar en cabeza de quien interviene de este modo por otro, aunque pueda haber ciertos casos en los cuales esa legitimación falte e igualmente surta efectos si no media oposición, sino ratificación o consentimiento del interesado (v.gr. gestión de negocios ajenos, empleo útil, promesa del hecho de tercero, etc.).

⁶ SANTOS BRIZ, Javier, “La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno”, Madrid, Montecorvo, 1966, p. 100 con cita de LARENZ *Derecho de las obligaciones*, vol. I, p. 110 y ss.

⁷ BETTI, Emilio, *Teoría del negocio jurídico*, Granada, Comares, 2000, p. 487.

2.2. *La gestión de negocios en interés ajeno: diversas formas, presupuestos*

a) La forma más simple y restringida de interposición de persona es la figura del *nuncio* (*nuntius*), quien no es más que un instrumento intermediario, que presta al interesado la colaboración de declarar u obrar materialmente en su nombre, transmitiendo fielmente las instrucciones recibidas, es solo un órgano transmisor que no goza de iniciativa para dar forma a la declaración, ni de libertad de apreciación en cuanto a la oportunidad de celebrar el acto o negocio del cual, el verdadero autor, sigue siendo el interesado y con respecto a quien carece del poder de representar. De ahí, que se haya observado que en este caso no se le exige al nuncio capacidad legal para obrar y que podría serlo un incapaz⁸.

b) En un rango levemente diferente cabe colocar a la figura del *colaborador*, que es desempeñada por un tercero que puede prestar auxilio a las partes para arribar a la formación del negocio, en el *íter* de su preparación, en la redacción de documentos, en la percepción o recepción de declaraciones de las partes, a quienes, precede, acompaña o sigue en la declaración (mediador, escribano, etc.), pero no es *parte constitutiva* de ella como el *nuncio*⁹.

c) En otras figuras, dentro de la manifestación de la autonomía privada, están los *intermediarios* y allí, se da una sustitución que *desdobra la figura del autor del negocio y el interesado*, pues el intermediario obra el negocio, asume su contenido y lo moldea de acuerdo con su apreciación, en forma total o parcial:

i) A veces, el sustituto actúa y lo hace obrando en nombre ajeno y no, en el propio, obra exclusivamente para el interesado, a quien, como parte del negocio, se imputa el contenido preceptivo del mismo (*representación propiamente dicha*);

ii) otras, el sustituto obra y lo hace para sí y luego, deben transferirse los efectos al interesado (*representación gestoría, gestión de negocios ajenos, cesión de contrato, sustitución procesal, acción subrogatoria*);

iii) otras veces, se ha representado al interesado como parte en el negocio y, además, se obra para beneficio un tercero igualmente interesado (*contrato o estipulación a favor de tercero*).

Es claro, que la persona del *representante* debe ser diferenciada de la del órgano de una persona jurídica (sus administradores, directores, gerentes, o asamblea), pues la representación a la que nos estamos refiriendo supone la neta y absoluta separación entre dos esferas jurídicas distintas, la del representante y del representado, mientras que en el órgano no cabe esa separación, pues el órgano carece de individualidad jurídica, distinta, diferente e independiente de la persona jurídica de la cual es órgano, forma un todo con esa persona y sus actos son referidos a ella como propios.

⁸ BETTI, Emilio, *ob. cit.*, p. 489 y notas 3 y 5.

⁹ BETTI, Emilio, *ob. cit.*, pp. 490/1.

iv) Finalmente, cabría incluir también dentro de estas figuras con representación: los negocios simulados, los fideicomisos o fiducias y los negocios indirectos o de intermediación: comisión, agencia, etc.

Las formas de representación que hemos señalado, son admisibles en los contratos y en todo negocio, incluso, del derecho público, a cuya naturaleza no repugne la idea de sustitución de persona. No cabe, obviamente, en cuestiones de derecho de familia como la celebración del matrimonio o la adopción, en la emancipación que importa un cambio en el *status* de la persona, o en los negocios *mortis causae* que, por su carácter personalísimo, deben ser decididos con plena espontaneidad e íntima ponderación por el interesado¹⁰.

3. MANDATO Y REPRESENTACIÓN. PODER. CALIFICACIÓN LEX FORI

3.1. Mandato y representación

En la búsqueda de una calificación *lex fori*, encontramos que el previsto, entre los contratos, que el mandato tiene lugar cuando una parte da a la otra, el poder que esta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y por su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza (art. 1869 del CCiv.) o también, cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra (art. 1319 CCyCN).

Se ha señalado que es necesario que haya *representación* del mandante por el mandatario, aunque *la idea de que el mandato implica necesariamente representación ha sido cuestionada en la doctrina* que ha distinguido entre ambos conceptos. Así, se ha señalado que puede haber *representación sin mandato* (representantes legales de incapaces, curador de bienes, administrador de la sucesión o de un fondo de comercio, etc.) y *mandato sin representación* (mandato oculto), dado que el mandato es el encargo de realizar ciertos actos jurídicos por cuenta de mandante y, si bien, por lo general, esta actuación va acompañada de representación, puede ocurrir que no sea así. Es que el mandato es casi siempre representativo, pero aun cuando no lo es, la gestión que realiza el mandatario debe ser de una índole tal que pueda ser objeto de representación, con lo cual la idea de la representación está siempre presente en el mandato, sea ostensible u oculto¹¹.

En este marco conceptual se inserta la idea instrumental del *poder* que, en cambio, siempre *es representativo* y expresa una realidad indispensable para encuadrar la institución de la representación en la doctrina de la legitimación para el negocio (art. 1320 CCyCN)¹².

¹⁰ BETTI, Emilio, *ob. cit.*, p. 493 y ss.

¹¹ Véase art. 1319 CCyCN y BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil argentino. Contratos*, vol. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 404/5.

¹² BETTI, Emilio, *ob. cit.*, p. 501.

Borda recordaba que desde el momento en que el tercero toma conocimiento de que quien contrató con él ejercía ocultamente el mandato de otra persona, puede dirigirse contra esta demandándole el cumplimiento del contrato, con lo que se admite que también en este caso hay representación aunque no pueda hacerse valer contra el tercero de buena fe que ignoraba la existencia del mandato (art. 1321 CCyCN y art. 1929 CCiv.)¹³.

Desde otro ángulo, *mandato y representación* están regidos por una serie de principios comunes, que se nutren no solo de la *idea de representación*, sino también de la *gestión de negocios ajenos y figuras afines*: en ellas, el gestor está siempre obligado a manejar fielmente el patrimonio que le ha sido confiado, su conducta ha de ser diligente y debe rendir cuentas. El régimen del mandato pues, ha de ser aplicado supletoriamente a la representación no convencional y a la gestión de negocios propiamente dicha (arts. 1781 a 1790 CCyCN y arts. 1870 y 2288 CCiv.)¹⁴.

En lo que hace al *mandato*, se ha observado que en nuestro derecho, por lo general, no hay problemas sobre el consentimiento, aunque no hay una única declaración de voluntad común, sino dos actos unilaterales, que generalmente no coinciden en el tiempo: el primero, *el acto de apoderamiento*, por el que una persona otorga a otra *poder* para actuar en su nombre (v.gr. escritura de mandato en la que suele aparecer omitida la comparecencia del mandatario) y el segundo, la *aceptación*, pues se trata de una oferta de contrato aceptada.

El otorgamiento del poder puede ser expreso o tácito, escrito o verbal (art. 1319 CCyCN y art. 1873 CCiv.) e incluso, en blanco, aunque en ciertos casos, la ley exija la forma de escritura pública. También la aceptación puede ser escrita o verbal, expresa o tácita, con expresas presunciones legales (art. 1319 CCyCN y arts. 1875 a 1878 CCiv.).

Como presupuestos del *poder de representación*, que permite que los efectos del negocio celebrado de desplieguen en la esfera jurídica del interesado¹⁵, se ha señalado que:

- quien actúa, se presenta a la otra parte, o al destinatario, como dictando reglas para unos intereses que no son los suyos, sino de otra persona determinada.
- el intermediario se presenta en *nombre* de la persona, que será la real contraparte en el negocio, de modo ostensible.
- para la eficaz derivación de los efectos jurídicos a la persona del representado, es necesario que la posición de representante sea *previamente autorizada por el representado para otorgar eficacia a ese modo de representación que permite* el efecto de imponer un orden vinculante a intereses ajenos, salvo

¹³ BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos*, vol. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 474/5.

¹⁴ BORDA, Guillermo, *ob. cit.*, vol. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 403/6.

¹⁵ Véanse arts. 358 a 361 CCyCN.

que la ley objetivamente prevea otros efectos. Esa eficacia la otorga quien va a ser representado a través del “*apoderamiento*”, que es el acto de voluntad que se trasunta por medio de ese elemento de hecho, material, que hace aparecer justificada la intervención del apoderado en los negocios ajenos que la representación implica. Cuando ese elemento justificante de la sustitución frente a terceros se da, el representante tiene *el poder de representar o, simplemente, “poder”*.

Es importante remarcar, que la voluntad de apoderar no es distinta de la voluntad aportada por el representante a la declaración en que el negocio consista, de modo que, en la representación voluntaria, concurren ambas voluntades y, como lo enseñaba Savigny, el *apoderamiento* contiene ya *in nuce* el negocio principal¹⁶.

• cuando *falta el poder*, quien obra como *representante sin poder o excediendo los límites de este*, no obliga al tercero interesado y es responsable ante la otra parte del daño que esta sufra por haber confiado, sin culpa, en la validez del contrato.

3.2. *El poder*

i) Requiere un acto de parte del interesado destinado a hacerlo notorio ante la parte contraria y vinculante frente a él, según su tenor objetivo. Si el interesado es incapaz, se requiere una relación antecedente que, por ley o resolución judicial, invista a otro de la función de representación para su otorgamiento.

ii) *Confiere al sustituto una legitimación derivativa de segundo grado*, pues la legitimación de primer grado siempre la conserva el representado, en cabeza de quien produce efectos el negocio. El conflicto de intereses entre representante y representado constituye un abuso de representación que se resuelve con la desautorización de la legitimación derivativa y acarrea la anulabilidad del contrato.

i) *La representación* puede ser otorgada por la ley (*necesaria*) o conferida por el interesado (*voluntaria*) a través del *acto de apoderamiento (procura)*.

ii) El acto de *apoderamiento* se caracteriza en consecuencia por ser *causal*, pues media una relación subyacente de la más variada índole (mandato, locación de servicios, contrato de trabajo, sociedad, gestión de negocios) que hace a la *relación interna* de cooperación y gestión entre interesado y sustituto y es fuente de obligaciones entre ellos.

iii) Por otro lado, surge la *representación* dada por las *relaciones externas* entre sustituto y terceros, que resultan *independientes* de la *concesión del poder de representación* y que en tanto declaración de voluntad unilateral recepticia es ejercida y dirigida a terceros conforme a las directivas que allí se señalan y que el mismo interesado ha predeterminado, dota al poder de cierto carácter

¹⁶ Véase HUPKA, Josef, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1930, p. 9 y ss.

abstracto, sin embargo la distinción conceptual entre el negocio regulador y la concesión de poderes no es concebida necesariamente de una manera abstracta, implicando una rígida separación entre uno y otra, sino que, por el contrario los dos negocios *pueden hallarse fundidos en una declaración única*, lo cual no impide que el mandato o el encargo de una gestión resulten actos distintos de la concesión de poderes y si bien estos apuntan más a regular las relaciones externas del interesado con terceros, también podrían agotarse en las relaciones internas entre autorizante y autorizado.

Los límites del *poder* deben siempre desprenderse de él y el poderdante *no puede oponer al tercero* ciertos límites fijados al apoderado *si no resultan del instrumento*.

El *acto de apoderamiento* faculta pero no obliga, mientras que el mandato hace surgir obligaciones¹⁷. Otros autores remarcan, tajantemente, el carácter *abstracto y autónomo de los poderes* (Laband, Ihering)¹⁸.

Establecido el marco de calificación conceptual *lex fori* del instituto, hemos de adentrarnos en ciertas reflexiones sobre la dimensión internacional de estas mismas cuestiones.

3.3. *Diversas posibilidades de encuadramiento internacional de la representación voluntaria y del acto de apoderamiento. Panorama del derecho aplicable en la doctrina y la legislación*

En el derecho comparado hay países que bajo la influencia del Código Civil francés (1804) tratan el poder de representación en relación con los contratos subyacentes (Argentina, España, Bolivia, Costa Rica, República Dominicana, Méjico, etc.). Otros distinguen entre mandato y poder y aun entre mandato con y sin representación (Perú) y otros, contemplan el poder como categoría autónoma (Alemania, Italia, derecho anglosajón).

En la doctrina del derecho internacional privado, autores tradicionales en la doctrina francesa e italiana (Laurent, Despagnet, Brocher, Fiore) tratan el tema completamente desde el punto de vista del mandato y consideran como ley aplicable la *ley que rige la relación de mandato* y en general, consideran esa ley es la ley del “*lugar en que el contrato de mandato se perfecciona*”, que para unos es el *lugar donde el mandatario “acepta” el mandato* (Fiore, Despagnet) noción también difusa en su precisión y que identifican con el domicilio del mandatario o derecho nacional del mandante, respectivamente y, para otros, *el lugar donde el mandante recibe la aceptación del mandatario* (Laurent) que suele identificarse con el domicilio del mandante.

¹⁷ Véase: BETTI, Emilio, *ob cit.*, pp. 504/5. PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, Alicia, *El poder de representación notarial*, Depalma, 1988, pp. 36/7 y sus notas.

¹⁸ Véase en extenso el tratamiento del tema en PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, Alicia, *La validez y circulabilidad internacional del poder de representación notarial*, *ob. cit.*, p. 33 y ss.

Es interesante destacar que los *causalistas* (Batiffol y Lagarde) en cambio, someten el mandato a *la ley del país del lugar de cumplimiento del mandato* porque estiman que esa es la regla aplicable para las diferentes relaciones jurídicas a las que el mandato accede, las cuales sin embargo, *muchas veces coincidirán* con la *ley del país* en el cual el mandatario *usa el poder* que se le encargó.

Se ha criticado a esas posturas, ignorar que la naturaleza jurídica de la *relación de apoderamiento* exige una consideración *independiente*, que *no admite someter sin más a la ley del mandato, el vínculo que el poder crea entre el principal y las terceras personas con las que entra en relación por medio de la actividad del apoderado.*

En esta línea se inscribe la posición de los *anticausalistas* (Kegel), que atribuyen al poder carácter abstracto y como consecuencia, entienden que se le debe aplicar el derecho del país *en que se exhibe*, aunque unos señalan que se deben regir por *la ley del país en donde según la voluntad del poderdante el poder debía usarse* y, según otros, por el derecho del país *donde el poder se usa realmente.*

También se ha dicho, que para determinar la legitimidad de un negocio con respecto a un poder, es competente el derecho vigente en *el lugar donde se celebra el negocio* que es su objeto, con argumento en la voluntad presunta de la ley, la seguridad del comercio tutelada por la ley del lugar del contrato y la circunstancia de que el lugar de celebración del contrato es el lugar donde el apoderamiento ha de crear sus efectos prácticos (Hahn).

Se ha cuestionado a esta posición, a su vez, que desconoce la individualidad autónoma del negocio de apoderamiento y la confunde con los negocios realizados con base en ella. Se ha dicho así, que *aunque el contrato se rija por la ley del lugar de ejecución, ello no significa que también los requisitos de nacimiento de ese derecho deban regirse por el mismo derecho.*

Otra postura sostiene que hay que pensar en *el poder como tal*, desligado de la relación contractual entre poderdante y apoderado y examinar las *diferentes conexiones territoriales que esta individualidad jurídica adquiere* y en su importancia intrínseca para la relación de apoderamiento.

Entre ellas, fundamentalmente y en relación con quiénes intervienen en el negocio de apoderamiento: *el domicilio o residencia habitual del representante* y el domicilio o residencia habitual del *representado*, o la *sede de la representación*, el *lugar en que esta se ejerce, lugar de cumplimiento de la relación de apoderamiento* (Hupka)¹⁹.

En todos los casos es excepción la de los derechos reales inmobiliarios, respecto de los cuales media coincidencia en que, debe respetarse como principio, que se rige por la *lex situs*.

¹⁹ Véase HUPKA, Josef, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1930, pp. 232/39.

Este apretado panorama muestra la amplitud de posibilidades en juego y que el tratamiento del tema para el derecho internacional privado se encuentra estrechamente ligado a *la determinación de cuál es el derecho nacional que decide la extensión del poder de representación cuando el poder otorgado en el territorio de un Estado es utilizado en el territorio de otro.*

En general, con un criterio de efectividad, se ha priorizado *la ley del lugar de ejecución del negocio en el caso.*

En el marco conceptual *supra* descrito, es el propósito de este análisis pues, abordar la *dimensión internacional del acto de apoderamiento* derivado de la actividad voluntaria de las partes, que reconoce como sustrato causal una relación subyacente que puede ser de variada índole (mandato, locación de servicios, contrato de trabajo, sociedad), que hace a la relación interna de cooperación y gestión entre interesado y sustituto y es fuente de obligaciones entre ellos.

De las características trazadas *supra*, es claro pues que pueden distinguirse en las relaciones jurídicas que examinamos tres órdenes de relaciones:

a) *la relación interna* entre el representado y el intermediario, parte de la cual no concierne a los terceros;

b) las llamadas *relaciones externas*, que se dan, a su vez, en dos planos: entre el intermediario y los terceros, en torno *al acto de apoderamiento* y entre el representado y los terceros.

Vamos a referirnos brevemente a la relación subyacente de mandato en particular, entre el representado y el intermediario, pero hemos de procurar sin embargo también, poner el foco de atención en los *actos de apoderamiento internacional, de naturaleza contractual* sustentados en mandatos en los que, *como en toda relación de este origen*, resulta insoslayable condición el examen de los actos subyacentes que conforman el contrato que da origen a la relación a fin de determinar *la existencia de capacidad en las partes y de la validez intrínseca y extrínseca o de forma, exigidas por esos negocios jurídicos.*

En efecto, esas características conferirán al poder *aptitud para circular válidamente* en el ámbito de los negocios internacionales, pero sin embargo, solo se concluye en esa validez, luego de una obligada exigencia de confrontar ese acto con los diversos ordenamientos nacionales de los Estados vinculados al caso en los que debe hacérselos valer, los cuales, en su derecho doméstico, exhiben en la materia considerables diferencias ya que, habitualmente, no están coordinados entre sí, de manera internacionalmente uniforme, a través de tratados o convenciones y aunque hay trabajos en ese sentido realizado el seno de organizaciones internacionales, que exigen especial atención, a menudo será obligado a recurrir a las reglas de coordinación entre ordenamientos que emanan del DIPr. aplicable de fuente interna.

3.4. *Derecho aplicable en el DIPr. argentino de fuente internacional*

En resumen, en aquellos supuestos en que existe un negocio causal subyacente, que presupone una relación jurídica propia entre las partes, esta puede concretarse directamente entre ellas, pero, en muchas otras ocasiones, se requerirá *de una intervención representativa de un tercero a quien se encomienda que concrete o realice la vinculación en nombre de quien, en definitiva es el verdadero contratante, es decir, el mandatario poderdante, a través de un mandato.*

No vamos a ahondar, en la descripción ni en las condiciones generales de validez integral de esa *relación causal antecedente* que precede al mandato y por la que se lo requiere, ya que esto es materia de la teoría general del contrato internacional, sino que abordaremos las exigencias puntuales de la problemática del derecho aplicable al mandato internacional, que como tal, también participa de la naturaleza contractual, según se ha señalado *supra*.

En tales casos, específicamente, debe distinguirse el contrato de mandato que existe *entre quien imparte la orden y quien concretará con terceros esa manda en nombre de su representado* y el *acto de apoderamiento* por el cual, se otorga poder al representante para realizar el acto por el apoderado que, si es formal, se plasma en un poder.

De las *fuentes vigentes* para el tratamiento del tema a nivel convencional en nuestro país cabe considerar, en primer término:

a) *Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940.*

b) *El Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación.*

c) *Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero. CIDIP I. Panamá 1975.*

3.5. *Los tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940*

Ya hemos señalado que el Tratado de Montevideo de 1889 prevé en su art. 32 que la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente. En la misma línea pero más acabadamente, el Tratado de 1940 dispone en su art. 36, que las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan y que la ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento correspondiente. Con lo cual el contrato de mandato y el acto formal del apoderamiento, bajo ambos tratados receptan la diferencia entre la ley reguladora, la ley impositiva y la ley controladora de la forma, haciendo coincidir estas dos últimas, También se establece en el Tratado de 1940 que los medios de publicidad, se rigen por la ley de cada Estado.

En estos Tratados no se prevé el contrato de mandato en particular, sino ciertas reglas para los contratos en general, contenidas en el Título 10 "De los

Actos Jurídicos” (arts. 32 a 37) del Tratado de 1889 y en el Título 11 “De los Actos Jurídicos” (arts. 37 a 42) del Tratado de 1940, las que permiten extraer las pautas de aplicación. Se dispone en ellos que la ley del lugar de cumplimiento ley rige: a) la existencia; b) naturaleza; c) validez; d) efectos; c) consecuencias; f) ejecución; g) suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

Luego, en una calificación autónoma se precisa en los arts. 34 y 38 de los Tratados de 1889 y 1940 respectivamente qué debe entenderse en ciertos casos por lugar de cumplimiento, en ideas que son perfectamente aplicables a nuestros casos.

En cuanto al derecho aplicable al fondo del problema que nos ocupa, aplicando las disposiciones de los Tratados que aluden, indudablemente, a la prestación más característica del negocio, debe entenderse que *en los contratos que versen sobre prestaciones de servicios —el mandato cae en esta previsión—, la ley aplicable a esa relación jurídica se localiza en los lugares en que se debe cumplir tal prestación.*

Esos criterios localizadores concretos de la ley del “lugar de cumplimiento”, califican el punto de conexión abstracto, que viene precisado en los incisos a), b) y c) del cuarto párrafo de las normas citadas.

El inc. a) refiere como ley del lugar de cumplimiento del servicio que recae sobre cosas: la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración;

El inc. b) contempla que si su eficacia se relaciona con algún lugar especial: será aplicable la ley de aquel lugar donde hayan de producirse sus efectos y

El inc. c) fuera de estos casos, remite a la ley del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato.

Las prestaciones de servicios en el contexto de los Tratados, al parecer, comprenden prestaciones de colaboración, tales como las relativas a mandato, comisión, corretaje, representación de locación de obra y aun otras, frecuentemente atípicas, sin embargo, a pesar del esfuerzo de precisión que se advierte, no se pueden negar ambigüedades capaces de fracturar la unidad de concepto de tales criterios localizadores.

En efecto, si tales prestaciones recaen sobre cosas, hay que aplicar la ley de su situación al tiempo de la celebración, tiempo que se deberá determinar con arreglo al art. 42, pero si las cosas se sitúan en diferentes países no parece razonable acumular los derechos aplicables pues se contrariaría el principio general de unidad de ley aplicable. En tales casos, Boggiano propicia, aplicar el *inciso c)* y estar al derecho domiciliario del deudor de la prestación más característica.

Si la eficacia del contrato se relaciona con lugares de diferentes países, habrá que esclarecer si alguno tiene mayor fuerza localizadora (*inc. f]* del art. 37, o *inc. b]* del art. 38). Ahora bien, si es imposible determinar con razonable certidumbre tal lugar, hay que atenerse al derecho domiciliario del deudor de la prestación (*inc. c]* art. 38). Es posible que el domicilio del prestador de servicios

y el lugar de prestación de los servicios difieran, en ese caso, el tratado se inclina por este último lugar cuando resulta determinado razonablemente por las circunstancias del contrato (inc. b]) y cuando no es así, por el derecho domiciliario del prestador del servicio (inc. c])²⁰.

En el marco de los tratados han de respetarse las prohibiciones de contratar que son normas de policía del Estado-parte que es el país del lugar del proceso, también han de respetarse las que son normas de policía extranjera del Estado-parte cuya ley se aplica al caso, pero parece razonable aún respetar las que son normas de policía extranjera de un Estado-parte cuando su ley no rija el contrato, si es que guarda una relación preponderante con el caso, empero Boggiano señala que, normativamente, es difícil fundar esta solución pues la cláusula general de orden público del tratado, solo atañe a las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso” (Protocolo Adicional, art. 4º, TMDC de 1889 y 1940).

Ahora bien, el art. 4º de los Protocolos citados solo regula la excepción de orden público sobre derechos extranjeros contrarios a tal orden, pero no regula, sea autorizándola, sea prohibiéndola, la aplicabilidad de normas de orden público de un tercer país cuyo derecho no es el competente para regir el negocio según los puntos de conexión de los tratados²¹.

Sin embargo, al socializarse el sinalagma contractual, si esas normas pertenecieran a un Estado con relación preponderante con el caso, se impondrán y habrá que respetarlas, salvo que fuesen lesivas de nuestro orden público (art. 4º Protocolo Adicional y art. 2600, antes, art. 14 inc. 2º CCiv., cláusulas generales de reserva de nuestra legislación).

3.6. *El Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación*

Este Convenio fue suscripto el 14 de marzo de 1978, aprobado por Argentina por ley 22.488 —BO 2/9/1981— y ha entrado en vigor el 1º de mayo de 1992 y nos liga con Francia y Portugal.

3.6.1. *Ámbito de aplicación material*

Este instrumento y está llamado a determinar la ley aplicable a las relaciones de carácter internacional que se crean cuando una persona, *el intermediario*, tiene el poder de actuar, actúa o pretende actuar en sus relaciones con un tercero por cuenta de otra persona, *el representado*. La definición de los contratos alcanzados por esta fórmula es muy amplia, muy vasta, a fin de *incluir todas*

²⁰ BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, t. II, 5ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 398/99.

²¹ BOGGIANO, Antonio, *ob. cit.*, t. II, p. 400.

las formas de representación voluntaria del derecho común y del derecho anglosajón.

Incluye la actividad del intermediario consistente en recibir y en comunicar proposiciones o en realizar negociaciones por cuenta de otras personas y se aplicará, tanto si el intermediario actúa en nombre propio como en nombre del representado y tanto si su actividad es habitual como ocasional (*art. 1º*).

La amplitud con la que ha sido redactado el Convenio hace caer dentro de su alcance la *representación voluntaria o consensual directa típica*, propia de los mandatos, forma clásica tanto del derecho continental como del *common law*, mas también se considera incluido el “*undisclosed principal*” o *mandato oculto*, la *representación indirecta (comisionistas)*, los corredores, agentes distribuidores, intermediarios financieros y otras formas de intermediación, comerciales o no, en general y sin distinciones (*brokers o courtiers*), así como los casos de gestores de negocios y *falsus procurators* que carecen de toda autorización y que también se consideran incluidos.

El Convenio *no se aplicará*, en cambio, a:

- a) la capacidad de las partes;
- b) la forma de los actos;
- c) la representación legal en el derecho de familia, regímenes matrimoniales y sucesiones;
- d) la representación en virtud de una decisión de una autoridad judicial o administrativa, o que se ejerza bajo control directo de una autoridad de esta naturaleza;
- e) la representación vinculada a un procedimiento de carácter judicial;
- f) la representación por el capitán de navío actuando en el ejercicio de sus funciones (*art. 2º*).

Tampoco se considerará como intermediario:

- a) al órgano, gerente o socio de una sociedad, de una asociación o de cualquier otra *entidad legal*, dotada o no de personalidad jurídica, en la medida en que, en el ejercicio de sus funciones, actúe en virtud de poderes conferidos por la ley o por los actos constitutivos de dicha entidad legal;
- b) al *trustee* que actúe por cuenta del *trust*, del constituyente o del beneficiario (*art. 3º*).

3.6.2. Ley aplicable entre el representado y el intermediario: autonomía de la voluntad y derecho subsidiariamente aplicable

En el Capítulo II del Convenio se contempla, como principio, la regla de la elección del derecho aplicable a través de la *autonomía de la voluntad de las partes* y, solo en su defecto, se determina la elección a través de normas de conflicto subsidiariamente aplicables.

Se dispone así que cuando las partes han hecho uso de su *autonomía conflictual*, eligiendo el derecho aplicable a su relación, *la ley interna escogida*

por las partes regirá la relación de representación entre el representado y el intermediario. La elección de esta ley deberá ser expresa o resultar con una razonable certidumbre de las disposiciones del contrato y de las circunstancias del caso (art. 5°).

En la medida en que no se haya hecho uso de esa facultad, el Convenio prevé que, *en defecto*, la ley aplicable será la *ley interna del Estado* en que, en el momento de la creación de la relación de representación, *el intermediario tuviera su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual*.

No obstante, se contempla que se aplicará la ley interna del Estado en que el intermediario *deba ejercer* a título principal su actividad *si el representado tiene su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual en dicho Estado* y que, cuando el representado o el intermediario tuvieran varios establecimientos profesionales, la norma debía entenderse se referida *al establecimiento con el que la relación de representación se vincule más estrechamente* (art. 6°).

La determinación de la *ley aplicable a las relaciones internas entre el representado y el intermediario* se efectúa, previa la advertencia de que “*la ley designada por el Convenio se aplicará incluso si se trata de la ley de un Estado no contratante*” (art. 4°). *Sin embargo, también se dispone que estas previsiones no serán utilizables* cuando el contrato que crea la relación de representación sea un *contrato de trabajo* (art. 10).

Finalmente sin embargo, cuando la creación de la relación de representación no sea el objeto *exclusivo* del contrato, la ley designada por los arts. 5° y 6° solo se aplicará si:

- a) la creación de esta relación es el *objeto principal del contrato*, o
- b) *esta relación es separable* del conjunto del contrato (art. 7°).

La ley así determinada regirá la formación y la validez de la relación de representación, las obligaciones de las partes y las condiciones de ejecución, las consecuencias de la inejecución y la extensión de estas obligaciones.

También se aplica en particular a:

- a) la existencia, extensión, modificación y cese de *los poderes del intermediario*, así como a las consecuencias de su uso excesivo o de su empleo abusivo;
- b) la *facultad* del intermediario *de delegar* la totalidad o parte de sus poderes y de designar un intermediario adicional;
- c) la *facultad* del intermediario *de concluir un contrato* por cuenta del representado, cuando exista un riesgo de conflicto de intereses entre él mismo y el representado;
- d) la *cláusula de no competencia* y a la *cláusula de solvencia* del comprador;
- e) la *indemnización* de clientela;
- f) los tipos de *daños* que pueden dar lugar a reparación (art. 8°).

Cualquiera que sea la ley aplicable a la relación de representación sin embargo, se tendrá en cuenta la *ley del lugar de ejecución en lo que concierne a las modalidades de ejecución (art. 9º)*.

3.6.3. Ley aplicable a las relaciones con terceros

En el Capítulo III se abordan las *relaciones externas entre el representado y los terceros* y se dispone que *la existencia y el ámbito de poderes del intermediario*, así como *los efectos de los actos del intermediario* en el ejercicio real o pretendido de sus poderes, se regirán por la *ley interna del Estado* en el que el intermediario *tuviera su establecimiento profesional en el momento en que actúa*.

A los fines de la aplicación de esta regla, cuando el intermediario que *actúa en virtud de un contrato de trabajo* que le vincula al representado no tiene un establecimiento profesional personal, se entenderá que tiene su establecimiento en el lugar en que está situado el establecimiento profesional del representado al que está vinculado (*art. 12*).

No obstante, la *ley interna del Estado en el que el intermediario actúa* es aplicable si:

- a) el representado tiene su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual en este Estado y el intermediario ha actuado en nombre del representado; o
- b) el tercero tiene su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual en dicho Estado; o
- c) el intermediario ha actuado en bolsa o ha tomado parte en subastas; o
- d) el intermediario no tiene establecimiento profesional.

Cuando una de las partes tenga *varios establecimientos* profesionales, el presente artículo se referirá al *establecimiento con el que el acto del intermediario se conecte más estrechamente (art. 11)*.

A los fines de la aplicación del párrafo segundo del art. 11, cuando el *intermediario ha comunicado con el tercero de un Estado a otro* por correo, telegrama, télex, teléfono u otros medios similares, se entiende como si hubiera actuado en el lugar de su establecimiento profesional o, en su defecto, de su residencia habitual (*art. 13*).

No obstante lo anterior, cuando la *ley aplicable* a las cuestiones cubiertas de ese modo ha *sido objeto*, por parte del representado o del tercero, *de una designación escrita expresamente aceptada por la otra parte*, la ley así designada se aplicará a dichas cuestiones (*art. 14*).

La ley aplicable en virtud de este Capítulo III regirá igualmente las relaciones entre el intermediario y el tercero *que deriven del hecho de que el intermediario haya actuado en el ejercicio de sus poderes, más allá de esos poderes o sin poderes (art. 15)*.

3.6.4. Disposiciones generales. Límites emanados de normas de policía o internacionalmente imperativas

En el Capítulo IV en las *Disposiciones Generales* de la Convención se dispone un reconocimiento de los *límites propios de las disposiciones imperativas de todo Estado con el que la situación presente un vínculo efectivo* a las que deberá darse efecto, en la medida en que, según el Derecho de dicho Estado, estas disposiciones sean aplicables, cualquiera que sea la ley designada por sus normas de conflicto (art. 16).

Esto es así, porque se trata de normas de policía de esos Estados vinculados de modo preponderante al caso, que son de aplicación exclusiva y excluyente y que desplazan tanto al derecho elegido por las partes como al subsidiariamente aplicable, según las normas de conflicto previstas en el Convenio.

También se prevé que la aplicación de las leyes designadas por el Convenio no podrá excluirse más que *por los límites dados o por la circunstancia de que sean manifiestamente incompatibles con el orden público de la lex fori* (art. 17).

3.7. Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero. CIDIP I. Panamá. 1975

Este instrumento fue adoptado en Panamá en oportunidad de la *Iº Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado*, el 30 de enero de 1976, fue ratificada por la Argentina el 12 de julio de 1982 y nos vincula con dieciséis países americanos: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. No se encuentra vigente en cambio con Colombia, Nicaragua.

La Convención procura como objetivo establecer normas sobre la cooperación internacional entre los Estados Partes para concertar una convención sobre un régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero y han acordado que los poderes debidamente otorgados en uno de los Estados parte en la Convención serán válidos en cualquiera de los otros, si cumplen con las reglas establecidas en la Convención (art. 1º).

3.7.1. El derecho aplicable. Ley del país de otorgamiento vs. Ley del país de ejercicio del poder

El Convenio prevé expresamente que las *formalidades y solemnidades* relativas al otorgamiento de poderes, que hayan de ser utilizados en el extranjero se sujetarán a las *leyes del Estado donde se otorguen, a menos que el otorgante prefiera sujetarse a la ley del Estado en que hayan de ejercerse*. En todo caso, si la ley de este último exigiere solemnidades esenciales para la validez del poder, regirá dicha ley (art. 2º).

También dispone expresamente, que los *efectos y el ejercicio del poder y los requisitos de publicidad exigibles se someten a la ley del Estado en que este se ejerce* (arts. 4° y 5°).

La *República Argentina* al tiempo de depositar el instrumento de ratificación efectuó dos declaraciones interpretativas, dejando establecido en la primera de ellas que también entendía que *la validez intrínseca del poder, se sujeta a la ley del Estado donde este se ejerce*.

3.7.2. Las exigencias formales previstas en la Convención

En el art. 6° de la Convención también se establecen cuáles son los recaudos de forma que constituyen el *minimum standard* común exigible y que ha de respetarse en todo caso.

Se dispone allí que, en todos los poderes, el funcionario que los legaliza, *deberá certificar o dar fe si tuviere facultades para ello, sobre ciertos extremos* y cabe destacar que respecto de esta norma la República Argentina ha interpretado, formulando la declaración pertinente, la expresión “funcionario que los legaliza”, dejando establecido que entiende que se refiere a aquel funcionario “ante quien pasa o quien autoriza el documento”.

Esos recaudos insoslayables son los siguientes:

- a. *La identidad del otorgante*, así como la declaración del mismo acerca de su nacionalidad, edad, domicilio y estado civil;
- b. *El derecho que el otorgante tuviere para conferir poder* en representación de otra persona física o
- c. *La existencia legal de la persona moral o jurídica* en cuyo nombre se otorgare el poder;
- d. *La representación de la persona moral o jurídica*, así como el derecho que tuviere el otorgante para conferir el poder.

3.7.3. La búsqueda del “equivalente funcional”. Integración supletoria de la forma exigida y de las facultades de fedatario del funcionario interviniente desconocidas en el país de otorgamiento para preservar la validez del acto. Recurso para la integración de lagunas en el tema

Puede ocurrir y muchas veces sucede, que en la ley del Estado en que se otorga el poder (ley reguladora de la forma) es desconocida la solemnidad especial que se requiere conforme a la ley del Estado en que haya de ejercerse el poder (*lex causae* o ley impositiva de la forma), en tales supuestos, la Convención prevé que bastará con que se cumpla con lo dispuesto en el art. 7° de la Convención.

Ello significa que se ha acordado convencionalmente, la forma que debe observarse para asegurar el reconocimiento de la equivalencia funcional entre la forma utilizada y la forma exigida por la ley de fondo (ahora en su rol de controladora de la forma) al tiempo en que proceda a confrontarlas y efectuar el control de esa exigencia.

Esa norma dispone que si en el Estado del otorgamiento *no existiere funcionario autorizado para certificar o dar fe* sobre los puntos señalados en el artículo y también *si la formalidad exigida por el derecho de fondo aplicable al acto fuera desconocida* deberán observarse las siguientes formalidades:

a. El poder contendrá una *declaración jurada o aseveración del otorgante de decir verdad* sobre lo dispuesto en la letra a) del artículo 6 (es decir, sobre la identidad del otorgante, así como la declaración del mismo acerca de su nacionalidad, edad, domicilio y estado civil);

b. Se *agregarán al poder copias certificadas u otras pruebas* con respecto a los puntos señalados en las letras b), c) y d) del mismo artículo (esto es, respecto del derecho que el otorgante tuviere para conferir poder en representación de otra persona física o de la existencia legal de la persona moral o jurídica en cuyo nombre se otorgare el poder; así como sobre la representación de la persona moral o jurídica y sobre el derecho que tuviere el otorgante para conferir el poder).

c. *La firma del otorgante por su lado deberá ser autenticada;*

d. *Los demás requisitos establecidos por la ley del otorgamiento.*

En supuestos de laguna de la ley, respecto de países que no son parte de la Convención y relación a los cuales pudieran plantearse los obstáculos derivados de la circunstancia de que la forma exigida y/o de las facultades como fedatario del funcionario interviniente fueran desconocidas en el país de otorgamiento, estimamos que bien podría recurrirse a la integración analógica por proximidad de materia de esa laguna, recurriendo a las previsiones del art. 7° de la Convención. Deberían acatarse las formalidades en ella previstas y darse debido cumplimiento de la certificación por apostilla (Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961) o de la legalización de la firma del funcionario público interviniente por vía consular, en su caso y salvo Tratado vigente que dispensase de esa formalidad.

3.7.4. Necesidad de aceptación

La Convención en su art. 11 prevé expresamente que *no es necesario para la eficacia del poder que el apoderado manifieste en dicho acto su aceptación*. Esta resultará de su ejercicio. Con lo cual se respeta la necesidad de aceptación de parte del mandatario para responsabilizarlo por el incumplimiento pero se admite la manifestación tácita de ese poder dada por el hecho de realizar los actos propios de su ejercicio.

3.7.5. La cláusula especial de reserva del orden público de la Convención

El art. 12 de la Convención prevé expresamente que Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un poder cuando este sea manifiestamente contrario a su orden público. Debiendo entenderse este como el conjunto de

principios que inspiran la legislación de ese Estado parte, ya que toda aplicación de derecho extranjero se halla sujeta a la compatibilidad de su contenido con los primeros principios en los que se sustenta e inspira el orden público de la Nación requerida.

3.7.6. Relación con otras Convenciones

Esta Convención no restringe las disposiciones de otras Convenciones que en materia de poderes hubieran sido suscritas o se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte; en particular se hace referencia al Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes o Protocolo de Washington de 1940, que sin embargo no se halla vigente en nuestro país o las prácticas más favorables que los Estados parte pudieran observar en la materia (art. 10) y está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (art. 13) y a la adhesión de cualquier otro Estado (art. 15). Los instrumentos de ratificación y adhesión se depositan en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión (art. 16).

Los Estados parte que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas. Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas (art. 17).

La Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados parte puede denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados parte (art. 18).

3.8. *Protocolo sobre uniformidad del régimen legal de los poderes*

Este Protocolo fue alcanzado en el seno de la Unión Panamericana el 17 de febrero de 1940.

La Séptima Conferencia Internacional Americana aprobó una resolución (Núm. XLVIII), por la que se dispuso que el Consejo Directivo de la Unión

Panamericana designe una Comisión de Expertos formada por cinco miembros para que redactase un anteproyecto de unificación de legislaciones sobre simplificación y uniformidad de poderes y personería jurídica de compañías extranjeras, si tal unificación es posible; y en caso contrario, para que aconseje el procedimiento más adecuado para reducir al mínimo posible los sistemas a que responden las distintas legislaciones sobre estas materias, así como también las reservas de que se hace uso en las convenciones al respecto. El informe sería expedido en el año 1934 y remitido al Consejo Directivo para que este lo sometiese a la consideración de todos los Gobiernos de la Unión Panamericana a los efectos preindicados.

La Comisión de Expertos designada por el Consejo Directivo de la Unión Panamericana de acuerdo con la resolución arriba transcrita redactó un proyecto sobre uniformidad del régimen legal de los poderes que se otorgan para obrar en países extranjeros, que fue sometido a los Gobiernos de las repúblicas americanas por el Consejo Directivo y revisado luego en conformidad con las observaciones de los Gobiernos miembros de la Unión Panamericana.

Varios de los gobiernos de las repúblicas americanas han manifestado que están dispuestos a suscribir los principios de dicho proyecto y a darles expresión convencional, si bien han formulado reservas²². Argentina no es país signatario del Protocolo pero resulta ilustrativo señalar aquí sus lineamientos:

²² Bolivia; Brasil; Nicaragua; Panamá; Paraguay son signatarios pero no lo han ratificado. Colombia, El Salvador, Méjico, Estados Unidos y Venezuela lo han ratificado. El art. XIII prevé que cualquier Estado que desee aprobar el Protocolo con algunas modificaciones podrá declarar antes de su firma la forma en que le dará aplicación, es interesante pasar revista a las reservas formuladas, para apreciar las dificultades que plantea el tema. *DECLARACIONES/RESERVAS/DENUNCIAS/RETIROS REFERENCIAS DEL TRATADO*: C-6 1. Bolivia:(Declaración hecha al firmar el Protocolo) El Plenipotenciario de Bolivia firma ad referéndum el presente Protocolo con la siguiente clarificación al art. I, inc. 2º: Para la correcta aplicación del art. I, inc. 2º, del Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes en el territorio de la República de Bolivia es necesario que el notario o funcionario encargado de autorizar documentos, inserte en los Poderes que se otorguen por delegación o por sustitución el texto íntegro de los Poderes originales y de todos aquellos documentos que prueben la personería del poder conferente. 2. Brasil:(Declaración hecha al firmar el Protocolo) Firmó el 6 de septiembre de 1940, pero no lo hizo ad referéndum y por lo tanto el Protocolo entró en vigor, respecto de ese país, en la fecha de la firma. 3. Colombia:(Reserva hecha al firmar el Protocolo) El Plenipotenciario de Colombia firma el Protocolo sobre Régimen Legal de los Poderes ad referéndum con la aprobación del Congreso Nacional, haciendo la reserva de que la legislación colombiana consignada en el art. 2590 del Código Civil establece que los notarios no responden sino de la parte formal y no de la sustancial de los actos y contratos que autorizan. Esta reserva se reiteró al ratificar el Protocolo. 4. México: (Reserva hecha al firmar el Protocolo) El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, al aceptar las disposiciones del art. IV, hace la declaración expresa de que los extranjeros que para el ejercicio de determinados actos estén obligados a hacer ante las Autoridades el convenio o renuncia a que se refiere la fracción I del art. 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deberán otorgar un Poder Especial, determinándose expresamente en una de sus cláusulas el convenio y renuncia citados. La fracción I del art. 27 Constitucional dice: "Solo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas, tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales en la República Mexicana. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros siempre que convenga ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse

El art. I del Protocolo dispone que en los poderes que se otorgan en los países que forman la Unión Panamericana, destinados a obrar en el extranjero, se observarán las reglas siguientes:

1. Si el poder lo otorgare en su propio nombre una persona natural, el funcionario que autorice el acto (Notario, Registrador, Escribano, Juez o cualquier otro a quien la ley del respectivo país atribuyere tal función) dará fe de que conoce al otorgante y de que este tiene capacidad legal para el otorgamiento.

2. Si el poder fuere otorgado en nombre de un tercero o fuere delegado o sustituido por el mandatario, el funcionario que autorice el acto, además de dar fe, respecto al representante que hace el otorgamiento del poder, delegación o sustitución, de los extremos indicados en el número anterior, la dará también de que él tiene efectivamente la representación en cuyo nombre procede, y de que esta representación es legítima según los documentos auténticos que al efecto se le exhibieren y los cuales mencionará específicamente, con expresión de sus fechas y de su origen o procedencia.

3. Si el poder fuere otorgado en nombre de una persona jurídica, además de la certificación a que se refieren los números anteriores, el funcionario que autorice el acto dará fe, respecto a la persona jurídica en cuyo nombre se hace el otorgamiento, de su debida constitución, de su sede, de su existencia legal actual y de que el acto para el cual se ha otorgado el poder está comprendido entre los que constituyen el objeto o actividad de ella. Esa declaración la basará el funcionario en los documentos que al efecto le fueren presentados, tales como escritura de constitución, estatutos, acuerdos de la Junta u organismo director

como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio a la nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas. Esta reserva se reiteró al ratificar el Protocolo. 5. Venezuela: (Reserva hecha al firmar el Protocolo) El Representante de Venezuela firma el presente Protocolo con la siguiente modificación al inciso I del Artículo primero: 1. Si el poder lo otorgare en su propio nombre a una persona natural, el funcionario que autorice el acto (Notario, Registrador, Escribano, Juez o cualquier otro a quien la ley del respectivo país atribuyere tal función) dará fe de que conoce al otorgante y de que este tiene capacidad legal para el otorgamiento, según los documentos que ha producido. Esta reserva se reiteró al ratificar el Protocolo. 6. El Salvador, Estados Unidos, Nicaragua y Panamá: Firmaron ad referendum. Con la reserva formulada al firmarlo. El Salvador: formuló las siguientes reservas al ratificar el Protocolo: a. El art. IX, se tendrá por redactado para su aplicación en El Salvador, en la forma que sigue: Art. IX.- Los Poderes otorgados en cualquiera de los países de la Unión Panamericana con arreglo a las disposiciones que anteceden y de conformidad con las leyes del país de origen, para ser ejercitados en cualquier otro país de la Unión, se tendrán como otorgados ante un notario competente del país en que se ejerzan, sin perjuicio, sin embargo, de la necesidad de protocolizar el instrumento en los casos a que se refiere el art. VII. b. Al art. VIII se hace la reserva de que no podrá ser admitida la gestión oficiosa del gestor, como actor o reo, en los asuntos judiciales o administrativos para los cuales las leyes salvadoreñas requieren que la representación se acredite con poder especial. República Dominicana: El Gobierno de la República Dominicana declaró que se abstiene de firmar el Protocolo, “en razón de que varias de sus disposiciones coliden substancialmente con la legislación dominicana, o carecen de previsiones que existen en nuestras leyes, o son inconvenientes desde el punto de vista general que se persigue con ellas”.

de la persona jurídica y cualesquiera otros documentos justificativos de la personería que se confiere. Dichos documentos los mencionará el funcionario con expresión de sus fechas y su origen.

Se prevé asimismo que la fe que, conforme a lo referido en el artículo *supra* referido, diere el funcionario que autorice el poder no podrá ser destruida sino mediante prueba en contrario producida por el que objetare su exactitud. A este efecto no es menester la tacha por falsedad del documento cuando la objeción se fundare únicamente en la errónea apreciación o interpretación jurídica en que hubiere incurrido el funcionario en su certificación (art. II).

También se conviene en que no es menester para la eficacia del poder que el mandatario manifieste en el propio acto su aceptación, pues esta resultará del ejercicio mismo del poder (art. III).

En los poderes especiales para ejercer actos de dominio que se otorguen en cualquiera de los países de la Unión Panamericana, para obrar en otro de ellos, será preciso que se determine concretamente el mandato a fin de que el apoderado tenga todas las facultades necesarias para el hábil cumplimiento del mismo, tanto en lo relativo a los bienes como a toda clase de gestiones ante los tribunales o autoridades administrativas a fin de defenderlos.

En los poderes generales para administrar bienes bastará expresar que se confieren con ese carácter para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas, inclusive las necesarias para pleitos y procedimientos administrativos y judiciales referentes a la administración.

En los poderes generales para pleitos, cobranzas o procedimientos administrativos o judiciales, bastará que se diga que se otorgan con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial, conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación o restricción alguna.

Esta disposición se dice expresamente que *tendrá el carácter de regla especial que prevalecerá* sobre las reglas generales que en cualquier otro sentido estableciere la legislación del respectivo país (art. IV).

En cada uno de los países que componen la Unión Panamericana serán válidos legalmente los poderes otorgados en cualquier otro de ellos que se ajusten a las reglas formuladas en este Protocolo, siempre que estuvieren además legalizados de conformidad con las reglas especiales sobre legalización (art. V). Asimismo, los poderes otorgados en país extranjero y en idioma extranjero podrán dentro del cuerpo del mismo instrumento ser traducidos al idioma del país donde estuvieren destinados a obrar. En tal caso la traducción así autorizada por el otorgante se tendrá por exacta en todas sus partes. Podrá también hacerse la traducción del poder en el país donde se ejercerá el mandato de acuerdo con el uso o la legislación del mismo (art. VI).

Los poderes otorgados en país extranjero no requieren como formalidad previa a su ejercicio la de ser registrados o protocolizados en oficinas determinadas, sin perjuicio de que se practique el registro o la protocolización cuando así lo exija la ley como formalidad especial en determinados casos (art. VII).

Cualquiera persona que de acuerdo con la ley pueda intervenir o hacerse parte en un procedimiento judicial o administrativo para la defensa de sus intereses, podrá ser representada por un gestor, a condición de que dicho gestor presente por escrito el poder legal necesario, o de que, mientras no se acredite debidamente la personería, el gestor preste fianza o caución a discreción del tribunal o de la autoridad administrativa que conozca del negocio, para responder de las costas o de los perjuicios que pueda causar la gestión (art. VIII).

En los casos de poderes formalizados en cualquier país de la Unión Panamericana, con arreglo a las disposiciones del Protocolo, para ser ejercidos en cualquiera de los otros países de la misma Unión, los notarios debidamente constituidos como tales conforme a las leyes del respectivo país, se estimarán capacitados para ejercer funciones y atribuciones equivalentes a las conferidas a los notarios por las leyes de (nombre del país), sin perjuicio, sin embargo, de la necesidad de protocolizar el instrumento (art. IX). Lo que se dice respecto de los notarios, se aplicará igualmente a las autoridades y funcionarios que ejerzan funciones notariales conforme a la legislación de sus respectivos países (art. X).

3.9. *Derecho Internacional Privado de fuente interna*

1) En defecto de tratados internacionales de aplicación, deviene encuadrable el caso dentro de las reglas de nuestro DIPr. de fuente interna, donde no se aborda el contrato de mandato, ni existen normas especiales sobre poderes o representaciones.

Sin embargo, resultan de aplicación las reglas generales en materia de forma de los actos jurídicos y en materia de derecho aplicable a los contratos en general.

En cuanto a la forma de otorgamiento de un poder o mandato devienen de aplicación las reflexiones ya vertidas en torno al art. 2649 que, ya se lo ha dicho, mantiene la solución clásica, en cuanto dispone que la ley reguladora de las formas y solemnidades de los actos jurídicos, de su validez, nulidad y necesidad de publicidad, está dada por las leyes y usos del lugar de celebración de esos actos, llamada también *lex loci celebrationis*. Mas, se recuerda que cuando la ley aplicable al fondo del asunto, la llamada *lex causae*, exija una determinada formalidad, ese derecho, funcionará como ley impositiva de la calidad formal y será el que determine la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada, actuando también, como ley controladora de la forma del acto.

Con respecto a la prueba de la conformidad de la forma que exhibe el documento con forma exigida por la ley del lugar de celebración, nuestra jurisprudencia ha sentado el criterio de que existe una presunción *iuris tantum* de que las actas hechas en el extranjero por escribanos públicos cumplen con

sus respectivas legislaciones, criterio que se inicia con el fallo de la CSJN del 5/5/1892, *in re*: “C.h. Buscher v. Cooperativa Argentina” (Fallos 48:98)²³.

Al comentar la *Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero. CIDIP I. Panamá. 1975* esbozamos la posibilidad de que, respecto de países que no son parte de la Convención, en casos de disociación entre la ley reguladora y la ley impositiva de la forma, por ejemplo, en supuestos de laguna de la ley que impidieran subsanar deficiencias, respecto de la calidad *del funcionario autorizado para certificar o dar fe, porque en el país de otorgamiento no existiere esa calidad de funcionarios*, podía recurrirse a los equivalentes funcionales que prevé esa convención para salvar el obstáculo.

Ante los obstáculos derivados de la circunstancia de que *la forma exigida y/o de las facultades como fedatario del funcionario interviniente fueran desconocidas en el país de otorgamiento* impidiendo dar cumplimiento a la forma impuesta en esa sede, estimamos que bien podría recurrirse, a la integración de esa laguna por proximidad analógica en razón de materia. Ello se obtendría recurriendo a las previsiones del art. 7º de la Convención y, aplicando con pleno acatamiento las formalidades en ella previstas que son tenidas por funcionalmente equivalentes para sortear el obstáculo en esa Convención, además, respecto de la firma del funcionario público interviniente, con el debido cumplimiento de la certificación por apostilla (Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961) o de la legalización por vía consular, en su caso y salvo Tratado vigente que dispensase de esa formalidad.

1) En el *acto de apoderamiento internacional*, en particular, si este acto es *formal*, junto al *origen causal del apoderamiento*, aparece su concreción material puede hacerle adquirir entidad propia, si se distingue entre mandato y poder y, por ejemplo, se reconoce a esa instrumentación rasgos de *abstracción, autonomía e independencia*, que trascienden los meros efectos propios del derecho civil general que rige la relación entre poderdante y apoderado.

Así las cosas, es claro que la primer relación que emana de un poder es exclusivamente la que vincula al mandatario con su mandante (*relación interna*), al no hallarse sino latente el problema de representación frente a terceros.

Desde ese encuadre, frente a la inexistencia de convención específica entre las partes sobre el derecho aplicable a los efectos contrato de mandato otorgado —es decir, en la ausencia del ejercicio de la autonomía de voluntad de las partes en sentido conflictual y ante un contrato internacional cuyos puntos de conexión relevantes se vinculen con el territorio de un Estado dado —por ser este el lugar de cumplimiento del mandato— debe ser la *lex contractus* la que provea las normas reguladoras específicas, más allá de la existencia de domicilio en el

²³ Véase también: C. Fed. Cap. 16/9/1921, “Heller y Cía. v. Marini”, JA VII-270; *id.* 30/5/1937, “Lever Brothers v. Frigorífico Anglo”, *Gaceta del Foro*, 135-6; CNCom., sala A, 21/10/1965, “Paneth Erwin v. BIEM Bureau International de l’Édition Mécanique), ED 13-548.

extranjero de uno de los contratantes²⁴. Al respecto si bien la noción relativa al punto de contacto “*lugar de cumplimiento*” contenida en el art. 2652 CCyCN (antes arts. 1209 y 1210, CCiv.) es abstracta, el legislador la califica (define) de manera autónoma, dotándola de un criterio de precisión en el art. 2652, segundo párrafo, de igual cuerpo legal.

Esta norma nos brinda —por derivación— tres pautas de su voluntad incompletas que resultan aplicables *en cascada* y que permiten llenar de contenido el concepto alcanzado por la expresión “*lugar de cumplimiento*” inserta en este artículo: la primera posibilidad es la concreta designación del lugar de cumplimiento por las partes, luego, la determinación del concepto atendiendo a la naturaleza de la obligación y luego, el lugar del domicilio del deudor de la prestación más característica del contrato²⁵.

En efecto: indagando cuál de las obligaciones contractuales puede ser calificada como la *prestación más característica*, resulta evidente, luego de atender a la función económica del contrato, que el *mandatario comercial* así como los agentes de comercio, comisionistas, corredores y otros intermediarios *desarrollan su prestación económica específica (actividad de intermediación) en un lugar determinado*, siendo el derecho de ese lugar —salvo existencia de alguna estipulación en contrario— el que debe aplicarse para solucionar controversias como la del *sub examine* (cfr. Schnitzer, “La loi applicable aux contracts”, en *Revue critique de droit international privé*, 1955, ps. 459 a 484, cit. por Boggiano, *ob. cit.*, p. 621).

Por otro lado, la funcionalidad económica del mandato, depende mucho de quién sea el mandante en orden a su normal o forzada responsabilidad, pues lo ordinario es que el mandatario realice el objeto de su cometido en el lugar de su *domicilio*. Sin embargo, cuando esta coincidencia no se verifica, el *domicilio del mandatario* puede —en muchos casos— ser considerado más decisivo que el lugar de su actuación, condicionándose de ese modo el derecho vigente para la solución del conflicto (cfr. Boggiano, *ob. cit.*, ps. 622/623).

Sin ir más lejos, la ya recordada *Convención de La Haya sobre “Legislación aplicable a los contratos de intermediación y de representación”*, del 14/3/1978, establece en su art. 6º que en la medida en que las partes no hubiesen elegido una legislación interna, la normativa aplicable a la relación de la representación entre el representante y el intermediario, “será la legislación interna del Estado en el cual, en el momento de establecerse la relación de representación”, tuviese “el intermediario su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual (...)”.

Como fuere, lo concreto en el caso es que si resultan coincidentes tanto el *domicilio del intermediario* como el *lugar* en el que el contrato de mandato

²⁴ Véase esta construcción *in re*: CNCom., sala A, 3/6/2008, “Sade Ingeniería y Construcciones SA v. Black & Beach International”, del voto de la Dra. Uzal.

²⁵ BOGGIANO, Antonio, *ob. cit.*, t. II, p. 620.

surtió sus efectos, devendrá aplicable —como lógica derivación— el ya mencionado art. 2652 CCyCN. Esta norma dispone que son aplicables las leyes y usos del “*lugar del cumplimiento*”²⁶.

Desde otro ángulo, nada obsta, para que el representante legal estatutario o el administrador a cargo del gobierno de la sociedad o de su representación local, puedan, además y de modo complementario, para facilitar la realización del acto a formalizar, recibir *un poder especial* para el otorgamiento del instrumento necesario para otorgar un negocio concreto que, por su naturaleza, ya se encuentra dentro de sus funciones llevar a cabo. Sin embargo, es claro que dada su calidad de administrador-representante legal, también podría comparecer con su personería debidamente acreditada e inscribirla para ese mismo otorgamiento si el estatuto social no le exigiera otro proceder, lo que incluye el registro de esa misma personería, que ya se encuentra establecida o bien, de la que surge del acto particular de apoderamiento conferido para exteriorizar ante las autoridades competentes, funciones que ya le son propias, cumpliendo con el resto de los requisitos legales exigibles en cuanto a certificaciones o legalizaciones.

Como conclusión, solo cabe remarcar que debe examinarse cada relación emergente del ejercicio del mandato a la luz y conforme a las pautas de la ley aplicable a cada una de ellas.

Recibido: 1/8/2016

Aprobado: 10/8/2016

²⁶ Véase. CNCom., sala A, del voto de la Dra. Uzal, 3/6/2008, *in re*: “Sade...”, cit. *supra*; véase BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 255 y ss.

LA APLICACIÓN DE LOS USOS COMERCIALES EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (A LA LUZ DE LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN)

Por PABLO RAÚL MASUD*

Resumen:

El artículo analiza en qué casos, teniendo en consideración las normas de derecho internacional privado en materia contractual contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación, los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional pueden adquirir fuerza obligatoria para regular los contratos internacionales.

Palabras claves:

Contratos internacionales. Derecho internacional privado. Usos del comercio internacional. Autonomía de la voluntad. Código Civil y Comercial de la Nación

THE APPLICATION OF THE COMMERCIAL USAGES IN INTERNACIONAL CONTRACTS (IN THE LIGHT OF THE ENACTMENT OF THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF ARGENTINA)

Abstract:

Taking into consideration the rules of private international law with regards to contract matters that are included in the Civil and Commercial Code of Argentina, this

* Abogado. Diploma de honor de la Universidad de Buenos Aires (1994). Profesor adjunto en la Asignatura Derecho Internacional Privado y Comunitario en la Universidad de San Isidro (Dr. Plácido Marín) - Cátedra Dra. María Elsa Uzal. Jefe de Trabajos Prácticos en la Asignatura Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires - Cátedra Dr. Antonio Boggiano. Miembro del Instituto de Derecho Empresarial (Sección Derecho Internacional Privado) de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Miembro pleno de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Autor de varios artículos y capítulos de obras colectivas sobre temas de la disciplina. Abogado en ejercicio.

paper analyses in which cases the generally accepted commercial usages and practices, custom and the principles of international commercial law may become mandatory for the regulation of international contracts.

Keywords:

International contracts. International Private Law. International commerce usages. Party autonomy. Civil and Commercial Code of Argentina

INTRODUCCIÓN

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN)¹ con su muy elogiada sistematización de gran parte de las normas de derecho internacional privado de nuestro ordenamiento en un Título específico² ha traído, entre otras cosas, una regulación detallada de normas aplicables a los contratos internacionales en general³.

Esa regulación, al igual que lo que acontece con el enfoque de todos los institutos jurídicos en su faz internacional que realiza el CCyCN, abarca dos típicas y relevantes cuestiones a considerar de los *casos iusprivatistas multinacionales*⁴ y, por consiguiente, de la disciplina del derecho internacional privado entendida en sentido amplio⁵, la del *juex* competente y la del *derecho aplicable*.

¹ El Código Civil y Comercial de la Nación fue aprobado por el Congreso por ley 26.994 sancionada 1º de octubre de 2014, promulgada el 7 de octubre de 2014 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre de 2014, derogándose así el Código Civil, aprobado por la ley 340 y el Código de Comercio, aprobado por las leyes 15 y 2637 (excepto los arts. 891, 892, 907, 919, 926, 984 a 996, 999 a 1003 y 1006 a 1017/5, que se incorporan como arts. 631 a 678 de la ley 20.094). Las leyes que a la sazón integraban, complementaban o se encontraban incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio, mantienen su vigencia como leyes que integran o complementan al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Luego de la modificación introducida al art. 7º de la ley 26.994, el Código Civil y Comercial entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

² En el Libro VI Título IV del CCyCN se encuentran las “Disposiciones del Derecho Internacional Privado” que van desde el art. 2594 al 2671.

³ Siguiendo la concepción del Código de Vélez, el CCyCN ha establecido normas de derecho internacional privado destinadas a aplicarse a todo tipo de contratos sin distinción, con la única excepción de los “contratos de consumo” a los que les da un trato diferenciado. Así, los arts. 2650 a 2653 se ocupan de los “Contratos” en general y los arts. 2654 a 2655 de los “Contratos de Consumo”. A su vez, el art. 2649 regula la “Forma” de los *actos jurídicos*, deviniendo aplicable a los *contratos* en razón de la relación de género a especie que se verifica entre ambos.

⁴ Caso iusprivatista multinacional es aquella situación jurídica cuyas circunstancias fácticas relevantes se encuentran relacionadas con el territorio de más de un estado nacional y, de ello, se deriva la eventual vocación de varios sistemas jurídicos para brindar la solución de ese caso (ver BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, t. I, 5ª ed. actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2006, pp. 11/13.

⁵ Con este “sentido amplio” se quiere significar una visión del derecho internacional privado que, poniendo como norte la solución integral y efectiva de un caso iusprivatista multinacional, resulte comprensiva de tres aspectos: a) la jurisdicción internacional, b) el derecho

Es con relación a uno de los aspectos de la regulación sustancial de los contratos que hace el CCyCN sobre la que nos proponemos hacer una reflexión que puede servir de disparador para otras, formulando interrogantes y tratando de encontrarles respuestas posibles.

Este aspecto de la cuestión sustancial de los contratos internacionales que será analizado se trata de la aplicación de los usos comerciales a esas relaciones contractuales multinacionales, es decir del efecto vinculante que esos “usos comerciales” ostentarán cuando dichos contratos internacionales resulten alcanzados por las normas de derecho internacional privado consagradas en el CCyCN. No está de más recordar que para que esto último suceda será condición *sine qua non* que los jueces argentinos tengan jurisdicción internacional para resolver un conflicto vinculado con un contrato internacional pues, de otro modo, no sería aplicable el sistema de derecho internacional privado que incluye las normas en materia contractual que serán materia de análisis. Y los magistrados nacionales devendrán competentes en los casos en que las partes hubieran convenido una cláusula de elección de foro en su favor siempre y cuando se den las condiciones de los arts. 2605 a 2607 del CCyCN⁶, o bien, en ausencia de ese pacto, cuando las normas del art. 2650 de ese cuerpo legal⁷ le atribuyan a los jueces nacionales la potestad de resolver un litigio contractual de naturaleza multinacional.

La problemática que se analizará a continuación es imaginable en los supuestos en que un conflicto nacido de un contrato internacional deba ser ventilado y resuelto ante un tribunal judicial argentino y no en un arbitraje, aun cuando su sede estuviera en la Argentina. Ello por cuanto, el sistema de derecho inter-

aplicable, y c) el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras. Por oposición, un alcance restringido de la disciplina solo abarca la cuestión del derecho aplicable pues la jurisdicción internacional y el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras forman parte del derecho procesal internacional.

⁶ Código Civil y Comercial de la Nación. 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 estuviere prohibida por ley. 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. 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.*

⁷ Código Civil y Comercial de la Nación. 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 esta haya participado en la negociación o celebración del contrato.

nacional privado argentino es solo obligatorio para los jueces del Estado, pues los árbitros, a diferencia de los jueces, al no tener una *lex fori* que les imponga normas de derecho internacional privado que resuelvan en forma indirecta o directa la controversia, gozan de una mayor libertad para determinar las normas jurídicas a aplicar incluyendo los usos comerciales⁸.

La cuestión de los usos comerciales en los contratos internacionales revisite suma importancia y actualidad. Importancia debido a la existencia de normas consuetudinarias con potencial efecto en ellos que se han afianzado por la práctica habitual en el comercio internacional e, incluso, se han sistematizado en verdaderos cuerpos normativos de empleo generalizado⁹. Y actualidad ya que el CCyCN ha contemplado por primera vez en el derecho internacional privado de fuente interna este fenómeno y ha establecido las condiciones bajo las cuales esos usos comerciales adquieren fuerza vinculante en la regulación de los contratos internacionales.

El CCyCN al referirse a ellos hace alusión a *los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional*, que serán denominados en este trabajo y en conjunto como “*usos comerciales*”. Sin pretender ingresar ni abordar aquí la compleja cuestión de la existencia misma, del contenido y de las fuentes de la llamada “*lex mercatoria*”¹⁰ o del denominado “*soft law*”¹¹ —términos que no son empleados por el CCyCN— sí debe decirse que esos *usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional* son considerados, generalmente, parte integrante de la “*lex mercatoria*”¹², así como expresiones del aludido “*soft law*” al que le atribuyen un contenido más amplio¹³.

⁸ Ver UZAL, María Elsa, *Solución de controversias en el comercio internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, pp. 66/72. BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado. Derecho mercantil internacional*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 743 y ss. REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 190/204.

⁹ Las Cláusulas INCOTERMS aplicables a la compraventa internacional de mercaderías, sistematizadas por la Cámara de Comercio Internacional. Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales en sus versiones de 1994, revisada en 2004 y 2010. En el negocio del crédito documentado se destacan las “Reglas y Usos Uniformes para los Créditos Documentados” (RUU) sistematizados por la Cámara de Comercio Internacional por primera vez en el Congreso de Viena de 1933, que fueron objeto de revisiones en los años 1951, 1962, 1974, 1983, 1993 y 2007; oportunidad en que se dio a conocer el Brochure 600; entre otros.

¹⁰ Ver MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, *Derecho aplicable y arbitraje comercial*, Asunción (Paraguay), Intercontinental Editora, 2013, pp. 211/251.

¹¹ Ver ALL, Paula María y ALBORNOZ, Jorge R., “Desarrollo del *soft law* e impacto de las normas internacionalmente imperativas en el comercio internacional: desafíos sustanciales y procesales (con relación a algunos instrumentos contractuales)”, Relato presentado en el XXIIIº Congreso Argentino de Derecho Internacional “Juan Varisco Bonaparte - Jorge Alberto Giner” (Santa Fe, 2011), *Anuario de Derecho Internacional XX*, pp. 233/279, Córdoba, 2011.

¹² Ver MORENO RODRÍGUEZ, José A., *ob. cit.*, pp. 211/251.

¹³ Ver ALL, Paula M. y ALBORNOZ, J., *ob. cit.*, pp. 233/279.

De todos modos y más allá de las divergencias doctrinarias que ha suscitado y suscita la cuestión de la “*lex mercatoria*” o la relevancia del “*soft law*”, no hay discusiones acerca de que esos *usos y prácticas comerciales, costumbres y principios del derecho comercial internacional* constituyen normas, reglas y principios generados fuera de la órbita legislativa de los Estados nacionales, razón por la cual al no tener fuerza vinculante *per se*, presentan el interrogante sobre su carácter obligatorio como normas reguladoras de relaciones contractuales internacionales.

El CCyCN ha establecido una solución expresa que responde a la inquietud planteada. Como se verá seguidamente, dicho cuerpo normativo exige la voluntad de las partes de incorporar al contrato *los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional* en orden a que estos adquieran fuerza obligatoria. Sin embargo, es dable preguntarse si, no obstante la existencia de esta prescripción legal, los “usos comerciales” podrían resultar igualmente aplicables en ausencia de incorporación por las partes, en razón de otras normas de derecho internacional privado en materia contractual del CCyCN.

1. LOS “USOS COMERCIALES” Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN SENTIDO MATERIAL

El CCyCN vino a consagrar legislativamente el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales¹⁴, ya a esa altura ampliamente

¹⁴ Código Civil y Comercial de la Nación. 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 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;

aceptado en la doctrina y jurisprudencia argentinas¹⁵. Y ese reconocimiento en la ley, al igual que lo sucedido en aquellas otras fuentes, implicó la aceptación

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.

¹⁵ CSJN —Fallos 317:182— “Tactician Int. Corp. y otros v. Dirección General de Fabricaciones Militares” - 15 de marzo de 1994, “8) Que aun cuando en esta instancia la recurrente argumenta por primera vez sobre las consecuencias que pudieran derivarse del carácter internacional del contrato que la unió con la Dirección General de Fabricaciones Militares —y ello para responder a manifestaciones del tribunal que no sustentaron el fallo (ver fs. 142)— cabe señalar que los elementos extranjeros resultan de las constancias del expediente y que su ponderación por el juez a los efectos de subsumir la controversia en el marco jurídico que legalmente le corresponde se halla implícita en el principio *iuria novit curia*. En el *sub examine* la solución del conflicto de leyes no comporta modificación en cuanto al tratamiento jurídico efectuado por el *a quo*. En efecto, el ejercicio de la autonomía material de la voluntad en contratos de intermediación internacional es admitido por el derecho internacional privado argentino que solo subsidiariamente —y sobre la base de los principios generales en materia contractual— designa la ley del estado en donde se cumple la actividad del intermediario, es decir, en el caso, al derecho interno argentino dado que las gestiones para colocar las órdenes de compra de la República Islámica de Irán se llevaron a cabo por los actores en la República Argentina, ante la Dirección General de Fabricaciones Militares...

10) Que si bien se ha dicho que este corretaje internacional se halla regido por el derecho interno argentino (considerando 8º), ello lo es en todo aquello en que las partes no hayan negociado y pactado una configuración normativa especial, propia de su particular relación. Tal es lo que precisamente ha sucedido en el *sub lite*, en donde las constancias del expediente forman convicción sobre la común intención de desplazar el régimen previsto por el legislador en el segundo párrafo del art. 111 del Código de Comercio, norma que no reviste carácter internacionalmente imperativo (el resaltado me pertenece).

CSJN —Fallos 321:2297— “La Buenos Aires Cía. Argentina de Seguros SA v. cap. y/o arm. y/o prop. y/o transp. bq. Gladiator s/ faltante y/o avería de carga transporte marítimo” - 25 de agosto de 1998. 5º) Que cabe señalar, en primer lugar, que *la relación jurídica que liga a las partes es un contrato internacional*. Ello porque el conocimiento de embarque se emitió en Estados Unidos y las mercaderías objeto del contrato debían ser transportadas a través de las fronteras. Por lo tanto, dicho negocio debe resolverse según las normas y principios del derecho internacional privado (el resaltado me pertenece).

7º) Que en los contratos internacionales, la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra limitada por los principios del derecho internacional que hacen al espíritu de la legislación argentina y por las normas que revisten carácter internacionalmente imperativo (doctrina de Fallos 236:404; 317:182, considerando 10).

8º) Que, en efecto, en el presente caso las partes han ejercido la autonomía material al establecer en la cláusula 24, ap. b, que “los contenedores, remolques y tanques transportables, ya sean almacenados por el transportista o recibidos del cargador ya almacenados pueden ser transportados sobre o bajo cubierta sin notificación previa al cargador” (confr. fs. 476). Dicha cláusula es plenamente válida dado que el lugar donde deben ser transportadas las mercaderías es materia disponible que no ofende ni el orden público (art. 14, inc. 2º, Código Civil) ni las normas internacionalmente imperativas establecidas en la Convención de Bruselas y en la ley argentina (art. 603 de la ley 20.094) (el resaltado me pertenece).

CSJN —Fallos 318:2639— “Méndez Valles, Fernando v. A. M. Pescio SCA s/ ejecución de alquileres” - 26 de diciembre de 1995. Para la determinación de la ley aplicable a un contrato con elementos multinacionales, corresponde indagar si las partes han ejercido la facultad de elegir el derecho nacional aplicable al contrato o de incorporar al contrato normas materiales derogatorias de las normas coactivas del derecho privado rector del negocio sin perjuicio del orden público del derecho internacional privado del juez con jurisdicción internacional y de las normas de policía, que no pueden ser desplazados por la autonomía referida (arg. art. 19 de la Constitución Nacional y art. 1197 del Código Civil) (el resaltado me pertenece).

expresa de los dos tipos de autonomía; la *conflictual* —que habilita a las partes a elegir el derecho nacional aplicable al contrato internacional— y la *material*, que faculta a los contratantes a crear las reglas particulares de su contratación, derogando incluso las normas coactivas y las normas internacionalmente imperativas¹⁶ del derecho elegido por ellas o, en subsidio, por el legislador.

En el marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad en sentido material y como un emergente del mismo, el art. 2651 inc. d) del CCyCN dispone: “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*” (el resaltado no está en el original).

Vale decir que el derecho internacional privado argentino de fuente interna parece haber tomado claro partido con respecto a la aplicación y efectos de los “usos comerciales” en los contratos internacionales. Solo adquieren virtualidad si las partes, en ejercicio de la autonomía en sentido material, deciden establecer una regla en su contrato por la cual se produzca su incorporación. Por consiguiente, el juzgador se hallaría impedido de emplear los “usos comerciales” en la resolución de un conflicto suscitado por un contrato internacional, en la medida en que las partes no lo hubieran habilitado en ese sentido a través de una cláusula contractual que determinara su aplicación a ese contrato.

Sin que lo que se dirá signifique enrolarnos plenamente en los postulados de la *escuela clásica* a la hora de hacer la exégesis de las normas jurídicas¹⁷,

Ver BOGGIANO Antonio, *ob. cit.* en nota al pie 8, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 176/196. En el mismo sentido: UZAL, María Elsa, “Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional (Con particular referencia al Mercosur)”, ED 179-1184, 1998. Aunque con un sentido más restringido: GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 8ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 393.

¹⁶ Si bien el art. 2651 inc. c) del CCyCN solo contempla en el ejercicio de la autonomía de la voluntad en sentido material el desplazamiento de las *normas coactivas* del derecho elegido, calificada doctrina anterior a la sanción del CCyCN entendía admisible la derogación por las partes de las normas de policía (hoy llamadas *internacionalmente imperativas*) del derecho elegido por las partes o determinado por la norma de conflicto subsidiaria. Ello por cuanto, si la autonomía de la voluntad apreciada en sentido conflictual permitía incorporar o excluir del contrato internacional un ordenamiento jurídico *in totum*, incluyendo sus normas de policía o internacionalmente imperativas, también habilitaría la derogación parcial del mismo (en este caso abarcando las normas de policía o internacionalmente imperativas) (BOGGIANO Antonio, *ob. cit.* en nota al pie 8, pp. 192/196). Esa postura doctrinal se mantiene incólume luego de la entrada en vigencia del CCyCN (ver BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, pp. 692/695), lo que no podía ser de otro modo puesto que el aludido cuerpo legal ha consagrado de modo amplio la autonomía de la voluntad de las partes en la contratación internacional.

¹⁷ “Para la escuela clásica la consulta de las fuentes era un factor decisivo de la interpretación jurídica, pues siendo la intención del legislador la causa eficiente del derecho, aquella consulta era indispensable para poder descubrir a través de los precedentes seguidos cuál era esa intención que se indagaba. En cambio para los métodos modernos, han perdido las fuentes gran parte de su importancia anterior a punto tal que para algún autor “desde el punto de vista estrictamente jurídico su valor es prácticamente nulo”. Nosotros pensamos que el estudio de las fuentes de la ley, sin ser desde luego decisivo para fijar la interpretación en función de ellas, constituye un elemento de interés para esclarecer en supuestos de duda la plena significación del precepto y

pero teniendo en consideración lo reciente de la sanción del CCyCN, resulta de utilidad ponderar que la Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación —decreto 191/2011¹⁸— eliminó una parte de la regla proyectada en el tema que nos ocupa en los trabajos del grupo de expertos que intervino en la redacción de las *Disposiciones del Derecho Internacional Privado* del CCyCN¹⁹.

Esa regla establecía lo siguiente en relación con la aplicación de los “usos comerciales” a los contratos internacionales: “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 o cuando, razonablemente, deban haberse entendido sujetas a ellas” (el resaltado no está en el original).

El grupo de expertos contempló la posibilidad de que los “usos comerciales” fueran aplicables a los contratos internacionales aun cuando las partes no hubieran hecho una incorporación expresa de ellos en ejercicio de la autonomía de la voluntad, siempre y cuando aquellas razonablemente debieron haberse entendido sujetas a ellos. Va de suyo que lo que se admitía con esa redacción de la norma era la aplicación al contrato internacional, aún sin previsión de las partes, de “usos comerciales” de amplia difusión y utilización regular en el tipo de contrato de que se tratara; circunstancia esta que debería ser analizada en cada caso particular.

Sin embargo, la redacción final de la norma que luego se convertiría en el art. 2651 inc. d) del CCyCN eliminó la posibilidad de que los “usos comerciales” resultaran vinculantes sin una cláusula acordada por las partes en tal sentido, dejando clara la intención del legislador, más allá de su acierto o desacierto, de aventar cualquier posible aplicación de los “usos comerciales” que no se sustentara en la voluntad de las partes.

No debe dejar de destacarse la discordancia entre este art. 2651 inc. d) del CCyCN, aplicable a los contratos internacionales en general, y otra regla también del derecho internacional privado argentino pero de fuente convencional, y con vigor en un tipo especial de contratos, que consagra una solución inversa.

Nos referimos al art. 9º inc. 2º de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*²⁰ (Convención de Viena del 80) que expresa:

el fin social que con el mismo se ha buscado satisfacer” (LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, 15ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, pp. 113/114).

¹⁸ Comisión integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton y Aída Kemelmaier de Carlucci.

¹⁹ Grupo integrado por los Dres. Adriana Dreyzin de Klor, María Susana Najurieta, Marcelo Iñiguez y María Elsa Uzal.

²⁰ Aprobada por ley 22.765.

“Art. 9º... 2) *Salvo pacto en contrario*, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate” (el resaltado no está en el original).

Vale decir que, contrariamente a lo normado en la fuente interna, en los contratos de compraventa internacional de mercaderías a los que les resulte de aplicación la Convención de Viena del 80²¹ la virtualidad de los “usos comerciales” que tengan las cualidades que estatuye su art. 9º inc. 2º será la regla²², y la excepción, su no aplicación que las partes podrán lograr con una cláusula contractual expresa en ese sentido²³.

Va de suyo que si las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad en sentido material determinaran como aplicable a su contrato de compraventa internacional las disposiciones de la Convención de Viena del 80, cuando dicha norma no resultara aplicable *per se*, estarían admitiendo la aplicación de los “usos comerciales” en el sentido previsto en dicha Convención. La decisión de las partes de regir su contrato por un cuerpo normativo que —como lo hace la Convención de Viena del 80— otorga derecha virtualidad a los “usos comerciales” en las condiciones que ella dispone, cumpliría la exigencia del art. 2651

²¹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. *Ámbito de Aplicación*.

Art. 1º

1. *La presente convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:*

a) *Cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o*

b) *Cuando las normas de acuerdo internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.*

2. *No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.*

3. *A los efectos de determinar la aplicación de la presente convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.*

²² En razón de tratarse de un tratado internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías prevalece por sobre las reglas del CCyCN para los casos que caen en el ámbito de aplicación de aquella. Esta preminencia de la norma contenida en un tratado internacional por sobre la de la ley interna se encuentra consagrada en el art. 2594 del CCyCN, que no hace más que ser coherente con ley 19.865 - Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 27 y con la Constitución Nacional “Art. 75.- Corresponde al Congreso:... 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...”.

²³ El art. 6º de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías faculta a las partes en forma amplia a ejercer la autonomía de la voluntad en los siguientes términos: “Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”.

inc. d) del CCyCN pues estaríamos ante un supuesto de incorporación indirecta de los mentados “usos comerciales” al contrato.

Las restantes normas de derecho internacional privado argentino de fuente convencional que contienen normas aplicables a la materia contractual no se ocupan de los “usos comerciales” a la hora de determinar las reglas que han de regir los contratos internacionales, ni en favor de su virtualidad ni en contra de ella²⁴.

Debe también ponerse de resalto el diferente tratamiento que los “*usos comerciales*” ostentan en el CCyCN según se trate de contratos internos o de contratos internacionales.

La norma del art. 964 del CCyCN²⁵, aplicable a los contratos que no contienen circunstancias multinacionalizadoras relevantes, y en el que solo el derecho argentino se presenta con vocación para su regulación, expresa que el contenido del contrato se integra, entre otros elementos con “*los usos y prácticas del lugar de celebración*, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o *porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato*, excepto que su aplicación sea irrazonable”.

La divergencia con la norma del art. 2651 inc. d) del CCyCN aparece notoria pues mientras esta solo admite la aplicación de los “*usos comerciales*” si ha mediado cláusula contractual habilitante, el art. 964 del mismo cuerpo legal acepta la virtualidad de los usos comerciales *del lugar de celebración* del contrato a condición de que sean *ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato*; y siempre que *su aplicación no sea irrazonable*.

La solución dada por el legislador a la cuestión en los contratos internos reconoce su fuente, como se expresa en la presentación del CCyCN²⁶, en los Principios UNIDROIT²⁷; institución que cuenta entre sus actividades la unifi-

²⁴ Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (aprobado por ley 3192 y en vigor). Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (aprobado por decreto-ley 7711 y en vigor). Convención sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías en La Haya (aprobada por ley 23.916 pero sin haber entrado en vigor a la fecha).

²⁵ Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 964. *Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con:*

a. *las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;*

b. *las normas supletorias;*

c. *los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.*

²⁶ Códigos Universitarios. Código Civil y Comercial de la Nación. Legislación Complementaria, p. XXXIX, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2014. Si bien dicha “Presentación” hace referencia a que se han receptado los principios de UNIDROIT desde el art. 971 y ss., lo cierto es que el art. 964 ostenta una clara inspiración en aquellos principios, como habrá de verse.

²⁷ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010. Art. 1.9 (Usos y prácticas) (1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por

cación de normas aplicables a contratos internacionales. Sin embargo, la disposición del art. 2651 inc. d) del CCyCN que sí está dirigida a contratos internacionales, en los que los “usos comerciales” suelen revestir una importancia mayor, ha mantenido en términos más limitativos la virtualidad de los mismos exigiendo acuerdo de partes para tener efectos en el contrato.

A modo de corolario de lo expuesto hasta aquí, puede afirmarse que la aplicación de los “usos comerciales” a los contratos internacionales —excepción hecha de los contratos de compraventa regidos por la Convención de Viena de 1980— solo puede darse en el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes en sentido material, por lo que resulta exigible una manifestación de las partes de dicha autonomía bajo la forma de una regla contractual que los incorpore al contrato.

2. LOS “USOS COMERCIALES” Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN SENTIDO CONFLICTUAL

Como ha sido dicho en párrafos precedentes, el CCyCN ha consagrado también la autonomía de la voluntad de las partes en la contratación internacional en un sentido *conflictual*, lo que las habilita a elegir el o los ordenamientos jurídicos nacionales que habrán de regir el contrato. Así las cosas, cabría preguntarse si los “usos comerciales” podrían devenir aplicables al contrato internacional, sin que las partes hubieran establecido una cláusula que los incorpore (en ejercicio de la autonomía de la voluntad en sentido material), en el supuesto en que ellas (en ejercicio de la autonomía de la voluntad en sentido conflictual) hubieran elegido un determinado derecho nacional que admitiera la aplicación de esos “usos comerciales” al contrato *per se*, es decir, sin exigir la incorporación vía una cláusula contractual.

Entendemos que la respuesta requiere algunas precisiones previas. El art. 2651 inc. b) del CCyCN dispone que si las partes del contrato eligen un determinado derecho nacional para regirlo, se interpreta elegido el derecho interno de ese país con exclusión de las normas de conflicto de leyes, salvo pacto en contrario²⁸.

Vale decir que las partes de un contrato internacional al convenir el llamado “*pactum de lege utenda*”²⁹, pueden establecer que se apliquen las normas

cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2) *Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable* (el resaltado no está en el original).

<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>.

²⁸ Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 2651 inc. 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.*

²⁹ Se trata de la cláusula contractual por la cual las partes convienen el o los derechos nacionales que regirán su contrato.

de conflicto de leyes del país cuyo derecho se eligió, o bien en forma directa el derecho interno de ese país y, ante la ausencia de previsión al respecto, se entenderá aplicable el derecho interno del Estado sobre el que recaiga la elección.

En los supuestos en que por aplicación de la regla del art. 2651 inc. b) del CCyCN las partes han elegido un derecho interno nacional determinado (esto sucederá cuando el “*pactum de lege utenda*” haga referencia expresa al derecho interno de un país o nada diga), parece razonable concluir en que resultarán aplicables al contrato los “usos comerciales” con el alcance que determine aquel ordenamiento jurídico, aun en ausencia de cláusula de incorporación por las partes.

Es dable pensar que las partes, al elegir el derecho interno de un determinado Estado, tuvieron la prevención y la diligencia de indagar sobre el contenido de ese derecho y conocer, entre otras cuestiones, cuál es el tratamiento que le da a los “usos comerciales” y si estos le serían aplicables a su contrato. Dicho de otro modo, las partes al elegir un derecho interno nacional que da virtualidad a los “usos comerciales” los han incorporado de modo indirecto al contrato por una cláusula del mismo, cumpliendo con la exigencia del art. 2651 inc. d) del CCyCN.

A modo de ejemplo, en el supuesto en que resultara de aplicación el derecho interno argentino por haberlo así convenido las partes mediante una cláusula de elección de derecho de su contrato, les será aplicable a ellas la regla contenida en el art. 964 inc. c) del CCyCN por la cual aquél será alcanzado por los “usos comerciales” del lugar de celebración aun cuando no haya cláusula de incorporación de los mismos al contrato, a condición de que sean *ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato*; y siempre que *su aplicación no sea irrazonable*.

Las partes que, en la hipótesis planteada, pactan la aplicación del derecho interno argentino a su relación contractual no pueden ignorar el efecto que dicho sistema jurídico le atribuye a los “usos comerciales” en razón de lo cual, al elegir ese derecho, están indirectamente incorporando al contrato los usos comerciales con la extensión que ese ordenamiento jurídico les confiere. No debe olvidarse que si las partes desearan elegir el derecho interno argentino para su contrato pero no la aplicación de los “usos comerciales” que regla el art. 964 inc. c) del CCyCN, siempre contarán con la posibilidad de excluirlos por una cláusula contractual en contrario.

Distinta sería la situación en el supuesto, poco imaginable por cierto, en que las partes acordaran un “*pactum de lege utenda*” pero con la aplicación de las normas de conflicto del derecho del Estado elegido por ellas, de las cuales se derive el derecho interno del país que finalmente habrá de regir su contrato.

En la situación imaginada, a diferencia de lo concluido en el supuesto anterior, las partes al momento de contratar no tienen certeza absoluta del derecho interno que será de aplicación al contrato y por consiguiente, del tratamiento que aquél les dará a los “usos comerciales”. El funcionamiento de las normas de conflicto del derecho elegido, máxime si ese sistema jurídico —como lo hace

el derecho internacional privado argentino— adopta la teoría de la referencia máxima³⁰ y el mecanismo del reenvío³¹, no permite a los contratantes saber de antemano qué sistema jurídico nacional será aplicable, como si sucede cuando las partes nominan el derecho interno de un Estado.

Esta incertidumbre impide conocer con razonable precisión a las partes si el derecho que finalmente se aplicará otorgará virtualidad a los “usos comerciales” en ausencia de pacto de incorporación, como para concluir en que ellas al elegir el derecho cuyas normas de conflicto condujeron a la aplicación del derecho interno que a la postre regiría el contrato, indirectamente han incorporado a aquellos “usos comerciales”. Entendemos que esta comprobación avienta cualquier posibilidad de aplicación de los “usos comerciales” en la hipótesis bajo análisis.

A modo de conclusión de lo expuesto en este acápite puede decirse que si las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual eligen para regir su contrato, en forma nominativa y directa, el derecho interno de un Estado que admite la virtualidad de los “usos comerciales” sin un pacto en ese sentido, aquellos serán aplicables a su contrato, obviamente, en las condiciones que imponga el derecho interno del Estado en cuestión. Por el contrario, si las partes haciendo uso de esa misma autonomía conflictual eligen un derecho nacional pero con la aplicación de las normas de conflicto de leyes de ese ordenamiento jurídico, los “usos comerciales” no podrían ser aplicados sin una cláusula contractual que los incorpore.

3. LOS “USOS COMERCIALES” Y LAS NORMAS SUBSIDIARIAS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Las normas subsidiarias en derecho internacional privado contractual están dadas por las reglas legales —normas de conflicto³²— que determinan y

³⁰ La teoría de la referencia máxima sostiene que en los casos en que el funcionamiento de la norma de conflicto determina la aplicación de un derecho extranjero, deviene aplicable el derecho internacional privado de ese ordenamiento jurídico foráneo y de allí el ordenamiento interno de ese país, o bien, el derecho internacional privado de un tercer Estado, hasta encontrar el derecho privado interno que resulte aplicable al caso (ver GOLDSCHMIDT, W., *ob. cit.*, pp. 129/130). Este criterio de determinación del derecho aplicable fue incorporado al CCyCN en el art. 2596 primera parte en los siguientes términos: *Art. 2596.- Reenvío. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país...*

³¹ El reenvío resulta una consecuencia de la aplicación de la teoría de la referencia máxima ya que al considerarse remitido el intérprete al derecho internacional privado del Estado indicado por la norma de conflicto de la *lex fori*, ese derecho internacional privado foráneo puede indicar como aplicable su propio derecho interno, o bien *reenviar* al derecho de un tercer Estado o a la *lex fori*. El art. 2596 del CCyCN dispone: *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.*

³² Estas normas, que son solo no de los tipos que integran el sistema normativos del derecho internacional privado, describen en su tipo legal un caso o un aspecto de un caso iusprivatista

eligen, ante la inexistencia de un pacto entre las partes que escoja un derecho nacional, el ordenamiento jurídico que ha de regir el contrato enteramente, o solo los aspectos que han quedado huérfanos de regulación especial por las partes. El carácter subsidiario de estas normas se deriva, precisamente, de su actuación *en subsidio* del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, a la que el CCyCN le atribuye el primer orden de prelación a la hora de fijar las reglas del contrato internacional.

En otras palabras, ante la ausencia de ejercicio por las partes de la autonomía de la voluntad en sentido material o conflictual o, incluso, en el supuesto en que ejercida la primera existieran cuestiones a resolver que no estuvieran reguladas en las cláusulas estipuladas en el contrato, vienen las normas subsidiarias a determinar el derecho estatal que el juzgador ha de utilizar para resolver la controversia.

Es preciso entonces indagar si, no obstante lo dicho en acápites anteriores acerca de los supuestos en los que los “usos comerciales” pueden regular el contrato, existe la posibilidad de que por la vía de las normas subsidiarias esos usos puedan ser aplicados a un contrato internacional en ausencia de una estipulación que los incorpore, como lo exige el art. 2651 inc. b) del CCyCN.

La inquietud presenta ribetes complejos puesto que las normas subsidiarias del CCyCN³³, al igual que lo hacía en algún caso el Código de Vélez³⁴, ha-

multinacional y en su consecuencia jurídica determinan y eligen el derecho interno del Estado que dará la solución de fondo del caso. La solución del caso iusprivatista multinacional se obtiene de manera *indirecta* puesto que la propia norma no resuelve el caso que describe sino que indica el ordenamiento jurídico interno nacional del cual se obtendrá la misma. Ese derecho interno nacional podrá ser el derecho propio o un derecho extranjero (ver BOGGIANO, Antonio, *ob. cit.* en nota al pie 4, p. 405).

³³ Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 2652 del CCyCN.- 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 qué 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 (el resaltado no está en el original).

³⁴ Código Civil. Art. 1205.- 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 (el resaltado no está en el original).

Art. 1209.- 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 (el resaltado no está en el original).

Art. 1210.- 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 (el resaltado no está en el original).

Art. 1214.- Si el contrato fuere hecho entre ausentes por instrumento privado, firmado en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, sus efectos, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, serán juzgados respecto a cada una de las partes, por las *leyes* de su domicilio (el resaltado no está en el original).

cen referencia expresa a los *usos* como fuente normativa que, junto a las *leyes*, habrán de regir lo atinente a la validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones³⁵ de un contrato internacional.

Esta circunstancia impone desentrañar cuál es el alcance que el legislador le ha dado al término *usos* a que alude en las normas subsidiarias del art. 2652 del CCyCN como fuente normativa de regulación del contrato internacional, teniendo en consideración especial que en el inc. d) del artículo anterior de dicho cuerpo legal se encuentra una regulación especial que determina la virtualidad de *los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional*, siempre y cuando hubieran sido incorporados al contrato por las partes.

Entendemos que el legislador del CCyCN al concebir las normas subsidiarias del art. 2652 ha seguido con fidelidad la redacción y el espíritu que esas mismas reglas tenían en el Código de Vélez, tanto en su tipo legal como en su consecuencia jurídica. En el tipo legal se han efectuado precisiones aclaratorias sin cambiar el alcance observado en las normas subsidiarias del Código de Vélez. En la consecuencia jurídica puede advertirse que el legislador obró una unificación disponiendo para todas las normas subsidiarias la aplicación de las “leyes” y los “usos” del lugar que en cada caso se indica, a diferencia del Código de Vélez que en ciertas ocasiones se refería a “las leyes” y “los usos”³⁶ y en otras solo a las “leyes”³⁷.

Partiendo de esa idea, se impone ensayar una interpretación acerca del sentido que tenía el vocablo “*usos*” empleado en las normas subsidiarias por el Código de Vélez, pues de allí podría derivarse una idéntica interpretación de ese mismo término para los casos en que es usado por las normas subsidiarias del CCyCN.

La doctrina en general coincidió en que no cabía efectuar distinciones entre los términos “usos” y “costumbre” debido a la utilización que, como sinónimos, hacía de ellos el Código de Vélez³⁸. En ese sentido, el art. 17 erigía a los usos y la costumbre en fuente creadora de normas jurídicas vinculantes en los casos en que las leyes se referían a ellos o en situaciones no regladas legalmente. Esa referencia a los “usos” quedaba incluida dentro de la “*costumbre*”, como fuente de derecho, caracterizada como la “*observancia constante y uniforme de*

³⁵ Se trata de las cuestiones sustanciales o de fondo del contrato internacional, puesto que la validez extrínseca o las cuestiones formales del mismo encuentran su regulación en la norma de conflicto del art. 2649 del CCyCN aplicable al género acto jurídico y, por consiguiente, a la especie de los contratos. La redacción de la primera parte del art. 2651 del CCyCN sigue con algunas precisiones adicionales el contenido y el sentido del tipo legal de las normas subsidiarias del Código de Vélez que mencionaban la validez, nulidad, naturaleza, obligaciones y efectos como aspectos a ser regulados por el derecho indicado en la consecuencia jurídica de esas normas.

³⁶ Art. 1210 del Código Civil.

³⁷ Arts. 1205, 1209 y 1214 del Código Civil.

³⁸ ALEGRIA, Héctor, “Costumbres, usos y prácticas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, RDCO 272-425. Abeledo Perrot N° AP/DOC/731/2015.

un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica”³⁹, sin que correspondiera darle una significación autónoma.

En consecuencia, siendo los *usos* sinónimos de *costumbre* como fuente formal de derecho, no parece advertirse otra finalidad en la norma subsidiaria del Código de Vélez (art. 1210) al utilizar junto al vocablo “leyes” el término “usos” del lugar de cumplimiento, que no sea la de reafirmar que junto a la ley en sentido formal como fuente de derecho se erige la costumbre y ambas regularán los aspectos sustanciales del contrato internacional. En otras palabras, que el derecho de aquel lugar integrado por las normas provenientes de todas sus fuentes será el que regirá los aspectos sustanciales del contrato internacional descripto en dicha norma.

La regla del art. 1210 del Código de Vélez no parece hacer referencia a otros usos que no sean aquellos que, una vez cumplidos los requisitos a tal fin y siempre dentro del ámbito en el que le es dable desplegar sus efectos, pueden dar origen a una norma consuetudinaria vinculante.

Según se desprende de las notas del Código de Vélez a las principales normas subsidiarias en él contempladas (1205, 1209 y 1210) la fuente de dichas disposiciones fue el jurista Story y su obra “*Conflict of Laws*”⁴⁰. La lectura de las citas de Story que hace el propio Vélez en las notas aludidas permite concluir en que los términos “usos” y “leyes” eran tomados como comprensivos de “ley” en sentido general y como sinónimo de “derecho”⁴¹.

La doctrina civilista elaborada en diferentes momentos históricos no formuló distinciones fundadas en el empleo del término “usos” en el artículo en cuestión, permitiendo inferir que la referencia a “usos” y “leyes” no debería ser interpretada de otro modo que en el sentido explicitado anteriormente⁴².

³⁹ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, 15ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1993, pp. 68/69.

⁴⁰ Si bien Vélez hace referencia a Story como inspirador de las normas subsidiarias que incorporó a su Código, incluyendo la solución dada en los arts. 1209 y 1210 que determinan y eligen la *lex loci executionis*, la doctrina ha estado conteste en que el codificador abrevó en la doctrina de Savigny quien consideraba que dicha elección era acorde con las expectativas de las partes que se dirigen al cumplimiento de las obligaciones contractuales (ver BOGGIANO, Antonio, *ob. cit.* en nota 8, p. 199).

⁴¹ En la nota a los arts. 1209 y 1210 —recordemos que el art. 1210 es el único de las normas subsidiarias que hace referencia a los “usos” al determinar que el contrato se regiría por las “leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos”— Vélez dice lo que sigue: “Arts. 1209 y 1210. STORY, “Foreign Contracts”, núms. 242 y 280. La ley romana decía: “*contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret, se obligaverit*” (L. 21, tít. 7, lib. 44, Dig.). Story refiere que la Suprema Corte de los Estados Unidos, en un caso entonces reciente, así lo había juzgado, estableciendo como un principio general que los contratos hechos en un lugar para ser cumplidos en otro, son regidos por *las leyes del lugar de la ejecución*” (el resaltado no está en el original).

⁴² Sin con esto pretender agotar ni mucho menos las citas de doctrina civil sobre el punto, es preciso traer a colación que desde los primeros comentaristas del Código de Vélez no se verifica una interpretación que efectúe una distinción especial por el empleo del término “usos” en el

La doctrina del derecho internacional privado tampoco ha planteado una distinción entre ambos vocablos (“usos” y “leyes”) interpretando que el art. 1210 del Código de Vélez se refería al “derecho” del lugar de cumplimiento⁴³.

art. 1210, que no sea concluir en que se está hablando de ley en sentido general como comprensivo de “derecho”.

“(Art. 1210) El criterio al que obedece esta disposición es otra consecuencia del principio enseñado en el artículo anterior: las *leyes* del lugar elegido para la ejecución del contrato son las que deben regirlo en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones que produzca...” (el resaltado no está en el original) (MACHADO, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. III, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1899, p. 549).

“1. La *lex loci executionis*. El Código aplica el *Derecho del lugar de ejecución* a los contratos celebrados en la República tanto cuando “deban ser ejecutados en el territorio del Estado” (art. 1209) como cuando deban “tener su cumplimiento fuera de ella” (art. 1210)” (el resaltado no está en el original) (LLAMBIAS, Jorge J. y ALTERINI, Altilio A., *Código Civil anotado*, t. III-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 214).

“Principio *lex loci executionis*. Si las partes nada han estipulado y hay puntos de contacto con la nación —celebración o cumplimiento en Argentina—, *los arts. 1209 y 1210* que son también supletorios, determinan como *ley aplicable para su validez, naturaleza y obligaciones, la del lugar de su cumplimiento o ejecución*, sea que ocurra en la Argentina o fuera de ella en el país en el que se cumplan” (el resaltado no está en el original) (CIFUENTES, Santos, *Código Civil comentado y anotado*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 134/135).

⁴³ “De ahí surge que si las partes han omitido determinar el régimen de derecho para ciertos aspectos en los que se han suscitado dificultades durante la vida del vínculo obligatorio, ha de buscarse, para suplir esa voluntad ausente, *la ley del punto más importante tenido en vistas por las partes al celebrar el vínculo*, o sea, el punto en que se solventa. 166. Si las partes contratantes han tenido la previsión de designar el lugar de ejecución está resuelto el problema, *está señalada la ley supletoria...* (el resaltado no está en el original) (VICO, Carlos M., *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. III, Buenos Aires, Talleres Gráficos Arial, 1937).

“La primera hipótesis enfoca contratos con lugares determinados de celebración (o sea, cerrados entre presentes) y de cumplimiento. En este orden de ideas, Vélez Sarsfield se encontró con la tradicional lucha entre las dos teorías: la anglosajona, que prefiere aplicar el derecho del primero, y la de Savigny, que coloca la sede del contrato en el segundo. Aquí sucumbe el codificador a su (por lo demás, muy respetable) anhelo de reconciliar los criterios en pugna. A ese efecto distingue entre contratos con y sin contacto argentino, entendiendo por los primeros aquellos que, o se celebran o deben cumplirse en la República. Si el contrato tuviese un contacto argentino, triunfa Savigny: *se rige por la ley del lugar de cumplimiento (arts. 1209 y 1210)*” (el resaltado no está en el original) (GOLDSCHMIDT, Werner, *ob. cit.*, p. 394).

“Las consideraciones precedentes en torno al *derecho del lugar de cumplimiento del contrato* son atinentes a contratos multinacionales celebrados en la Argentina o ejecutables en ella (arts. 1209 y 1210, CCiv.). Empero están regidas por el *derecho* del lugar de celebración la validez, naturaleza y obligaciones de contratos multinacionales celebrados fuera de la República que no deban ser ejecutados en ella (arts. 1205 y 1209, CCiv.), o sea, que haya que cumplir en el extranjero” (el resaltado no está en el original) (BOGGIANO, *ob. cit.* en nota 8, p. 199).

“Así, pues, con tal criterio, tanto aquellos contratos hechos en nuestro país o fuera de él con la finalidad precisa de ser cumplidos en el territorio de la República (supuesto del art. 1209), como los celebrados en nuestro territorio para ser ejecutados en un país extranjero (supuesto del art. 1210), quedan intrasistemáticamente sujetos a lo que dispongan *las leyes del respectivo lugar de ejecución* en cuanto concierne a su *validez* (o nulidad) intrínseca y no formal, a su *naturaleza* (caracteres esenciales genéricos y específicos; ver comentario al art. 1205) y a las *obligaciones* (y correlativos derechos o facultades) que produzcan, sean los contratantes argentinos o extranjeros” (el resaltado no está en el original) (SMITH, Juan Carlos, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, t. 5, Buenos Aires, Astrea, 1984, pp. 1025/1026).

Podemos concluir entonces, que el Código de Vélez no tuvo la intención, al emplear el vocablo “usos” en una de las normas subsidiarias de derecho internacional privado contractual (art. 1210), de plasmar otra consecuencia que no fuera la aplicación del ordenamiento jurídico (entendido como “ley”, “leyes”, “derecho”) del lugar de ejecución del contrato. Los “usos” no tendrían así un especial tratamiento ni una virtualidad que no fuera la dada por el ordenamiento jurídico que a la postre resultara aplicable al contrato en función de esta norma de conflicto.

Así, teniendo en consideración que el CCyCN también emplea el término “usos” como sinónimo de costumbre como fuente de derecho⁴⁴, y partiendo de la fundada conjetura expresada que el codificador del CCyCN en la redacción de las normas subsidiarias de este cuerpo legal ha seguido con fidelidad lo dispuesto en el Código de Vélez, debe arribarse a idéntica conclusión en el sentido que el empleo de la expresión “leyes y usos” que hace el art. 2652 del CCyCN no significa otra cosa que la referencia al *ordenamiento jurídico del lugar de cumplimiento o de celebración según se trate*. Doctrina elaborada luego de la entrada en vigencia del CCyCN resulta coincidente con este temperamento⁴⁵.

Así las cosas, podremos encarar ahora la respuesta al interrogante acerca de la posible virtualidad de los “usos comerciales” a un contrato internacional, cuando las partes no los incorporaron al mismo, en el supuesto en que les otorgara fuerza vinculante el derecho nacional que finalmente resulte aplicable a la relación contractual, en virtud de las normas subsidiarias. Entendemos que tal alternativa, a la luz de las normas de derecho internacional privado del CCyCN no puede ser posible.

⁴⁴ “Art. 1º del CCyCN: Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. *Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*” (el resaltado no está en el original).

⁴⁵ “En cuanto al sistema jurídico que ha de regir el contrato en defecto del ejercicio por las partes de la facultad de elegir el derecho aplicable, la normativa contenida en el art. 2652 del CCyCN *mantiene*, como principio general, el de regir el contrato por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento, al que define autónomamente” (el resaltado no está en el original) (UZAL, María E. y MASUD, Pablo R., “Título IV Disposiciones de Derecho Internacional Privado” en CURÁ, José M. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2014, pp. 780/781).

“La regla básica en defecto de autonomía de la voluntad es la aplicación del derecho del lugar de cumplimiento del contrato, criterio tradicional común a los países ‘montevideanos’. A diferencia del artículo precedente, que habla indistintamente de ‘derecho’ y de ‘ley’ (suponemos que con la misma comprensión), este precisa que lo que resulta aplicable son las ‘leyes y usos’. La distinción es innecesaria y su interpretación potencialmente problemática en manos de abogados puntillosos. En ambos casos, haya o no elección de las partes, el juez debe tomar en cuenta todas las fuentes del derecho aplicable a efectos de cumplir con el mandato del art. 2595 inc. a), sin prestar atención a esas derivas terminológicas” (FERNÁNDEZARROYO, Diego P., “Contratos”, en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2014, p. 950).

Se ha visto que, más allá del acierto o desacierto de la solución legal, el legislador del CCyCN ha tenido la intención y así lo dejó plasmado en la letra de la ley, que los “usos comerciales” solo fueran vinculantes si las partes los incorporan al contrato. En la hipótesis analizada, al faltar el acuerdo de los contratantes conviniendo de modo directo o indirecto esa incorporación, se adolece del elemento esencial que el derecho internacional privado de fuente interna exige a tal fin, por lo que esos “usos comerciales” no deben ser aplicados con prescindencia de lo que disponga el derecho nacional que resulte aplicable.

La misma solución denegatoria de la virtualidad que eventualmente confiera a los “usos comerciales” el derecho aplicable al contrato internacional —en ausencia de acuerdo de incorporación al contrato por las partes—, debe darse para el supuesto en que aquel derecho nacional no se derive directamente de las normas subsidiarias del CCyCN, sino de la cláusula de excepción consagrada en el art. 2653 de ese cuerpo legal⁴⁶.

Estas situaciones extraordinarias en las que el juzgador puede apartarse de la elección del derecho nacional que hacen las normas subsidiarias, por considerar que están dadas las condiciones que exige la aplicación de la “cláusula de excepción”, no habilitan a dar fuerza vinculante a los “usos comerciales” si ese fuera el temperamento del derecho que a la postre resultara aplicable.

La cláusula de excepción del art. 2653 del CCyCN constituye un correctivo extraordinario dentro del mecanismo de las normas subsidiarias, de lo cual se desprende que su eventual puesta en acto por el juzgador no puede acarrear una solución distinta que la que se daría por el solo funcionamiento de aquellas.

Como corolario de lo expresado en este acápite puede decirse que las normas subsidiarias de la autonomía de la voluntad de las partes del CCyCN —incluyendo el funcionamiento dentro de su ámbito de la cláusula de excepción— no podrían tener como resultado la aplicación de los “usos comerciales” al contrato internacional sin la expresión de voluntad de las partes en ese sentido; sin que la mención que aquellas hacen a los *usos* en su consecuencia jurídica pueda conmovir la regla del art. 2651 inc. d) del CCyCN.

4. LOS “USOS COMERCIALES” Y LAS NORMAS SUBSIDIARIAS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE FUENTE INTERNACIONAL

Si bien el objeto primordial de este trabajo es analizar la aplicación de los “usos comerciales” al contrato internacional en función de las normas del

⁴⁶ Código Civil y Comercial de la Nación. 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.

CCyCN, es decir desde la óptica del derecho internacional privado de fuente interna, creemos pertinente hacer una sucinta consideración de la problemática descrita desde el punto de vista de las normas subsidiarias contenidas en los tratados y convenciones en materia contractual de las que nuestro país es parte.

Ya se ha dicho más arriba que la Convención de Viena del 80, en caso de resultar aplicable, contiene una solución para la cuestión de la virtualidad de los “usos comerciales”⁴⁷ que se impondrá a la regla del art. 2651 inc. d) del CCyCN por una cuestión de jerarquía de las normas⁴⁸. En ese caso, no será necesario una incorporación de los “usos comerciales” por las partes al contrato, pues estos derivarán su fuerza vinculante de una norma de superior jerarquía al CCyCN.

Ahora bien, la República Argentina es parte de dos tratados internacionales en vigor⁴⁹ que contienen normas de conflicto en materia de contratos internacionales, uno es el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889⁵⁰ y el otro el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940⁵¹.

Cabría preguntarse si la respuesta negativa dada al interrogante de la virtualidad de los “usos comerciales” —en ausencia de incorporación por las partes al contrato— pero derivada del derecho nacional aplicable y elegido por las normas de conflicto del derecho internacional privado de fuente interna, se puede mantener para la hipótesis en que ese derecho se desprendiera de una regla de fuente convencional.

Entendemos que la solución en el caso planteado —normas de conflicto de fuente internacional— difiere de la que debe darse en el marco del derecho internacional privado de fuente interna. Sin ingresar a la temática del tratamiento que dan a la “autonomía de la voluntad” ambos Tratados⁵², debe decirse que

⁴⁷ Convención de Viena del 80. Art. 9º... 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

⁴⁸ Código Civil y Comercial de la Nación. 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.*

⁴⁹ Además de los dos tratados en vigor, la República Argentina ha aprobado por ley 23.916 la Convención sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías en La Haya, pero aún no ha entrado en vigor.

⁵⁰ Aprobado por ley 3192 que vincula actualmente a la Argentina con Bolivia, Colombia y Perú (de este Tratado fueron partes también Uruguay y Paraguay pero quedó sin efecto para casos que relacionen a ambos entre sí y con la Argentina en virtud de la celebración del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940).

⁵¹ Aprobado por decreto-ley 7771 que vincula a la República Argentina con Uruguay y Paraguay.

⁵² Sobre la cuestión ver GOLDSCHMIDT, Werner, *ob. cit.*, p. 392.

ninguno de ellos contiene una regla que exija la incorporación de los “usos comerciales” por las partes al contrato en orden a que adquieran fuerza obligatoria, como la consagrada en el art. 2651 inc. d) del CCyCN. Es más, en ninguno de los tratados aludidos se establecen disposiciones que aborden la temática de los “usos comerciales”.

Así las cosas, en el ámbito de los Tratados de Montevideo, no advertimos óbice para que ostenten fuerza vinculante los “usos comerciales” en el contrato internacional, aún con prescindencia de su incorporación por las partes, si el derecho nacional que rija la relación contractual les atribuye ese carácter obligatorio.

El orden de prelación superior de la fuente convencional (los Tratados de Montevideo) por sobre las normas del derecho internacional privado de fuente interna (el CCyCN en este caso) hace que estas últimas, incluyendo al art. 2651 inc. d) del CCyCN, se vean desplazadas y no constituyan un impedimento a la fuerza vinculante que, eventualmente, le confiera a los “usos comerciales” el derecho nacional que resulte aplicable por el funcionamiento de las normas de conflicto de los Tratados en materia contractual.

A modo de conclusión de lo expresado en este apartado, puede decirse que los Tratados aludidos no requieren una incorporación de los “usos comerciales” al contrato por un acuerdo de las partes a fin de dotarlos de fuerza vinculante; pudiendo hacerse de ella, sin cortapisas, en la hipótesis en que el derecho elegido por las reglas de esos instrumentos internacionales que al final habrá de regir el contrato les otorgue aquel efecto.

5. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha tenido como objetivo esbozar una posible interpretación de las normas de derecho internacional privado en materia contractual de fuente interna que han sido consagradas legalmente por el CCyCN para proponer, en función de esa exégesis, una respuesta acerca de en qué casos los “usos comerciales” ostentarán fuerza obligatoria para regular una relación contractual de naturaleza multinacional.

Esta aproximación no pretende agotar el tema ni mucho menos, y tiene la pretensión de servir de disparador para futuros abordajes, propios o ajenos, de quienes se sientan atraídos por la importancia y la actualidad de la temática, como se ha dicho al comienzo de este trabajo.

No obstante ello, y con esa prevención, nos permitimos formular las siguientes conclusiones como resultado del análisis realizado:

a) La fuerza obligatoria de *los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional* solo puede derivarse de la incorporación de los mismos al contrato internacional en virtud de un acuerdo de las partes.

b) Esa incorporación de *los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional* puede darse de forma directa o indirecta. La incorporación directa se dará en el caso en que las partes —en ejercicio de la autonomía de la voluntad en sentido material— establezcan una cláusula contractual que otorgue virtualidad a aquellos. La incorporación indirecta se producirá en el supuesto en que las partes —en ejercicio de la autonomía de la voluntad en sentido conflictual— elijan para regir su contrato el derecho interno de un Estado que otorgue fuerza vinculante a *los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional*.

c) Los *usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional* no pueden devenir obligatorios por el solo hecho de así disponerlo el derecho nacional que a la postre rija el contrato, determinado en función de las normas de conflicto subsidiarias del art. 2652 del CCyCN.

d) Esos *usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional* tampoco adquirirán fuerza vinculante derivada del derecho que finalmente rija el contrato internacional determinado y elegido por el juzgador mediante el uso de la cláusula de excepción del art. 2653 del CCyCN.

Recibido 8/8/2016

Aprobado: 12/8/2016

PRINCIPIOS Y CARACTERES DEL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO DE LA INFANCIA CON ESPECIAL REFERENCIA
A LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
DE LA NACIÓN

Por MARÍA SUSANA NAJURIETA*

Resumen:

Una característica de nuestro tiempo es el impacto de los derechos humanos en el derecho internacional privado de la niñez, que ha inspirado las nuevas disposiciones contenidas en las Secciones 5ª a 8ª de la Parte Especial de las “Disposiciones de derecho internacional privado” en vigor desde el 1º de agosto de 2015. El legislador ha utilizado una pluralidad de metodologías a fin de garantizar la tutela judicial efectiva y contribuir a la estabilidad de las relaciones filiales mediante la coordinación de sistemas y la cooperación internacional.

Palabras clave:

Niños. Derechos humanos. Estabilidad de las relaciones. Cooperación

PRINCIPLES AND FEATURES OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW
REGARDING CHILDREN WITH SPECIAL REFERENCE
TO THE PROVISIONS OF THE CIVIL AND COMMERCIAL
CODE OF ARGENTINA

Abstract:

The impact of human rights on private international law rules regarding children is a feature of our times which has inspired the new provisions contained in Sections 5

* Doctora por la Universidad de Buenos Aires. Diplomada en Derecho Internacional Privado y Derecho del Comercio Internacional por la Universidad de París I-Sorbona. Profesora en grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha dictado el curso “L’Adoption internationale des mineurs et les droits de l’enfant” en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (sesión de verano 2014). Autora de numerosos artículos académicos en su especialidad. Becaria de la Escuela de la Magistratura de París. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Buenos Aires.

to 8 of the Special Part of the “Provisions of private international law, in force since 1 August 2015. The legislator has used multiples methods to ensure an effective judicial protection and to contribute to the stability of filial relationships the coordination of systems and international cooperation.

Keywords:

Children. Human rights. Stability of relations. Cooperation

INTRODUCCIÓN

En los últimos treinta años el derecho de la niñez se ha centrado en el paradigma del interés superior del niño. Este estándar, cuya comprensión suscitó intenso debate sobre todo en el derecho continental proclive a integrar el interés del niño con la vida de familia¹, se abrió camino en el derecho de la niñez incluso antes de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño². Su impacto ha sido espectacular: a) en las reformas de las legislaciones nacionales; b) en la configuración del orden público internacional de cada Estado, y c) en la decisión concreta de los órganos jurisdiccionales y administrativos con competencia en los conflictos de niños y niñas, que deben resolver las tensiones entre la declamación abstracta del interés superior de todo niño y el caso bajo decisión, que compromete el presente y el futuro de un niño concreto.

Los temas atinentes a los niños son acuciantes. En el último informe mundial sobre la niñez elaborado por UNICEF³ se reclama la voluntad política de los estados para poner fin a la inequidad y a la discriminación que afectan a millones de niños, pues se identifica este fenómeno como un peligro que amenaza el futuro del mundo. Se afirma: “Se puede predecir el futuro de una sociedad —sus perspectivas de crecimiento sostenible, de estabilidad y de prosperidad compartida a largo plazo— por la medida en que brinda a cada niño una oportunidad justa en la vida”⁴.

Sin duda debe reconocerse que esta oportunidad de supervivencia, de nutrición para el desarrollo de las capacidades, de educación desde la primera infancia y de superación de las múltiples privaciones que afectan a los niños

¹ LAMMERANT, Isabelle, *L’adoption et les droits de l’homme en droit comparé*, Bruselas/París, Bruylant-LGDJ, 2001, pp. 22/25 y nota 12, donde señala la discusión entre la versión inglesa “best interests of the child” y la versión en lengua francesa “l’intérêt supérieur de l’enfant”.

² No debe olvidarse que la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada en 1989 comenzó a gestarse en 1979, en las sesiones del Ginebra del grupo de trabajo designado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

³ Fondo de las Naciones Unidas para la infancia, UNICEF, junio de 2016, “Estado mundial de la infancia 2016. Una oportunidad para cada niño”. www.unicef.org/<?spanish/publications/files/UNICEF_SOWC_2016_Spanish_2.pdf.

⁴ Documento citado en nota precedente, p. 11.

que viven en la pobreza, es, en primer lugar, una problemática del derecho de fondo de cada Estado. Sin embargo, estos flagelos no se combaten aisladamente y mucho menos en nuestro tiempo, que refleja un asombroso dinamismo de comunicación y desplazamiento de personas, incluidos los niños. Los matrimonios y parejas convivientes de distinta nacionalidad, los cambios de residencia provisionales por razones laborales, la dispersión de los miembros de la familia por razones de trabajo o de búsqueda de horizontes de superación, las migraciones forzadas por conflictos violentos o por degradación del ambiente por catástrofes climáticas, entre otras razones, multiplican los casos multinacionales en que están involucrados niños en riesgo. En este contexto globalizado es fundamental pero no es suficiente el cuidado y protección de las madres y de las familias, sino que es, además, imprescindible dar operatividad a los derechos fundamentales de los niños.

La solución de los casos internacionales se ve altamente impactada por los imperativos que llegan del derecho internacional de los derechos humanos. La necesidad de una respuesta eficaz ha llevado a modificaciones radicales del razonamiento clásico del derecho internacional privado. El fundamento de la proximidad del contacto conserva su vigencia, adicionando la complejidad de razonamientos sustancialistas que exigen la intervención de un juez o autoridad competente para concretar la orientación material. La uniformidad de soluciones es una utopía en materia de niñez, pero sus efectos se alcanzan por el fenómeno de la cooperación internacional que despliega mecanismos superadores de coordinación de ordenamientos jurídicos.

A estos desarrollos estará destinada la primera parte del presente trabajo, con especial referencia a los aportes de la teoría general del derecho internacional privado en favor de los derechos de los niños (I). En la segunda parte abordaremos algunas notas características de las nuevas disposiciones de derecho internacional privado de la infancia, que comprende cuatro secciones del nuevo Título IV del Libro Sexto del Código Civil y Comercial de la Nación⁵(II).

1. EL IMPACTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Tener al interés superior del niño como consideración primordial impone organizar los institutos jurídicos de manera de permitir y garantizar el desarrollo de su personalidad como sujeto de derechos y no como mero objeto de tutela. Aceptar el fuerte impacto de los derechos fundamentales⁶ en el derecho internacional privado de la niñez, comporta un desafío puesto que estos derechos ya

⁵ La Comisión de Reformas, designada por decreto PEN 191/2011, estuvo integrada por los juristas Dr. Ricardo Lorenzetti, Dra. Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. El proyecto fue aprobado por el Congreso de la Nación por ley 26.994 y promulgado por decreto PEN 1795/2014.

⁶ DUBOUT, E. y TOUZÉ, S., *Les droits fondamentaux charnières entre ordres et systèmes juridiques*, París, Pedone, 2010, p. 16 y ss.

son conocidos y declarados, y corresponde a las legislaciones nacionales poner en funcionamiento todas las herramientas jurídicas tradicionales y novedosas, con la finalidad de dar operatividad y concreción al goce de tales derechos por parte de los niños y niñas, en tanto seres en desarrollo, particularmente vulnerables y necesitados de cuidado familiar y social.

Este enfoque centrado en los derechos de la persona humana aparece claramente en la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969⁷, particularmente en el art. 19 (*todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*), y en el art. 20 (derecho a una nacionalidad⁸) y art. 18 (derecho a un nombre⁹).

Años más tarde, cuando comenzó a sesionar en Ginebra el grupo de trabajo designado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con el propósito de elaborar un instrumento específico concerniente a los niños¹⁰, el enfoque se trasladó al niño como centro y a sus exigencias para la supervivencia y el pleno desarrollo.

Esta tensión entre vulnerabilidad y autonomía se refleja en numerosas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, desde el Preámbulo y en particular, en lo que interesa a los casos multinacionales, los arts. 3.2, 12, 20, 21, 23.1 y normas concordantes. El aseguramiento del goce de los derechos fundamentales sin discriminación alguna es una de las obligaciones primordiales que surgen de la Convención sobre los Derechos del Niño: “2.1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”. Este imperativo condiciona las soluciones del legislador en los casos multinacionales, en la medida en que impide hacer distinciones fundadas en la nacionalidad, el nacimiento, el

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969; en vigor desde el 18 de julio de 1978. La República Argentina la ratificó por ley 23.054 (1984).

⁸ “Art. 20.1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”.

⁹ “Art. 18. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuera necesario”.

¹⁰ El grupo de trabajo comenzó a sesionar en 1979 y, tras once sesiones, sometió el proyecto a la Comisión de Derechos Humanos, obtuvo la aprobación del Consejo Económico y Social y finalmente de la Asamblea General de la ONU, organismo que adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989 (resolución 44/25).

idioma, etc., que menoscaben el derecho de todo niño al goce en plenitud de sus derechos a crecer en buenas condiciones de salud, nutrición, educación, asistencia social, a fin de desplegar las potencialidades de su personalidad¹¹.

1.1. Exigencias que los niños presentan al mundo del derecho

En notables declaraciones de los últimos tiempos, los representantes de los Estados y de los Gobiernos han asumido el compromiso de crear un mundo digno de los niños. Un mundo fundado en los principios de la democracia, de la igualdad, de la paz y de la justicia social, en condiciones de reconocer y de concretar la indivisibilidad, la universalidad, la interdependencia y la interconexión de todos los derechos humanos¹².

Examinaremos los derechos en mayor riesgo de ser afectados en las relaciones privadas multinacionales y enunciaremos de manera no taxativa ciertos casos relevantes juzgados por tribunales especializados en derechos del hombre.

1.1.1. Los derechos fundamentales comprometidos en los casos multinacionales que involucran a los niños

Los casos con elementos extranjeros relevantes conciernen principalmente los derechos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño en los arts. 7° (derecho tener un nombre y una nacionalidad), 8° (derecho a la identidad), 9° y 10 (derecho a no ser separado de sus padres y a ser criado por ellos, salvo excepción, y a mantener relaciones personales regulares y directas con ambos progenitores, salvo casos extraordinarios), 12 (derecho a expresar la opinión libremente en los asuntos que le conciernan y derecho a que esa opinión sea tenida en cuenta¹³), 20 y 21 (derecho a gozar de un medio familiar alternativo cuando se frustra la posibilidad de ser cuidado por la familia de origen, tan-

¹¹ Juristas destacados han sostenido el desconocimiento de los alcances del art. 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que cumple tres funciones, a saber: previene ofensas a la dignidad humana, orienta políticas legislativas y establece una regla de conducta de valor absoluto e insoslayable. Conf. ABRAMSON, Bruce, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 2. The Right of Non-Discrimination*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

¹² Documento, Declaración y Plan de Acción de la Asamblea General de Naciones Unidas, 2002, “Un monde digne d’enfants”. www.unicef.org/french/specialsession/doc_snew/documents/child_friendly_ssoc-outcome_fr.pdf.

¹³ En el documento CRC/C/ARG/CO/3-4 relativo a las Observaciones finales sobre la Argentina (20/6/2010), el Comité de los Derechos del Niño sostuvo: “El Comité celebra que en la ley 26.061 se haya incorporado el derecho del niño a ser escuchado y la obligación de las autoridades de garantizar ese derecho en todas las actuaciones que afecten a un niño. Sin embargo, el Comité expresa su preocupación por el hecho de que condicionar la audiencia a la propia petición del niño podría generar discriminación y contradicciones en la práctica. También expresa su preocupación por la falta de procedimientos formales para garantizar la participación de los niños en las cuestiones que los afectan y por la impresión que tienen los niños de que su voz no se escucha debidamente” (apartado 36 del Documento CRC/C/ARG/CO/3-4, citado).

to nuclear como ampliada), 35 (derecho a recibir prevención y protección que lo resguarde del delito, en particular, de toda forma de explotación, así como del desplazamiento abrupto de su centro de vida, secuestro, venta o trata para cualquier fin o en cualquier modalidad). Obviamente, se aplican a los niños los derechos procesales y de defensa, que incluyen el acceso a la jurisdicción y la tutela judicial oportuna (art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 40 Convención sobre los Derechos del Niño).

Los derechos establecidos en los arts. 7.1 y 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño hacen a la dignidad de la persona y están directamente involucrados en el establecimiento y reconocimiento de la filiación, la cual da fundamento a una nacionalidad —ya sea con sustento en el *ius sanguinis* o en el lugar de nacimiento— y a los componentes raciales y culturales de la identidad¹⁴. El derecho a la identidad, a reconstruir todos los elementos estáticos y dinámicos de la historia personal, el derecho a conocer y acceder a los datos sobre los propios orígenes, están indisolublemente unidos a toda la problemática de la filiación, por naturaleza, por procreación humana asistida y por adopción.

Según el art. 7º, párrafo primero: “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 art. 8º, en su párrafo primero sostiene: “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 y sin injerencias ilícitas”. El segundo párrafo impone a los Estados: “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 derecho del niño a ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre y a adquirir una nacionalidad ya era ampliamente reconocido a nivel de la declaración de los derechos, por estar contenido en el art. 24.1 del Pacto de Naciones Unidas relativo a los Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966¹⁵. En esa época, estos derechos estaban vinculados con la necesidad de identificación en el seno de una sociedad para poder gozar de la protección debida por el Estado.

Años después, en ocasión de la elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño, el pensamiento evolucionó hacia el lazo entre estos dere-

¹⁴ En la resolución del 10/8/2007, el Comité Jurídico Interamericano ha calificado el derecho a la identidad como un derecho humano de naturaleza fundamental, cuya existencia no está subordinada a otros derechos (CJI/RES.137 LXXI-0/07).

¹⁵ Pacto adoptado el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 en el plano internacional. Actualmente obliga a 168 Estados Partes. La República Argentina aprobó la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de su Protocolo Facultativo por ley 23.313, promulgada por decreto 673 del 6/5/1986.

chos y la dignidad debida a todo niño que impone preservar desde el origen todos los elementos de la identidad de la persona¹⁶.

Un momento de inflexión en los debates en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, fue la propuesta de Argentina en 1985, repetida en 1986, respecto de la obligación de los Estados de asegurar el derecho del niño a su verdadera identidad familiar y, en la hipótesis en que hubiera sido ilícitamente alterada, la obligación de restablecer los lazos de sangre interrumpidos o afectados lo más rápido posible¹⁷. Esta exigencia fue aprobada y consagrada en el art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual, como todo instrumento de derechos humanos, debe recibir una interpretación dinámica a la luz de los desarrollos de la vida social y jurídica de los hombres¹⁸.

Desde este enfoque son evidentes las exigencias que el juego de los arts. 3º, 7º y 8º de la Convención impone a las legislaciones nacionales, en cuanto a la regulación de las formas alternativas de acogimiento familiar, la adopción nacional e internacional y las acciones de prevención contra el tráfico de niños y la trata¹⁹.

En este sentido, el art. 35 dispone: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. Incluso en el plano de las relaciones familiares conflictivas, sin llegar al secuestro u otros delitos aberrantes cometidos por terceros, “los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero” (art. 11.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). En cumplimiento de esta obligación impuesta a los Estados, la República Argentina ha ratificado la Convención de La Haya de 1980

¹⁶ CIDH, asunto “Niños Yean y Bosico Cofi v. República Dominicana” del 8 de septiembre de 2005 (Serie C-Nº 130). La Corte Interamericana condenó a la República Dominicana por haber privado a los niños de tener una nacionalidad y documentos de identidad a lo largo de cuatro años y cuatro meses, en violación de los artículos 20 y 24 de la Convención americana, en relación con el art. 19 de tal Convención. ZIEMELE, I., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 7. The Right to Birth Registration, name and Nationality and the Right to Know and be cared by Parents*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 8/9.

¹⁷ La motivación de esta propuesta fue ciertamente la tragedia vivida por nuestra comunidad en época de la dictadura militar, respecto de un plan sistemático de secuestro de niños y de sustitución de sus identidades originales. Conf. DOEK, Jaap, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 8: the Right to Preservation of Identity. Article 9: the Right not to be separated from his or her Parents*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 7/9.

¹⁸ Sobre este criterio de interpretación a la vez fidedigna y dinámica, citamos entre muchos CIDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros v. Costa Rica”.

¹⁹ Ver, entre muchas, las observaciones del Comité de los derechos del niño en el Documento del 20 de julio de 2003: UN Doc.CRC/15/Add.213 del 20/7/2003 relativo al primer informe presentado por Kazakhstan.

sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores²⁰, la Convención Interamericana de 1989 sobre restitución internacional de menores²¹, y se ha adherido a la Convención Interamericana sobre Tráfico internacional de niños²². Asimismo, la República Argentina es parte del Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía, adoptado el 25 de mayo de 2000²³ y del Protocolo Adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la criminalidad organizada que busca prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, en particular de mujeres y niños, del 15 de noviembre de 2000²⁴.

Esta rica trama de cooperación internacional que se instaura mediante el funcionamiento de convenios que obligan a relaciones horizontales de colaboración entre Autoridades Centrales designadas y dotadas de competencias en cada Estado Parte, sustituye el razonamiento típico del conflicto de jurisdicciones y del conflicto de leyes en temas atinentes al ejercicio de la responsabilidad parental, al goce del niño de relaciones personales y directas con los progenitores y a la resolución de casos de desplazamientos y retenciones ilícitos. Puesto que esta trama está constituida por instrumentos de fuente convencional, el desafío es interpretar y aplicar los tratados de conformidad con el art. 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, con respeto a las jerarquías normativas y sin desperdiciar todo el rico *soft law* que, en las convenciones que exigen seguimiento periódicos, se elabora en torno al buen funcionamiento del régimen y su mejor adecuación a las particularidades de los distintos países²⁵.

²⁰ La Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños entró en vigor en el plano internacional el 1/12/1983. Para la República Argentina está vigente desde el 1º de junio de 1991. En la actualidad vincula a 95 Estados Parte.

²¹ La Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, aprobada en Montevideo en 1989, entró en vigor en el plano internacional el 4/11/1994. Para la República Argentina está vigente desde el 15 de febrero de 2001 y vincula a 14 Estados.

²² La Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, adoptada en Méjico, 1994, vincula actualmente a 15 Estados Partes. La República Argentina se adhirió el 28/2/2000.

²³ Resolución A/RES/54/263 de la Asamblea General de la ONU.

²⁴ Resolución A/RES/55/25 de la Asamblea General de la ONU.

²⁵ El art. 2594 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación recuerda la jerarquía normativa: “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 de derecho internacional privado argentino de fuente interna”. Sobre el tema específico de la restitución internacional de niños, el Código Civil y Comercial de la Nación da el siguiente criterio: “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”. Se ha dicho que la metodología que expresa este párrafo debería expandir su

1.1.2. El reconocimiento de los derechos en la jurisprudencia de los tribunales especializados

El Tribunal europeo de derechos humanos es el primer tribunal especializado que puso el acento en la operatividad de los derechos fundamentales de los niños, aceptando intervenir en denuncias contra los estados vinculados por el Convenio europeo de derechos y libertades fundamentales, con sustento en el art. 8° que garantiza el derecho a la “vida privada y familiar”.

El 25 de enero de 2000, en el caso “Ignaccolo-Zenide v. Rumania”²⁶, la Corte de Estrasburgo condenó al Estado demandado por considerar que la demora en la ejecución de una orden judicial de regreso de dos niñas —devenidas adolescentes durante diversas vicisitudes procesales— había configurado la ruptura definitiva de la posibilidad de recuperar lazos de vida familiar de la madre con sus hijas, desplazadas ilegalmente por el padre de Francia a los Estados Unidos de Norteamérica y, finalmente, a Rumania, país de la nacionalidad del padre.

El 28 de junio de 2007, el Tribunal europeo de derechos humanos condenó a Luxemburgo, por violación del derecho a la “vida de familia” contemplada en el art. 8° del Convenio europeo, al haber negado el *exequátur* de una sentencia de adopción plena pronunciada en el Perú, respecto de una niña oriunda de ese país, donde había sido adoptada bajo la forma plena por una ciudadana soltera de nacionalidad luxemburguesa. El Tribunal señaló que la sentencia de los jueces de Luxemburgo había colocado a la niña en un “vacío jurídico” por cuanto ella había roto completamente sus lazos con su familia de sangre sin lograr una inserción de filiación con plenitud de derechos respecto de su madre adoptante. El reproche no se centró en el sistema luxemburgués de reconocimiento de sentencias extranjeras —que, en la época, fuera de convenios internacionales, controlaba la ley aplicada por el juez de origen de la sentencia— sino en la debilidad del resultado, que no garantizaba los derechos fundamentales de la niña²⁷.

En el año 2011, la Corte de Estrasburgo provocó cierta perplejidad al interpretar la noción del “interés superior del niño” en un caso de desplazamiento ilícito de un niño pequeño desde Israel a Suiza²⁸. El Tribunal reprochó a los jueces competentes de Suiza de no haber examinado en profundidad la situación familiar y el bienestar del niño antes de resolver el reclamo de restitución. La

influencia en todo lo posible. Conf. BOGGIANO, A., prólogo del autor a la 7ª ed. de su obra *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.

²⁶ CEDH, asunto N° 31679/96, “Ignaccolo-Zenide v. Rumania”, fallado el 25 de enero 2000.

²⁷ CEDH, “Wagner J. y J.M.W.L. v. Luxemburgo”, asunto N° 76240/01 fallado el 28/6/2007, *Journal de droit international* 2008, p. 183 y ss. Nota de L. D’Avout, *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 807 y ss., nota de P. Kinsch.

²⁸ CEDH, “Neulinger and Shuruk v. Switzerland” (asunto N° 41615/07) fallado el 6/7/2010. *Revue trimestrielle de droit civil* 2010, p. 735, nota J.P. Morguéraud.

sorpreza que provoca el razonamiento consiste en que el tribunal exige la mayor celeridad en el procedimiento y, a la vez, critica a los jueces nacionales por no haber efectuado en profundidad los estudios sobre las aptitudes de los miembros de la familia, juicio que parece adaptado al procedimiento contencioso de la custodia o del relacionamiento del menor de edad con ambos progenitores, y poco apropiado para un procedimiento autónomo de conocimiento limitado como es el de restitución, en el marco de aplicación del Convenio de La Haya de 1980²⁹.

Respecto del instituto de la “*kafala*” del derecho islámico y de su inserción en Francia bajo la pretensión de inmediata conversión en adopción del derecho francés, el Tribunal europeo de derechos humanos se pronunció el 4 de octubre de 2012 en el asunto “*Harroudj v. France*”³⁰, convalidando la decisión de la Corte de Casación francesa, que había negado la pretensión de la señora Harroudj. El Tribunal expresó que tanto la *kafala* como la adopción son formas alternativas destinadas a la protección de los niños privados de familia, contempladas en el art. 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En tal sentido, debía reconocerse la discrecionalidad de cada legislador nacional de decidir cuál era la forma más conveniente y apropiada para asegurar la protección, respetando a la vez la cultura, la lengua y la religión del niño o niña. No se configuraba, pues, violación al concepto de “vida familiar” contenido en el art. 8º del Convenio europeo, máxime considerando que la legislación francesa contaba con vías para flexibilizar la respuesta según la paulatina inserción de la niña en la sociedad francesa en los términos del art. 21-12 del Código civil francés³¹.

Finalmente, mencionaremos dos casos resueltos el 26 de junio de 2014, “*Menesson*” y “*Labassé*”, en los cuales el Tribunal europeo de derechos humanos condenó a Francia por prohibir totalmente el establecimiento del vínculo de filiación entre un padre y su hijo/s biológico/s nacido/s en los Estados Unidos de Norteamérica por medio de un contrato de “gestación por otro”, válido según

²⁹ BEAUMONT, P. y WALKER, L., “Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention”, en *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge/Antwerp/Portlano, Intersentia Publishing Ltd., 2013, pp. 17/30. El criterio seguido en “*Neulinger*” fue repetido en precedentes posteriores, entre ellos, “*B. v. Belgique*”, asunto N° 4320/11 del 10/7/2012, con notable disidencia de los jueces Berro-Lefèvre y Karakas. El voto común disidente entendió que la mayoría había aplicado la doctrina “*Neulinger*” de manera mecánica, sustituyendo totalmente la apreciación concreta sobre el interés superior del niño que habían efectuado los jueces ordinarios de la causa. www.incadat.com/index.cfm?act=search.detal&cid=1171&Ing=18=1-

³⁰ CEDH, “*Harroudj v. France*”, asunto N° 43631/09 fallado el 4/10/2012, publicado en *Dalloz* N° 43, del 13/12/2012, pp. 2947/2951, con nota de P. Hammje.

³¹ El art. 21-12 del Código Civil francés permite que un niño que ha sido acogido y criado en Francia por un nacional francés, esté en condiciones de reclamar la nacionalidad francesa, lo cual da posibilidad a la adopción pues queda descartada la solución prohibitiva del art. 370-3, del Código Civil francés. Conf. HAMMJE, Petra, “*L’interdiction de l’adoption face aux droits fondamentaux*”, *Dalloz* N° 43, citado en la nota precedente.

el derecho del estado de California e inválido en el derecho francés. El Tribunal negó violación de “vida familiar” respecto de los adultos, pero estableció que se había configurado afectación del derecho de los niños de ver su filiación de sangre reconocida jurídicamente. En materia de reconocimiento de la filiación, el margen de apreciación de los Estados era muy limitado en razón de la necesidad de preservar el derecho a la “vida privada y familiar” de los niños³².

En el sistema americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido ocasión de emitir pronunciamientos ejemplares en defensa del derecho a la identidad, en casos esencialmente nacionales de secuestro, desaparición y sustitución de identidad de niños y niñas: “...el derecho a la identidad es un derecho *erga omnes*, que expresa la dignidad de la persona humana y el interés de la comunidad internacional”³³.

2. APORTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO AL SERVICIO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS. SU RECEPCIÓN EN LAS NUEVAS DISPOSICIONES DE FUENTE INTERNA

El derecho internacional privado procura realizar las soluciones justas de los casos jusprivatistas multinacionales, ya sea en un ámbito nacional, en varios ámbitos nacionales o en un plano supranacional³⁴. Cuando se trata de conflictos que conciernen a los niños, esa finalidad se tiñe de valores materiales: la solución no solo debe ser previsible y ajustada a la naturaleza multinacional del caso, sino que debe favorecer el respeto de los derechos fundamentales de los niños, en todos los ámbitos de su vida en crecimiento y desarrollo. Los diversos pluralismos que caracterizan el derecho internacional privado de nuestro tiempo³⁵, facilitan las soluciones artesanales donde la consideración primordial es el interés superior del niño concreto. Esta exigencia de concreción conduce la mirada hacia la autoridad competente, que tiene la responsabilidad de superar las contradicciones e incoherencias de las distintas legislaciones nacionales eventualmente involucradas en el conflicto, a fin de superar el fenómeno de las fronteras y garantizar el goce oportuno de los derechos.

³² CEDH, asunto N° 65192/2011 “Mennesson v. France” y asunto N° 65941/2011 “Labassée v. France”. Puede verse: “Gestation pour autrui (transcription de la filiation): condamnation de la France”, *Dalloz*, 3 de julio 2014, p. 1376.

³³ CIDH, caso “Gelman v. Uruguay” del 24/2/2011, párrafo 123. El mismo concepto fue repetido el 31/8/2011 al fallar el caso “Contreras y otros v. El Salvador”, párrafo 112.

³⁴ BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 42 y ss. Se trata de la solución justa de la totalidad e integralidad multinacional de los casos jusprivatistas, lo cual supone la concreción de soluciones efectivas.

³⁵ GAUDEMET-TALLON, Hélène, “Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)”, *Recueil des cours de la Academia de derecho internacional de La Haya*, t. 312, pp. 9/488.

2.1. *Los diversos pluralismos*

Sin pretender agotar el espectro, nos referiremos a la pluralidad de fuentes, a la pluralidad de sectores y a la pluralidad de objetivos que determinan diversos enfoques metodológicos a la hora de establecer el sistema normativo destinado a regular una materia tan sensible, como es la problemática de la infancia en las relaciones personales que involucran más de un ordenamiento jurídico.

Respecto de la pluralidad de fuentes, una primera dificultad consiste en interpretar y aplicar correctamente los tratados internacionales, no solo los tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento, sino los tratados de derecho común, que desplazan las soluciones de fuente interna. Este principio, consagrado en el art. 2594 del Código Civil y Comercial de la Nación, obliga a familiarizarse con el derecho de los tratados, fundamentalmente, con la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados³⁶, lo cual significa que cada tratado, convención, protocolo, debe ser interpretado en su texto y en su contexto, según los principios del derecho consuetudinario recogidos en el art. 31 de la citada Convención de Viena.

Este principio es relevante en convenciones concernientes a los niños pues, en el marco de elaboración normativa con vocación universal más importante, es decir, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el contexto comprende las conclusiones y recomendaciones de las Comisiones Especiales y las Guías de buenas prácticas que procuran la interpretación y la aplicación uniforme por parte de las autoridades competentes de los distintos estados³⁷.

En ese orden de ideas debe comprenderse el alcance del art. 2642 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, fundamentalmente en sus párrafos primero y segundo. Por ejemplo, el concepto de residencia habitual que se utiliza en el funcionamiento práctico de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de octubre de 1980 es un concepto convencional autónomo, que no debe ser teñido de calificaciones localistas provistas en la ley 26.061 y su decreto reglamentario ni, tampoco, de definiciones de las normas de fuente interna. Cuando el juez argentino que cuenta con jurisdicción para resolver un reclamo de restitución internacional respecto de un niño o niña que se encuentra en nuestro país —porque ha sido desplazado o retenido ilícitamente en él— decide, por las circunstancias fácticas

³⁶ La ratificación a esta Convención fue decidida por ley 19.865. La Argentina presentó la ratificación el 5 de diciembre de 1972 y el tratado entró en vigor el 27 de marzo de 1980.

³⁷ Con relación a la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, se han elaborado cinco Guías de Buenas Prácticas, siendo la quinta dedicada a la “Mediación” (2012). En fecha más reciente se ha preparado un conjunto de “Principios generales y salvaguardias comúnmente aceptadas para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya”. www.hcch.net, espacio “enlèvement d’enfants”.

y jurídicas del caso, que corresponde ordenar el regreso del niño, entonces, ese juez debe organizar y supervisar el “regreso seguro del niño, niña o adolescente” (art. 2642, segundo párrafo)³⁸.

A estos fines, entre otros recursos que están a su alcance —como la realización de comunicaciones directas de juez a juez o por intermedio de las autoridades centrales (art. 2612 del Código Civil y Comercial³⁹)—, debe fomentar las soluciones voluntarias, incluso utilizando la valiosa ayuda de profesionales especializados en mediación. Es de toda evidencia que el juez competente no está obligado a ordenar la restitución sino bajo los límites, condiciones y excepciones contempladas en la Convención de La Haya de 1980. En la hipótesis de que ordenase la restitución, tiene la obligación de supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente.

En segundo lugar, en lo que concierne a la regulación de los diversos sectores del derecho internacional privado de nuestros días, el legislador nacional, en el Título IV del Libro Sexto del Código Civil, no solo ha explorado las posibilidades del sector de la jurisdicción internacional y del derecho aplicable⁴⁰ sino que también se ha ocupado de la inserción de situaciones creadas en el extranjero —normas llamadas de “reconocimiento” cuya verdadera naturaleza es de normas de “conflicto de sistemas”⁴¹— y ha incluido, por primera vez en forma explícita en la fuente interna, el deber de brindar cooperación internacio-

³⁸ La expresión utilizada en la norma permite asociar el contenido de esa obligación al documento elaborado en el seno de la Conferencia de La Haya, Convención sustracción internacional de niños, Guía de buenas prácticas, Cuarta Parte, “Ejecución” de resoluciones de regreso (publicación de la Oficina Permanente, 2011). En los últimos años, la expresión ha sido utilizada en fallos de los tribunales argentinos, especialmente, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, desde el año 2013 en adelante, numerosos fallos del Alto Tribunal exhortan al juzgado o tribunal de familia que debe hacer cumplir la orden de regreso, que disponga lo necesario para que la restitución sea lo menos lesiva posible a los derechos de los niños y que se minimicen los eventuales riesgos. Conf. Fallos 336:638; Fallos 336:849 y otros.

³⁹ En tanto la primera frase del primer párrafo del art. 2611 del Código Civil y Comercial de la Nación mantiene el principio de comunicación mediante exhorto —fuera de disposiciones específicas de tratados internacionales—, la segunda frase establece una novedad importante: “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”.

⁴⁰ La doctrina más prestigiosa lamenta que el sector del “reconocimiento de sentencias y decisiones extranjeras” no haya sido integrado al Código Civil y Comercial de la Nación como un sector de naturaleza federal, en cuanto integra el derecho de las relaciones entre ordenamientos jurídicos. Conf. BOGGIANO, A., “El Código Civil y Comercial y el derecho internacional público y privado”, LL 2015-C-681 y ss.; UZAL, María Elsa, “Breve panorama de la reforma del derecho internacional privado” en RIVERA, J. C. (dir.) y MEDINA, G. (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* 2012, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 1233/1262, especialmente p. 1236.

⁴¹ Normas de esta naturaleza aparecen en la Sección 5 (Filiación; art. 2634), en la Sección 6 (Adopción; art. 2637) y en la Sección 7 (Responsabilidad parental e instituciones de protección; art. 2640 segunda parte).

nal además de reglas concretas que obligan o facultan a las autoridades competente a desplegar ciertas conductas de cooperación⁴².

En efecto, el principio general está contenido en el art. 2611: “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral”. Además de este principio general, hay disposiciones particulares que facultan al juez argentino competente a desplegar medidas específicas de cooperación. En tal sentido, el último párrafo del art. 2642, establece: “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”⁴³.

Finalmente, y ello no constituye una originalidad en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁴, las disposiciones del derecho internacional privado de la infancia contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación reflejan la pluralidad de objetivos que caracterizan a la disciplina en nuestro tiempo⁴⁵: por una parte, se refleja la tensión entre el binomio justicia conflictual/justicia material y, por la otra, el balance y equilibrio de dos principios generales del derecho internacional privado: previsibilidad y flexibilidad.

En efecto, las normas conflictuales de la Sección 5 del Título que examinamos (Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida), nos brindan un buen ejemplo de la razonabilidad del fundamento de proximidad, a través de la determinación del derecho mediante la técnica de puntos de conexión alternativos, con una orientación material. En este sentido, el primer párrafo del art. 2631 establece: “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”.

⁴² Sobre la cooperación jurídica internacional como uno de los sectores de mayor dinamismo en nuestros días: DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El derecho internacional privado actual*, t. 1, Buenos Aires, Zavalía, 2015, pp. 247/287.

⁴³ La inspiración de esta regla puede encontrarse en los documentos elaborados por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Guía de Buenas Prácticas, Convención secuestro internacional de niños (Tercera Parte - Medidas preventivas - 2005 y Cuarta Parte - Ejecución - 2011, especialmente p. 63 y ss.).

⁴⁴ La pluralidad de finalidades que suscita diversos métodos de regulación normativa en el sector del derecho aplicable fue utilizado en el ámbito de la actuación en el país de sociedades constituidas en el extranjero (arts. 118 a 124 de la ley 19.550).

⁴⁵ GAUDEMET-TALLON, Hélène, “Le pluralisme en droit international privé...”, *Recueil des cours*, t. 312, obra citada precedentemente, p. 173 y ss.

Como destacaremos más adelante, el legislador nacional ha confiado grandes responsabilidades al juez argentino competente: no se trata de una inclinación hacia la validez del vínculo, sino hacia el más pleno goce de los derechos fundamentales del hijo, orientación que pone en posición preeminente el derecho a la identidad.

Algunas normas que, en una primera lectura, podían ser expresión del método conflictual neutro, son descubiertas —en un enfoque más preciso— como reglas que persiguen objetivos sustanciales en el funcionamiento global del sistema. Citamos el caso de la anulación de una adopción, materia que es regulada por primera vez en la fuente interna, tal como aparece en los arts. 2635 (juez competente) y 2636 (derecho aplicable).

La solución jurisprudencial tradicional abre la jurisdicción del juez que ha intervenido en el otorgamiento de la adopción, el que aplicará su *lex fori* a la acción de anulación⁴⁶. Sin embargo, la práctica ha revelado situaciones dramáticas en donde la autoridad competente del domicilio del adoptado (y de su familia adoptante) constata vicios en el origen o en la finalidad de la adopción y no cuenta con norma que lo habilite a asumir competencia para la acción de nulidad. El sistema previsto en la Sección 6 del Código Civil y Comercial de la Nación prevé la apertura de la jurisdicción de los jueces argentinos por el lugar de otorgamiento de la adopción o por el domicilio del adoptado. En cuanto al derecho aplicable, el art. 2636, último párrafo, dispone: “La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado”. La finalidad material subyacente es facilitar la acción de anulación de una adopción viciada en la situación más compleja, que es cuando la adopción ha sido conferida en el extranjero pero el vicio advierte ante el juez argentino del domicilio del adoptado. Indudablemente, el juez del domicilio de esta familia es el juez más próximo y mejor ubicado para efectuar el balance entre la importancia de los vicios que pudieran provocar la nulidad y el interés superior del niño en conservar su inserción familiar por adopción.

El derecho internacional privado de la familia exige, en general, un marco de certezas dentro del cual las personas humanas ajustan sus conductas. Por tratarse de un ámbito donde es escaso el juego de la autonomía de la voluntad⁴⁷

⁴⁶ Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 18. La República Argentina se adhirió a esta Convención por ley 25.179. Ver nota 22 del presente trabajo.

⁴⁷ Una excepción sería la regulación de las obligaciones alimentarias en favor de los niños, en donde el alcance o modalidad de ejecución pueden permitir un margen para la autonomía de la voluntad. El Código Civil y Comercial de la Nación ha contemplado los “alimentos” como una categoría autónoma, resaltando su vinculación con el derecho humano a la subsistencia y al desarrollo pleno. Los dos primeros párrafos del art. 2630 son perfectamente aplicables a los alimentos debidos a los niños. “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”.

y donde el orden público está conformado por un núcleo difícilmente derogable, tiene preeminencia el valor previsibilidad. No obstante, en el derecho internacional privado de la infancia, la previsibilidad no debe imponer un marco excesivamente rígido y abstracto, que impida a los jueces efectuar los ajustes necesarios a las necesidades de los niños, en constante dinamismo.

Se advertirá que en las normas concernientes a la “filiación” y a la “adopción”, la determinación del derecho se centra en el “domicilio” del hijo⁴⁸. El punto de conexión debe definirse según la calificación autárquica contenida en el art. 2614 del código, es decir, el domicilio del menor de edad es el domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental⁴⁹. A su vez, por tratarse de un adulto, este domicilio se define según el art. 2613, inc. a), del Código Civil y Comercial⁵⁰.

El legislador no ha cometido una distracción al escoger este punto de conexión. Ciertamente, el derecho de familia y todo lo concerniente a la infancia ha sufrido profundas transformaciones desde la segunda mitad del siglo XX y continúa en el presente, en donde una comunidad nacional sufre las tensiones propias de realidades multiculturales y pluri-religiosas⁵¹. Ahora bien, en América Latina la oposición no se da entre ley nacional y ley domiciliar, sino, eventualmente entre el punto de conexión “domicilio” y el punto de conexión “residencia habitual”. En los temas de filiación y de adopción, la opción elegida por el legislador argentino (domicilio) da mayor certeza en la prevención de actos ilícitos y conductas fraudulentas puesto que permite remontarse, en tanto sea posible, al origen del niño, en ámbitos que comprometen los elementos esenciales de la identidad.

A su vez, el art. 2639 que regula el derecho aplicable a todo lo atinente a la responsabilidad parental, utiliza como punto de conexión la residencia habitual del niño, agregando una precisión temporal, a saber, al momento en que

⁴⁸ En el primer párrafo del art. 2632, el abanico de opciones para seleccionar el derecho aplicable (por parte del juez que debe perseguir el goce más pleno de los derechos fundamentales del hijo) comprende: el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento, el derecho del domicilio del progenitor o del pretendido progenitor o, si correspondiera por la situación fáctica, el derecho del lugar de celebración del matrimonio. En materia de adopción, el art. 2636 establece que los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción (primer párrafo).

⁴⁹ Si el ejercicio de la responsabilidad parental es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual.

⁵⁰ “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”.

⁵¹ BUCHER, Andreas, “La famille en droit international privé”, *Recueil des cours*, t. 283 (2000), especialmente pp. 92/93.

se suscita el conflicto. El fundamento de la norma es la búsqueda de los lazos estrechos entre la vida del niño y el derecho que debe aplicarse. En ausencia de regla específica, la noción de residencia habitual del niño está dada en la fuente interna, por el art. 2613, inc. b), perfectamente compatible con la noción autónoma de residencia habitual que utilizan las Convenciones de La Haya de 1980 y de 1996⁵².

La flexibilidad del art. 2639 se pone de manifiesto en el segundo párrafo. “No obstante —la aplicación como principio del derecho de la residencia habitual del hijo a todo lo atinente a la responsabilidad parental—, *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”. Se trata de una cláusula escapatoria específica, no sustentada solamente en el principio de proximidad sino en valores sustanciales: el razonamiento habilita a “tomar en consideración” otro derecho con lazos relevantes en tanto sea necesario para concretar en el caso concreto el “interés superior del niño”. La regla se inspira fuertemente en el art. 15, apartado 2, de la Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996, firmada por la República Argentina y en proceso de ratificación⁵³.

2.2. *El fenómeno de la coordinación*

El carácter nacional de los sistemas de derecho internacional privado conduce con frecuencia al conflicto de sistemas y a la necesidad de superar esta dificultad. Dos de los mecanismos conocidos en la teoría general del derecho internacional privado y que permiten efectuar los ajustes necesarios, son la adaptación y el reenvío. La primera puede consistir en una corrección modificadora de un derecho sustancial a fin de armonizarlo materialmente con el

⁵² La frase final del art. 2615 procura la armonía de soluciones entre la fuente interna y las convenciones de La Haya e Interamericana. Dice así: “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”. En las condiciones ilícitas que se encuentran en el origen de esa “residencia”, los niños no adquieren domicilio ni residencia habitual. Una vez que el juez argentino rechaza el reclamo de restitución (o que ha transcurrido un año desde el acto ilícito y ningún legitimado activo ha presentado demanda de restitución), debe asumir competencia para resolver el fondo del derecho de custodia y allí se establecerá la residencia habitual del niño o niña, las responsabilidades de su progenitor conviviente y los modos de relacionamiento regular con el otro progenitor.

⁵³ Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Este convenio entró en vigor el 1/1/2002 en el plano internacional y vincula actualmente a 44 Estados Partes. La República Argentina lo firmó el 11/6/2015 y aprobó la ratificación por ley 27.237 promulgada el 22/12/2015. Al tiempo de la entrega del presente trabajo, aún no se han presentado los instrumentos de ratificación en el plano internacional.

otro o bien en una corrección de la elección de los derechos nacionales⁵⁴. Con la denominación del problema llamado del “reenvío”⁵⁵, se estudia el principio de la aplicación del derecho internacional privado del derecho designado por la propia norma de conflicto, que es comprendido en su aplicación integral. Los debates que suele suscitar este instituto, se vinculan con la concepción del derecho extranjero y la función de la norma de conflicto, según la legislación nacional de que se trate⁵⁶.

Habida cuenta que en las “Disposiciones generales” del Título bajo estudio se ha admitido la teoría del uso jurídico (art. 2595, inc. a), del Código Civil y Comercial), ya recogida en el art. 2º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁵⁷, es razonable que las nuevas disposiciones recepten explícitamente la designación del derecho internacional privado del país designado, con la excepción tradicional de la exclusión de este razonamiento cuando el derecho ha sido elegido por las partes por el juego de la autonomía de la voluntad. La teoría del uso jurídico posibilita que el juez argentino imite la probable sentencia que hubiera dictado en el caso el juez extranjero y alcance, con ese razonamiento, la armonía de las decisiones al menos con respecto a ese sistema jurídico⁵⁸.

La adaptación ha sido concebida en estos términos en el art. 2595 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: “Art. 2595. Aplicación del derecho extranjero. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable:...c) si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos”. En cuanto al instituto del reenvío, el art. 2596 establece: “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

⁵⁴ Boggiano presenta el método de adaptación como de naturaleza sustancial, ya se trate de crear una norma que supere los derechos materiales inadaptados o de reelegir un derecho aplicable, procedimiento que se efectuará atendiendo a la razonabilidad del resultado. BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 60/61.

⁵⁵ Que en su significación técnica es solamente una de las figuras de la teoría de la referencia máxima.

⁵⁶ BUREAU, D. y MUIR WATT, Horatia, *Droit International Privé*, t. I, París, PUF, 2010, pp. 524/527. SOTO, Alfredo M., *Temas estructurales del derecho internacional privado*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2009, pp. 104/106.

⁵⁷ Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. La República Argentina aprobó la ratificación por ley 22.921 (BO 27/9/1983).

⁵⁸ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., p. 219.

entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario”.

En nuestra opinión, no se trata de institutos de funcionamiento automático o abstracto, sino que responden a la finalidad de lograr una mejor coordinación de sistemas diferentes⁵⁹. Ahora bien, en el derecho internacional privado de la infancia, hemos destacado que las reglas de conflicto suelen tener una elaboración artesanal en procura de los valores sustanciales: el interés superior del niño y el goce más pleno de los derechos fundamentales. Si estos objetivos se logran con la aplicación del derecho de fondo primeramente designado y la consideración de la norma de conflicto de ese derecho no conduce sino a desviar o desvirtuar el objetivo sustancial, entonces este razonamiento —aplicable como principio— deberá ser descartado. Por el contrario, si el razonamiento del reenvío permite alcanzar el objetivo de la norma de conflicto del foro, la doctrina más prestigiosa acepta este “*reenvío in favorem*”⁶⁰. Ello significa que no obstante la expresión aparentemente rígida del art. 2596 del Código Civil y Comercial, su aplicación concreta en casos regulados en las Secciones 5 a 8 del Título IV del Libro Sexto, deberá efectuarse teniendo en cuenta las palabras y la finalidad de la norma en cuestión, así como los principios y valores jurídicos comprometidos (art. 2º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación).

3. NOTAS PARTICULARES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA INFANCIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Hemos destacado el diálogo de fuentes, la regulación de los diversos sectores de la disciplina, la pluralidad de objetivos de las normas de derecho internacional privado, la diversidad metodológica para alcanzar la solución justa de los casos relativos a niños y niñas, así como el uso de herramientas que favorecen la flexibilidad del sistema y su eventual coordinación armoniosa con otros sistemas. Agregaremos dos notas particulares: la confianza y la responsabilidad conferida al juez argentino competente y la presencia de reglas de coordinación de sistemas que utilizan para sus fines la riqueza del orden público internacional.

⁵⁹ Sostiene el Profesor Boggiano: “...frente al problema del reenvío no cuadran posiciones lógicas inflexibles”, *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, obra citada, p. 219/220. Prestigiosos autores sostienen que cuando el legislador emite una regla de conflicto, el presupuesto es que pueda coordinarse con la regla de conflicto extranjera. Es así que, como principio general, la regla de conflicto del foro y la regla de conflicto extranjera entran en consideración sucesivamente y con el fin de coordinarse. Cuando este resultado se desvirtúa, es razonable que el operador efectúe la corrección mediante la designación del derecho interno del país designado. Conf. ANCEL, B. y LEQUETTE, Y. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, París, Dalloz, 2006, p. 69 y pp. 149/150.

⁶⁰ GAUDEMET-TALLON, Hélène, “Le pluralisme en droit international privé...”, *Recueil des cours*, t. 312, ob. cit., p. 234.

3.1. El papel del juez competente en la concreción del interés superior del niño

En América Central y América Latina el juez es el protector natural de niñas y niños. Aun cuando los tratados internacionales construyen un tejido de cooperación internacional a través de autoridades competentes, muchas veces de naturaleza administrativa y, por otro lado, grandes esperanzas se depositan en los resultados de la mediación profesional que ayude a las partes a la autocomposición de sus intereses, es innegable que el legislador nacional debe investir a sus jueces de poderes explícitos e implícitos para actuar como garantes de los derechos fundamentales de los niños.

3.1.1. Jurisdicciones concurrentes y exclusivas

El sector de la jurisdicción internacional requiere el respeto de la jerarquía normativa. Las Secciones 4, 5 y 6 comienzan con una norma de jurisdicción internacional que indica en qué circunstancias los jueces argentinos abren su jurisdicción en casos internacionales⁶¹. Estas reglas deben ser interpretadas en forma conjunta con el art. 2601, que indica la prelación de los tratados internacionales y de las leyes especiales, si las hubiera. Salvo en el tema de la obligación alimentaria —y en el marco del art. 2630— las restantes materias no son disponibles y, por tanto, no juega la posibilidad de prorrogar la jurisdicción prevista en la legislación.

El art. 2631 presenta un abanico de foros concurrentes, todos ellos previsibles, para las acciones de determinación y de impugnación de la filiación (a elección del actor), a saber, los jueces del domicilio de quien reclama el estado filial o los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor. Esta última opción coincide con los jueces del domicilio del demandado, que es el principio general en materia de acciones personales contenido en el art. 2608 del nuevo Código.

Para la categoría “acción de reconocimiento”, que corresponde a distinta naturaleza puesto que el reconocimiento es un acto unilateral voluntario, se abre la jurisdicción de los jueces argentinos por el domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, por el domicilio del hijo o por el domicilio del lugar de nacimiento del hijo. Esta última conexión tiene lazos de proximidad relevantes pues generalmente en el lugar de nacimiento es donde el niño o niña se ha inscripto y puede tener determinada su filiación respecto del otro progenitor. En cuanto a la acción de impugnación del reconocimiento, se supone que la persona tiene su filiación establecida (por reconocimiento) y, por tanto, la jurisdicción se abrirá como un supuesto de impugnación de filiación (art. 2631).

Ciertamente, por tratarse de foros concurrentes y debido a la apreciación conjunta de las disposiciones generales con las especiales, puede ser aplicable

⁶¹ El art. 2639 supone una norma de jurisdicción internacional a favor del juez de la residencia habitual del hijo.

la apertura de jurisdicción con fundamento en el “foro de necesidad” —si se dan las condiciones exigidas por el código—, instituto novedoso que garantiza la prohibición de denegación internacional de justicia y el acceso a la jurisdicción (art. 2602).

En el Capítulo 2 (Jurisdicción internacional) aparecen los foros exclusivos generales que gozan de consenso en el derecho comparado (art. 2609)⁶². En la Sección 6 del Título, en materia de adopción, se ha establecido la única norma de jurisdicción exclusiva de la parte especial, el art. 2635. La voluntad legislativa ha sido imponer la intervención exclusiva de los jueces argentinos (que aplicarán su *lex fori*, según el art. 2636), en supuestos de declaración en situación de adoptabilidad, de guarda con fines de adopción y para conferir una adopción de niños con domicilio en la República Argentina.

El espíritu que anima el art. 2635 del Código Civil y Comercial de la Nación no es de apertura hacia ordenamientos jurídicos extranjeros. La jurisdicción exclusiva constituye una regulación coherente con una política legislativa de desfavor hacia cierto tipo de adopción internacional —que entraña el desplazamiento de niños o niñas oriundos de nuestro país hacia el extranjero— que se ha expresado mediante la reserva efectuada en 1990 a los incs. b), c), d) y e) del art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶³. El espíritu que anima esta Sección 6 es asegurar que los jueces argentinos sean los competentes para aplicar el principio de la doble subsidiariedad: en tanto la realidad sociológica de nuestro país revele gran cantidad de candidatos a la adopción domiciliados en la República Argentina, la legislación debe favorecer el buen funcionamiento de la adopción puramente nacional —con respeto a los principios consagrados en el art. 21, inc. a), de la Convención sobre los Derechos del Niño— sin vislumbrar el otorgamiento de adopciones de niños domiciliados en nuestro país a favor de aspirantes a adopción domiciliados en el extranjero⁶⁴.

Si la realidad sociológica de nuestro país se modificara y la República Argentina decidiera levantar total o parcialmente la reserva formulada al art. 21, incs. b), c), d) y e), de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁵, incluso

⁶² La jurisdicción de los jueces argentinos es exclusiva en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República, en materia de validez o nulidad de las inscripciones en un registro público argentino y en materia de inscripción, validez/nulidad y, si correspondiere, depósito de derechos de propiedad industrial —marcas, patentes, modelos industriales— en tanto el registro o depósito se haya solicitado o efectuado en la República.

⁶³ Ley 23.849, art. 2°.

⁶⁴ En tal sentido, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha conservado la orientación del Código Civil —tras la reforma de 1997—, que se expresa en el art. 600.

⁶⁵ El Comité de Derechos del Niño, en las observaciones finales de junio de 2010 en relación a los informes tercero y cuarto presentados por la República Argentina (art. 44 de la Convención sobre Derechos del Niño), manifestó: “Habida cuenta de las largas listas de espera de los aspirantes a la adopción, el Comité insta al Estado parte a establecer un riguroso sistema legal de protección contra la venta y la trata de niños de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, entre otras cosas para establecer un sistema de adopción seguro que respete el interés superior del

entonces, el juego de los arts. 2635 y 2636 del Código garantizarían la supervisión por los jueces argentinos de todo proyecto de adopción internacional concerniente a un niño o niña domiciliado en nuestro país⁶⁶.

3.1.2. La urgencia y la conveniencia

En casos de urgencia, el juez argentino puede asumir jurisdicción de oficio o a pedido de autoridad extranjera, para dictar medidas cautelares o provisionales en tanto los bienes o las personas sobre los que deba recaer la decisión de urgencia se encuentren en el país, aun cuando el juez argentino no cuente con competencia sobre el fondo del asunto (art. 2603, inc. b)]. La regla tiene su fundamento en la necesidad de asegurar la tutela jurisdiccional de urgencia, la cual ya tenía recepción en la fuente convencional⁶⁷.

La Sección 7 contiene una regla específica en materia de personas vulnerables. El art. 2641 establece: “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”. Si bien la competencia de urgencia tenía antecedentes en ambos Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y de 1940, en materia de menores de edad el antecedente inmediato de la norma es el art. 4º de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

La confianza que el legislador argentino ha depositado en el juez competente se advierte en la regulación de la conversión de una adopción otorgada en el extranjero en adopción plena del derecho argentino (art. 2638 de la Sección 6

niño, con miras a retirar su reserva con el tiempo”. Observaciones finales (Argentina, 21/6/2010). www2.onchr.org/english/bodies/CRC/docs/co/CRC.C.ARG.CO.3-4_sp.pdf.

⁶⁶ El Anteproyecto del Código contenía un párrafo tercero en el art. 2635, que establecía: “Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en la Argentina aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero”. En el texto vigente, el art. 2635 nada dice sobre estas conductas de cooperación. Sin embargo, la formación de legajos personales y la preparación de informes de seguimiento no está prohibida por la ley y son conductas que contribuyen a la legalidad y regularidad de los procedimientos que se llevan a cabo en el país extranjero de origen del niño. La regla general contenida en el art. 2611 del Código Civil en materia de cooperación internacional da base normativa suficiente para estos comportamientos. Conf. RUBAJA, Nieve, en HERRERA, CAMELO y PICASSO (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires, 2015, p. 389.

⁶⁷ Arts. 30 y 61 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940; art. 9º de la Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares.

del nuevo Código). El último párrafo del art. 2638 dispone: “En todos los casos el juez debe apreciar la conveniencia de mantener el vínculo jurídico con la familia de origen”.

Ello significa que el juez competente para decidir la conversión debe evaluar si la petición de los adoptantes de transformar el lazo de filiación preexistente en el vínculo de la adopción plena argentina responde al interés superior del niño en la concreta situación en que se encuentra. En efecto, pueden existir supuestos en que sea conveniente conservar vínculos jurídicos con hermanos de sangre o con abuelos y, por tanto, la adopción de tipo simple conferida según la ley extranjera sea enteramente compatible con la realidad del niño concreto. En los casos totalmente nacionales, el supuesto está contemplado en el art. 621 del nuevo Código.

Los tribunales de derechos humanos⁶⁸ muestran una revalorización de la figura de las adopciones simples en tanto existan razones fundadas de mantener ciertos vínculos que han servido de apego y contención a los niños en su más tierna infancia y se juzgue irrazonable o contraproducente romper estos lazos jurídicos a raíz de la nueva filiación por adopción. En este orden de ideas, el juez argentino tiene la responsabilidad de evaluar el impacto de la adopción de tipo pleno en el derecho a la identidad del adoptado⁶⁹.

3.2. La circulación de instituciones y los matices del orden público internacional

La persona humana es una unidad inescindible. En las relaciones de familia, el fenómeno de las instituciones “claudicantes” es inaceptable. El hecho de que un niño pueda tener una filiación en el estado “A” y otra filiación distinta (o ninguna filiación conocida) en el estado “B”, afecta la dignidad de la persona y constituye un escándalo⁷⁰. El nuevo Código Civil y Comercial utiliza herramientas propias del derecho internacional privado para morigerar el impacto de soluciones generadas por culturas muy diferentes⁷¹.

⁶⁸ CEDH, “Zhou v. Italie”, asunto N° 33773/11, fallado el 21/1/2014.

⁶⁹ NAJURIETA, María Susana, “La adopción internacional. Un debate pendiente”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho de Familia I-Relaciones entre padres e hijos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, pp. 257/292, especialmente p. 285.

⁷⁰ Los casos “Wagner” (2007) y “Menesson” (2012) fallados por la Corte de Estrasburgo ilustran esta afirmación.

⁷¹ Si bien el discurso de la jerarquía de las civilizaciones que evolucionaba en Europa en tiempos de la segunda guerra mundial ha sido descartado y reemplazado por la necesidad de asegurar la coordinación de órdenes jurídicos que no descansan en los mismos valores, la recepción de la diferencia no es irrestricta y los Estados nacionales no resignan el papel del orden público internacional del foro, incluso reformulado. Conf. GANNAGÉ, Lena, “L’ordre public international à l’épreuve du relativisme des valeurs”, *Travaux du comité français de droit international privé*, París, Pedone, 2009, pp. 205/241.

3.2.1. La transposición de institutos

El segundo párrafo del art. 2640 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: “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”.

Esta norma plantea, en primer lugar, el principio del reconocimiento aplicado a “institutos de protección de niños, niñas y adolescentes”, tengan o no sus equivalentes funcionales en la legislación de fondo argentina. La regla no explica el concepto de “constitución regular”. La realidad de nuestro tiempo permite afirmar que esa característica no depende de la verificación de la norma de conflicto del foro, puesto que la regularidad puede provenir de conductas de cooperación internacional no ajustadas al método conflictual sino a una convención internacional⁷².

En segundo lugar, el legislador toma una opción en cuanto a la transposición de instituciones. En efecto, el reconocimiento puede limitarse a la existencia del instituto y a su validez, o comprender los efectos de la situación extranjera “cristalizada” en clara referencia a los efectos propios del derecho extranjero de constitución. Tan delicado es este punto, que los autores más prestigiosos han propuesto distinguir los efectos inescindibles de la existencia, de los efectos futuros, es decir, aquéllos que solo existirían *virtualmente* al tiempo de la inserción del instituto dado que necesitan de un derecho que les otorgue contenido a medida que se despliegan⁷³.

El dilema consiste en la tensión entre dos objetivos del derecho internacional privado: la uniformidad de las soluciones, que tiende, por un lado, a la cohesión social y a la igualdad de regímenes en vigencia en un mismo territorio y, por el otro, el principio del respeto a la alteridad, la tolerancia de lo extranjero y la convivencia de formas de vida que responden a la diversidad cultural creciente de nuestros pueblos⁷⁴. En este orden de ideas, a los ojos de la Corte Europea de Derechos Humanos, la vida familiar a la que se considera bajo protección en el asunto “Harroudj” del 4 de octubre de 2012⁷⁵, es la resultante de la *kafala*, contemplada en el art. 20 de la Convención sobre los Derechos del

⁷² En este sentido, el art. 33 de la Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996.

⁷³ LAGARDE, P., “La reconnaissance: mode d’emploi”, en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, París, Dalloz, 2008, pp. 481/501, especialmente p. 496.

⁷⁴ MUIR WATT, H., “La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé: un rendez-vous manqué ?”, en la obra LAGARDE, P. (dir.), *La Reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013*, París, Pedone, 2013, pp. 85/95 especialmente p. 86.

⁷⁵ Ver nota 30 del presente trabajo.

Niño, y no el proyecto futuro de llegar a convertirse en una niña adoptada según el derecho francés⁷⁶.

En este orden de ideas, el art. 2640, segundo párrafo, decide la inserción respetando los efectos propios de la institución extranjera, sin deformaciones, al menos en los límites compatibles con el orden público internacional del foro.

Destacamos que toda la Sección 7 del Código Civil y Comercial de la Nación está fuertemente inspirada en las Convenciones de La Haya ratificadas por la República Argentina, tanto la Convención del 25 de octubre de 1980 como, esencialmente, la Convención del 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños⁷⁷.

3.2.2. La novedad de reglas de “conflicto de sistemas” en favor de la inserción de relaciones de familia creadas en el extranjero

En materia de filiación y de adopción, el Código tiende claramente a la admisión de situaciones eventualmente problemáticas, en un enfoque justificado por el derecho fundamental a la estabilidad del estado de familia⁷⁸.

El art. 2634 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: “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”.

La primera frase de esta disposición revela su inspiración unilateralista: no se impone una verificación de la regularidad de la situación —el estado filial conferido o constatado en un Estado extranjero— de conformidad con las normas de conflicto del foro, sino que se acepta el ordenamiento de “constitución” en bloque, con el único control de la compatibilidad de la situación con

⁷⁶ La solución ha sido considerada decepcionante por algunos juristas, que hubieran preferido la imposición de una institución “nacionalizada” francesa. HAMMJE, P., “L’interdiction de l’adoption face aux droits fondamentaux”, *Dalloz* 2012, p. 2947 y ss.

⁷⁷ Ver nota 53 del presente trabajo.

⁷⁸ BUREAU, D. y MUIR WATT, H., *Droit international privé*, t. 1, París, PUF, 2007, pp. 620/636. NAJURIETA, María Susana, “L’adoption internationale des mineurs et les droits de l’enfant”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, t. 376 (2014), capítulo III, pp. 363/430.

el orden público internacional argentino, es decir, con los principios esenciales del ordenamiento jurídico nacional, apreciado en su conjunto e integrado por el núcleo duro de la materia, que está dado por los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y, en su medida, las interpretaciones y observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño.

Puesto que se trata de una regla de “conflicto de sistemas”, es igualmente aplicable al estado filial que resulta de una sentencia extranjera o de una decisión administrativa de conformidad con el derecho extranjero o de una partida de nacimiento, acto emanado de autoridad pública que constata la situación. Se trata de un sistema innovador, que comporta una gran responsabilidad para la autoridad judicial o administrativa argentina que debe efectuar el control de compatibilidad sustancial previsto.

La segunda frase hubiera podido evitarse. Sin embargo, pretende dar claridad a los intérpretes y operadores jurídicos en cuanto a que esta disposición, que favorece el principio del reconocimiento de la filiación, se aplica a toda la problemática —ya sea que se suscite con la actual legislación de fondo o con leyes complementarias y específicas a dictar en el futuro— relativa al conflicto de sistemas cuanto está en juego la “filiación por técnicas de reproducción humana asistida”. Se ha considerado útil incluir este esclarecimiento en atención a las profundas diferencias que revelan las legislaciones de los distintos Estados en cuanto al concepto jurídico de “maternidad” y a la admisión de los acuerdos de gestación por otro⁷⁹.

El derecho fundamental a la no discriminación por razón de nacimiento⁸⁰ impone asegurar el principio del reconocimiento a todos los supuestos, en tanto se resguarden los principios fundamentales que conforman el orden público internacional argentino y que, en la materia, comprenden la protección de todos los elementos de la identidad, incluso la transparencia de la historia biológica completa de niños y niñas. Habida cuenta que el legajo completo puede evidenciar delitos de tráfico y de sustitución de identidad, el legislador creyó adecuado insertar la frase final, que recuerda la consideración primordial contenida en el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño: “*En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño*”.

La segunda norma que destacamos es el art. 2637 del Código Civil y Comercial de la Nación: “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

⁷⁹ Sobre las dificultades que resultan de las grandes diferencias entre las legislaciones nacionales, puede verse: Document préliminaire N° 3.A (février 2015), Bureau Permanent, “La projet filiation / maternité de substitution: note de mise à jour”, www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy.

⁸⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1 y art. 24; Pacto internacional de derechos civiles y políticos (ONU), art. 26; Convención sobre los derechos del niño, art. 2°.

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”.

Esta disposición establece dos controles: que la sentencia de adopción haya sido dictada por juez competente y que el resultado no suscite la reacción del orden público internacional argentino. El espíritu que subyace es quitar obstáculos procesales que puedan redundar en la violación del derecho de los niños a la estabilidad de su estado de familia, pero sin omitir una mirada que pueda detectar casos de adopciones viciadas que pretendan insertarse en el foro.

La primera parte del art. 2637 ha recibido la influencia de la teoría de la “referencia al orden jurídico competente” del Profesor Paolo Piccone⁸¹. El juez argentino en ocasión de la inserción de la institución creada en el extranjero, no deberá controlar la competencia del juez de origen según el estricto criterio de la bilateralidad⁸², sino que tomará como referencia la intervención del juez del domicilio del adoptado o la solución que el orden jurídico del domicilio del adoptado acepte, aun cuando ello comporte aceptar la intervención del juez o autoridad competente del domicilio del adoptante. Esta flexibilidad es importante, en atención a la práctica de los países asiáticos —incluso, países obligados por la Convención de La Haya de 1993, como Filipinas, Vietnam, Sri Lanka, etc.— que permiten la salida de sus niños del país con una decisión judicial de guarda pre-adoptiva, con el compromiso de otorgar la adopción en el país del domicilio de los adoptantes, conferir la nacionalidad de uno de los adoptantes al niño y comunicar la finalización del proceso al estado de origen.

La frase final del artículo hace una explícita referencia al control del orden público internacional —para la inserción en el foro de una institución creada en el extranjero— con dos matices. Por un lado, la referencia al interés superior del niño, consideración que es la primordial (arts. 3º y 21, frase introductoria, Convención sobre los Derechos del Niño) y que obliga a una ponderación cuidadosa de la situación fáctica en la que el menor de edad adoptado pudiera encontrarse con relación a todos sus vínculos⁸³. Por otro lado, y de manera complementaria, el control del orden público debe poder integrar los “vínculos estrechos del caso con la República”. Como en otras hipótesis señaladas, se descarta un razonamiento abstracto y automático. Se trata de detectar los supuestos que más interesan a nuestro país, por ejemplo, los casos de niños y niñas oriundos de la

⁸¹ PICONE, Paolo, “La méthode de la référence à l’ordre juridique compétent en droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, t. 197 (1986), p. 229 y ss.; del mismo autor : “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, t. 276 (1999), p. 9 y ss.

⁸² NAJURIETA, María Susana, “L’adoption internationale des mineurs et le droit de l’enfant”, *Recueil des cours, ob. cit.*, p. 200.

⁸³ IUD, Carolina, “Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año V, N° 8, septiembre 2013, pp. 43/51.

República Argentina, que hubiesen sido robados o estuviesen “perdidos” —tal vez buscados por Interpol o por ONG especializadas— y que sean detectados en colocación familiar por adopción —viciada— conferida en el extranjero.

4. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

El derecho internacional privado de fuente interna cuenta por primera vez con la regulación de relaciones fundamentales para el desarrollo de la vida de familia de niños y niñas y para el más pleno goce de sus derechos fundamentales. Del vacío normativo y de la necesidad de integración de lagunas con normas elaboradas en una época imbuida de principios muy diferentes, hemos pasado a una regulación coherente con las más modernas tendencias que procura la solución justa de la gran variedad de casos mediante múltiples herramientas, entre ellas, la segmentación de categorías de análisis al interior de cada instituto.

Cada una de las secciones comprende pluralidad de sectores y pluralidad de métodos. Se advierte una marcada preocupación por el acceso a la jurisdicción, por la tutela judicial efectiva, por la tutela jurisdiccional de urgencia y por la apertura del ordenamiento jurídico argentino a instituciones constituidas en el extranjero que comprometan el estado de familia de niños y niñas.

Cuando un estado de familia existe y tiene realidad según un ordenamiento jurídico, la frustración de su reconocimiento afecta los derechos fundamentales del niño.

No existe un único concepto abstracto del interés superior del menor de edad. Cada instituto tiene sus prioridades, que están dadas por la operatividad de los derechos fundamentales. Para comprender estos matices es necesario que la autoridad competente aprecie en profundidad las circunstancias del caso y realice los razonamientos que permitirán satisfacer las orientaciones materiales dadas por el legislador: basta con comparar el art. 2632, primer párrafo, frase final, con el art. 2637, frase final. El interés del niño concreto no puede consistir en perder los elementos que hacen a la identidad de la persona y, por tanto, a su dignidad esencial, ni tampoco en omitir la detección de un acto de tráfico en el origen de una adopción viciada.

Una lectura de las disposiciones generales puede formar la errónea opinión de que el orden público internacional solo es contemplado en su función de cláusula de reserva frente a la aplicación del derecho extranjero (art. 2600). A lo largo de este trabajo hemos procurado demostrar que el orden público internacional constituye una herramienta de adaptación y de coordinación de sistemas, a fin de no frustrar los derechos fundamentales de los niños que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad por el fenómeno de las relaciones multinacionales.

Recibido: 1/8/2016

Aprobado: 7/8/2016

LINEAMIENTOS DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS A PARTIR DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

Por NIEVE RUBAJA*

Resumen:

La problemática de la sustracción internacional de niños ha sido una preocupación primordial de la comunidad jurídica internacional y, en la meta de garantizar la estabilidad de los niños en sus vínculos familiares y de asegurar el contacto de aquellos con sus padres, se ha diseñado un mecanismo para conseguir su pronta restitución. En este trabajo se enuncian los ejes fundamentales para su apropiado funcionamiento y se analizan las disposiciones incorporadas por el nuevo Código Civil y Comercial en la materia. Finalmente, a partir del análisis de la jurisprudencia nacional reciente se destacan los logros y desafíos pendientes en nuestro país en los procesos de restitución internacional de niños.

Palabras clave:

Restitución internacional de niños, Derecho Internacional Privado, Cooperación internacional, Código Civil y Comercial, Derechos humanos.

GUIDELINES FOR INTERNATIONAL RETURN OF CHILDREN AS FROM THE NEW CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF ARGENTINA AND RECENT CASE-LAW

Abstract:

The problem of international child abduction has been of primary concern for the international legal community and, considering the aim to ensure children's contact with their parents and to guarantee the stability of their family ties, a mechanism to attain their prompt return has been designed. In this paper, the cornerstones of its proper functioning will be enunciated and the provisions incorporated by the new Civil and Commercial Code of Argentina on the subject will be analyzed. Finally, the achieve-

* Abogada, especialista en Derecho de familia, doctoranda y docente en Derecho internacional privado de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora UBACyT.

vements and remaining challenges of international return of children processes in our country will be highlighted through the analysis of recent national case-law.

Keywords:

International Return of Children, Private International Law, International Cooperation, Civil and Commercial Code of Argentina, Human rights.

*1. LOS MECANISMOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS
EN LA FUENTE INTERNACIONAL: HARD LAW Y SOFT LAW*

El flagelo del desplazamiento y la retención ilícita de los niños a través de las fronteras ha sido una preocupación primordial de la comunidad jurídica internacional y, en la meta de garantizar la estabilidad de los niños en sus vínculos familiares y de asegurar el contacto de aquellos con sus padres, se han desarrollado herramientas con sustento netamente en la cooperación internacional. Las principales fuentes en el ámbito internacional son el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores del 25 de octubre de 1980 (CH 1980) y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CI¹). En general el mecanismo diseñado en estas Convenciones ha demostrado alta efectividad, sumado a la gran cantidad de Estados que las han ratificado (principalmente el CH 1980). Así, esta importante fuente de *hard law* ha resultado provechosa en gran cantidad de casos que se han presentado en la especie a nivel mundial, incluida la Argentina. Además, en nuestro país está vigente el Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, Montevideo 1981, cuyo sistema de cooperación jurisdiccional difiere del que prevén el CH 1980 y la CI; sin embargo, atendiendo a que tanto la Argentina como Uruguay son parte en la CI, este Convenio carece de aplicación práctica².

¹ El CH 1980, a julio de 2016 se encuentra vigente en 95 Estados (ver estado de ratificaciones en www.hcch.net); cabe destacar que Bolivia ha aprobado el Convenio el 13/7/2016, por lo que entrará en vigor en ese país el 1/10/2016. El Convenio fue aprobado en nuestro país por ley 23.857 BO 31/10/1990, y entró en vigor el 1/6/1991. La CI a julio de 2016 se encuentra vigente en 14 Estados (ver estado de ratificaciones en www.oas.org), fue aprobada en nuestro país por ley 25.358 BO 12/12/2000. Si bien la segunda de las mencionadas contiene en el art. 34 una directiva que indica la aplicación prioritaria de esta sobre el CH 1980 consideramos que esta disposición podría interpretarse flexiblemente, y así optar por la aplicación de esta última, si ambos convenios se encontraran vigentes entre los mismos Estados Parte, si ello sirviera para concretar los objetivos convencionales y si, en el caso concreto, este proceder resultara más favorable a la cooperación (por ejemplo, por una mayor agilidad que propongan las Autoridades Centrales designadas en el ámbito del CH).

² Aprobado por ley 22.456. Ver al respecto: TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *Restitución internacional de menores. Análisis en especial del "Convenio sobre protección internacional de menores entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina"*, Instituto Interamericano del Niño, Unidad de Asuntos Jurídicos Montevideo, Uruguay, 1988.

Cabe también aludir al Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños de La Haya, 1996 (CH 1996) ya que nuestro país lo ha firmado el 11/6/2015 y que este ha sido aprobado por ley 27.237³. No obstante, este instrumento tiene su propio objeto y ámbito de aplicación⁴, ofrece herramientas para coadyuvar a alcanzar los objetivos del CH 1980⁵.

³ Sanc. 26/11/2015; promul. 22/12/2015; publ. 23/12/2015. Sin embargo, es dable aclarar que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 61.2.a) del CH 1996 este entrará en vigor en nuestro país el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito de su instrumento de aprobación, y que a julio de 2016 la Argentina aún no ha efectuado el depósito, esperamos que la ratificación se produzca prontamente. Este instrumento se encuentra vigente en 44 Estados a julio de 2016. Para conocer el estado de vigencia, las Autoridades Centrales designadas y las reservas o declaraciones efectuadas por los Estados Parte ver: www.hcch.net.

⁴ El Preámbulo del CH 1996 establece que este está destinado a mejorar la protección de los niños en las situaciones de carácter internacional y, a tal efecto, pretende evitar conflictos entre los sistemas jurídicos con respecto a las medidas adoptadas para la protección de los niños. Asimismo, señala sus objetivos específicos en el art. 1 y enumera las siguientes metas: a) determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño; b) determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia; c) determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental; d) asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes; e) establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio. Para profundizar se recomienda compulsar: LAGARDE, Paul, “Informe Explicativo del Convenio 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 niños”, 15/1/1997, disponible en www.hcch.net, al 10/7/2016; SILVERMAN, Linda, “The 1996 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children”, *Recueil des curs* (323), p. 398; CALVO CARACAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed. 2011-2012, Granada, Comares, 2011, p. 369; CARBALLO PIÑEIRO, Laura, “Cooperación procesal internacional y determinación de la competencia judicial internacional en materia de protección de menores”, *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, *Academia Mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, N° 30, mayo de 2012, p. 137; CALVO CARAVACA, Alfonso L., “El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y la ley aplicable a la protección de los niños. Algunas cuestiones de método”, en *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea, Liber amicorum*, José Luis Iglesias Buhigues, Valencia, Ed. Carlos Esplugues Mota y Guillermo Palao Moreno, Tirant lo Blanch, 2012, p. 443; entre otros.

⁵ Así, se ha entendido que el CH 1996 suplementa y refuerza al CH 1980, para ello: delimita y respeta coherentemente el ámbito de aplicación del segundo —calificaciones, competencia, medidas urgentes, etc.—; desalienta los intentos de *forum shopping* a través de la sustracción internacional de menores; contiene una norma especial de competencia en esos casos; cuenta con disposiciones para coadyuvar a conseguir la restitución segura del niño —especialmente en el art. 24 se contempla un proceso que se ha denominado “reconocimiento anticipado” que prevé la posibilidad de que toda persona interesada solicite el reconocimiento de una medida adoptada en otro Estado Parte para despejar toda duda en relación con su cumplimiento—; completa el mecanismo para pedir la visita internacional que prevé el CH 1980, entre otros. Asimismo, se ha sostenido que el CH 1996 puede resultar de utilidad en aquellos casos en que no se aplica el CH 1980, por ejemplo el CH 1980 no se aplica a niños entre 16 y 18 años de edad o a casos en que el CH 1980 no esté en vigor entre los Estados involucrados. “Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y

Además, especialmente a partir de la labor que ha llevado a cabo la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en torno de esta problemática se ha elaborado una importante fuente de *soft law* para la correcta aplicación e interpretación de las disposiciones del CH 1980 y para superar las dificultades que han ofrecido estos procedimientos a lo largo de los años. Es decir, que los principios que emanan de los Convenios son los que nutren a esta fuente y esta, a su vez, los retroalimenta⁶.

Los mecanismos que ofrecen los instrumentos internacionales enunciados tienen su esencia en dos factores o ejes fundamentales: por un lado en el acotado marco de conocimiento que ofrecen; por el otro, en la prontitud o urgencia con la que se debe restituir a los niños al Estado de la residencia habitual anterior al desplazamiento ilícito y para que, en todo caso, sea esta última la jurisdicción en la que se decidan las cuestiones relativas al fondo del derecho de custodia de aquellos.

El primero de estos factores implicará: que las soluciones a estos conflictos se focalicen desde la perspectiva de la sustracción internacional y, por lo tanto, en la necesidad de revertir la situación para que se restablezcan los derechos de los niños que se encuentren afectados; que la decisión sobre la solicitud de restitución se concentre en responder al interrogante que se genera en torno a la sustracción y, consecuentemente, que la autoridad competente no aborde la problemática relativa a la custodia que compete al juez de su residencia habitual⁷; que el interés superior del niño sea captado en el contexto propio que amerita a estas problemáticas, es decir en recomponer la situación anterior al desplazamiento ilícito o rechazar la restitución si tal interés se encausa en alguna de las causales contempladas convencionalmente⁸; que las excepciones admitidas

de medidas de protección de los niños, publicado por la Oficina permanente de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, 2014”, disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/handbook34es.pdf>, al 28/7/2016.

⁶ Los principios que emanan de estos textos convencionales constituyen una fuente de *soft law* consolidado internacionalmente en la especie. Estos principios están contenidos en los diferentes instrumentos que se elaboraron en torno a las mencionadas convenciones, tales como las Guías de Buenas Prácticas, Ley Modelo, recomendaciones, Conclusiones (disponibles en www.hcch.net). RUBAJA, Nieve, *Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 60 y ss. con especial cita a GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Compatibilidad de las Convenciones Interamericanas y Universales en materia de familia y niñez: evolución y análisis”, Seminario de Derecho Internacional, Cooperación jurídica en materia de derecho de familia y niñez, OEA, DDI/Doc. 14/11, 10/10/2010, disponible en www.oas.org, al 30/6/2016.

⁷ En este sentido se ha sostenido que se trata de decisiones provisorias, pues la finalidad del CH 1980 es evitar la solución de la tenencia a través de las vías de hechos. WEINBERG DE ROCA, Inés, “Sustracción y restitución internacional de menores”, Buenos Aires, LL 1995-C-1281.

⁸ La Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños en el art. 2º, segundo párrafo, define a al interés superior del niño como “...el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional”.

en las Convenciones para no restituir al niño se interpreten restrictivamente⁹ y que la prueba que conduzca a probar tales excepciones se restrinja al marco de conocimiento de estos procesos¹⁰. Cabe mencionar que estas premisas han sido consolidadas en gran medida, a nivel nacional, en los estándares que emanan de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Además, estos han resultado de gran utilidad especialmente para los casos fallados por los tribunales de diversas instancias en todo el país¹¹.

El segundo de los aludidos factores, la prontitud o urgencia en resolver el interrogante en torno a la restitución y en ejecutar la respectiva orden, permitirá asegurar el restablecimiento de los derechos de los niños afectados con el menor costo o injerencia posible en su bienestar. En este contexto cabe advertir

Es dable recordar que en el caso “X. V. v. Latvia” (N° 27853/09, 6/11/2013) la Corte Europea de Derechos Humanos remarcó esta distinción y sostuvo que en los procesos de restitución el interés superior del niño debe ser evaluado a la luz de las excepciones del CH 1980, disponible en www.incadat.com HC/E/ 1146. Así, la corte de Estrasburgo fijó una clara posición al respecto, especialmente luego de las consideraciones que había sostenido en torno a la apreciación del interés superior del niño en el cuestionado caso Neulinger and Shuruk v. Switzerland (Application No 41615/07), Grand Chamber, of 6 July 2010, disponible en www.incadat.com HC/E/ 1323.

En el contexto actual de los casos que se presentan en la materia se advierte que en su mayoría es el principal cuidador del niño, en general la madre, quien lo sustrae. Así, se ha planteado un nuevo interrogante en torno a la interpretación de su interés superior y si este sigue siendo retornar al *statu quo* anterior al desplazamiento, sobre todo cuando la madre no quiere regresar e intenta, de este modo, fundar la excepción de “grave riesgo”. Cabe apreciar en el sitio www.incadat.com el posicionamiento que han tomado algunos países frente a esta cuestión: muchos Estados han adoptado un enfoque muy estricto, por lo que, salvo en situaciones muy excepcionales, se han rehusado a estimar la excepción del “grave riesgo” cuando se presenta este argumento (HC/E/ AT561; HC/E/CA 762 y HC/E/UKe269); sin embargo, en otros casos se estimó que la excepción de grave riesgo se encontraba configurada por la negativa de la madre a la restitución cuando a la madre se le había negado la entrada a los Estados Unidos de América, Estado de residencia habitual del menor (HC/E/AU283; HC/E/PL 701). Es dable mencionar un reciente caso en el que la Corte Europea de Derechos Humanos condenó a Polonia por considerar que había sido violado el art. 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos respecto del Sr. K. J. que había solicitado la restitución internacional de una niña a Reino Unido y que había sido rechazada puesto que la madre se negaba a volver a ese país. Entre otros argumentos, la Corte consideró que los tribunales locales habían abordado el caso como si se tratara de una negativa arbitraria de la madre de la niña para regresar con ella a Reino Unido (párr. 66). En ese supuesto, pese a la consideración de la violación de los derechos del reclamante, la Corte europea consideró que la niña había vivido en Polonia por más de tres años y medio y, por lo tanto, no había bases para interpretar que había una obligación del Estado de ejecutar la orden de restitución a Reino Unido (párr. 76). “K. J. v. Poland” (Application N° 30813/14), 01/06/2016.

⁹ Se recomienda: NAJURIETA, María S., “Interpretación uniforme de las excepciones al reintegro del niño o niña previstas en los convenios de restitución internacional” en *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción (Paraguay), CEDEP, 2010, p. 419 y ss.

¹⁰ Ver GOICOECHEA, Ignacio y RUBAJA, Nieve, “Procedimiento de restitución internacional de niños: pautas imprescindibles para la eficiencia del mecanismo convencional. Enseñanzas a partir de un caso fallado por la justicia argentina”, *Diario Jurídico La Ley*, 21/8/2015, Buenos Aires, p. 3.

¹¹ Ver: RUBAJA, Nieve, “Restitución Internacional de niños”, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (dirs.), *Máximos Precedentes. Derecho de Familia*, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 692.

que las Convenciones en materia de restitución internacional de niños contienen directivas en relación a la celeridad y la urgencia con la que deben llevarse adelante los procedimientos¹². Además, de conformidad con los tratados de derechos humanos, estas respuestas necesariamente deben ser brindadas en un plazo razonable para cumplir con la garantía de acceso a la justicia, comprendido en un sentido amplio, desde la posibilidad de plantear el reclamo, el acceso a la jurisdicción, la igualdad ante la ley, el debido proceso, e, incluso, hasta la propia efectividad de la sentencia en un tiempo razonable. En igual sentido lo estipulan los estándares fijados por la Comisión¹³ y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴.

Estas fuentes de obligaciones —la especial y las de derechos humanos— tienen como fin último la protección de los derechos de los niños y niñas víctimas de estos flagelos, como la de todos los involucrados en estos procesos. Como contracara, el incumplimiento de dichas obligaciones además de profundizar la vulneración de los aludidos derechos traerá aparejada la responsabilidad internacional de los Estados¹⁵.

¹² La urgencia en el texto del CH 1980 surge, entre otros, del art. 2º y del art. 11, se fija el plazo de 6 semanas para resolver la solicitud de restitución. En el ámbito de la CI la urgencia o principio celeridad se desprende especialmente del art. 11 que establece el plazo de 8 días para presentar la oposición fundamentada a la solicitud de restitución; del art. 12 que establece que luego de 60 días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente. Además, en el art. 10 se establece que, si fuere procedente, se deberá disponer “sin demora” la restitución. En el art. 13 se establece el plazo de 45 días calendario como tope para que se ordenen las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor desde que fuere recibida por la autoridad central requirente la resolución por la cual se dispone la entrega.

¹³ Véase “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II Doc 4, 2007. Disponible en <http://www.cidh.org/pdf/%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf> al 22/7/2016.

¹⁴ Entre estos se ha sostenido: “El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”, Caso “Fornerón e hija v. Argentina” 27/04/2012, Serie C No. 242, “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago”, 21/06/2002, Serie C No. 94, y “González Medina y familiares vs. República Dominicana”, 27/2/2012, Serie C No. 240. Para profundizar en estos estándares compulsar: ANDREU, Federico *et. al* (2014), en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, Alemania. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-4-30.pdf?140901164826 al 4/6/2016.

¹⁵ En el ámbito europeo ya se han presentado numerosos casos en los que se ha condenado a los Estados por este tipo de incumplimiento. A modo de ejemplo el Tribunal de Estrasburgo en el caso “Ferrari v. Rumania” (Application N° 1714/2010), 28/4/2015, condenó a Rumania en la consideración que las demoras por parte de las autoridades rumanas que habían demorado 13 meses en resolver el pedido de restitución y, por lo tanto, no se había protegido el derecho a la vida familiar (art. 8º Convención Europea de Derechos Humanos). El niño había nacido en Argentina en el año 2005 y la retención en Rumania databa del año 2007. El padre pidió la restitución a la ciudad de Buenos Aires. Cabe además mencionar otros supuestos en que este Tribunal condenó a diversos países en razón de las demoras: “P.P. v Poland” (Application N° 8677/03, 8/01/2008), en el que el regreso de los niños a Italia demoró 6 años desde el desplazamiento; caso “Iosub Caras v. Rumania” (Appli-

En definitiva, los Estados Parte del CH 1980 han asumido expresamente la obligación contenida en el art. 2º que expresa “Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para que se cumplan en su territorio los objetivos del Convenio”; en similar sentido en la CI se afirma que las autoridades adoptarán todas las medidas que sean necesarias para el pronto retorno del menor a su residencia habitual (art. 10).

No obstante, las demoras originadas en estos procedimientos han sido identificada como el principal problema de funcionamiento de estas Convenciones¹⁶ que establecen plazos sumamente breves. Ello por cuanto el paso del tiempo repercute negativamente en la delicada situación en la que ya se encuentran los niños que han sido víctimas de un primer desplazamiento. Es decir, la demora en la resolución y ejecución de los casos, probablemente, conllevara a una inevitable integración del niño a la nueva residencia que deberá volver a modificarse una vez que se restablezcan los derechos de aquel. Así, sumado al primer desarraigo que ha sufrido el niño en estos cuadros se producirá uno nuevo consecuente de la consolidación de hecho de un nuevo centro de vida.

Estas demoras suelen tener origen en diversos momentos del procedimiento: cuando se produce prueba inconducente para dilucidar el interrogante en torno a la restitución —en este terreno deberá hallarse el justo balance entre el derecho de defensa en juicio de las partes y el marco restringido para probar estrictamente los extremos admitidos en las Convenciones en la materia—; cuando se abordan cuestiones que hacen al fondo del derecho de custodia, excluidas expresamente en las Convenciones (art. 16 CH 1980 y CI); cuando se admiten diversos niveles recursivos y la decisión es revisada por tres y hasta cuatro instancias¹⁷; cuando se cursan traslados por tiempos extensos considerando el con-

dition No 25437/08, 27/07/06) la Corte entendió se había violado el art. 8º de la Convención Europea puesto que el regreso había demorado 18 meses; “H.N. v. Poland” (Application N° 77710/01, 13/9/2005), se ha interpretado que las medidas para asegurar la ejecución de las decisiones deben contemplarse con la urgencia que impone el art. 11 CH. Para ampliar se recomienda compulsar: WALKER, Lara y BEAUMONT, Paul, “Shifting the balance achieved by the Abduction Convention: The contrasting approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice”, en *Journal of Private International Law*, vol. 7, N° 2, agosto 2011, pp. 231/249.

Hay casos que ya se han planteado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos especialmente atendiendo a las demoras de la justicia de nuestro país en esta materia: entre ellos, “Q., A. v. Argentina” Petición P 1212-12 (2012) y en el caso CSJN, 22/12/2015, “R., M. A. v. F., M. B. s/ Reintegro de hijo” en el que surge de la última resolución de la Corte Suprema que se ha denunciado al país ante la Comisión puesto que luego de cinco años desde que la Corte Suprema ordenara la inmediata restitución del niño a los EE.UU. aún no se había ejecutado.

¹⁶ GOICOECHEA, Ignacio, “Derecho procesal de familia y funcionamiento de convenios internacionales” en DREYZIN DE KLOR, Adriana y ECHEGARAY de MOUSSION, Carlos E. (dirs.), *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*, Córdoba, Advocatus, 2011, p. 192 especialmente nota 13.

¹⁷ En algunos países incluso se recurren estas decisiones frente a Cortes Constitucionales. En estos casos puede suceder que se invada la materia que hace al fondo del derecho de custodia y, asimismo, que se pongan en juego otros aspectos tales como la posible contradicción entre las disposiciones o principios constitucionales del país con las metas de las Convenciones. Para ilustrar esta cuestión cabe aludir al caso “L.R.C., a favor de I.C.R., y E.C.R., contra el Juzgado de Niñez

texto propio de estos asuntos; cuando la demora se produce en la resolución de los casos; cuando se presenta la necesidad de volver a producir prueba en otras instancias judiciales en razón de las demoras acaecidas desde la prueba anteriormente producida en el expediente¹⁸; cuando se presentan complicaciones en la ejecución de las sentencias —tanto de tipo prácticas como la compra de pasajes, la organización del viaje de regreso, etc. como legales—, entre otros.

En este sentido es dable mencionar que, a nivel latinoamericano, desde la comunidad jurídica internacional se ha elaborado una Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños (Ley Modelo)¹⁹ que recoge la trayectoria de la doctrina y la ju-

y Adolescencia y el Tribunal de Familia” fallado por la Sala Constitucional de la Corte de Justicia de Costa Rica el 17/5/2013, disponible en www.incadat.com HC/E/CR 1320. El supuesto concernía a dos niñas que habían sido desplazadas de Estados Unidos de América —lugar donde habían nacido— a Costa Rica. El padre solicitó la restitución. La madre se presentó ante el Registro Civil costarricense para inscribir a las niñas varios años después de su nacimiento. En primera instancia se ordenó la restitución, la decisión fue apelada por la madre. El Tribunal de Familia desestimó el recurso de apelación. La madre interpuso una acción de *habeas corpus* ante la Corte Suprema de Justicia y entre sus argumentos sostuvo que la restitución obligaba a las niñas, de nacionalidad costarricense, a salir del territorio nacional y separarse de su madre contra su voluntad expresa y que ello era contrario al art. 32 de la Constitución Política de Costa Rica, que dispone que no puede compelerse a un costarricense a abandonar el territorio nacional; por lo tanto, sostuvo que la restitución era manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño, plasmado en los arts. 20 CH 1980 y 25 CI. Finalmente, la apelación fue concedida y la restitución denegada el 17/5/2013. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia consideró que existían suficientes elementos que indicaban que las niñas habían desarrollado relaciones importantes a nivel educativo, familiar y social que les podían provocar una afectación seria, tomando en cuenta el art. 20 del CH 1980 y el principio del interés superior del menor derivado del art. 51 de la Constitución Política y del art. 3º de la Convención de Derechos del Niño.

¹⁸ Puede advertirse en el caso CNCiv., sala B, 3/11/2014, “H. F. R. L. J. M. v. D.M.F. s/ restitución internacional de menores”, en la que la producción de prueba en primera y segunda instancia llevó a que se llegaran a decisiones opuestas en cada una de ellas, ambas debidamente fundadas. El caso ha sido comentado por TAGLE DE FERREYRA, Graciela, “¿Aplicar restrictivamente el art. 13 B) del Convenio de la Haya de 1980 equivale a no aplicarlo en ningún caso?”, en *Derecho de Familia*, 2015-III-24 (junio), Abeledo-Perrot; SCOTTI, Luciana B., “Rechazo de la restitución internacional de una niña en resguardo de su interés superior”, en *Derecho de Familia y de las Personas*, año VII, N° 6, La Ley, julio 2015, p. 99; GOICOECHEA, Ignacio y RUBAJA, Nieve, “Procedimiento de restitución internacional de niños:...” cit.

¹⁹ Esta Ley Modelo fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. Se puede acceder su texto en http://www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf, disponible al 27/7/2016. Para profundizar en el esquema que plantea la Ley se recomienda compulsar: LAJE, Rodrigo, “Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los Convenios sobre sustracción internacional de niños”, en SCOTTI, Luciana (dir.), *Restitución internacional de menores*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2014, p. 139 y ss.; NAJURIETA, María S., “El interés superior del niño a ser rápidamente restituido a su residencia habitual. Un nuevo aporte jurisprudencial en aplicación de la Convención de La Haya del 25/10/1980”, RDF 99-113, p. 110; GOICOECHEA, Ignacio, “Derecho procesal de familia y funcionamiento de convenios internacionales. El caso del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, en *Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría*, San José (Costa Rica), Editorial Jurídica Continental, 2008, pp. 155 y ss.; RUBAJA, Nieve, *Derecho internacional privado de familia...* cit., p. 523; entre otros.

risprudencia de los Estados Parte en aplicación de las Convenciones y propone ciertos lineamientos para optimizar los procesos en la materia, especialmente en relación a su celeridad, y pone foco en los principios de inmediatez, concentración²⁰, contradicción y en el derecho del niño a ser oído, entre otros. De a poco los países de la región van encaminándose a incorporar regulación de este tipo. La experiencia de algunos de ellos demuestra que de este modo se han logrado disminuir notablemente los tiempos y, a su vez, se ha coadyuvado a asegurar el cumplimiento de las demás metas convencionales; otros están en vías de elaborar y sancionar este tipo de regulación²¹.

En el caso de nuestro país la sanción de una ley para regular los procesos de restitución internacional de niños continúa siendo un gran desafío pendiente²². Resultará, además, un desafío a nivel local unificar estos procedimientos en todo el territorio nacional. Ello por cuanto el sistema federal plasmado constitucional-

²⁰ La concentración de jurisdicción ha devenido en una herramienta clave para conseguir mayor efectividad y especialidad en la aplicación de las Convenciones en materia de sustracción internacional de niños. Véase MC ELEAVY, “The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention”, *Netherlands International Law Review*, 62(3), 365-405. 10.1007/s40802-015-0040-z, p. 372.

²¹ Por ejemplo: Uruguay: Ley 18.895 “Restitución de personas es de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente”; en El Salvador, la nueva Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Lepina (en vigencia desde el 16/4/2010 según Decreto Legislativo 839 del 26/3/2009) cuenta con un proceso abreviado —veinte días hábiles— que se ha aplicado a casos de restitución y ha permitido resolver procesos en plazos sumamente acotados. En Brasil, la Autoridad Central creó una comisión especial para discutir y elaborar un borrador de un proyecto de ley federal para establecer procedimientos y plazos para los pedidos de regreso y visitas. Hay otros países latinoamericanos con regulación en la especie, aunque anterior a la Ley Modelo: Chile (Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia del 3 de noviembre de 1998); República Dominicana (Resolución 480/2008 de la Suprema Corte de Justicia); y Panamá (Decreto Ejecutivo 222/2001). En cada caso debería reverse la efectividad que han surtido tales disposiciones a nivel interno, las características y tiempos actuales que caracterizan a los procesos de restitución internacional en esos países y la necesidad o ventajas que traería adecuar sus legislaciones a la propuesta de la Ley Modelo en cada caso.

A nivel europeo el Reglamento (CE) 2201/2003 sobre Competencia, Reconocimiento y Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental del 27/11/03 regula estos procesos. Holanda lleva adelante un proceso de restitución que incluye una etapa de mediación y resuelve los casos dentro del plazo de 6 semanas que prevé la Convención. El ordenamiento jurídico español que ha logrado avanzar en este desafío mediante la Ley 15/2015 que entró en vigor el 20/8/2015. Para profundizar se recomienda compulsar: FORCADA MIRANDA, Francisco J., “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, disponible en <http://www.millenniumdipr.com/ba-39-el-nuevo-proceso-espanol-de-restitucion-o-retorno-de-menores-en-los-supuestos-de-sustraccion-internacional-la-decidida-apuesta-por-la-celeridad-y-la-novedosa-circular-de-la-fiscalia-6-2015-parte-ii>, al 22/5/2016 y, FERNÁNDEZ DE ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Madrid, Civitas, 2016, p. 414.

²² Recientemente ha perdido estado parlamentario un proyecto de ley titulado “Procedimiento para la aplicación de los Convenios sobre la restitución de niños y niñas y régimen de comunicación o contactos internacionales” Expediente: 5903-D-2014, Trámite Parlamentario n° 95 Fecha: 5/8/2014. El texto completo puede consultarse en: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5903-D-2014>, disponible al 30/4/2015.

mente en la Argentina conlleva a que las cuestiones procesales deban ser reguladas por cada provincia, puesto que no se trata de funciones delegadas al Congreso Nacional²³. Sumado a esta circunstancia, la gran extensión territorial puede implicar una traba ante la posibilidad de establecer una jurisdicción especial y con concentración, aunque esperamos que ello se logre, al menos, a nivel provincial, dadas las importantes ventajas que ello trae a la resolución de estos casos.

En relación con la fuente interna cabe mencionar que varias de las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial (CCyCN)²⁴ serán de gran utilidad en la resolución de casos en materia de restitución internacional de niños; sin embargo, lograr acortar los tiempos de los procesos continúa siendo una cuenta pendiente y la jurisprudencia nacional da cuenta de ello.

Proponemos, por tanto, a continuación profundizar sobre las nuevas disposiciones incorporadas en la fuente interna y analizar la jurisprudencia nacional, desde la entrada en vigor del nuevo Código, para detectar la aplicación de la nueva normativa y, a su vez, advertir si se han respetado los dos ejes o factores aquí aludidos.

2. DISPOSICIONES INCORPORADAS POR EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL QUE RESULTARÁN DE UTILIDAD EN PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS

El CCyCN argentino ha incorporado un título relativo a las “*Disposiciones de Derecho internacional privado*”. Aquel está dividido en tres capítulos: disposiciones generales, jurisdicción internacional y parte especial. En el último de aquellos se incluyen 16 Secciones; la 8ª contiene un artículo referente a la restitución internacional de niños. Son numerosas las directivas que emanan de dicho artículo, sumadas a las otras disposiciones que también incidirán en este tipo de procesos.

Así, los aportes de la nueva legislación implicarán grandes ventajas en el abordaje de estas situaciones problemáticas y para los procesos en la especie, incluida la cooperación jurisdiccional tanto de forma anticipada al proceso, durante el mismo, como a los fines de la ejecución de las sentencias. Sin perjuicio de ello, seguirá resultando imprescindible contar con normativa que regule estos procedimientos a nivel nacional en aras de mejorar la celeridad en estos casos.

²³ En este sentido se ha sostenido que el CH 1980, conforme a la legislación vigente, tiene rango constitucional y que, por lo tanto, la obligación de dictar una ley de procedimiento es de cumplimiento ineludible para el Estado nacional que tiene la obligación de hacer cumplir este Convenio a todos los gobiernos provinciales, por eso es que debe legislarse de manera unificada sobre un tema de estricto interés federal. Luego, el procedimiento podrá ser reglamentado por cada una de las jurisdicciones provinciales, respetando el objetivo antes enunciado. TAGLE DE FERREYRA, Graciela, “Un proceso que requiere una legislación específica urgente”, SJA 2014/10/29-24; JA 2014-IV.

²⁴ El Código Civil y Comercial de la Nación fue aprobado el 1/10/2014 por ley 26.994 y entró en vigor el 1/8/2015 de conformidad con lo dispuesto por ley 27.077.

Entre las disposiciones que incorpora el CCyCN mencionaremos:

2.1. *El art. 2642: Principios generales y cooperación*

En el artículo se dispone: “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”²⁵.

En vigencia del Código Civil el ordenamiento jurídico argentino carecía en su fuente interna de soluciones para casos de niños que habían sido desplazados a un Estado distinto del de su residencia habitual y a los fines de su reintegro²⁶. Esta norma incorpora entonces una importante solución para los casos en la materia que vinculan a la Argentina con Estados que no son Parte en las Convenciones vigentes —o que exceden su marco de aplicación— e, incluso, aborda tanto los conflictos que generan el regreso seguro del niño al momento de ejecutar la orden de restitución como las medidas anticipadas o de protección que correspondan a estos supuestos en todos los casos.

²⁵ Las fuentes de la Sección son el CH 1980 y el documento de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado “Ejecución de órdenes fundadas en el Convenio de La Haya de 1980. Hacia principios de buenas prácticas”, 2006, puntos 1.3, 4, 5 y 6, conf. UZAL, María E., “Breve panorama de la reforma del Derecho Internacional Privado” en RIVERA, Julio (dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 1196.

²⁶ Solo cabía recurrir a la aplicación del art. 276 CCiv. como a los instrumentos internacionales existentes relativos a medidas cautelares, en la medida que aquellos resulten aplicables por vincular a ambos Estados afectados en el caso concreto (a modo de ejemplo, la CIDIP II de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, ley 22.921. El art. 276 CCiv. contemplaba los supuestos de que los hijos dejen su hogar o que otros los retengan. En esos casos, se habilitaba a los padres a recurrir ante las autoridades públicas que presten asistencia para el reintegro al hogar, como a denunciar penalmente a los terceros retentores. Aunque dichas denuncias, en general, resultan desaconsejables ya que este proceder puede obstar a cualquier restitución voluntaria que siempre es la solución más efectiva, veloz y que menos consecuencias dañinas implican para todo el grupo familiar y especialmente para el niño afectado. Es más, la experiencia ha demostrado que la persecución penal siempre funciona como un obstáculo lo para la restitución. RUBAJA, Nieve, *Derecho internacional privado de familia...* cit., p. 455.

a) Aplicación de los principios generales y cooperación contemplados
en la fuente convencional dentro y fuera de su ámbito de aplicación

La norma en su primera parte confirma la aplicación de la fuente convencional vigente²⁷; extremo que resulta apropiado y lógico en sintonía con lo establecido en el art. 2594 CCyCN que reitera la supremacía de la fuente internacional. Sin embargo, su principal aporte es la extensión de la aplicación de los principios contenidos en tales Convenios a los casos que queden fuera del ámbito de aplicación de aquellos, con el recaudo de asegurar el interés superior del niño.

Es decir, se brinda una línea de solución a todos los casos que se presenten en la materia en nuestro país. Para los supuestos que excedan el marco de aplicación de estas Convenciones se asienta el deber de procurar la adaptación del caso a los principios contenidos en tales convenios, lo que sin lugar a dudas hace referencia tanto al *hard law* como al *soft law* emergente en la especie y resulta concordante con el art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²⁸ en relación a las pautas interpretativas de aquellos²⁹. Ello implicará la posibilidad de revertir las situaciones creadas ilícitamente en cada caso y, a su vez, que todos los casos cuenten con gran parte de las bondades de estas Convenciones³⁰. El único límite fijado por la norma para esta adaptación es el interés superior del niño que deberá ser captado en el contexto de la sustracción internacional de niños.

b) Regreso seguro del niño, niña o adolescente al Estado de su residencia
habitual

El segundo párrafo contiene una disposición de tipo material en relación a la seguridad con que deberá efectuarse el regreso del niño, niña o adolescente

²⁷ Recordamos que, además de la CH 1980 y CI, se encuentra vigente también en nuestro país el Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay. En su ámbito de aplicación este Convenio se distingue de los anteriores por cuanto la calificación de “menor” se deja librada a la ley del Estado de la residencia habitual del niño (conf. art. 4º) y, por lo tanto, superará el límite de edad de 16 años fijados en el CH 1980 y la CI.

²⁸ Ley 19.865.

²⁹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había sacado provecho de la fuente de *soft law* en varias de sus sentencias en la materia — v.g. CSJN, 22/11/2011, “W.D. v. S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor”; CSJN, 22/8/2012, “G., P. C. v. H., S. M. s/ reintegro de hijo”; CSJN, 21/2/2013, “H.C.A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Sub directora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”; CSJN, 8/11/2011, “F. R., F. C. v. L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo”—. Ver: RUBAJA, Nieve, “Restitución internacional de niños” en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (dirs.), *Máximos Precedentes. Derecho de Familia...* cit., p. 692 y ss.

³⁰ Sin perjuicio de ello, muchas otras virtudes no podrán verse reflejadas en estos casos sobre todo aquellas provenientes de la actuación de las Autoridades Centrales contempladas en los ámbitos convencionales. En definitiva, debe aspirarse a la mayor ratificación posible de los textos convencionales, máxime para que los Convenios resulten aplicables también en casos salientes con el resto de los países.

en la etapa de ejecución de la sentencia. Es decir, se establece el deber de la autoridad judicial competente de supervisar el regreso del niño al Estado de su residencia habitual anterior al desplazamiento. Se indica, además, que se deberán fomentar las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.

En este contexto es dable mencionar que los Convenios de restitución internacional de niños carecen de disposiciones en relación a la ejecución de las decisiones. Sin embargo, a partir de las trabas existentes en el plano práctico en torno a la ejecución de las restituciones ordenadas judicialmente o pactadas por las partes, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se ha ocupado de ahondar en el tema, realizando distintos tipos de trabajos que dieron como resultado la elaboración de una *Guía de buenas prácticas (cuarta parte)*³¹. Este instrumento ofrece ciertas herramientas y sienta determinados principios en la búsqueda de soluciones en esta fase del procedimiento, para asegurar su efectividad y el cumplimiento de los objetivos convencionales.

En esta guía se resumen los factores que pueden demorar u obstaculizar la restitución de los niños, entre los cuales se destacan: la falta de detalles exactos en las órdenes respecto de la entrega o restitución de los niños; las demoras en la falta de respuesta entre las autoridades centrales y otras autoridades; la imposibilidad de que el progenitor ingrese al país de la residencia habitual al que tenga que retornar el niño —por ejemplo, por aspectos migratorios—; problemas de índole práctica, tales como los económicos en atención a los costos del traslado, alojamiento o asesoramiento legal en el otro Estado; etc.

Cabe especialmente considerar que la obligación de garantizar el regreso seguro del niño o niña en la etapa de ejecución se justifica, sobre todo, en aquellos casos en los que se ha alegado la excepción contenida en el art. 13.1 b) del CH. Es decir, cuando ha mediado cierto grado de incertidumbre con relación a si el niño sustraído podría verse expuesto a una situación de riesgo de violencia física o psíquica o intolerable, una vez que fuera restituido al Estado de su residencia habitual. Allí, pese a haber descartado la conformación de esta excepción respecto del principio restitutorio³², probablemente el juez requerido pretenda asegurar con el mayor grado asequible la situación en que quedará el niño una vez desplazado al Estado requirente, para lo que deberá contar con información

³¹ Esta guía está disponible en español en <https://assets.hcch.net/upload/guide28enf-s.pdf>, al 20/7/2016.

³² Cabe aquí recordar que Ley Modelo propone la “restitución segura” incluso cuando se configure esta excepción. Así, el art. 18.2 establece que no podrá denegarse la restitución basándose en la excepción contemplada en el art. 13 b), CH, y en el art. 11 b), CI, si se demuestra que se han adoptado medidas que garanticen la protección del niño tras la restitución. Esta solución también está prevista en el marco de la Comunidad Europea en el reglamento CE 2201/2003 del 27/11/2003 (publicado en DOUL, nro. 338, del 23/12/2003). La ley de procedimiento uruguayo también sigue este criterio. Puede verse su aplicación práctica en el caso “XX v. ZZ s/ reintegro de hijos”, Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno, 6/2/2015, disponible en www.incadat.com, HC/E/UY 1322.

respecto de las medidas de protección con que cuenta aquel Estado y, en la medida de lo posible, organizarlas de manera conjunta. Además, factiblemente, el juez del Estado de refugio procurará conseguir un seguimiento del caso pese a que el niño ya no se encuentre en su territorio.

Entre las recomendaciones o sugerencias que se efectúan para efectivizar apropiadamente la orden de restitución, en la Guía se prioriza la escucha de las propuestas que puedan efectuar las partes y se exhorta a los tribunales a que inviten a las partes a realizar estas propuestas y, si fuera posible, a efectuar conjuntamente los arreglos prácticos que se incorporarán a la orden de restitución (punto 4.3). Además, se promueve el cumplimiento voluntario y, en atención a los beneficios que traen aparejados los acuerdos amigables, se promueve la mediación u otra forma de acuerdo voluntario, sin perjuicio de la obligación primordial de evitar demoras indebidas en el litigio (punto 5.1).

Además, se recomienda que: en todas las circunstancias, salvo las excepcionales, la orden deberá requerir la restitución inmediata del niño, ya que las demoras pueden causarle más daño y confusión al niño y darle al progenitor sustractor la oportunidad de sustraerlo nuevamente (punto 4.1.); que al emitir una orden de restitución, el tribunal deberá hacerlo en la forma más detallada y específica posible, incluyendo los datos prácticos de la restitución y las medidas coercitivas que se aplicarán en caso de ser necesario (punto 4.2.); e, incluso, se sugiere que el tribunal considere incluir en la orden de restitución una escala jerárquica de diferentes opciones (punto 4.4).

Es en esta inteligencia que el segundo párrafo del art. 2642 prioriza la posibilidad de llegar a un acuerdo voluntario para el cumplimiento de la orden de restitución —que podría incluir compromisos por parte de los padres del niño de que se trate en relación a las futuras visitas, compra de pasajes aéreos, condiciones de vivienda en el otro Estado, etc.— y, en consecuencia, el juez procurará que el reintegro se realice garantizando la seguridad del niño.

A tales fines será muy provechoso recurrir a la figura de las comunicaciones judiciales directas entre las autoridades de los Estados requirente y requerido puesto que incrementarán la seguridad y previsibilidad del escenario posterior a la restitución; asimismo, posibilitarán el intercambio de información pertinente en relación a las medidas que podrían tomarse una vez efectuado el regreso, tanto respecto del cuidado del niño, de la protección de su integridad o su salud, como de la asistencia a sus progenitores y de las garantías en relación al contacto con el padre sustractor, entre otros³³.

Hemos sostenido que el empleo de este recurso —las comunicaciones judiciales directas— conformará un tramado conjunto que responde a la responsa-

³³ Así se podrán coordinar “órdenes espejo”, que son aquellas dictadas por los tribunales del Estado requirente en forma idéntica o similar a una orden dictada en el Estado requerido tendiente a la protección del niño a restituir; u órdenes de “puerto seguro”, que son las que intentan asegurar ciertas condiciones al arribo de las partes en el Estado requirente; entre otras. Contempladas en la *Guía de Buenas prácticas, cuara parte*.

bilidad de ambos Estados sobre el niño: el juez del Estado requerido obtiene la seguridad suficiente para efectivizar la restitución; igualmente, su intervención importa una colaboración fundamental respecto del juez del Estado requirente ya que posibilitará una mejor captación del contexto u escenario en cada caso y conllevará a una apropiada protección del niño que será restituido. Máxime teniendo en cuenta que en estos asuntos se encuentra asumida la competencia de la autoridad correspondiente del Estado de la residencia habitual del niño para resolver el fondo de la custodia (conf. art. 16). De este modo se cumplirán los objetivos convencionales pero, primordialmente, en cada caso se concretarán los derechos fundamentales y el interés superior de cada niño o niña que se vieron envueltos en estas problemáticas³⁴.

En la etapa de ejecución también resultará de suma trascendencia la colaboración que deben brindar las autoridades centrales. En el art. 7° del CH 1980 se enumeran las distintas obligaciones a cargo de estas autoridades, tanto en relación con el deber de cooperar entre sí, como con las autoridades competentes; entre aquellas, varias atañen especialmente a esta etapa de los procedimientos. Así se establece que deberán: prevenir que el niño no sufra mayores daños, para lo que adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales, inc. b); alentar y garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable, inc. c); promover el intercambio de información general sobre la legislación del país en aplicación de la Convención, inc. d); facilitar la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado, inc. g); garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución sin peligro, inc. h)³⁵.

c) Medidas anticipadas de protección

Por último, en el tercer párrafo del art. 2642, se admite la posibilidad de disponer medidas anticipadas frente al inminente ingreso de un niño o adolescente al país cuyos derechos puedan verse amenazados, ya sea a pedido de parte legitimada o por requerimiento de autoridad competente extranjera.

La disposición no especifica las medidas a ordenar, lo que dependerá de la creatividad de los jueces en función de las particularidades del caso. Ellas podrían comprender la retención de los pasaportes, el apersonamiento ante una dependencia policial del adulto responsable, la fijación del domicilio en el que

³⁴ RUBAJA, Nieve, “La estabilidad del niño y de los vínculos con sus progenitores luego de emitida la orden de restitución. Recursos judiciales disponibles”, *Revista de Derecho de Familia*, Jurisprudencia, N° 59, Buenos Aires, Abeledo Perrot, mayo 2013, pp. 99/110.

³⁵ Todas las obligaciones han sido abordadas, explicadas e interpretadas en la *Guía de buenas prácticas, primera parte*, (disponible en www.hcch.net) con la finalidad de aclarar sus extremos y optimizar el rendimiento de la intervención de estas autoridades. Esta doctrina ha sido tomada, referida de manera expresa y aplicada en reiteradas oportunidades, por nuestra Corte Suprema. Así, se ha instado la cooperación de nuestra y de otras autoridades centrales para concretar la restitución de un modo seguro y con el menor impacto para los niños. Ver nota 30.

deberá residir transitoriamente el niño en nuestro país, la custodia policial —si el caso lo requiriera—, entre otras.

Tales medidas también pueden contemplar, si correspondiera, la protección del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente.

Si bien el artículo requiere la petición de parte legitimada o requerimiento de autoridad competente debe atenderse a lo dispuesto por los arts. 2603 y 2641 CCyCN, puesto que de ellos se desprende la posibilidad de que la autoridad competente en el país disponga las medidas urgentes que considere pertinente —incluso si no mediara tal petición— para asegurar su protección. En esta especie, hasta tanto se defina si se trata de un supuesto de restitución internacional de niños o no.

Cabe, en este contexto, aludir a lo dispuesto al CH 1996 que refuerza estos criterios; así, en el art. 7.3 se establece que las autoridades del Estado contratante al que el niño ha sido desplazado o donde se encuentra retenido solamente pueden tomar las medidas urgentes necesarias para la protección de la persona o los bienes del niño, de acuerdo con el art. 11³⁶.

2.2. Otras disposiciones relevantes en materia de restitución internacional de niños

El art. 2614 mediante una norma de tipo material contiene la calificación del domicilio de las personas menores de edad. En el último párrafo, se refuerzan los parámetros establecidos convencionalmente en esta materia cuando dispone que “...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”³⁷.

³⁶ En el art. 11.1. se establece que en caso de urgencias 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. En el art. 11.2. se dispone que las medidas de este tipo que fueran adoptadas respecto de un niño que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante dejarán de tener efecto desde que las autoridades competentes en virtud de los arts. 5° a 10 adopten las medidas exigidas por la situación. De este modo, se atiende a la urgencia de la situación pero se respeta la prioridad respecto a los criterios de atribución de jurisdicción previstos en el propio Convenio. Asimismo, en el art. 11.3. se indica que si el niño tuviera su residencia habitual en un Estado no contratante las medidas adoptadas dejarán de tener efecto en todo Estado contratante desde que las medidas exigidas por la situación y adoptadas por las autoridades de otro Estado se reconocen en dicho Estado contratante. Puede advertirse que se procura proteger a todos los niños, tengan o no su residencia habitual en un Estado Parte, ya que tal protección finaliza cuando la medida de protección que toman las autoridades competentes surtan efectividad en el lugar donde se presenta la urgencia.

³⁷ Nótese que en esta inteligencia en el CH 1996 el art. 7° se refiere a estas situaciones y establece la competencia para entender en la cuestión de fondo de las autoridades del Estado donde el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes del desplazamiento o retención. Asimismo, que esas autoridades conservarán la competencia hasta: el momento en que el niño adquiera una residencia habitual en otro Estado y quien detente la guarda acceda a tal situación; o, transcurra un período de al menos un año sin que quien detente la guarda solicite la restitución del niño y este se hubiera integrado a su nuevo medio.

Es decir que se procura prevenir que en estas situaciones los sustractores cambien la jurisdicción unilateralmente a los fines de obtener una decisión judicial respecto del fondo de la custodia; situación que resulta acorde a las previsiones convencionales³⁸.

Por su parte el art. 2611 incorpora expresamente el deber de brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral, más allá de las obligaciones que surjan en tal sentido de los marcos convencionales vigentes. La norma impone el deber de brindar cooperación de manera “amplia” de modo que abarcará tanto los actos que resulten necesarios en torno a cuestiones procesales como aquellos que estén orientados a cierta finalidad de tipo material y que permitirán realizar derechos fundamentales (por ejemplo, para la protección de niños)³⁹. En definitiva, el deber de cooperación de los jueces o autoridades que intervengan en estos asuntos abarcará todo lo que exceda el marco de cooperación en la especie contenido en las Convenciones vigentes y/o en el art. 2642⁴⁰.

También cabe hacer referencia al art. 2612 que en su primera parte dispone: “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...”. Los recaudos son claros, la forma no está establecida por lo que quedará librado a la discrecionalidad del juez y a las prácticas de los diferentes Estados (probablemente, al momento, la videoconferencia sea una de las formas más útiles).

La posibilidad que las autoridades de los Estados requirente y requerido mantengan este tipo de comunicaciones pueden traer aparejadas numerosas ventajas en las diversas instancias de estos procedimientos, ya sea: para conocer aspectos del derecho del Estado de la residencia habitual anterior al traslado o retención para evaluar la licitud o no del desplazamiento; para conocer aspectos del vínculo o procedimientos que se hayan ventilado en el otro Estado en

³⁸ Además, nótese que del art. 2639 puede deducirse que tanto la jurisdicción internacional como el derecho aplicable en relación con la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. Ver RUBAJA, Nieve, comentarios a la Sección 7ª del Título IV Disposiciones de Derecho internacional privado en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 903 y ss.

³⁹ RUBAJA, Nieve, comentario al Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 2601 a 2612 y 2621 a 2642, INFOJUS, 2015, en prensa.

⁴⁰ Aunque la norma no lo diga expresamente se debe entender que el límite al deber de prestar dicha asistencia es el orden público internacional argentino, correspondiendo analizar su posible violación (o incompatibilidad) de manera restrictiva y proporcionalmente a la amplitud que establece la norma. IUD, Carolina y RUBAJA, Nieve, “Algunas herramientas para mejorar el acceso a la justicia en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino”, en *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2015*, Asunción, CEDEP-ASADIP y Mizrahi & Pujol, libro de las Jornadas Asadip, 2015, p. 242.

relación a la integridad del niño, posibles abusos o violencia; para asegurar los extremos necesarios para concretar la restitución, la estabilidad del niño y de los vínculos con sus progenitores; entre otros⁴¹. En definitiva, para garantizar la efectividad de los objetivos convencionales y el interés superior del niño de que se trate.

Esta posibilidad es una extensión del principio de cooperación que debe primar y que resulta esencial en estos procedimientos.

Así, aunque las comunicaciones judiciales directas no fueron incluidas en la Sección 8^a, entendemos que los casos de restitución internacional de niños son urgentes por definición, tanto porque se trata de encausar los derechos fundamentales de los niños que han sido conculcados por decisión unilateral de uno de sus padres como por la condición de vulnerabilidad de aquellos, sumada a la internacionalidad de los supuestos; es decir, se cumplirá con la directiva del art. 2612 que establece “*cuando la situación lo requiera*”.

De este modo, además de encontrarse habilitado este recurso por el principio de cooperación y de los principios que emanan del *soft law* en la especie; el ordenamiento jurídico expresamente autoriza su empleo mediante el art. 2612 CCyCN.

Finalmente, y sin perjuicio de que las Convenciones vigentes en la materia contienen una expresa prohibición en relación a la exigencia de fianza, depósito o caución para garantizar el pago de costas y gastos en los procedimientos judiciales o administrativos (arts. 22 CH 1980 y 23 CI), resulta pertinente mencionar la disposición contenida en el art. 2610 referente a la 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 con las leyes de un Estado extranjero”.

El Código Civil carecía de una norma que incluyera una disposición que garantizara el derecho de acceso a la justicia de los extranjeros en el proceso, aunque este principio se encontraba contemplado en de la fuente convencional

⁴¹ Para un análisis en profundidad de las particularidades y posibilidades que ofrece el recurso a las comunicaciones judiciales directas se recomienda compulsar el documento “Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya” elaborado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado disponible en http://www.hcch.net/upload/brochure_djc_es.pdf, al 21/9/2015. Para profundizar sobre este y otros recursos que ha desarrollado la comunidad jurídica internacional se recomienda compulsar: GOICOECHEA, Ignacio, “Los nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial”, en *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración, Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción (Paraguay), CEDEP, 2013, pp. 475/496.

vigente en el Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, Las Leñas, arts. 3° y 4°, y en la Convención sobre procedimiento civil, La Haya, art. 17⁴², que sirvieron de fuente al mencionado artículo. Asimismo, el principio emana de diversos tratados de derechos humanos como de la propia Constitución Nacional.

En definitiva, mediante esta disposición se garantiza el derecho de acceso a la jurisdicción en nuestro país de forma igualitaria para ciudadanos y residentes argentinos como para extranjeros. A tales fines se prohíbe la fijación de cualquier tipo de caución o fianza —con una calificación amplia puesto que se apunta a su implicancia y no a su denominación— basada en la calidad de argentino o extranjero de quien pretenda acceder a la jurisdicción⁴³.

Consideramos que la reforma introducida en el Código de fondo resulta sumamente útil y apropiada y que coadyuvará en gran medida en el restablecimiento de los derechos de los niños víctimas de estos flagelos; sin embargo, reiteramos que estimamos que continúa pendiente la deuda en relación a una regulación de tipo procesal.

3. LA EXPERIENCIA NACIONAL A PARTIR DE LOS ÚLTIMOS CASOS FALLADOS EN LA MATERIA A NIVEL NACIONAL

A continuación analizaremos varios casos fallados por nuestros tribunales desde la sanción del nuevo CCyCN en los que podrá advertirse que, sin perjuicio que en todos ellos resultaba aplicable la fuente internacional vigente, se ha hecho referencia a las nuevas disposiciones introducidas en la fuente interna. Asimismo, estos fallos permiten apreciar que el primero de los ejes aludidos —el foco específico consecuente del acotado marco de conocimiento que ofrecen los mecanismos de restitución diseñados internacionalmente— es respetado cada vez más con un fuerte sustento en los estándares que surgen de doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia. Sin embargo, quedará en evidencia el incumplimiento en relación al segundo de los ejes a los que hiciéramos referencia: la prontitud, urgencia y celeridad con la que deben ser resueltos estos casos. Este desafío no resulta novedoso aunque indudablemente sigue siendo actual.

⁴² Otros instrumentos también contemplan este principio en materias específicas: ej. la Convención Interamericana sobre las obligaciones alimentarias (art. 14); la Convención de Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución en el extranjero de la obligación de prestar alimentos, Nueva York, 1956 (arts. 9.1 y 9.2).

⁴³ Es dable mencionar que, además, para cumplir con lo dispuesto en el art. 25 CH y 23 CI que promueven la gratuidad de los procesos y, a los fines de atender con mayor especialidad en la materia se ha concentrado la intervención del Ministerio Público para la asistencia jurídica de personas residentes en el extranjero que deseen iniciar acciones en tribunales de la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, tanto en el marco de CH 1980 como de la CI, en un Equipo de Trabajo que actúa con suma experticia en estos asuntos (conf. resolución DGN 643/08).

3.1. *Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Familia, sala I,
del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, 12/8/2015,
“R. C. A. E. v. G. A. A. s/ exhortos y oficios”⁴⁴*

En la primera instancia se había rechazado el pedido de restitución internacional de una niña que había sido desplazada a nuestro país por su padre desde el Paraguay, sin la autorización materna. La Defensoría Oficial interviniente apeló la decisión.

La Cámara de Apelación estimó que el traslado había sido ilícito —surge de la sentencia que los padres habían tramitado su divorcio en la Argentina y que habían convenido que la niña residiría en Paraguay con su madre— y confirmó la decisión de la anterior instancia considerando que: a) se había acreditado el “grave riesgo” que requiere el art. 13.1.b del CH 1980 y el art. 11.b. de la Convención Interamericana; y b) se configuraba la excepción que atendía a la oposición de la niña a su retorno, arts. 13.2. CH y 11 CI.

Para ello se atendió especialmente a los informes periciales realizados en ambas instancias, las aclaraciones y ampliaciones solicitadas por la parte y por el Tribunal al experto. Según surge de la sentencia se le requirió al experto que explique si la eventual restitución podría configurar un grave riesgo para la integridad física y psíquica de la niña. Entre los fundamentos sostenidos por el experto destacaremos: “En el actual estado de situación de la conflictiva resulta riesgoso para la integridad psíquica de la niña ‘una eventual restitución’”; “Demandaría de un trabajo de revinculación previo...”; “En el marco discursivo actual el eventual regreso al Estado requirente, en caso de realizarse en compañía de su padre implicaría un marco de contención que posiblemente favorezca el posicionamiento de L.”. Al respecto cabe señalar lo acertado de lo requerido al experto teniendo en miras el acotado ámbito de aplicación material de las convenciones en la especie en el que el juzgador debe limitarse a responder el interrogante en torno a la restitución atendiendo al mejor interés del niño y no abordar la cuestión de fondo de la custodia. No delinear la labor que deben llevar adelante los auxiliares de la justicia —que habitualmente asisten al juez en casos de custodia de fondo (responsabilidad parental, cuidado personal)— puede conllevar a que se produzca prueba innecesaria a los fines de los procesos de restitución y, paralelamente, a que se produzcan importantes dilaciones. Luego, la autoridad competente evaluará la respuesta a la solicitud considerando las apreciaciones que efectúen los expertos. Es decir, se deberá establecer si con ellas se considera configurada la excepción de “grave riesgo” o si resultan óbice para atender al regreso seguro del niño y a las condiciones óptimas para asegurar tal extremo.

En definitiva, la celeridad que requiere este tipo de procesos para que la restitución opere prontamente —a fin de evitar secuelas en el niño— debe también alcanzarse en la producción de la prueba.

⁴⁴ Disponible en www.colectivoderechofamilia.com, al 22/7/2016.

Al analizar la excepción que atendía a la oposición de la niña a su regreso, el Tribunal advirtió que tanto de los informes periciales, en los que se sostuvo que la niña “Manifiesta su temor de regresar con su mamá y se angustia y llora al mencionar a G...” y “A L. la atemoriza el posible regreso al Paraguay”, como de las expresiones de la niña ante el Tribunal debía atenderse a que aquella contaba con ocho (8) años de edad y con capacidad y madurez suficiente para manifestar su intención de no regresar a Paraguay y residir en ese país. Por lo tanto, se concluyó que se configuraba la oposición de aquella a su regreso. En esta última cuestión se tuvo especialmente en cuenta el concepto de autonomía progresiva de la persona menor de edad —con particular referencia al art. 26 del CCyCN— y la necesidad de escucharlo en toda cuestión que lo involucre, art. 12 CDN.

Puede apreciarse que para interpretar ambas excepciones se siguieron los lineamientos tanto de la Suprema Corte Provincial como la Nacional. Asimismo, el Tribunal hizo alusión al nuevo art. 2642.

3.2. *Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 27/10/15, “S. A. R. U. S/ restitución internacional”⁴⁵*

En primera instancia se había ordenado la restitución del niño sustraído al Paraguay. Surge de la sentencia que el pedido de restitución había sido reiterado por la autoridad judicial paraguaya —a solicitud del padre— con fecha 25/10/2011, 9/10/2012 y 16/9/2013 y que fue en esta última oportunidad en la que el magistrado cambió de opinión y ordenó la restitución.

Por su parte, la Cámara de Apelaciones rechazó la restitución. En la decisión se tuvieron en consideración los estándares establecidos por la Corte Suprema en esta materia, según los cuales: las excepciones a la restitución internacional de niños planteadas al amparo del CH 1980 deben interpretarse restrictivamente; la integración del niño en el medio no constituye causal autónoma de oposición; la justicia no debe amparar a los progenitores que recurren a vías de hecho; y, el incumplimiento de los tratados internacionales podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado. Además, se consideró el carácter no vinculante de la opinión del niño, así como el hecho de que esta se había emitido tras tres años de convivencia con su madre y su nueva familia y que el mantenimiento de contactos con su padre habían sido meramente esporádicos. Finalmente, se estimó que se configuraba la excepción de “grave riesgo”⁴⁶ y la oposición del niño a regresar —que ya contaba con 13 años al momento de la decisión— por lo que se rechazó la restitución.

⁴⁵ Disponible en www.colectivoderechofamilia.com, al 22/7/2016.

⁴⁶ Puesto que se consideró el peligro físico al que se sometería al niño de mantenerse la orden de restitución dictada en la instancia anterior, que surgía sin hesitación, de las reiteradas manifestaciones por él vertidas en torno a los maltratos que sufría por parte de su abuela paterna y a la actitud pasiva que al respecto asumía su progenitor. Además, se estimó: “...(el niño) sería co-

Sostiene acertadamente el tribunal: “Tanto interés se advierte en que un menor sustraído o retenido ilícitamente sea restituido al país de residencia habitual cuando se reúnan los recaudos al efecto, como en que ese mismo menor permanezca en el país de abrigo cuando se verifican circunstancias de hecho que así lo aconsejen, al amparo de las excepciones legales precisamente previstas al efecto, que también son producto de un estado uniforme de conciencia jurídica internacional. Para el Estado requerido, cumplir la normativa internacional no es solo aplicar lo pautado como regla, sino también lo estatuido como excepción”.

Además, el Tribunal advirtió las demoras que se habían presentado en el caso: el niño había vivido 4 años en nuestro país desde el desplazamiento ilícito hasta la decisión definitiva; había ratificado 6 veces a lo largo del procedimiento lo sostenido por su madre en relación a los malos tratos recibidos de su abuela paterna y la actitud pasiva y promotora del padre; se le practicaron 4 pericias psicológicas y 3 informes ambientales. Por ello, se sostuvo que “La demora en la adopción de una decisión definitiva sobre la restitución solicitada, mediante el intento de modificar el criterio del Tribunal requirente, solo ha tenido por resultado alargar innecesariamente un proceso que por su naturaleza debe ser expedito, sometiendo al niño y a sus progenitores a una incertidumbre nociva para sus legítimos intereses y conduciendo el proceso a un punto en el que ya, de todos modos, no hubiera sido posible restituir al niño sin un grave daño a su existencia vital. (...)La situación por la que atravesó el menor durante todo ese período, sintiendo amenazado su *statu quo* (siendo sometido a cinco audiencias, cuatro pericias psicológicas y tres informes socioambientales) pudo evitarse”.

Sin perjuicio de la decisión que hubiera adoptado la Cámara, es decir incluso si hubiera ordenado la restitución, creemos que la falta de celeridad en la resolución de este caso afectó el interés superior del niño y, sin lugar a dudas, conllevó al incumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente. Ello por cuanto, por un lado, la falta de razonabilidad en el tiempo en que se responde a estos planteos no debería ser la vía para legitimar el desplazamiento ilícito que da lugar al proceso. La consolidación de un obrar ilícito a raíz de la excesiva dilación por parte de nuestros tribunales ya fue advertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fornerón e hija v. Argentina”, del 27/4/2012. Por otro lado, el mecanismo diseñado en las convenciones parte de una inmediatez entre el desplazamiento y la restitución, por lo que prolongar el plazo entre estos dos eventos vulnera los derechos que se pretenden proteger

locado en una situación de exposición a un peligro psíquico definiéndose este en una posibilidad de desorganización de su estructura y sin olvidar, que la enfermedad ya padecida (en referencia a la parálisis facial) fue tratada psicosomáticamente, es decir que frente a situaciones que lo superan, si bien mantiene su grado de madurez, se expone a que los conflictos presentes puedan ser trasladados en lo físico”.

y genera secuelas que agravan la situación del niño que ya es víctima de un primer flagelo.

Por último, sin perjuicio que el caso se resolvió por el marco jurídico correspondiente —fuente internacional— se alude en la sentencia al nuevo art. 2642.

3.3. *Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala Primera, 3/12/2015, “G. L. EN J° 13-00704210-2 (010302-50720) G. L. por su hijo T. G. P. por restitución s/ familia p/ rec.ext.de inconstit-casación”*⁴⁷

El caso se suscitó a raíz del desplazamiento ilícito de un niño de 3 años de edad desde Italia a la Argentina por su madre en agosto de 2009. En diciembre de ese año la Autoridad Central argentina le encomendó al Departamento de Cooperación Internacional de la Suprema Corte de Mendoza, la radicación del proceso ante los jueces con competencia en la localidad de Godoy Cruz, donde el niño se encontraría residiendo junto a su madre, a fin de que estos dispongan sin demora su restitución a su lugar de residencia habitual en Italia. El 10/3/2014 se dictó sentencia rechazando el pedido de restitución con el fundamento que ese era el interés superior del niño ya que había pasado la mayor parte de su vida en Mendoza con su madre. La sentencia fue apelada y confirmada por la Segunda Cámara Civil de Apelaciones. La Cámara destacó que la decisión la tenía que tomar en febrero de 2015, cinco años después de que el niño viviera en la Argentina.

La Corte provincial, para tratar el recurso de casación analiza la normativa internacional a partir de los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la nueva fuente interna contenida en el CCyCN (arts. 2614 y 2642). Así se consideró que había mediado un traslado ilícito⁴⁸. Además, se concluyó que la integración del niño al nuevo medio no constituía un motivo autónomo de excepción dado que la solicitud de restitución había sido promovida antes del año a contar desde el desplazamiento, conf. art. 12 CH 1980⁴⁹. En relación a la excepción de “grave riesgo” (prevista por el CH 1980 art. 13.1.b) se estimó que no se configuraba en el caso. Asimismo, a partir de los informes periciales se sostuvo que la opinión del niño no era autónoma ni independiente a los fines de evaluar su oposición a la restitución. Tampoco la madre del niño había invocado ni probado la existencia de algún motivo por el

⁴⁷ El recurso extraordinario fue presentado el 28/12/2015. Disponible en www.colectivo-derechofamilia.com, al 22/7/2016.

⁴⁸ Para ello también se consulta el Código Civil italiano, tal como indican las convenciones en la especie.

⁴⁹ Recuérdese que el art. 12 del CH establece que aún después de que hubiera transcurrido el plazo de un año desde que se produjo el desplazamiento ilícito hasta la solicitud de restitución se deberá ordenar la restitución del niño salvo que quede demostrado que el niño ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

cual no pudiera volver a Italia para estar con su hijo y discutir allí, ante la justicia competente, todo lo relativo al cuidado personal.

En relación con las demoras judiciales se sostuvo que “El aparato judicial actuó con poca celeridad y, la dinámica procesal desplegada por la madre y sus abogados, permitió alargar una situación de hecho que debió ser resuelta con urgencia” y que “Penosamente, el más perjudicado es un pobre niño, víctima de la pelea de los adultos...”. Sin embargo, la Corte estimó que el paso del tiempo no había sido un factor decisivo en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que se trataba de situaciones que “deberían ser resueltas con un alto grado de urgencia, no solo para la protección de los niños involucrados, sino también para no generar responsabilidad del Estado por la falta de razonabilidad en el tiempo que demanda la efectivización de los derechos afectados” aludiendo a tales efectos a los precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos y al renombrado caso “Fornerón e hija v. Argentina”, del 27/4/2012, fallado por la Corte Interamericana.

En definitiva, se ordenó la restitución. A los fines de adoptar medidas para efectivizar la decisión se tuvieron en especial consideración: la *Guía de Buenas Prácticas, cuarta parte*; los lineamientos que la Corte Suprema ha ido elaborando en sus resoluciones; y, las facultades que el nuevo art. 2642 CCyCN confiere a los jueces. Por ello: a) se exhortó a los padres a colaborar en el cumplimiento de la sentencia; b) se requirió a las Autoridades Centrales —nacional y provincial— para que brinden toda la asistencia que sea posible, jurídica, financiera y social, a los fines del urgente cumplimiento de la decisión y la coordinación necesaria con la autoridad competente extranjera.

3.4. CSJN, 22/12/2015, “R., M. A. vs. F., M. B. s/ Reintegro de hijo”

En diciembre de 2010 la Corte Suprema ya había entendido en el caso y había ordenado la restitución del niño a los Estados Unidos de América cuando el niño tenía un poco más de dos años⁵⁰.

Sin embargo, el padre se presentó ante la Corte en esta nueva oportunidad y formuló algunas consideraciones acerca de la actuación de la magistrada de grado, de las vicisitudes que se suscitaron en el trámite del asunto y de la conducta de la progenitora.

La Corte decidió entender en el caso, pese a la consideración de que la cuestión planteada no constituía ninguno de los casos que, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la CN y en las leyes que los reglamentan, ha-

⁵⁰ CSJN, “R., M. A. v. F., M. B. s/ reintegro de hijo”, 21/12/2010, Fallos Corte 333:2396, Cita online: AR/JUR/81562/2010. Publicado en LL 11/1/2011, 4. Comentado en La Ley DFyP //2011 (enero 55 con nota de URBANIC DE BAXTER, Mónica, DJ 30/3/2011, 31, LL 31/5/2011, 7 con nota de RAYA DE VERA, Eloisa, Buenos Aires, LL 2011-C-412 con nota de RAYA DE VERA, Eloisa, DFyP 2011 (junio), 90 con nota de YUBA, Gabriela, JA III-585 y en RUBAJA, Nieve, *Derecho Internacional Privado de Familia...*, cit., p. 503.

bilitaban su jurisdicción. Así, atendiendo a la entidad de los derechos en juego, al estado del trámite del proceso y al compromiso internacional asumido por el Estado Nacional en la materia, la Corte entendió que correspondía exhortar a la magistrada de grado a adoptar, de manera urgente y dentro de plazos breves y perentorios, las medidas tendientes a hacer posible el cumplimiento de la sentencia de restitución. A los efectos de determinar estas medidas se consideró especialmente que en febrero de 2011 se había celebrado una audiencia ante la jueza de primera instancia con participación de ambos progenitores, del Defensor de Menores y del representante del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en la que se había llegado a un acuerdo sobre el modo en que se llevaría a cabo la restitución del niño y los trámites y requisitos que debían cumplirse para que el retorno fuera seguro. Además, se contemplaron una serie de hechos relevantes tales como: a) la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia había otorgado a la madre un subsidio económico y le había sido dada una visa de ingreso a los Estados Unidos de América con vencimiento en el mes de abril de 2013, pero discordancias acerca del alcance de dichos beneficios llevaron a que la magistrada tuviera por no cumplidas las condiciones acordadas para el retorno del niño; b) la madre había solicitado un pedido de protección internacional como refugiado a favor del niño en los términos de la ley 26.165 que había sido desestimado; c) la madre, paralelamente al trámite de ejecución, había promovido un reclamo ante la jurisdicción extranjera competente por paternidad, alimentos y custodia del niño, proceso en el que el padre reconvinó. En dicha causa, finalmente, por incomparecencia de aquella junto a su hijo a la audiencia fijada y por no haber demostrado capacidad ni predisposición para promover una relación estrecha y continua entre el progenitor y el niño, se le había otorgado la custodia exclusiva al padre y se la declaró en desacato de los fallos de ese tribunal; d) ambos progenitores informaron sobre la existencia de una orden federal por el delito de secuestro internacional parental contra la madre y la intervención del FBI, hecho que dio lugar a un proceso penal de extradición en nuestro país, respecto del cual se desconocía su estado; e) el padre puso en conocimiento de la magistrada la denuncia formulada por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Argentino por retardo o denegación de justicia; f) finalmente, se consideró en particular la relación parental entre padre e hijo que, a lo largo de su corta vida, había sido prácticamente inexistente. Mediante este último argumento se introdujo una importante cuestión en torno al concepto del “interés superior del niño” en este contexto.

Para ello, en los considerandos 9º y 10º, la Corte reiteró la doctrina sentada por aquella en esta cuestión según la cual no existe contradicción entre el CH 1980 y la CDN, y que el primero de ellos parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos. Además, se destacaron las obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado argentino y el criterio restrictivo con el que deben interpretarse las excepciones en los procesos de restitución, entre otros.

Sin embargo, la Corte entendió que correspondía apreciar sobre la base de la realidad fáctica si la ejecución, sin más, de la decisión de restituir de manera inmediata al niño respetaba el mencionado interés superior y concluyó que no podía cumplirse ya con la restitución inmediata, so pena de colocar al niño en situación de vulnerabilidad que los tribunales de justicia no deben admitir⁵¹.

Así, en función de lo dispuesto en el art. 2642 CCyCN, y de forma previa al retorno, la Corte exhortó a la magistrada de grado para que en un mes: a) arbitrara las medidas urgentes y necesarias para iniciar un proceso de comunicación en Argentina entre el padre y su hijo⁵². Se dispuso asimismo que dicho proceso se extendiera por el término de tres meses, vencido el cual, siempre que no se hubiera llegado a un acuerdo de mediación entre los progenitores o que no hubiera sido posible sortear los obstáculos judiciales que pesaban sobre la madre y le impedían ingresar al país de restitución, el niño debería retornar al país extranjero junto a su padre, salvo que la magistrada dispusiera su retorno junto a un pariente de la familia materna por no haberse logrado aún un vínculo paterno-filial estable, para lo cual debería tenerse en cuenta y valorarse la opinión del niño (arts. 12, CDN y art. 707, CCyCN); b) tomara contacto con las autoridades locales a fin de que prestaran colaboración y asesoramiento para garantizar el ingreso seguro de los involucrados al país y gestionaran el retorno seguro al país requirente; c) se requiriera a la jueza integrante de la Red Internacional de Jueces de La Haya, que interviniera en el caso a fin de facilitar las comunicaciones directas entre los jueces de los Estados involucrados y de cooperar en la búsqueda de una solución que permita concretar la restitución.

Puede apreciarse que las medidas obedecen a la decisión de ejecutar el retorno, que había sido ordenado anteriormente, pero esta vez no de modo inmediato puesto que, priorizando el interés superior del niño en el caso concreto, correspondía diferir la ejecución. Tan así, que se estimó necesario que se iniciara la revinculación padre-hijo previo a efectivizar la restitución. Asimismo, de acuerdo con lo estipulado en el párrafo 2° del art. 2642 referido al regreso seguro —como todo el *soft law* en la temática— se consideró que debía prevalecer una posible solución amigable entre los padres. Luego, para el caso de no conseguirse una solución consensuada para organizar el regreso o de no poder sortearse los obstáculos judiciales que impedían a la madre ingresar a los Estados Unidos de América, el niño debía ser reintegrado a ese país junto a su padre. Se deja a salvo la posibilidad de que al momento de la ejecución de la

⁵¹ La Corte cita jurisprudencia de un caso, que ha sido cuestionado doctrinalmente a nivel europeo, fallado por la Corte Europea de Derechos Humanos: “Neulinger and Shuruk v. Switzerland”, del 6 de julio de 2010. Ver: BEAUMONT, Paul y WALKER, Lara, “Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention”, en *A commitment to Private International Law Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge Antwerp Portland, Intersentia Publishing, 2013, p. 17 y ss.

⁵² La Corte sugiere además que en un principio se recurra a los nuevos métodos modernos. Se citan a tales fines las Guías de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo, punto 6.7 y art. 655 del CCyCN.

sentencia la juez de grado estimara si el niño estaba en condiciones de retornar con su padre y para el supuesto que no se hubiera logrado restablecer el vínculo entre ellos el niño debería retornar junto a algún pariente materno, considerando su opinión para ello. Es decir, que la Corte por primera vez no ordena el inmediato retorno sino que lo somete a unas pautas previas a cumplir en aras de asegurar el bienestar del niño. Además, dispone las medidas a seguir para conseguirlo sin dejarlas libradas —totalmente— al juez de grado. Quedan entonces pendientes la factibilidad de la revinculación, la situación legal de la madre en el otro Estado, la opinión del niño en el caso —solo en la medida relativa a su acompañamiento— y la posibilidad de que un pariente materno lo acompañe en caso de que lo considerara necesario la juez. En definitiva, puede apreciarse un dejo de flexibilización en la estrictez con la que la Corte se ha posicionado en este campo. El caso lo ameritaba.

Ello por cuanto las dilaciones a lo largo del proceso —y en particular en la etapa de ejecución— conllevaron a que el caso superara al mecanismo diseñado convencionalmente que fue pensado y estructurado para dar soluciones eficientes en un plazo de 6 semanas (en este caso ya habían pasado 7 años). De este modo se había afectado el interés superior del niño y se habían violentado sus derechos fundamentales durante todo ese plazo. Creemos, por tanto, que cada situación debe ser especialmente atendida. En materia de niñez los matices de cada caso deben ser valorados de modo tal que se procure alcanzar la satisfacción de los derechos del niño de que se trate; aunque ello en modo alguno puede llevar a apartarse sistemáticamente del mecanismo previsto convencionalmente en todos los casos en los que se produzcan demoras, dados los altos riesgos que ello conllevaría.

3.5. CSJN, 10/5/2016, "E., M.D. v. P., P.F. s/ restitución del menor C. D. E. P."⁵³

El caso se suscitó a raíz del desplazamiento ilícito de un niño, nacido el 10 de diciembre de 2010 en Cataluña, España. Su madre lo desplazó en el mes de junio de 2012 desde el Reino de España a la Provincia de Santiago del Estero, Argentina. El padre promovió el pedido de restitución en marzo de 2013.

En el caso ya había intervenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación por un conflicto en relación a la competencia del juez de primera instancia. Ello por cuanto, el tribunal de familia interviniente en la causa se había desprendido de aquella en favor del Juez de Enlace de la Red Nacional de Jueces⁵⁴. Esa

⁵³ Dponible en <http://fallos.diprargentina.com/2016/06/e-md-c-p-pf-s-restitucion-del-menor-c-d.html>, al 27/7/2016.

⁵⁴ Cabe mencionar que a nivel global se ha creado una red de jueces de enlace integrantes de la Red Internacional de Jueces de La Haya. Cada juez de la Red tiene la función primordial de actuar de enlace entre los jueces competentes en casos de restitución a nivel interno y a nivel internacional con otros miembros de la Red. Estos jueces desarrollan dos tipos de comunicaciones, la primera de carácter general —por ejemplo para la interpretación y funcionamiento de los

atribución de competencia había sido consentida por las defensorías oficiales que ejercían la representación del padre y del niño, por la demandada y por las fiscalías de primera y de segunda instancia.

El juicio entonces se sustanció ante ese juez, sin que nadie cuestionara esta circunstancia. El juez actuante rechazó la solicitud de restitución el 4 de julio de 2013⁵⁵, lo que motivó la apelación del padre. En dicha oportunidad aquel cuestionó la competencia de dicho magistrado y requirió la nulidad de lo actuado. El actor fundó su reclamo en el CH 1980 puesto que asigna el conocimiento de los pedidos de restitución a la autoridad judicial o administrativa competente que, en el caso, era el juez de familia. Sostuvo además que el espíritu de la Red Nacional de Jueces no es facultar al órgano de enlace para tomar intervención directa en las demandas entabladas por aplicación del tratado.

El asunto llegó entonces al Tribunal Superior de Justicia de la provincia que, el 18 de diciembre de 2013, declaró abstracto el recurso de queja en virtud de la incompetencia, la nulidad de la sentencia de primera instancia y dispuso la remisión de los autos al Juzgado de Familia de Primera Nominación de Santiago del Estero para que se expidiera sobre el fondo del asunto, es decir al pedido de restitución. En su pronunciamiento el Superior Tribunal sostuvo por mayoría la incompetencia del órgano interviniente puesto que si bien el magistrado pertenecía a la Red Nacional de Jueces creada en el ámbito del CH 1980, su actuación debía limitarse a la de enlace y no le correspondía desplazar al juez natural de la causa.

instrumentos internacionales relevantes o de su propio ordenamiento jurídico—, y la segunda es facilitar la comunicación entre jueces competentes en casos específicos que se tramitan simultáneamente en dos países distintos, por ejemplo, el juez que debe decidir la restitución de un niño en el país donde este ha sido trasladado y el juez que debe decidir la custodia en el país de la residencia habitual del niño. A su vez, a nivel nacional, en la República Argentina se ha creado una Red Nacional de Jueces de familia para la protección y restitución internacional de menores, que cumplen prácticamente las mismas funciones descriptas para la Red Internacional, pero en este caso a nivel nacional. Para ello la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha impulsado la creación de esta Red a través de designaciones efectuadas por las Cortes Supremas de las distintas provincias del país. En este contexto en la provincia de Santiago del Estero se designó un juez de la Red Nacional cuya función es la de cooperar en estos asuntos con los jueces de esa provincia que resulten competentes en procesos de restitución. Surge de una de las sentencias del Superior Tribunal de la provincia que ello fue establecido mediante Acordada emitida por la Sala de Superintendencia del STJ de fecha 29/2/2012.

⁵⁵ La sentencia en los autos “Juzgado con competencia en restitución internacional de menores, 04/07/13, Defensoría Civil y Familia de 3º Nominación por E. M. D. v. P. P. F. s. restitución del menor E. P. C. D.” se encuentra disponible en <http://fallos.diprargentina.com/2015/06/defensoria-civil-y-familia-de-3.html> (al 30/6/2016). En dicha oportunidad se determinó la ilicitud del traslado del niño a la Argentina, aunque se consideró que se configuraba la excepción de “grave riesgo” contemplada en el Convenio si el niño regresaba al Estado de su residencia habitual en España. Se tuvieron en cuenta para ello los informes producidos en el expediente y la se le dio especial consideración a que la restitución implicaría la separación del niño de su madre y su entorno familiar argentino ya que se encontraba muy adaptado e integrado a este nuevo lugar. Además, que el padre nunca había mostrado interés por la educación de su hijo en España, entre otros.

Contra esta decisión, la demandada interpuso apelación federal, que fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y dio lugar a un recurso de queja⁵⁶. Así las cosas, el 16 de mayo de 2015, la Corte Nacional declaró procedente la queja y admisible el recurso extraordinario. En consecuencia, revocó el pronunciamiento apelado y ordenó la remisión de la causa al Tribunal Superior de Santiago del Estero para que se expidiera sobre el fondo del asunto, en respuesta al pedido de restitución.

Fue entonces que el Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero —por mayoría— revocó la sentencia e hizo lugar a la restitución internacional del niño, por considerar que no se encontraba configurada la excepción contemplada por el CH 1980 en el art. 13.1.b) puesto que “no se avizoraba el grave riesgo requerido, pues la acción no tiene por objeto dilucidar las cuestiones vinculadas con la guarda o tenencia del niño”⁵⁷.

La madre interpuso recurso extraordinario federal que se consideró formalmente admisible pues puso en debate la inteligencia y el alcance de un tratado internacional y ya que la decisión impugnada resultaba contraria al derecho que la apelante pretendía sustentar en aquel (art. 14, inc. 3º, ley 48). También fueron invocadas causales de arbitrariedad.

En el dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante se destacó especialmente la doctrina del propio Tribunal cuando sostiene que no existe contradicción entre el CH 1980 y la CDN puesto que el primero parte de la presunción de que el bienestar del tutelado se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, preservando el mejor interés del menor de edad mediante el cese de las vías de hecho. Luego, el dictamen se centra en torno a la configuración del “grave riesgo” contemplado en el art. 13.1.b) del CH 1980. Resulta llamativa la posición sostenida en el dictamen puesto que se aparta de la doctrina del Tribunal dando lugar a consideraciones que corresponden al fondo de la custodia puesto que refieren a la integración del niño al nuevo entorno, luego es el propio Tribunal quien se encarga de aclarar estos extremos en el fallo.

Se señala, asimismo, una cuestión de suma relevancia en relación al tiempo transcurrido desde que el niño, con solo 1 año y medio, había llegado al país y en el cual permanecía desde entonces. Al momento de esta nueva decisión el niño ya contaba con 5 años de edad. Ello sin lugar a dudas revela un desajuste

⁵⁶ Cabe mencionar que en el dictamen de la Procuración se sostuvo que si bien las resoluciones adoptadas en materia de competencia no autorizan —en principio—, la apertura de la vía extraordinaria por no estar satisfecho el recaudo de la sentencia definitiva (v. art. 14, ley 48). Pero al declarar la nulidad de la sentencia dictada sobre el fondo del asunto, con sustento en una incompetencia introducida en el marco de un recurso deducido contra aquella decisión, se estimó que se configuraba un caso de privación de justicia incompatible con la índole de los derechos en juego, suscitando así un perjuicio de imposible o dificultosa reparación ulterior (art. 14, ley 48), conf. pto. II del dictamen que luego la Corte hace suyos en la sentencia en el consid. 2º.

⁵⁷ ST Santiago del Estero, “E. M. D. v. P. P. F. s/ Restitución del Menor E.P.C.D. - Apelación”, 10/7/2015.

del mecanismo contemplado convencionalmente. Aunque, en el dictamen da lugar a la siguiente aseveración: “Un cambio radical en la situación en la que se encuentra el niño, con las implicancias psicológicas indicadas por los expertos, exige evaluar la restitución desde una óptica que priorice el superior interés de C.D.E.P”.

Se pondera también la circunstancia que no se haya oído al niño, con particular atención al art. 12 de la CDN y al art. 13 segunda parte del CH 1980, y finalmente, se aconseja revocar la sentencia y rechazar la restitución, en la inteligencia de que “un nuevo desarraigo se traducirá en un daño cierto y concreto para la salud psíquica del niño”.

El 10 de mayo de 2016, la Corte volvió a expedirse sobre el caso, esta vez sobre el fondo del asunto —es decir, sobre la respuesta a la solicitud de restitución—, confirmando la decisión del Tribunal Supremo provincial. Para ello, se reiteraron los estándares alcanzados en torno a la interpretación de la excepción de “grave riesgo” y se dimensionó la cuestión relativa a la integración del niño al nuevo medio en el marco de los casos de sustracción internacional de niños en los siguientes términos: “las excepciones alegadas, fundadas en el “grave riesgo” para el niño y su adecuada integración al nuevo medio con apoyo en los informes obrantes en la causa, este Tribunal ha precisado en reiteradas oportunidades el alcance del mencionado concepto y la apreciación rigurosa y prudente que debía efectuarse del material probatorio invocado para acreditarlo, como también la falta de mérito de la referida integración como motivo autónomo de oposición, a los fines de tener por configuradas las situaciones excepcionales previstas en el CH de 1980 que permitirían negar el retorno”. Se destaca, además, que la decisión de restituir no implica que el niño deba vivir con su padre ni que se le quite la guarda a la madre (cons. 8º y 9º).

En los considerandos subsiguientes de la sentencia de Corte se rechazan también los fundamentos del “grave riesgo” en razón de: a) el vencimiento del pasaporte, la falta de vivienda en el país extranjero y la posibilidad de no conseguir un trabajo en el exterior (cons. 10º); b) el impedimento de la madre acompañar al niño en su retorno por razones económicas o de otra naturaleza aludiendo a la posible intervención de las Autoridades Centrales al respecto (cons. 10); c) la falta de apreciación de un nítido desinterés por parte del progenitor a mantener un vínculo con su hijo que pudiera permitir negar su retorno (cons. 11); d) los posibles problemas económicos que pudiese estar atravesando el progenitor que impulsó el retorno de su hijo (cons. 11); e) las cuestiones atinentes al incumplimiento de los deberes parentales del padre (alimentos, visitas), pues se estimó que no revestían incidencia en el caso para desestimar el pedido de restitución ya que lo que el proceso requería era una solución de urgencia y provisoria, cuyo ámbito se limita a la decisión de si medió traslado o retención ilícita. Por consiguiente, esas cuestiones debían ser ponderados por el juez competente para decidir sobre el fondo de la custodia del niño, es decir el del Estado de residencia habitual del menor (conf. art. 16 del CH 1980) (cons. 12).

En definitiva, este caso nos permite apreciar una vez más la interpretación y aplicación que corresponde hacer de la excepción de “grave riesgo” contemplada en las Convenciones en la materia —y plasmados en los estándares alcanzados por la Corte Suprema de Justicia—: de manera acotada y restrictiva, atendiendo a las particularidades de cada supuesto y, por lo tanto, al interés superior de cada niño que es víctima de estos flagelos. Reiteramos que la producción de la prueba también deberá restringirse al contexto de la sustracción; es decir, admitir la producción de prueba que resulte pertinente y rechazar aquella que no sea estrictamente conducente para el limitado objeto del proceso. En esta inteligencia cabe aseverar que hacer lugar a la excepción cuando de la prueba producida se desprenda que ello responde al interés superior del niño es una obligación asumida internacionalmente por nuestro país⁵⁸.

Las vicisitudes de este caso han conllevado a que el mismo se vea expuesto a grandes dilaciones que han agravado la situación del niño —que ya había sido víctima del desplazamiento ilícito decidido de forma unilateral por su madre— quien deberá ser restituido al Estado de su residencia habitual en España, tal como lo decidió por mayoría el Superior Tribunal provincial y lo confirmó la Corte Suprema. Es decir, sus derechos se vieron vulnerados en primer lugar por el desplazamiento ilícito. Tal como mencionáramos —según se desprende de las sentencias— ni de los informes producidos en el expediente ni de la prueba aportada se detectó un grave riesgo al que el niño podría ser expuesto si era restituido a España. Las apreciaciones en torno al grave riesgo surgen recién a partir de la consideración de la integración del niño al nuevo entorno que, evidentemente, son consecuentes de las demoras que se produjeron a lo largo del proceso. Si la solución definitiva hubiese sido alcanzada en un plazo más bien cercano a las 6 semanas este factor no hubiese surgido ni hubiese sido tenido en cuenta.

En total el proceso duró 3 años y 2 meses; el niño llegó a Argentina con un año y medio y al momento del dictado de la sentencia definitiva tenía más de 5 años. Este lapso excede ampliamente el contemplado en las Convenciones.

La urgencia y celeridad que se requiere en esta materia fue marcada en diversas oportunidades a lo largo del proceso. Resulta destacable en tal sentido lo sostenido en la primera sentencia en la que se expidió la Corte Suprema de Justicia en este caso cuando hizo suyos los argumentos del Procurador Fiscal que sostuvo: “Recuérdese que en este último imperativo [pronta solución del pleito] también está implicado el orden público, en coincidencia con los principios de

⁵⁸ En tal entendimiento la Dra. Najurieta ha sostenido que solo la ponderación racional de las circunstancias fácticas y jurídicas de la especie puede conducir a una decisión conforme con el respeto a los derechos fundamentales, que a la vez, contribuya a la lucha común contra el flagelo de los desplazamientos y las retenciones ilícitas. NAJURIETA, María S., “Restitución Internacional de Menores”, en la obra *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados* “Restitución internacional de menores”, en GROSMAN, Cecilia P. (dir.) y HERRERA, Marisa (coord.), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 403 y ss.

rango superior que imprimen a este tipo de trámites singular premura, involucrando en ello la responsabilidad internacional del Estado (Fallos 331:994; 333:604)”.

Finalmente, a los fines de la ejecución de la sentencia, la Corte exhortó al juez a ser respetuoso del procedimiento de modo que se respeten los derechos constitucionales y no se dilate más el trámite del juicio con las graves consecuencias que de ello derivan. Para ello se estimó que se debería evaluar con rigor los requerimientos que se formulen atendiendo a la celeridad y urgencia que caracteriza a la naturaleza de estos procesos. Asimismo, se requirió que se arbitren los medios para lograr un regreso seguro del niño, eventualmente en compañía de su madre, para lo cual se sugirió tomar contacto y requerir la colaboración de los organismos con facultades y competencias en estos asuntos. También se exhortó a los padres para que cooperen en dicha instancia.

4. CONCLUSIONES

Los mecanismos diseñados en los Convenios internacionales para combatir el flagelo de la sustracción internacional de niños tienen su esencia en la cooperación internacional y se basan en un sistema de confianza global con el objeto de restablecer los derechos de los niños. Los años de experiencia en su implementación han permitido advertir los desafíos y desarrollar herramientas para optimizar su funcionamiento.

La nueva normativa interna propone extender los principios contenidos en los Convenios a todos los casos que se presenten en nuestro país, incluso aquellos que exceden su marco de aplicación, si ello obedece al interés superior del niño. Contribuye además a superar los problemas propios de este campo, en particular en torno al cumplimiento de las órdenes de restitución y a la prevención de sustracciones o nuevos desplazamientos en estos escenarios.

Se revela a través de la jurisprudencia de nuestro país, especialmente a partir de los estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia en esta materia, que en general se han conseguido interpretar y aplicar adecuadamente las disposiciones de las Convenciones relativas a la sustracción internacional de niños. No obstante ello, cabe advertir, al menos en los casos aquí analizados, un común denominador: amplias dilaciones que exceden exageradamente los plazos previstos por los mecanismos convencionales. Así, la efectividad de las Convenciones se pone en jaque puesto que, probablemente, en esos plazos el niño o niña de que se trate se insertará en su nuevo centro de vida como consecuencia del obrar ilícito de uno de sus progenitores aunque con grandes incertidumbres y falta de estabilidad. La solución debe tender a acortar la duración de los procesos; apartarse de las directivas convencionales en estos supuestos conllevaría a drásticas consecuencias para todos los casos que se presentan en nuestro país —y para todos los niños afectados en aquellos—, sumado a la responsabilidad internacional que se generaría.

Por ello, una vez más, concluimos que urge mejorar los tiempos de respuesta a estos casos para que los logros alcanzados en nuestro país sirvan para hallar soluciones dotadas de eficiencia en pos de los derechos de los niños. Ello, a su vez, evitará que el Estado incurra en responsabilidad internacional frente al incumplimiento de las obligaciones asumidas. La regulación a nivel nacional de un procedimiento para estos casos deviene imprescindible. Mientras será responsabilidad de los jueces, abogados, peritos y operadores del derecho procurar acotar estos procesos para que el mecanismo convencional se mantenga al servicio de la protección de los derechos del niño en cada caso. Esperamos que, hasta tanto, las nuevas disposiciones del CCyCN y el CH 1996, coadyuven en este objetivo.

Es lamentable que se llegue a la instancia en que el sistema interamericano de protección de derechos humanos sea el que deba juzgar el desempeño de nuestro país en el cumplimiento de estas obligaciones.

Recibido: 31/7/2016

Aprobado: 9/8/2016

EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Por JUAN JOSÉ CERDEIRA*

Resumen:

El siguiente trabajo pretende abordar las diferentes problemáticas que presenta la materia penal desde la perspectiva internacional actual, las diferentes características y modalidades que presenta su ámbito de acción, la importancia de la cooperación internacional en su desenvolvimiento y el aporte que puede significar la interacción con otras disciplinas jurídicas para el logro de los objetivos primordiales, como lo es el combate contra el crimen. Dentro de esas disciplinas se hará especial hincapié en la colaboración del derecho internacional privado, sus metodologías y herramientas.

Palabras clave:

Internacional Privado. Penal Internacional. Cooperación

INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND INTERNATIONAL COOPERATION

Abstract:

This paper aims to address, from a contemporary international perspective, the different problems arising from criminal matters, the different features and modalities presented by its scope of action, the importance of international cooperation for its development and the potential contribution of its interaction with other disciplines in order to achieve its main objectives, such as fighting against crime. Within these dis-

* Abogado (UBA): Doctor en Derecho Internacional Privado de la Universidad Notarial Argentina (UNA). Profesor de la materia en la UBA (Grado y Posgrado) y en la Universidad de Flores. Becario e investigador del Instituto Max Planck de Hamburgo y del Instituto Asser de La Haya. Investigador de la Universidad Nacional del Litoral (UNL). Autor de artículos en Libros y Revistas especializadas. Funcionario del Ministerio de Justicia de la Nación y Representante y Negociador de convenios jurídicos sobre la materia en foros internacionales.

ciplines, emphasis will be placed on the collaboration of private international law, its methods and tools.

Keywords:

Private International Law. International Criminal Law. Cooperation

INTRODUCCIÓN

Para comenzar con el desarrollo del tema, se propone tomar conocimiento de las diferentes aristas que asume la materia penal internacional en nuestros días y de las concepciones y herramientas jurídicas que se han ido instrumentando para su abordaje.

Asimismo se intentará mostrar la vinculación de muchas de las soluciones, metodología y sistemas con relación a otras ramas del derecho y entre ellas con el derecho internacional privado en especial.

En primer lugar, cabrá advertir, entonces, que la materia penal, desde la perspectiva internacional, adopta diferentes modalidades de manifestación y abordaje jurídico. De ahí surgen entonces, los campos de acción de disciplinas como el Derecho Penal Internacional, el Internacional Penal y la Cooperación Penal Internacional.

Por su parte y, respecto a su vinculación de estas ramas jurídicas con el derecho internacional privado, se puede referir que ya a lo largo de la historia de la materia, el concepto, objeto, los caracteres y la autonomía fueron reiteradamente debatidos. En ese sentido el jurista alemán J. Kropholler ya había manifestado que el concepto del derecho internacional privado era uno de los más controvertidos de la ciencia jurídica. Asimismo, durante mucho tiempo se consideró a la disciplina como “iuspublicista”, concepción que llega hasta avanzado el siglo XIX, y que, tras una profunda crisis de identidad, culminó con las más modernas concepciones a que arribaran prestigiosos doctrinarios de la materia¹.

La misma situación acontecía con el “derecho internacional público” que se entendía se ocupaba —en contraposición— de las relaciones entre los sujetos de derecho internacional, Estados y Organizaciones Internacionales. A este derecho se lo ha llamado también “Ius Inter-Gentes” y respondía a un orden autoritario de repartos. Su campo de aplicación abarcaba —según esa corriente— a toda la comunidad internacional y sus normas, en principio y a diferencia del derecho internacional privado, resultarían unilaterales².

Ante ese panorama disperso de ideas, propuestas y soluciones armonizadoras empiezan a cobrar fuerza trabajos como el del prestigioso internacionalista alemán, Erik Jayme, quien afirma que tras la aparición en escena de los De-

¹ KROPHOLLER, Jan, *Internationales Privatrecht*, Tubigen, J. C.B. Mohr, 1997, p. 1 y ss.

² BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 8.

rechos Humanos, estos cobran un papel primordial en la actual cultura jurídica contemporánea, entre otras, por la función de acercar el Derecho Internacional Público al Derecho Internacional Privado³.

Como consecuencia de lo referido, se deberá poner especial atención y estudio en algunos casos que hoy en día caen en la órbita del derecho internacional privado, pero que tras su apariencia “iusprivatista” pueden llegar a demandar de la ayuda de otras ramas del derecho, tal el caso del recién referido derecho internacional público, o del derecho de la integración. En la misma línea no puede pasarse por alto por alto que puede que sea el derecho internacional privado quien sea llamado por otras disciplinas a colaborar, por ejemplo, con el esclarecimiento de un delito.

En ese contexto, pueden advertirse entonces, los nuevos desafíos que enfrenta el Derecho Internacional Privado en su relacionamiento con las problemáticas de la materia penal, en cuanto a ocuparse de conflictos derivados, por ejemplo, a) de contratos internacionales de compraventa internacional —que pueden ser de armamento, drogas o precursores químicos—; b) de la constitución y funcionamiento de sociedades establecidas legalmente en el extranjero —en los llamados paraísos fiscales— pero que son ajenas a controles y fiscalizaciones en los países en los que desarrollan realmente sus actividades; c) de operaciones bancarias aparentemente lícitas, que pueden esconder maniobras relacionadas con el blanqueo de activos; d) de contratos laborales por encargo —que involucran contrataciones, intermediación transporte, etc.— y ocultan delitos como la trata o tráfico de personas y migrantes.

Se advierte, entonces, que muchas actividades contractuales, societarias o bancarias internacionales, amparadas en el derecho mercantil internacional, en definitiva pueden devenir en los típicos supuestos de “tráfico de armas”, “tráfico de estupefacientes”, “lavado de dinero” o tráfico de personas⁴.

En la misma línea cabe referir, por ejemplo, a las provisiones normativas que se instrumentan para controlar el desarrollo del desenvolvimiento de las finanzas *off shore*. En varios países se han ensayado normativas específicas que supervisan y controlan las acciones especialmente de sociedades con responsabilidades limitadas, compañías internacionales de negocios, bancos *off shore* y corporaciones internacionales, entre otros⁵.

El derecho internacional privado no puede quedar, de ninguna manera, fuera de esa tarea conjunta, ya que su aporte resulta imprescindible para detectar

³ JAYME, Erik, “Identité Culturelle e Intégration: le Droit International Privé Posmoderne”, *Recueil de Cours*, t. 251, 1995, p. 37.

⁴ MACHADO PELLONI, “Derecho Penal Internacional: un estudio a propósito de su presente y de su futuro”, *Revista Jurisprudencia Argentina* N° 2005-I, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 3 y ss.

⁵ LEACOCK, Charles Clifton, “Internationalization of Crime”, *Journal of International Law and Politics*, vol. 32, New York University, 2001.

los eventuales antecedentes de la actividad delictiva, en la etapa preventiva, en la investigativa o en la resarcitoria, con o sin condena.

2. *DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL*

Más allá de lo que puede parecer un juego semántico de vocablos hay una gran diferencia entre uno y otro campo de acción, sin perjuicio de ser partidario de la vinculación y potenciación de recursos que aportan ambos institutos.

Se tomará como punto de partida para el presente análisis el hacer alguna referencia a una disciplina involucrada en la tarea dedicada a enfrentar la realidad del estudio y abordaje de la problemática penal, con especial énfasis en la realidad compleja. Esta disciplina es el “derecho penal internacional”.

El derecho penal internacional corresponde al derecho público y a él puede otorgársele una definición que lo entienda como “el sistema normativo destinado a solucionar razonablemente cuestiones de derecho penal, o sea las vinculadas a distintas jurisdicciones estatales”. Suele comprenderse que corresponde al uso de una metodología de auto-limitación del ámbito espacial de aplicación de las normas materiales, que lleva a los Estados a no aplicar derecho extranjero.

Dado ese carácter público del derecho penal, en principio no cabría su aplicación extraterritorial, pero puede pensarse, sin embargo, en algún criterio delimitador de la ley penal con carácter multilateral y no solo unilateral. Así puede haber normas de conflicto multilaterales en materia penal, por ejemplo, una conducta multinacional a la que se le aplique la ley de tal o cual lugar para definir su penalidad⁶.

Podría entonces, hacerse una primera diferencia entre el derecho internacional penal que sería el que se ocuparía de intervenir respecto de aquellos delitos que atienden a la comunidad internacional toda (crímenes de guerra, lesa humanidad, desaparición forzada) con el derecho penal internacional, que sería aquel derecho nacional aplicado en la intervencionalización entre países a través de la cooperación internacional (narcotráfico, trata de personas, lavado de activos).

El tema de cómo encuadrar esta lucha contra la criminalidad compleja podría encontrársela ya en los primeros textos elaborados como remedio a los delitos referidos. En principio cabría partir de los delitos llamados extraterritoriales. En ese sentido, habría que remontarse a lo dicho por Jeremías Bentham en 1820, respecto a la idea de acuñar un llamado “derecho internacional penal”. Sobre el particular oportunamente se dijo que no era ni internacional, ni era penal, ni era derecho público.

Posteriormente, Mancini concluía que la problemática de los delitos cometidos fuera del Estado era muy difícil y compleja, y obligaba a establecer la

⁶ BOGGIANO, Antonio, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. III “Derecho Penal Internacional”, 5ª ed. actualizada, 2006, p. 1 y ss.

extraterritorialidad de la ley penal. En consecuencia, ya en el siglo pasado, se decía que el tema de la aplicación extraterritorial de las leyes debía aplicarse a todas las ramas de la legislación positiva, no solo a la materia civil y comercial. Por lo tanto, debía aplicarse no solo a todo lo concerniente a pruebas, a sentencias, y al valor y autoridad de las mismas, sino también a la materia penal y al correspondiente derecho público.

En cuanto a cuáles eran los delitos internacionales que constituían la preocupación de las naciones por aquella época, y que podrían encuadrarse hoy dentro del derecho internacional penal, estaban la piratería, el tráfico de esclavos y los crímenes de guerra. Más adelante el accionar delictivo a combatir se orientó también a la problemática de la trata de blancas o el tráfico de estupefacientes. Actualmente se le podría sumar el tráfico de armas, el narcotráfico, el tráfico de percusores químicos, el lavado de dinero y la trata de personas. Un papel aparte juega el terrorismo y los actos de naturaleza terrorista que tanto mal infligen, sobre todo en los últimos tiempos, a nuestras sociedades y de tan difícil aproximación jurídica, tratamiento y castigo.

La razón de ser del derecho penal internacional, derivaría entonces de la soberanía de los Estados. Y surgiría entonces otro problema, que es el tema de la soberanía de los Estados en los contextos de integración y en un marco de globalización.

La investigación, persecución, sanción de delitos e inclusive la ejecución de las penas corporales surgidas de hechos que tuvieron lugar bajo la jurisdicción de un Estado, pueden llegar, como se dijera, a trascender su espacio territorial. Precisamente sería el derecho penal internacional el que aportaría los instrumentos para que las actividades señaladas, cuyo ejercicio compete a un Estado, y que no se vean truncadas por el hecho de trascender de su territorio, a la vez que se respete la soberanía de los otros Estados.

El derecho penal internacional se basaría en la jurisdicción territorial de un Estado, y excepcionalmente en los principios de jurisdicción personal, o del estatuto real o de defensa, pero nunca en el de la jurisdicción universal.

Sobre el particular el prestigioso internacionalista y filósofo Werner Goldschmidt manifestaba que en el derecho penal rige el principio de que ningún Estado aplicará en su territorio las leyes penales de otro⁷. Como consecuencia, cada tribunal aplica siempre su Derecho nacional, con lo que no existe en principio, “extraterritorialidad” tal como es entendida por el derecho internacional privado. Sin embargo, prosigue Goldschmidt, resulta exacto llamar “extraterritorial” a la aplicación del Derecho Penal en determinados casos⁸.

La jurisdicción de los Estados derivaría entonces de su territorio y, como consecuencia, el ámbito espacial de validez del orden jurídico interno. En ma-

⁷ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Depalma, 1974, p. 478.

⁸ GOLDSCHMIDT, Werner, *ob. cit.*, p. 479 y ss.

teria penal, el *ius punendi*, es decir el derecho del Estado para sancionar conductas antisociales cometidas en su territorio, constituye una de las expresiones máximas de la soberanía. La materia en análisis cuestiona aquel dogma de la impenetrabilidad del Estado, y se adentra en el reconocimiento de ciertas normas penales de un ordenamiento jurídico extranjero⁹.

Como consecuencia a continuación, entonces, se hará mención de los principios rectores de la esencia del derecho penal internacional y que contribuyen a su funcionamiento:

- *Autolimitación unilateral de la ley penal, según el principio territorial*

Este principio se funda en la aplicación de la ley penal en el espacio sometido a la jurisdicción propia¹⁰. Como se dijo, la mayoría de las naciones reconocen y adoptan como principio base en la materia este principio de la territorialidad. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia argentina en el caso “Basilio, Adam” consideró competentes a los jueces argentinos para juzgar un homicidio cometido a bordo de un buque mercante griego anclado en el Puerto de Buenos Aires¹¹.

La aplicación de la teoría de la territorialidad, se plasma, entonces, en aquellos supuestos en que el efecto o el resultado de la conducta delictiva, impacta en el Estado que se atribuye jurisdicción, pero que sin embargo restan otros elementos del delito que se encuentran más allá de las fronteras nacionales.

- *Ley penal aplicable según el principio real o de defensa*

Se refiere a los delitos que son cometidos fuera de la jurisdicción nacional, pero que sus efectos se producen dentro de ella. Sin duda, se trata de efectos que lesionan un interés institucional de ese Estado y no cualquier efecto. Es el caso de un problema de posibles conflictos de leyes penales. Supuestos de aplicación de este principio pueden encontrarse en los delitos contra la seguridad del Estado, la falsificación de su moneda, títulos, sellos, entre otros. Como ejemplo y, desde la perspectiva argentina, puede citarse el caso “Fuentes, Francisco” referente a una estafa cometida en un buque argentino en el puerto de Nueva York que perjudicaba el patrimonio de la Flota Mercante del Estado¹².

⁹ BOGGIANO, Antonio, *Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

¹⁰ Desde la perspectiva de la República Argentina, el Art. 1º del Código Penal argentino, que autolimita su aplicación a los delitos cometidos en jurisdicción argentina. En ese sentido, se considerará como sujetos a la jurisdicción argentina: la tierra, los ríos limítrofes, las aguas jurisdiccionales, el subsuelo, el espacio aéreo, las naves públicas, las naves privadas en alta mar que lleven nuestra bandera, los lugares de las embajadas extranjeras, los lugares ocupados en caso de guerra.

¹¹ Corte Suprema, Buenos Aires. 21 de abril de 1883 (conf. BOGGIANO, Antonio, *Derecho Penal Internacional*, ob. cit.).

¹² Fallo Cámara Federal de Capital. República Argentina, 24 de setiembre de 1943, JA 1943-IV-410.

• *Ley nacional de acusado*

La jurisdicción personal, por su parte, tiene fundamento en el principio de que el Estado tiene autoridad sobre sus nacionales donde quiera que estos se encuentren. Esta autoridad se la puede enfocar desde el punto de vista punitivo, es decir, como la facultad de juzgarlos y sancionarlos —principio de personalidad activa— o desde la perspectiva de la protección, es decir, la posibilidad de que el Estado juzgue y sancione a extranjeros que cometan delitos en contra de sus nacionales fuera de su territorio, principio de la personalidad pasiva¹³.

Dejando ahora de lado al derecho penal internacional y al ámbito de las jurisdicciones nacionales, es menester referirse a la otra vertiente de la jurisdicción en materia penal, de reciente cuño en cuanto a su elaboración, es el de la llamada “jurisdicción universal”, que es la que permite juzgar y sancionar a los autores de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad, por ejemplo, con independencia de su nacionalidad y del lugar en que se cometió el delito. El fundamento de esta jurisdicción es justamente evitar la impunidad de los autores de tamañas conductas que repercuten en la humanidad toda o en amplios sectores de la misma. La aplicación de la jurisdicción universal correspondería entonces al campo del derecho internacional penal.

En el derecho internacional penal se ha llegado a la constitución de tribunales internacionales, como el de Nüremberg, el de Ruanda, el de la ex Yugoslavia y actualmente el Tribunal de la Corte Penal Internacional, mediante el Estatuto de Roma. En tanto que el derecho penal internacional siempre está relacionado con tribunales internos de los Estados.

Como puede apreciarse, de la descripción de los campos de acción de las disciplinas referidas surge una delimitación precisa de sus ámbitos, en donde el elemento común es “lo internacional”. Se puede apreciar, entonces, que todas esas “asignaturas” o “ramas” deben aportar parte de sí para poder enfrentar cabalmente estos supuestos que se le presentan hoy a las distintas sociedades nacionales, fenómeno que se agrava aún más en los contextos integrados, producto de las características propias derivadas de la libre circulación de personas.

En ese sentido, la necesidad de estudiar y mejorar aquellos aspectos estrictamente procesales de la lucha contra el crimen internacional por parte de los Estados, se vieron también aceleradas, por la aparición de los fenómenos de la globalización y de la regionalización.

¹³ OEHLER, D., *Internationales Strafrecht*, Colonia, Berlin, Bonn, Munich, 1983; ESER y LOGODNY, *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Freiburg in Brisgau, 1992. GARCÍA, Luis M., “Auxilio Judicial Internacional y Soberanía Estatal (Problemas que plantea los principios de la validez material del derecho penal: jurisdicción concurrente y múltiple persecución penal)”, LL 1992-B-928.

3. LA MATERIA PENAL Y LAS FIGURAS DELICTIVAS COMPRENDIDAS

Así como se refiriera la existencia de alguna dificultad para diferenciar el campo de acción del derecho internacional público y del internacional privado, a la hora de emprender la tarea de encontrar herramientas para el combate de la criminalidad compleja, se advierte la necesaria interrelación de materias en los esquemas regionales y la importancia de entre ayuda entre las diferentes ramas del derecho para enfrentar la conflictiva en análisis.

Ante ese panorama, se torna necesario sortear nuevos escollos para definir a los delitos internacionales y dentro de estos, sus distintas variantes de acuerdo con sus características especiales.

Cabe entonces identificar dentro de los delitos internacionales, a los crímenes internacionales organizados y a las herramientas que aporta la cooperación en esos casos.

Sobre el particular, se debe resaltar que no existe —en realidad— una definición concreta que diga cuando un delito es nacional o cuando es internacional. La definición de cada clase surgirá entonces de las conclusiones derivadas del estudio de la manifestación delictiva dentro del ámbito jurisdiccional de un Estado o, en la consecución de efectos, fuera de él.

En ese marco resulta oportuno reiterar que a partir de la segunda mitad del siglo XX y con la aparición del denominado fenómeno de la globalización se está produciendo una distinción bien marcada entre los llamados delitos individuales (contra la vida, la libertad, etc.); y aquellos cuyo componente más importante es el daño social. En este campo pueden entonces mencionarse los delitos hoy llamados de “lesa humanidad”, “los delitos económicos” y “los ecológicos”, por ejemplo.

El gran daño social —que trasciende fronteras— que causan estos delitos, obliga a reformular el panorama del derecho penal. Según esta nueva caracterización se torna conveniente reorientar el campo de estudio del derecho penal, tomando en consideración sus implicancias internacionales¹⁴.

Como se señalara precedentemente, la clásica diferenciación entre delitos territoriales —en el ámbito nacional— y delitos a distancia cuando producen efectos en otro Estado del que fueron perpetrados ha dado paso a otras consideraciones.

De la propia definición de delito, no pueden concluirse elementos que aporten a su distinción¹⁵. El carácter nacional de los delitos encuadrados en

¹⁴ BAIGÚN, David, “El abogado y las buenas causas”, en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, N° 84, p. 12.

¹⁵ GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. Definiciones, p. 288 y ss. *Delito: Jiménez de Asúa*: “El delito como acto típicamente antijurídico, imputable y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella”; *Ihering*:

alguna de sus concepciones clásicas correspondería, entonces, al ámbito doctrinario y no surgirían de su propia definición¹⁶.

Por su parte, si se toma en consideración la solución legislativa plasmada en los Códigos nacionales, quizás pueda advertirse de su articulado, alguna caracterización de los delitos, que podría diferenciar a los “nacionales”¹⁷, de los internacionales. De esta forma, la legislación penal argentina recoge los criterios de la “territorialidad” y el “real o de defensa” —totalmente en el territorio argentino, los primeros— y en el extranjero con efectos en nuestro territorio, los segundos.

Entonces, para encuadrar cuando un delito es internacional, se deberá relevar la actitud que asumen los diferentes Estados en la represión de los delitos que exceden la jurisdicción y competencia de un mismo Estado. Asimismo, se hace necesario contemplar el accionar dirigido contra el “derecho de gentes” o sea la materia que puede ser objeto de la sanción de la comunidad internacional¹⁸.

A partir de allí, los doctrinarios han ensayado diferentes clasificaciones de delitos internacionales. Por ejemplo, la escuela del Profesor Quintiliano Saldaña¹⁹ propuso internacionalizar realmente el Derecho Penal, creando para su vertiente internacional leyes, tribunales y castigos internacionales en todas las materias que no están encerradas completamente dentro de los límites territoriales de una soberanía determinada.

Otros autores coinciden en que la criminalidad en todas sus manifestaciones va dirigida hacia la internacionalización y que se caracteriza por nuevos métodos de desarrollo.

A partir de las consideraciones previamente efectuadas se puede diferenciar y categorizar cada uno de los tipos delictuales apuntados.

• *Delitos Internacionales: Delitos iuris gentium*

Dentro de delitos internacionales están aquellos que hacen a la protección del ser humano como tal y que merecen el castigo de la comunidad internacio-

“Es delito el riesgo de las condiciones vitales de la sociedad que, comprobado por parte de la legislación, solamente puede prevenirse por medio de la ley penal”; *Núñez*: “Un hecho típico, antijurídico y culpable”; *Soler*: “Es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal, conforme a las condiciones objetivas de esta”.

¹⁶ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, p. 372 y ss.

¹⁷ Por ejemplo, el Código Penal argentino en su art. 1º, establece que se aplicará a los delitos “cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina”.

¹⁸ LAPLAZA, F. P., *El Delito de genocidio o genticidio*, pp. 30 y 31. *Ob. cit.*, *Enciclopedia Omeba*, t. VI, p. 370.

¹⁹ Una nueva escuela a la que adhirieron prestigiosos especialistas, propone la idea de la “defensa social universal” dividiendo a la criminalidad en tres categorías: a) crímenes cometidos fuera de los límites geográficos de un Estado, en el mar o en el aire; b) los perpetrados en el territorio de diferentes Estados o a los de los particulares, cometidos contra algún Estado extranjero. *Enciclopedia Omeba. Ob. cit.* p. 372.

nal en su conjunto y que como se señalara corresponden al ámbito del derecho internacional penal, Esos delitos están comprendidos, principalmente, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁰ y en otras herramientas o Convenciones bilaterales y multilaterales específicas, algunas de las cuales se citarán a continuación. Así coexisten varios instrumentos internacionales que tratan estas conductas delictivas o las definen como delitos internacionales. A manera de ejemplo, se pueden mencionar los siguientes delitos como comprendidos en la categoría y cuál es el marco jurídico originario:

a) Genocidio

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12/1/1951.

b) Crímenes de lesa humanidad

- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apatheid, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3068 (XXVIII) del 30/11/1973. Entrada en vigor: 18 de julio de 1976.

- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987.

- Convención Interamericana para Prevenir y sancionar la Tortura, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en el decimoquinto período ordinario de sesiones, en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1.985. Entrada en vigor: 28 de febrero de 1987.

- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Bélem do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Entrada en vigor: 28/03/96.

- Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) el 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970.

²⁰ Los delitos contemplados en el Estatuto de Roma son: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, y la agresión.

c) Crímenes de guerra

- Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Convenio I), aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrado en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949.

- Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Convenio II), aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrado en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949.

- Convenio de Ginebra Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III), aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrado en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949.

- Convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV), aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrado en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949.

- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I).

- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II).

Desde la perspectiva internacional que caracteriza a la mayoría de estos delitos, la jurisprudencia argentina se ha ocupado de juzgar en esta categoría de delitos en diferentes ocasiones, entre los que se pueden citarse a título ejemplificativo los siguientes: “Suárez Mason, Carlos Guillermo s/homicidio, privación ilegal de la libertad”²¹; “Arancibia Clavel, Enrique L. s/Desaparición Forzada”²².

²¹ CSJN, 13/8/1998, Fallos 321203120. *Fallo de Boggiano: Es misión de la Corte velar por el cumplimiento del derecho internacional con la intención de preservar el interés superior de la comunidad internacional con la cual nuestro país en virtud de formar parte de ella, se encuentra obligada por los tratados celebrados. Y además por el ius cogens, el derecho inderogable que consagra la Convención de Desaparición Forzada*”.

²² CSJN, 24/8/2004 “Arancibia Clavel, Enrique L. s/Desaparición Forzada”, JA 2004-IV-426 30 (Revocó fallo de Condena por Asociación Ilícita cambiándolo a violación múltiple y reiterada de derechos reconocidos en la Convención sobre Desaparición Forzada”).

o Delitos transnacionales

Hay en cambio otro tipo de crímenes, aparentemente considerados convencionales, pero que al traspasar las fronteras nacionales reclaman un accionar conjunto o coordinado ya que van mutando sus características y en ese traspaso se van tornando más complejas. Nos referimos al crimen transnacional organizado y al terrorismo.

Para intentar conceptualizar al crimen transnacional organizado, se tomará como base la caracterización que hace la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Internacional Organizada. En ese contexto se entiende por tales a los delitos “graves”, de carácter “transnacional” y que resulten de un accionar “complejo” u “organizado”.

Respecto al terrorismo, no ha habido aun consenso internacional general como para volcarlo en una convención universal como la referida al crimen transnacional organizado, sin perjuicio de contar con diferentes convenciones multilaterales, regionales y bilaterales que abarcan diferentes modalidades de su manifestación.

En cuanto, al “*carácter transnacional*”, este resultará de: a) si se comete en más de un Estado; b) en un solo Estado pero con preparación, planificación, dirección o control desde otro Estado; c) en un solo Estado pero con la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades en más de un Estado; d) se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado²³.

Se hace imprescindible tomar en cuenta, la problemática del respeto a las “soberanías nacionales”, sobre todo si se tiene en cuenta el profundo arraigo que tiene el principio territorial en muchos países de algunas regiones. Generalmente, se prevé que el cumplimiento de este principio debe conjugarse con la igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como la no intervención en los asuntos internos del otro. Nada facultará a un Estado a ejercer jurisdicción o funciones reservadas al derecho interno de otro.

El *carácter de “complejo” u “organizado”* responderá a la cantidad de sujetos y modalidades involucrados en su consecución. Se pueden considerar que integran la categoría de delitos complejos: a) el tráfico de estupefacientes y precursores químicos, el tráfico de armas, el lavado de dinero y los delitos conexos con este tipo de delitos. Asimismo, el desarrollo de redes operativas hace posible una mayor cercanía entre los movimientos delictivos sofisticados y la criminalidad internacional^{24/25}.

²³ Sería el caso de lavado de dinero, del tráfico de estupefacientes o de armas.

²⁴ DISHMAN, C., “Terrorism, Crime and Transformation”, *Studies in Conflict and Terrorism*. 24. 2001, 43-58.

²⁵ WILLIAMS, P., *Transnational Criminal Networks: The future of Terror, Crime and Militancy*, noviembre 2001, 61-97.

Entre las muchas modalidades que pueden asumir, los delitos complejos se seleccionarán como referentes, algunas de las posibilidades donde se reúnen los requisitos referidos, por ejemplo, la constitución de asociaciones delictivas y homicidios contratados, que en muchos casos han sido solventadas por lavado de dinero y evasión fiscal. El contrabando de armamento, el tráfico de personas —principalmente mujeres y niños—, la prostitución y el fraude informático, son otro tipo de manifestaciones que tienden a propagarse más allá de las fronteras. A ellas pueden sumársele, las operaciones a través de Internet que dificultan muchas veces los controles en un tiempo útil, los casinos “online”, la piratería informática, pornografía a través de la “web” y ventas de todo tipo²⁶.

Entre las herramientas que la comunidad internacional ha dado para enfrentar este tipo de delitos pueden citarse numerosas convenciones, resoluciones, planes de acción, etc., que atacan a las diferentes modalidades que va asumiendo el accionar delictivo complejo. Seguidamente se pasará revista a los convenios internacionales sobre la materia surgidos de foros productores de normas que comprenden figuras que pueden considerárselos crímenes complejos.

a) En el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)

- Existen más de una decena de convenciones sobre protección a la navegación aérea y al combate delitos cometidos en ese contexto que celebraron a partir de la década de los 70.

- Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con bombas, abierto a la firma en Nueva York, Estados Unidos de América, el 12 de enero de 1998.

- Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999.

- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, adoptada en Viena el 20 de diciembre de 1988.

- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, adoptada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y sus Protocolos complementarios: A) para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, B) contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Por último, se adopta el Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 31 de mayo de 2001.

²⁶ LEACOCK, Charles, “Internationalization of Crime”, *Journal of International Law and Politics*, vol. 34, Nueva York, Ed. New York University, 2001.

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Mérida, México el 11 de diciembre de 2003.

- Convención sobre Cybercriminalidad, adoptada en Budapest, Hungría el 23 noviembre de 2001.

b) En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA)

- Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estos tengan Trascendencia Internacional, suscripta en el Tercer Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrada en Washington, DC, el 2 de febrero de 1971.

- Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002, adoptada en Bridgetown, Barbados, el 3/06/2002.

c) En el marco de la Unión Europea (UE)

- Convenio del Consejo de Europa para la represión del Terrorismo, adoptado en Estrasburgo el 27 de enero de 1977.

- Convención Europea Sobre Blanqueo, Seguimiento, Secuestro y Decomiso del Producto del Crimen, adoptado en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990.

d) Documentos surgidos en el marco del Mercado Común del Sur (Mercosur)

- Comunicado Conjunto de los Presidentes de los Estados Parte del Mercosur, Montevideo, del 15 de diciembre de 1997, que en su párrafo 15 dice: “Los Presidentes decidieron que los Ministros de Justicia o Secretarios de Estado equivalentes procuren acelerar el proceso de armonización de las legislaciones de los países miembros del Mercosur y los países asociados en todas las áreas de la lucha contra el crimen organizado (narcotráfico, contrabando de armas, tráfico de precursores químicos, terrorismo, lavado de dinero y demás delitos conexos).

- La Declaración sobre Terrorismo de los Ministros de Justicia de los Estados Parte del Mercosur, de la República de Bolivia y de la República de Chile, del 30 de Noviembre de 2001 en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay²⁷.

²⁷ Texto de la Declaración: “Se comprometen con el desarrollo de políticas y acciones dirigidas a prevenir y reprimir los actos de terrorismo, en el marco de sus competencias, inspirados en las Resoluciones 49/60 “Declaración sobre las Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional” y 56/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en las Resoluciones 1368, 1373 y 1377 de 2001 del Consejo de Seguridad de la misma Organización; en la RC.23/RES.1/01 y en la RC.24/RES.1/01 aprobadas por las Vigésima Tercera y Vigésima Cuarta Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA celebradas el 21 de septiembre de 2001; en la

• En ocasión de celebrarse la XXVII Reunión de Ministros de Justicia de los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados, en Paraguay en junio de 2007, los Señores Ministros emitieron una Declaración en relación con la lucha contra la Trata de Personas.

Como se dejara plasmado al momento de ejemplificar el tratamiento dado por nuestra jurisprudencia respecto de los delitos encuadrados en el derecho internacional penal, resulta oportuno a continuación pasar revista al abordaje dado a la hora de juzgar los delitos que integran la llamada criminalidad compleja: a) En materia de narcotráfico, se configuró la complejidad del caso por en un delito de contrabando agravado de estupefacientes por medio de transporte de una aeronave que provenía del Paraguay, sumado al hecho que fue cargada de marihuana en una pista clandestina de la provincia de Chaco²⁸; b) en materia de lavado de activos, configurándose la complejidad del caso en tanto se suma el lavado de activos al delito de contrabando, al querer los autores ingresar al país una gran cantidad de divisas ocultas en el equipaje, pues la ausencia de patrimonios suficientes en cabeza de los imputados, la inexistencia de una actividad comercial, la importancia de los montos ingresados y el método de ocultamiento de dinero, resultaron indicios constitutivos del ilícito²⁹; c) en cuanto al delito de Trata de Personas, no solo constituyen la figura aquellos categorizados como tal (art. 145 bis, CP) sino que también conforman la figura compleja su connivencia con otra figuras vinculadas como las amenazas, reducción a la servidumbre, infracción a la ley 25.871, etc.³⁰.

4. COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL

Consecuentemente con lo manifestado y para dar solución a los posibles planteos que devienen de unos y otros supuestos de categorización delictiva,

Declaración de los Cancilleres del Grupo de Río del 14 de noviembre de 2001 y en la Declaración Política Contra el Terrorismo emanada de la XI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, de Lima del 24 de noviembre de 2001; que “Manifiestan su beneplácito por la suscripción, ratificación o adhesión, en su caso, en los ámbitos universal, regional y sub-regional de diversos acuerdos internacionales que demuestran el compromiso de los Países y sus Gobiernos con el afianzamiento de la cooperación para prevenir y combatir el terrorismo y con el fortalecimiento de medios pacíficos de solución de controversias; y Asumen el firme compromiso de trabajar en el ámbito sub-regional para la pronta suscripción, aprobación y ratificación por parte de sus Estados de diversos instrumentos de asistencia jurídica mutua y de cooperación jurisdiccional en materia penal, así como para la adecuación de sus legislaciones internas a los tratados suscritos en el tema”.

²⁸ Tribunal Oral Criminal de Resistencia, Chaco, 28/10/2011. “Benítez, Luis Adriano y Carvalho de Freitas, Joao s/ contrabando de estupefacientes, art 866, segundo párrafo en función del art. 865 inc. e) de la ley 22.415”.

²⁹ Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2, 27/6/2012. “Acosta Aguilera Luz María y Guzmán Ramírez, Francisco Javier s/ contrabando e infr. Arts. 278 inc. 3° apartado b) CP”.

³⁰ *Trata de Personas. Políticas de Estado para su prevención y Sanción*, Infojus, 2013, p. 159.

se precisa de otra herramienta jurídica que es la que aporta “la cooperación internacional” —extradición o asistencia mutua—, donde una coordinación de jurisdicciones nacionales o la creación de una jurisdicción supranacional son alternativas posibles.

La cooperación en materia penal internacional adquiere notoria relevancia a la hora de estudiar los instrumentos para combatir la criminalidad, especialmente la compleja descrita detalladamente en la Convención de Palermo pero que también resulta de suma utilidad a la hora de asistir a los Estados en delitos de trascendencia universal como los enumerados en el Estatuto de Roma, constitutivo de la Corte Penal Internacional.

A esta altura se plantea la necesidad de acercar algunas ideas con respecto a las posibilidades que se pueden encontrar para luchar contra estos flagelos, que golpean no solo dentro de nuestras fronteras nacionales, sino que afectan también las relaciones con otros, ya sea en un contexto bilateral, regional o multilateral.

Como respuesta a la búsqueda de soluciones a los planteos que la problemática penal involucra, se hace necesaria la participación al derecho internacional penal, del penal internacional, del derecho internacional público, del derecho internacional privado, del procesal internacional, del derecho de la integración y del derecho comunitario, cuando menos, todo ellos vistos tras el tamiz de los derechos humanos.

Otra modalidad de la asistencia más desarrollada recientemente y que sigue la línea de encuadre dentro del derecho humanitario aplicado a la sanción de delitos, es el instituto del “Traslado de Condenados”, tomado como una suerte de ejecución de sentencias penales extranjeras.

Este instrumento dota a los Estados, de mecanismos que permiten al nacional, o al ciudadano, o al residente de un Estado, cumplir en su patria, o cerca de los suyos, una sentencia privativa de la libertad dictada en otro Estado.

Como se manifestara, en los últimos años, se ha acelerado el estudio y el desarrollo de la asistencia penal mutua en procura de novedosos métodos que vayan a la par o, si se quiere, un paso delante que las nuevas modalidades del accionar delictivo.

Otra cuestión compleja que merece una consideración especial es el de la nacionalidad de los delincuentes. Muchos países tienen entre sus normas constitucionales, o sus normas imperativas, el tema de la no extradición de sus nacionales. Esta cuestión es un obstáculo a la cooperación internacional, y que ha sido soslayado en que si el nacional no puede ser extraditado, al menos sea juzgado en el país en donde no se permite la extradición.

En cuanto a los antecedentes jurisprudenciales en materia de cooperación jurídica penal, la manifestación más notoria se señaló de los pedidos de extradición. Sobre esta última se pasará revista a una serie de casos recientes. a)

“Medina Jaramillo, Samuel s/extradición”³¹(solicitada por la República Italiana contra un nacional de ese país residente en Argentina por los delitos de secuestro de persona con fines de extorsión, seguido por la muerte del secuestrado como consecuencia no deseada, hurtos y lesiones); b) “García Guzmán, Juan C. s/ Extradición”³² (en el que la Corte otorgó la extradición en base al criterio jurisprudencial precedente por el que la conducta por la que se solicitaba la extradición no podía encuadrársela dentro de las excepciones del art. 23 del Tratado de Montevideo de 1889, en tanto constituían hechos particularmente graves y odiosos a la naturaleza humana; c) “Ralph, Nelson Eliseo s/extradición”³³ (en donde se ventiló la procedencia de la extradición en el marco de la ley 24.767 de Cooperación Internacional en materia penal, atento la inexistencia de un tratado específico con la República de Portugal y ante el requerimiento en base a un delito comprendido a la luz de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de estupefacientes, aprobada en Viena en 1988 y de la cual, ambos países son parte.

5. LOS DERECHOS HUMANOS, LA PROBLEMÁTICA PENAL Y LA INTEGRACIÓN REGIONAL

Hoy en día se puede hablar, entonces, de una explosión de las relaciones internacionales, del movimiento de personas, de los fenómenos de integración, de la globalización, de la expansión del delito a través de la Internet” y del rol preponderante que asumen los derechos humanos en el contexto internacional.

Esta globalización y esta integración, a su vez, conllevan al consiguiente levantamiento de las fronteras y facilitan la libre circulación de personas, bienes, servicios y factores de producción. Ello, por su parte, torna necesaria una mayor cooperación entre los Estados en todos los ámbitos, y es ahí en donde no puede quedar fuera el cuidado de la seguridad jurídica de las personas —individual o colectivamente— y de sus bienes.

Por otro lado, muchos de los derechos, que están hoy protegidos, han entrado en la esfera de acción de los llamados derechos humanos. Estos derechos humanos que traspasaron la barrera del derecho internacional público, y se acercaron a otras ramas jurídicas, como por ejemplo, al derecho internacional privado.

Asimismo, estos derechos humanos han sido también reconocidos en diferentes convenciones internacionales de los países de nuestra región, principalmente si se habla de un contexto de integración. Al respecto, cabe recordar

³¹ CSJN, 20/8/1996, “Medina Jaramillo, Samuel s/extradición”. Fallos 319:1464, 13.

³² CSJN, 5/11/1996, “García Guzmán, Juan C. s/ Extradición”, JA 1997 III-416. Fallos 319:2545, 14.

³³ CSJN, 19/10/2000, “Ralph, Nelson Eliseo s/extradición, en causa ‘Jefe de Operaciones Dpto. Interpol s/ captura’”.

la relevancia que cobran esos derechos en el plexo normativo de las naciones, como es el caso de la República Argentina donde forman parte de la del derecho de rango constitucional.

Así, la protección de la persona humana es hoy un objetivo fundamental de todo ordenamiento jurídico, que traspasa los límites iniciales del derecho público, ejerciendo una poderosa influencia en el derecho privado. Más aún, en los últimos años en muchos países europeos, como Alemania, Francia y Portugal, se han producido grandes cambios, especialmente influenciados por las características y requerimientos de la integración en el espacio regional y de los derechos humanos.

Por su parte, con el aumento y el desarrollo de los procesos de integración regional puede apreciarse un mayor interrelacionamiento jurídico entre los Estados en la búsqueda de soluciones y respuestas adecuadas a los diferentes conflictos que se plantean en sus contextos de integración.

En consecuencia, la comunidad internacional pretende encontrar respuestas a estos problemas en las nuevas fuentes del llamado derecho comunitario por un lado, y por otra parte, en la armonización o en la unificación de normas. Este último, planteado en un contexto regional, sería lo que suele llamarse derecho de la integración.

Intentar definir el campo de acción de cada una de las ramas referidas, sus métodos, objetivos, etc., llevaría forzosamente en muchos casos a la superposición, y difícilmente uno solo de ellos pudiera resolver la amalgama de posibilidades que se presenten.

Habría que considerar entonces, si la consecución de herramientas e instrumentos de todas estas disciplinas recién mencionadas, no podría contribuir en su aplicación coordinada a brindar un medio eficaz para enfrentar algunas de las problemáticas que se le plantean a nuestras sociedades. En ese camino, estaría, sin duda, la lucha contra el crimen transnacional organizado.

Por su parte, el accionar delictivo actual en los espacios integrados se ha caracterizado por formas cada vez más novedosas y complejas de delinquir y ha motivado la necesidad de nuevas respuestas, destinadas a combatir las más sofisticadas formas que el accionar presente en uno u otro país de un mismo bloque.

En ese sentido, cabe destacar la importancia que revistió para toda nuestra región la adopción de antecedentes legislativos multilaterales, como el Tratado de Montevideo de Derecho Penal Internacional de 1889, y su subsiguiente de 1940, así como las normas en la materia contenidas en el Código Bustamante de 1928, o en la Convención de Extradición de Montevideo de 1933.

El considerado constitucionalista argentino, como es el Dr., Bidart Campos, sostenía que podría considerarse que la soberanía, al organizarse jurídicamente, no reconoce otro orden superior del cual provenga o derive su propia validez positiva. Sin embargo, a partir de los límites que impone el derecho internacional, las integraciones supraestatales y el derecho comunitario en algu-

nos Estados, pareciera que va detectándose un reacomodamiento de los conceptos de soberanía e independencia.

En ese sentido, habría que considerar que la relación entre los países en un contexto de integración puede darse desde la perspectiva de la coordinación y desde un orden de supraordinación.

Con relación al tratamiento de la materia penal, y más específicamente en el marco de la lucha contra las nuevas formas de criminalidad compleja, aquel principio de la soberanía absoluta de los Estados aparece en la actualidad cediendo paso a una profunda tarea de cooperación y estudio de nuevas técnicas a instrumentar, tarea llevada a cabo principalmente a través de foros institucionales, como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, o a través de la prolífica labor convencional en el marco de los sistemas de coordinación y/o integración regional, como es el Consejo de Europa, la Unión Europea o el del Mercosur y sus Estados Asociados.

La lucha contra estas nuevas formas de criminalidad organizada tiene en la cooperación penal internacional una herramienta eficaz para combatirla. Sería entonces esa cooperación internacional entre los Estados, el medio más eficaz para resolver conflictos como la problemática de la jurisdicción competente para el juzgamiento de determinados delitos cometidos fuera del territorio nacional, y que pueden llegar a provocar efectos de futuro en ese u otro Estado, como sucede en los contextos transfronterizos o de integración.

No obstante, la mayoría de las normas que se expresan en las nuevas fuentes convencionales destinadas a combatir la criminalidad compleja contienen disposiciones de características programáticas. Esto quiere decir que son más bien generales, amplias, ejemplificativas, o indicativas e instan a los Estados a que dicten normas internas, normas regionales y/o tratados bilaterales, que ayuden a combatir este tipo de delitos.

Desde la perspectiva regional del Mercosur y sus Estados Asociados, hay distintos aspectos de la cooperación penal que ameritan ser especialmente considerados, atento las particulares características que se han instrumentado desde ese espacio para el combate de la criminalidad compleja.

Uno de ellos es el del papel de las Autoridades Centrales cuyo rol es fundamental ya que se trata de territorios que son muy dilatados y muchas veces los jueces no siempre pueden acceder fácilmente al conocimiento de todas las fuentes, o al complejo entramado jurídico necesario al momento de aplicación de ellas. Entonces, se hace necesaria la intervención de alguna institución estatal que sea de nexos y que le informe, las formas y procedimientos a seguir. Esto es muy diferente a lo que ocurre en el marco de la Unión Europea.

Por lo tanto, cabe resaltar la importancia que se le diera al tema de las Autoridades Centrales en el ámbito del Mercosur, ya que en el año 1996 con el Protocolo de San Luis y en los Protocolos y Acuerdos en materia de Asistencia Penal que le siguieron posteriormente, se hizo hincapié en la comunicación

clara, frecuente y fluida entre Autoridades Centrales como uno de los medios más eficaces para el funcionamiento de la cooperación, sobre todo en la materia penal. Más recientemente en otros instrumentos de cooperación penal como el “Acuerdo Marco para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación” o el “Acuerdo Orden Mercosur de Detención y Procedimientos de Entrega”, elaborado todos ellos en el marco de la Reunión de Ministros de Justicia³⁴.

En otro orden de ideas, resulta interesante referirse a la tarea desarrollada en diferentes foros especializados en los que se está trabajando en la capacitación de jueces en materia internacional como forma de contribuir a la difusión y mejor aplicación de la nueva normativa..

En cuanto a la problemática de la cantidad de convenciones aplicables es una cuestión también complicada. El mismo problema se plantea en el derecho internacional privado, en materia de cooperación internacional, de derecho penal internacional, o de derecho internacional penal.

Hay demasiadas fuentes bilaterales, regionales, multilaterales. Y como se ha dicho que en este espacio regional los países poseen territorios extendidos, los jueces a veces no pueden tomar conocimiento de todas las fuentes que se van sucediendo porque no hay suficientes seminarios, jornadas, simposios que se ocupen del tema.

Por otra parte, los poderes centrales, muchas veces carecen del fluido contacto que debieran tener con las Autoridades Centrales, de lo que resulta un consecuente desconocimiento de las normas. Se torna pues necesario, que el juez, al momento de aplicar algunos de estos convenios o algunas de estas leyes, deba averiguar si está vigente en su país, si lo está en el Estado requirente o requerido, según el caso, si rige con el otro país., etc.

No menos relevante es el destacar que en los últimos años, se han venido desarrollando nuevos institutos jurídicos que ayudan a la lucha contra la criminalidad internacional organizada. Es el caso, por ejemplo, de los programas como el de “protección de víctimas y testigos”; o figuras como el “arrepentido”, “testigo protegido” o el “agente encubierto”.

Con relación a las cláusulas de preservación de la seguridad nacional y del orden público, se está debatiendo últimamente la problemática que este tipo de normas genera para la efectividad de la cooperación, al ser utilizados como causales para denegar la asistencia solicitada o en su caso la extradición.

Los Estados, en general suelen aferrarse a este tipo de normas y esto también ha empezado a cuestionarse, por lo menos en cuanto a su postura estricta y se ha notado la dificultad que puede ocasionar la aplicación rígida de estos principios para el logro de los cometidos últimos de la cooperación.

Por eso es necesario generar nuevas ideas para la solución de ese tipo de barreras y agudizar la imaginación de los especialistas con miras a aportar novedosos elementos o herramientas que ayuden a la despolitización de estos conceptos

³⁴ www.mercosur.int (Reunión de Ministros de Justicia).

y evitar de esa manera que esos delincuentes que trasponen las fronteras, busquen el amparo de una legislación más protectora para eludir la punición de sus ilícitos.

Otro aspecto de especial trascendencia en el proceso de facilitación de la asistencia es el de la definición de términos insertos en las fuentes de asistencia a utilizar. Esta técnica resulta muy útil, sobre todo en materia penal, ya que no hay castigo, si no hay delito. Muchos de ellos se encuentran descriptos de forma indicativa en la “Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada”.

Como ocurriera respecto de la otra Convención recién referida, la mayoría de las normas de esta son también programáticas, y se insta a los Estados a celebrar acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales de cooperación. La mayoría de nuestros Estados ya tiene convenios bilaterales y multilaterales vigentes entre unos u otros Estados. En atención a ello, la Convención pretende vincularlos.

Sobre el particular, resulta relevante entonces destacar que a través de esta Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada, se pueden vincular entre sí como nexo común. Al ser parte en esta y a su vez, existir un convenio especial sobre determinada materia, aunque no vincule con aquel otro Estado, bastaría pues la Convención oficiaría de nexo y muchas de las normas programáticas se tornarían operativas a través de los convenios específicos, que sí están vigentes entre los Estados.

Para mayor abundamiento cabe consignar que en los últimos años y en el marco de la tarea llevada a cabo en diferentes foros regionales, se ha caracterizado también por la formulación de diferentes Guías y Manuales de aplicación de los instrumentos regionales de cooperación, tendientes a generar una suerte de “soft law” que facilite la cooperación.

Por su parte en el mismo ámbito mercosureño se han desarrollado otro tipo de instrumentos vinculado a buscar soluciones en torno a la problemática penal como pueden serlo. a) el “Plan de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional”, que tiene entre sus objetivos controlar la actividad delictiva en el espacio integrado, mediante controles transfronterizos comunes, especialmente en zonas calientes como la de la “Triple Frontera”, o b) documentos en materia de intercambio de información, para detectar a los delincuentes y a sus movimientos, c) el establecimiento de un sistema de información, que se llama “SISME” —Sistema de Información del Mercosur—, y que intenta, a través de nodos de información nacionales, transmitir toda la información que hay en materia delictiva entre los países del Mercosur y sus Asociados³⁵.

Para concluir, podría decirse como corolario que, tanto las herramientas y fuentes recién referidas, apuntan a aportar respuestas y soluciones novedosas para la lucha contra el crimen y que coadyuvan al mejor desenvolvimiento de las herramientas desplegadas en materia de derecho penal internacional en el combate al crimen.

³⁵ *www.mercosur.int* (Documentación Reunión Ministros del Interior).

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHOS HUMANOS,
DE ANTONIO BOGGIANO, BUENOS AIRES, ABELEDO-PERROT,
SÉPTIMA EDICIÓN ACTUALIZADA, 2015, 1070 PS.

Por MARÍA FLORENCIA ABELLA e IGNACIO JORGE ELESGARAY

El profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires, jurista de renombre internacional, actualiza, enriquece y completa con esta nueva edición, su prestigioso manual de Derecho Internacional Privado, obra ya clásica en la literatura jusprivatista internacional y de ineludible consulta para los operadores del derecho que busquen interiorizarse de manera profunda y reflexiva en esta materia.

Lejos está de nuestro propósito compendiar exhaustivamente, en estas breves líneas, la totalidad de tan magnífica obra jurídica que trata con rigor científico y actualidad crítica los diferentes temas de la disciplina.

Como el mismo autor señala, su libro no solo persigue brindar información, sino que busca proporcionar al lector ideas, argumentos y teorías “para ayudar a pensar la materia”, como solo un especialista de la talla del Dr. Boggiano puede hacerlo.

El libro se estructura con una presentación de la nueva edición (y las respectivas presentaciones a las anteriores ediciones), una introducción titulada “Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos. *Ius Inter Iura*” y veintiséis capítulos ordenados pedagógicamente a fin de introducir al lector en el razonamiento propio del derecho internacional privado. Inicialmente, se aboca al tratamiento de los temas generales de la materia (Concepto y sistema del derecho internacional privado, Jurisdicción internacional, Procedimiento internacional, Norma de conflicto, Norma material, Norma internacionalmente imperativa, Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y Aplicación del derecho extranjero), para luego abordar su parte especial (Personas, Matrimonio, Filiación, Adopción, Responsabilidad parental e instituciones de protección, Sustracción internacional de menores, Derechos reales sobre cosas, Sucesiones, Trust, Sociedades comerciales, Cuasicontratos Enriquecimiento injusto, Contratos, Títulos valores, Cheque, Responsabilidad civil por hechos y actos ilícitos, Propiedad industrial e intelectual, Concursos y Arbitraje comercial internacional). Cada uno de esos capítulos se clausura con un “Apéndice”

que contiene transcritos los artículos del nuevo código vinculados a las materias analizadas.

Asimismo, se suprime el Apéndice que poseía la anterior edición, que trataba cuestiones de derecho penal internacional, derecho fiscal internacional, derecho administrativo internacional, derecho de la integración y derecho transitorio.

Siguiendo las actuales tendencias editoriales, el libro se ofrece simultáneamente en formato digital (*e-book*).

Además de contener un vasto repertorio de jurisprudencia nacional y extranjera ampliada y actualizada sobre cada cuestión tratada (v.gr. Caso “Harrods Buenos Aires Ltda. en materia societaria”; Caso “B.G. o H.F. s/ sucesión” sobre cuestiones matrimoniales; caso AES Uruguayana, integrante del grupo norteamericano AES y Transportadora de gas del Mercosur, de Tecgas, TOTAL, CGC, CMS y Petronas v. YPF, sobre arbitraje internacional, etc.), reseña la doctrina más reciente y aborda el estudio de las nuevas disposiciones de derecho internacional privado incorporadas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, destacando virtudes y falencias de esta nueva regulación y formulando interrogantes y precisos análisis de las normas, todo lo cual proporciona al lector la posibilidad de un estudio reflexivo y crítico de la materia. El autor se propone contribuir a pensar el derecho internacional privado y su constante evolución y *¡vaya que cumple magistralmente con su objetivo!*

De manera preliminar, el profesor Dr. Antonio Boggiano considera que las nuevas normas de derecho internacional privado del recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación “auspician la vuelta de la Argentina al mundo de las naciones”.

Asimismo y a lo largo de toda su obra, el autor pone el acento en lo que denomina la *infiltración de los derechos humanos en el derecho internacional privado*, movimiento que se revela con claridad en el célebre fallo de la Corte Suprema en el caso “Ekmekdjian” y la consiguiente reforma constitucional de 1994 y que —en época más reciente— repercutió de forma decisiva en el nuevo Código, cuyo art. 1º manda resolver los casos “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”. Esta determinante influencia de los derechos humanos sobre las diferentes materias reguladas por el derecho internacional privado de la que nos habla el autor, la exterioriza desde el título mismo de su obra, que en esta séptima edición fue titulada “Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos”.

En opinión del autor, este fenómeno determina una nueva materialización del derecho internacional privado, que se refleja en múltiples incidencias.

Señala así que se elige el juez que mejor pueda garantizar el debido proceso y en ocasiones se autolimita la jurisdicción porque la defensa se puede garantizar mejor en otro foro (*forum non conveniens*).

En cuanto a las metodologías para la designación del derecho aplicable, destaca la orientación material “más favorable al interés del acreedor alimenta-

rio” del art. 2630 y las “soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo” en el art. 2632, o bien, “el interés superior del niño” referenciado en los arts. 2634, 2637, 2638 y 2640 del nuevo Código. En otras normas se receptan criterios de conexión flexibles con posibles orientaciones materiales, tales como los vínculos estrechos o vínculos relevantes. Se brinda tutela especial al consumidor como la parte débil del contrato. O se favorece la validez de un acto.

Y por todo ello sugiere un nuevo modo o método de pensar esta materia, consistente en realizar una tarea específica al momento de elegir el juez, el derecho aplicable o de reconocer una sentencia extranjera en los casos jusprivatistas internacionales o “transordenamientos”. Tal método de estudio propuesto radica en confrontar los resultados de la aplicación de las normas de jurisdicción, de conflicto, materiales e imperativas y las normas de reconocimiento de sentencias extranjeras, con los aludidos principios de derechos humanos.

En materia de Filiación Internacional (Capítulo XI), el autor enfatiza sobre los cambios sustanciales introducidos por el nuevo Código, así como la apuntada incidencia de los derechos humanos tanto en el establecimiento de la filiación, como a los fines de su reconocimiento. Destaca la incorporación de la “voluntad procreacional” como fuente de la filiación, derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida y pone de resalto el reconocimiento al nacido por tales técnicas del derecho fundamental a conocer su origen biológico. Advierte sobre la utilización de puntos de conexión alternativos en la regulación del nuevo Código, inspirados en el favor material de la filiación, y donde se preferencia “el interés superior del niño” y las “soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo”. En esta misma línea refiere a la solución dada al reconocimiento del emplazamiento filial constituido según un derecho extranjero de conformidad con los principios materiales de orden público, dando prioritaria relevancia al interés superior del niño. Finalmente, aclara que los principios que regulan la filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser considerados al tiempo del reconocimiento o inscripción de personas nacidas a través de esas técnicas, otorgando prevalencia a la decisión que beneficie al interés superior del niño.

Con igual orientación y en lo que respecta al reconocimiento de una Adopción constituida en el extranjero (Capítulo XII), manifiesta que el nuevo Código introduce una regulación guiada por el interés superior del adoptado y los vínculos estrechos del caso con la República.

Nuevamente el autor enfatiza el valor de la orientación material favorable al “interés superior del niño”, “los derechos fundamentales del niño” y a la protección del menor y de la persona incapaz o con capacidad restringida, que orienta a las normas reguladoras de la responsabilidad parental y demás instituciones de protección (Capítulo XIII) en el nuevo Código Civil y Comercial. En tal sentido, el nuevo cuerpo normativo reconoce y permite que desplieguen efectos en nuestro país otros institutos de protección de niños y adolescentes

constituidos según el derecho extranjero, en tanto sean compatibles con los derechos fundamentales de aquellos.

Particular consideración le merece la metodología que, en materia de sustracción internacional de menores, incorpora el art. 2642 del nuevo Código, del que subraya sus “potencialidades extraordinarias”. Destaca así que ante la inaplicabilidad —según su ámbito y en cada caso concreto— de las Convenciones sobre esta materia, el juez argentino deberá “adaptar al caso” los principios contenidos en tales Convenciones —entre los que enuncia el de cooperación interjudicial formal y material—, pero teniendo siempre en vista el interés superior del niño como orientación material fundamental en esa tarea de adaptación. Con la lucidez que lo caracteriza, señala entonces que tal artículo autoriza expresamente al juez a “crear para el caso una norma a medida para una sentencia a medida” valiéndose de la equidad.

Y tan determinante es la injerencia de los derechos humanos en el derecho internacional privado, que lleva al profesor Boggiano a sostener, en un magistral y original razonamiento —cuya atenta lectura se recomienda—, que el derecho internacional privado argentino y comparado se cimienta esencialmente en el derecho humano a la defensa en juicio de la persona y de los derechos, tanto en sentido sustancial como procesal, es decir, a obtener garantías de que sus expectativas sobre el derecho que le confiere tutela, serán respetadas y observadas ante los tribunales de cualquier lugar, lo está positivamente reconocido por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En lo que se refiere al tratamiento de los Contratos internacionales (Capítulo XX), el libro desarrolla de manera profusa los despliegues y límites de la autonomía de la voluntad de las partes —conflictual y material—, enfatizando que las influencias de las transformaciones del derecho material sobre los contratos internacionales han sido magistralmente plasmadas en los arts. 2650 a 2655 del nuevo Código (*¡un gran capolavoro!*, en palabras del autor). En tal sentido, merece consideración la regulación incorporada en el art. 2651 del nuevo Código y, en particular, lo expresamente dispuesto en su inc. c), que recepta positivamente el núcleo de la tesis original del autor sobre la autonomía material del derecho internacional privado —ya plasmada y analizada en las ediciones anteriores—, por la que se faculta a las partes a excluir normas coactivas del derecho privado aplicable mediante la incorporación de cláusulas convencionales contrarias.

Con justificado acierto y no sin un amargo desencanto por la oportunidad perdida de consagrar positivamente la tan anhelada unidad de la ley aplicable en materia de sucesiones internacionales, el autor embiste contra el art. 2644 del nuevo Código. Norma que, a su juicio, recepta un anacrónico fraccionamiento normativo cuando existen bienes inmuebles situados en el país.

También formula una crítica al nuevo Código en cuanto carece de normas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, las que considera

que, por su naturaleza federal, deberían recibir una regulación uniforme a nivel nacional.

Para ir concluyendo, podemos destacar que el autor plantea la importante relación entre la norma legal y la jurisprudencia a su respecto (véase “*Del Precedente a la Norma y de la Norma al Precedente en la Elaboración Jurisprudencial*”). Esboza que el nuevo Código es un proyecto, pero con un trasfondo de jurisprudencia. Así, algunas de las nuevas disposiciones de derecho internacional privado adoptadas por el nuevo Código son recepticias y perfeccionan los criterios jurisprudenciales ya establecidos (v.gr. Vlasov está plasmado en los arts. 2602, 2621 y 2626 del nuevo Código), otras se sustentan en normas del Código Civil anterior o de los Tratados de Montevideo, mientras que algunas no cuentan con antecedentes legales ni jurisprudenciales (v.gr. la cláusula de excepción general del art. 2597), por lo que propicia en estos casos esperar la nueva doctrina y la jurisprudencia.

Ahora bien, con relación a los dos primeros supuestos advierte que esas nuevas disposiciones de derecho internacional privado necesitan ser comparadas con el derecho judicial anterior a los fines de generar un derecho transitorio entre el Código de Vélez y el nuevo. Y para ello aconseja —como método— el estudio de los textos de los capítulos del libro y luego su comparación con las nuevas disposiciones incorporadas en cada capítulo como Apéndices.

Como anticipamos, las limitaciones impuestas a la recensión que hasta aquí hemos delineado, conspiran contra nuestros deseos de poder destacar —como indiscutiblemente lo merece— la riqueza académica y la autoridad científica y técnica de este magnífico libro.

Como nadie puede desconocer, estamos frente a una obra jurídica trascendental para el derecho internacional privado nacional y extranjero, escrita por uno de los grandes maestros de la disciplina, que abre camino y contribuye decididamente al avance y desarrollo de esta materia. Una obra que no debería faltar en la biblioteca de ningún operador del derecho.

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ACTUAL,
DE ADRIANA DREYZIN DE KLOR, TOMO I, BUENOS AIRES,
ZAVALÍA, 2015, 340 PS.

Por LEANDRO M. LEBENSOHN

Si bien las primeras páginas del libro parecieran sugerir un tratamiento de la cuestión para quienes se adentran por primera vez en el asunto, lo cierto es que la Dra. Adriana Dreyzin de Klor logra, a través de su reciente obra, brindar nuevas visiones sobre los principales temas vinculados a la relación jurídico-privada internacional la cual, como acertadamente menciona, abandonó el terreno de lo exótico para formar parte de la cotidianeidad. En efecto, en las últimas décadas, el derecho internacional privado ha dejado de ser una especialidad aislada e inusual para inmiscuirse en la práctica profesional de la mayoría de los abogados.

En este sentido, la autora dota al Derecho Internacional Privado de una mirada prospectiva y se pregunta en qué forma debe adaptarse a los tiempos actuales. Luego de plantear el interrogante que guiará el trabajo, ofrece una relectura de los problemas clásicos del Derecho Internacional Privado, tratándolos en detalle con dos caracteres valiosos que ensalzan el valor de la obra.

En primer lugar, se encarga de exponer los últimos avances jurisprudenciales de la materia, brindando un análisis actual que excede la exposición doctrinaria. Este rasgo ofrece una herramienta pedagógica esencial que permitirá al estudiante apreciar la aplicación práctica de los contenidos examinados; a la vez que le otorga al profesional las interpretaciones más recientes de nuestra jurisprudencia.

El segundo punto destacable es el tratamiento de los problemas y cuestiones a la luz del Código Civil y Comercial, que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015.

El análisis de las disposiciones del nuevo cuerpo normativo es de particular interés en tanto la autora formó parte del equipo de trabajo que tuvo a cargo la redacción de las disposiciones sobre Derecho Internacional Privado (Libro Sexto, Título Cuarto), por encargo de la Comisión de Reforma.

La obra está organizada en diez capítulos, dos de los cuales abarcan temas generales de la materia, cinco están enfocados en las cuestiones procesales del

Derecho Internacional Privado y tres se centran en el estudio de los tipos de normas específicas que conforman la disciplina y los problemas que conllevan su aplicación.

El primer capítulo de la obra, titulado “Derecho Internacional Privado. Presupuestos, objeto, contenido”, constituye una exposición general de la temática, dentro de la cual se realiza un análisis detallado de los factores que inciden en su expansión y crecimiento.

Allí, la autora resalta el valor del Derecho Internacional Privado como derecho facilitador de las transacciones exteriores cuya función es servir de puente entre ordenamientos jurídicos.

Seguidamente, el segundo capítulo de la obra aborda las fuentes del Derecho Internacional Privado, en donde la autora destaca la amplitud de ellas, al incluir no solo la regulación normativa sino también las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina.

Se trata del capítulo más extenso del libro, lo que se debe al notable trabajo recopilatorio efectuado para abordar este asunto. Así, se establece un adecuado análisis de la jerarquía entre los diferentes instrumentos internacionales, en particular en vista de la redacción del art. 2594 Código Civil y Comercial. Tras ello, la autora se refiere a las distintas fuentes en particular, efectuando un detallado repaso que incluye a los Tratados de Montevideo, las CIDIP, las conferencias de La Haya y también los tratados bilaterales.

Es interesante destacar que en este capítulo se incluye también la discusión acerca de la consideración al Derecho Internacional Privado como derecho autónomo. En este sentido, considera que la adopción del nuevo Código Civil y Comercial sirvió como instrumento de constitucionalización del derecho privado y, en consecuencia, del Derecho Internacional Privado. De esta manera, entiendo, se logra facilitar la aplicación del sistema jurídico jusprivatista internacional al operador jurídico y a los magistrados y se respeta el carácter de sistema normativo que reconoce al Derecho Internacional Privado dentro del orden jurídico que integra.

Corresponde destacar que el libro presta particular atención a los temas procesales, comenzando el tratamiento en el capítulo 3 con los aspectos generales del Derecho Procesal Civil Internacional. Por su parte, la autora dedica los capítulos 4 y 5 a la jurisdicción internacional, el capítulo 9 a la cooperación jurídica internacional y el capítulo 10 al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras y de documentos con fuerza ejecutiva.

La sección correspondiente al Derecho Procesal Internacional comienza con la descripción somera pero completa del objeto del área, la participación del extranjero en el proceso y las tendencias que buscan armonizar las reglas y principios de los ordenamientos procesales.

A la hora de abordar la jurisdicción internacional, la autora trata las diferencias del instituto con la competencia judicial internacional e interna. Tras ello, el lector encontrará un correcto análisis de los foros como criterios atribu-

tivos de jurisdicción. En este aspecto, se subraya la relevancia el foro de necesidad, que cuenta con una disposición específica en el nuevo ordenamiento de fondo, específicamente en el art. 2602 Código Civil y Comercial. En tal sentido, se recuerda que el *fórum necessitatis* constituye una ampliación de competencia no prevista legalmente que se sustenta en el principio de tutela judicial efectiva.

Otro aspecto a subrayar del capítulo 4 es el título dedicado a la inmunidad de jurisdicción. Allí se efectúa una descripción de las teorías relativas al asunto, un repaso por la evolución de la figura en el derecho argentino y un examen de jurisprudencia ilustrativa del tema.

El capítulo siguiente está dedicado a las fuentes de jurisdicción internacional. Eficazmente organizado, comienza tratando la dimensión institucional de las fuentes internacionales. En tal línea, pone particular énfasis en el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual que adopta reglas comunes para los países del Mercosur.

En este aspecto, la obra efectúa un recorrido detallado por sus disposiciones y destaca el amplio margen otorgado por el instrumento a la autonomía de la voluntad al permitir la elección del foro competente.

En adición, en el capítulo también se analiza el “Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo”, el “Protocolo de San Luis sobre responsabilidad emergente de accidentes de tránsito”, y el “Acuerdo sobre jurisdicción competente, ley aplicable y cooperación jurídica internacional en materia de matrimonio, relaciones personales entre cónyuges, régimen matrimonial de bienes, divorcio, separación conyugal y unión no matrimonial”, aclarando que este último instrumento aún no se encuentra vigente entre los signatarios.

El libro también brinda referencias más someras a la dimensión convencional de las fuentes internacional. En ese sentido, se analizan los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, las CIDIP y las Conferencias de La Haya.

En cuanto a la fuente interna, se realza la importancia del Código Civil y Comercial como aglutinador de las disposiciones atributivas de jurisdicción internacional existentes. En tal sentido, se enfatiza que el nuevo ordenamiento reconoce la naturaleza federal del Derecho Internacional Privado, por lo que cuenta con normas específicas sobre jurisdicción internacional.

En ese sentido, la autora resalta que las disposiciones del Código Civil y Comercial están “impregnadas del principio del debido proceso” y que “el hecho de haber incorporado un capítulo de normas referidas a jurisdicción en general en el que se incluye la cooperación jurisdiccional y la asistencia procesal internacional es importante como punto de partida para la comprensión del sistema”.

En el capítulo 9, referido a la cooperación jurídica internacional, se señala la necesidad de su regulación normativa, en tanto, al crearse lazos entre los países involucrados, los convenios internacionales facilitan la asistencia en la práctica jurisdiccional al evitar traslados y disminuirse las costas y gastos.

Por eso, la autora celebra que el Código Civil y Comercial en su art. 2611 establezca que la obligación para los jueces argentinos de brindar amplia cooperación internacional en materia civil, comercial y laboral.

Por su parte, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras ocupa el capítulo 10 de la obra. Al respecto, la autora brinda explicaciones como miembro del equipo reformador para propiciar la incorporación de este asunto en el Código Civil y Comercial, en vista de la naturaleza federal de las normas atributivas de jurisdicción internacional. Ello implica que corresponde a la Nación legislar en la materia como poder implícito, en tanto tales normas delimitan la potestad jurisdiccional de los jueces argentinos frente a los tribunales extranjeros.

Además de lo anterior, la autora señala que la propuesta de incorporación de esta problemática en el Código Civil y Comercial obedecía también a razones de interés público y motivaciones de índole práctico, en cuanto permitiría reunir la legislación en un único cuerpo orgánico, actualizar la regulación existente y cubrir las lagunas normativas.

Sin embargo, como es sabido, la Comisión de Reforma decidió no tratar este tema en el Código Civil y Comercial, por lo que finalmente no fue incluido en el Libro Sexto, Título Cuarto, como estaba previsto en el proyecto del Equipo Colaborador. No obstante, su tratamiento en una ley especial resulta recomendable por las razones que elocuentemente ha señalado nuestra autora.

Más allá de lo expuesto con relación al Código Civil y Comercial vigente, en el capítulo se exponen los principios subyacentes a la eficacia de las decisiones judiciales extranjeras y a los recaudos exigidos para su reconocimiento.

Los capítulos 6, 7 y 8, por su parte, tratan temas de derecho sustancial una vez definida la jurisdicción aplicable. En este sentido, la autora comienza describiendo las técnicas de reglamentación indirecta (normas de conflicto) y directa (normas materiales en sus diferentes modalidades) utilizadas para las normas de derecho internacional privado.

El tratamiento de la norma de conflicto, material especial y materialmente imperativa es relacionado con las disposiciones contenidas en el Código Civil y Comercial y, además, es ilustrada con jurisprudencia significativa, lo que permite la conjunción entre teoría y práctica que resultará de utilidad tanto para los estudiantes como para los profesionales del área.

El capítulo 7 está dedicado a los problemas de aplicación de la norma de conflicto. Se trata de temas clásicos, comenzando por las calificaciones. El Código Civil y Comercial no introdujo regulación específica en torno al tema, aunque la autora destaca que el nuevo cuerpo normativo cuenta con pautas claras de interpretación y algunas calificaciones autárquicas.

La cuestión previa, por su parte, tampoco tuvo regulación específica por el Código Civil y Comercial, dejando el asunto para que los jueces lo resuelvan según criterios de justicia en cada caso concreto.

Contrariamente, el fraude a las leyes tratado en detalle, describiendo la regulación del Código Civil y Comercial y efectuando un análisis jurisprudencial de la cuestión. Asimismo, la obra cuenta con valiosas reflexiones acerca de las presunciones que hacen suponer la intención de defraudar al derecho foráneo y la diferenciación con otras figuras como el *forum shopping*.

El capítulo, asimismo, describe la aplicación del derecho extranjero, indicándolos pasos a seguir por el juez argentino para cumplir con tal misión. Para ello, luego de introducir doctrinariamente el tema, la autora desgrana el art. 2595 Código Civil y Comercial, que regula lo atinente a la aplicación del derecho extranjero.

La continuación del asunto está dada por el capítulo 8, enfocado en la dinámica de la norma de conflicto. Allí comienza por tratar el instituto del reenvío, donde da cuenta de la regulación normativa dispuesta por el Código Civil y Comercial sobre el tema (art. 2596) y la cláusula de excepción a la aplicación del derecho conectado (art. 2697).

Dedica la segunda parte del capítulo a tratar el tema del orden público, como dice la autora, la vía clásica para excluir la aplicación del derecho extranjero ante el “salto a la oscuridad” dispuesto por la norma de conflicto. Además de referirse a la regulación normativa dispuesta por el Código Civil y Comercial, la autora se explaya sobre jurisprudencia de la materia en tanto, entiende, se trata de la “dimensión que evidencia con mayor acierto qué es, cuándo y cómo debe funcionar el orden público”.

Cerramos esta reseña reafirmando que el libro cumple acabadamente un doble propósito. Por un lado, se trata de un instrumento formador para aquellos que comienzan con el estudio del Derecho Internacional Privado. Es explicativo y a través de sus páginas se vislumbra la experiencia de la autora como profesora en la Universidad Nacional de Córdoba. Asimismo cuenta con ejemplos prácticos y el análisis de casos recientes que contribuirán a que los alumnos vislumbren la aplicación práctica de los conocimientos teóricos descritos.

Por otro lado, es una obra actualizada con las últimas novedades de la materia que será de sumo interés para los especialistas e interesados en el tema. Corresponde destacar, nuevamente en esta instancia, la participación de la Dra. Dreyzin de Klor en la redacción del Código Civil y Comercial recientemente adoptado, dotando al libro de un relato en primera personal sobre el trascendental cambio legislativo.

*DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DES INVESTISSEMENTS
ÉTRANGERS*, DE MATHIAS AUDIT, SYLVAIN BOLLÉE
Y PIERRE CALLÉ, PARÍS, LGDJ LEXTENSO, 2014, 759 PS.

Por MAGDALENA BULIT GOÑI

La cotidianeidad de las relaciones e intercambios internacionales económicos y las diversas situaciones jurídicas que de ellos pueden resultar exigen del abogado actual un estudio y conocimiento del derecho comercial internacional y del cada vez más común derecho de las inversiones. Tradicionalmente tratadas y estudiadas de manera separada, estas ramas del derecho se encuentran, tanto conceptualmente como en la práctica, más relacionadas de lo que se acostumbra a presentar tanto en cursos académicos como en la bibliografía. Justamente una de las riquezas de la obra colectiva de los profesores Audit, Bollée y Callé es optar por un enfoque innovador y comprensivo que incluye a ambas ramas, el derecho comercial internacional y el derecho de las inversiones, y las estudia de manera complementaria con el entendimiento de que ambas son técnicas jurídicas específicas con un objeto en común: el orden internacional económico y de los intercambios económicos internacionales.

Los autores reconocen y parten de la premisa de que, si bien tanto el derecho del comercio internacional como el derecho de las inversiones extranjeras en muchas ocasiones refieren a reglas y métodos específicos que les son propios, es posible estudiar estas ramas de manera comprensiva. Así Audit, Bollée y Callé proponen entender, por un lado, el derecho comercial internacional como el marco normativo dentro del cual se inscriben las operaciones económicas internacionales y, por el otro, concebir al derecho de las inversiones extranjeras como aquella rama que presenta los mecanismos específicos que regulan y protegen las operaciones de inversión en un estado extranjero. Sobre la base de estos conceptos es que desarrollan su trabajo a lo largo de la obra exponiendo los terrenos comunes entre estas ramas del derecho. Es por ello que el libro *Droit du commerce international et des investissements étrangers* resulta una herramienta importante y necesaria en la bibliografía de los negocios internacionales.

La obra se concentra en los aspectos prácticos de los negocios internacionales y por ello parece dirigido a los profesionales cuya práctica se centra en las operaciones transnacionales e internacionales, tanto de comercio como

de inversiones. Sin perjuicio de ello, la organización clara y didáctica del libro junto con las reflexiones desarrolladas tanto de puntos esenciales como en cuestiones más específicas, hacen del libro un material apropiado para aquellas personas que estudian el derecho comercial internacional o el derecho de las inversiones extranjeras. El libro incluso puede ser de gran utilidad para quienes estén interesados en aspectos más específicos como los contratos internacionales o las disputas internacionales, tanto judiciales como arbitrales.

El objetivo de integrar, en una misma obra, el derecho comercial internacional y el derecho de las inversiones es el enfoque que guía a esta obra y la razón por la que los distintos asuntos e institutos que se desarrollan a lo largo del libro se analizan a la luz de ambas ramas del derecho.

Corresponde destacar que el valor del libro y su enfoque innovador han sido reconocidos con el premio al Libro Jurídico del año 2015, otorgado por el Club de Juristas y el Consejo Constitucional de Francia.

Organizado en tres partes, la primera se centra en los actores, distinguiendo entre los actores de derecho privado y los actores de derecho público. Por su parte, el segundo segmento se aboca a las operaciones de comercio internacional y de inversiones extranjeras donde, en primer lugar, analizan los principios comunes de estas operaciones para luego estudiar las soluciones particulares brindadas por las convenciones internacionales, las soluciones jurisprudenciales y por la práctica. Finalmente la tercer parte analiza los litigios que pueden resultar de los negocios internacionales, tanto judiciales como arbitrales.

En efecto, el primer apartado del libro estudia y presenta los distintos actores intervinientes en las operaciones económicas transnacionales. Así los autores estudian no solo las empresas y sociedades en su calidad de principales actores del derecho privado en el ámbito de los negocios internacionales, sino que también reflexionan sobre el rol del Estado. Respecto de este último los autores distinguen y abarcan dos tipos de intervenciones: las realizadas por los Estados en calidad de titulares de un poder normativo a través del cual participan en el encuadramiento jurídico de la vida de los negocios internacionales, como así también las intervenciones realizadas en calidad de operadores que actúan en las relaciones comerciales y económicas internacionales.

Los autores realizan un pormenorizado análisis de las distintas problemáticas y cuestiones en torno a las sociedades, su constitución, reconocimiento de su personalidad y el derecho que les es aplicable. Seguidamente Audit, Bollée y Callé estudian la intervención de actores de derecho público, tanto por parte de los Estados en su doble rol —ejerciendo su rol normativo y participando de manera asimilable a los actores de derecho privado— como por parte de las organizaciones internacionales.

La segunda parte de la obra está dedicada a las operaciones de comercio internacional y de inversiones extranjeras, que son el objeto tanto de reglas particulares de convenciones internacionales como de soluciones jurisprudenciales o reglas derivadas de la práctica. Los autores aprovechan este apartado como

una nueva oportunidad para emparentar los regímenes del derecho comercial internacional y del derecho de inversiones y exponen dos puntos en común entre estos regímenes: por un lado la existencia de principios comunes detrás de estas soluciones particulares y, por el otro, la insuficiencia, en muchos casos, de la previsión normativa, incluso existiendo reglas específicas para determinadas operaciones, respecto de todas las cuestiones que pueden llegar a surgir.

Con relación a los principios comunes a las operaciones económicas internacionales, los autores tratan primero aquéllos que entienden comunes a las obligaciones contractuales, ya sea que estén sujetas a una regulación específica como que no lo estén, que regulen relaciones contractuales entre personas privadas o entre personas de derecho privado y personas de derecho público. A continuación se abocan a los principios comunes en el derecho de las inversiones, desarrollando su definición, reglamentación, garantía y su protección. Hacia el final de este apartado los autores tratan de manera particular los principios comunes en el derecho de la competencia.

Es aquí que los autores proponen un enfoque igualmente creativo al que guía la obra, al postular una visión más extensa del derecho de la competencia de la que suele ser propuesta normalmente, con la convicción de que, como todas las ramas del derecho, está en el proceso de internacionalizarse cada vez más. La propuesta de los profesores franceses no desconoce que son aún los derechos nacionales los que regulan el derecho de la competencia en tanto esta particular rama del derecho, por un lado, funciona como un instrumento de política económica y, por el otro, existen diferencias fundamentales de concepciones en la reglamentación del derecho de la competencia en los distintos ordenamientos nacionales. Sin perjuicio de ello, los autores sostienen y demuestran que es posible encontrar una base mínima común que permite construir un derecho internacional de la competencia aunque más no sea en su mínima expresión.

Múltiples conflictos pueden surgir como resultado de los negocios internacionales, donde convergen diferentes jurisdicciones estatales e, incluso, algunas transnacionales o internacionales. Es a esta problemática a la que está dedicada la tercera parte del libro, en la que los autores desarrollan primeramente las dificultades de los litigios judiciales internacionales y luego el arbitraje internacional.

Respecto de los litigios judiciales transnacionales, los autores primeramente desarrollan un cuadro general respecto de las dificultades comunes al derecho internacional privado que pueden surgir en un litigio con elementos extranjeros. Luego de un mesurado análisis sobre los litigios judiciales transnacionales, los autores se abocan específicamente a las dificultades que surgen en los litigios de las cuestiones de insolvencia transfronteriza en virtud de las particularidades de la temática.

En cuanto a las disputas resueltas mediante el arbitraje, haciendo eco del enfoque que caracteriza a la obra, tratan en un primer momento las cuestiones referidas al arbitraje comercial internacional, como ser el convenio de arbitraje,

sus formalidades y efectos o los recursos que pueden interponerse contra los laudos y el control estatal al que pueden ser sometidos. Seguidamente los autores desarrollan las particularidades del arbitraje de inversiones, haciendo mérito de su evolución y las distintas fuentes que pueden dar lugar a un arbitraje de inversiones.

En términos generales las reflexiones y análisis propuestos por los autores tienen un gran fundamento en normas, doctrina y jurisprudencia europea y francesa, sin que por ello se sacrifique el enfoque internacional del objeto de estudio. Esta focalización en cuanto a la fundamentación de los análisis propuestos en determinados ordenamientos jurídicos, como por ejemplo en la oportunidad de analizar la incidencia del derecho de la Unión Europea en materia de derecho de sociedades o en las cuestiones de insolvencia transfronteriza, importa, simultáneamente, una ventaja y desventaja para el lector que no es francés ni europeo. En efecto el lector es expuesto a un mesurado análisis de aquéllos ordenamientos jurídicos y los razonamientos que en ellos subyacen, pero, por otro lado, la obra carece de ese mismo análisis respecto de otros ordenamientos jurídicos existentes.

En definitiva la obra realizada por los profesores Audit, Bollée y Callé propone no solo un enfoque general innovador y creativo que traspasa el marco general de la obra y que se ve replicado incluso en el desarrollo de las distintas cuestiones que hacen a la obra. Por la riqueza de contenidos y de hipótesis estudiadas y la profesionalidad y solidez con la que se lo ha hecho, el libro *Droit du commerce international et des investissements étrangers* resulta una herramienta destacable y necesaria para la reflexión y práctica de los negocios internacionales en el mundo actual y, paralelamente, por su claridad en la exposición de los conceptos propuestos también resulta un material adecuado para los estudiantes de la materia.

*GOBERNANZA GLOBAL: ALTERNATIVAS PARA LA
REGULACIÓN JURÍDICA DEL CIBERESPACIO,*
DE LUCIANA B. SCOTTI, BUENOS AIRES, LA LEY -
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE
DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, 2015, 256 PS.

De muy reciente aparición, se ha publicado de la mano de la Editorial La Ley y del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el último libro de la profesora e investigadora Luciana B. SCOTTI. Se trata de una propuesta original e interesante sobre un tema harto novedoso, la cual —además— representa los resultados de su investigación sobre la regulación jurídica de internet a nivel global en el marco del Programa de Posdoctorado de la mencionada Casa de Altos Estudios.

A continuación del prólogo, a cargo del doctor Tulio E. ORTIZ, la obra se encuentra dividida en seis partes. En la primera de ellas, como es de rigor en todo trabajo científico, se procura abordar los aspectos introductorios y metodológicos de la investigación. Por un lado, la autora comienza exponiendo acerca de la globalización, el desarrollo de internet y de las nuevas tecnologías, la revolución de las comunicaciones y la creciente facilidad y rapidez en la circulación de las personas y de la información; como así también sobre el fenómeno de la relativización de las fronteras nacionales, la deslocalización de las relaciones “a distancia” y, en fin, la crisis de la regulación territorial estatal —lo que incluye las normas jurídicas tradicionales de Derecho Internacional Privado— para dar solución a estos nuevos conflictos “posmodernos”. Todos estos fenómenos resultan imprescindibles para comprender el concepto y los porqués de la “gobernanza global”, noción que constituye uno de los ejes del trabajo. Por otra parte, a renglón seguido, SCOTTI enuncia los complejos y relevantes desafíos que plantea la regulación de las relaciones jurídicas que se desarrollan a través de internet, y expresa los objetivos principales de su investigación así como sus hipótesis de trabajo: en esencia, los siguientes capítulos de la obra tendrán por objeto la regulación jurídica del ciberespacio (esfera en la cual las reglas y los principios de Derecho Internacional Privado tienen un rol protagónico), en sus diversos aspectos: si debe o no reglarse, y en su caso, a qué actores corresponde hacerlo y de qué manera.

La segunda sección del libro se denomina “el Derecho Internacional Privado del siglo XXI” y, como su elocuente título lo anticipa, está dedicada al examen de las tendencias contemporáneas en la disciplina iusprivatista internacional. Las nuevas realidades, particularidades y escenarios que presentan los tiempos que corren han puesto en crisis varios de los postulados “clásicos” de la materia, algunos de ellos, incluso, considerados pilares fundamentales de aquélla. La autora, entonces, da cuenta del rasgo de dinamismo del Derecho Internacional Privado, y lo analiza desde la perspectiva de la globalización, de los procesos de integración regional (con especial detenimiento en la Unión Europea, referencia máxima e ineludible cuando de espacios integrados se trata; y en el Mercosur, bloque en el cual la integración entre los Estados es sustancialmente menos profunda, pero del que participa la Argentina y, por ende, de directa trascendencia para nuestro país), y de la “constitucionalización” del Derecho Internacional Privado. A su vez, SCOTTI introduce a esta altura de la obra la noción de “gobernanza global”¹, y estudia su impacto jurídico: en especial, la idea de una regulación que no proviene de un único actor (el Estado soberano investido del *imperium*, como único y gran ente legisferante dentro de los confines de su jurisdicción territorial) sino de una pluralidad de sujetos, que incluye también a las organizaciones internacionales y supranacionales, las de tipo no gubernamental (ONG), e incluso la misma sociedad civil, personas humanas y de existencia ideal (empresas, grupos empresarios, asociaciones, etcétera). En definitiva: se presenta un esquema globalizado, complejo y policéntrico, muy lejano de los postulados clásicos aislada y exclusivamente valorados.

La investigación prosigue con el impacto de internet en el mundo jurídico, tema que constituye la parte tercera del libro reseñado. Luego de brindar algunas consideraciones liminares acerca de internet y sus orígenes, y aclarar su concepto no solo a través de posibles definiciones sino también por su diferenciación de voces como “computadora”, “web” (o red) o “redes sociales”, el núcleo de esta sección consiste en el abordaje de las características jurídicamente relevantes de internet: el altísimo grado en el que ese medio facilita la generación y el desarrollo de relaciones jurídicas internacionales; la posibilidad masiva y universal de acceder a la red, es decir, prácticamente por cualquier persona en cualquier lugar del planeta; la flexibilización de las magnitudes “tiempo” y “distancia”, que las nuevas tecnologías han acertado al punto de, en ocasiones, casi hacerlas desaparecer; y los caracteres de descentralización, deslocalización, aterritorialidad y ubicuidad inherentes al funcionamiento mismo de internet, con las problemáticas propias que ello acarrea para ordenamientos

¹ Considero atinado el término “noción”, en relación al menos afortunado “definición”. Y es que, por un lado, resulta siempre problemático encorsetar conceptos multifacéticos, complejos y dinámicos en un conjunto cerrado e invariable de palabras; y por otra parte, tratándose de la “gobernanza global”, las dificultades serían incluso mayores, dada la novedad y riqueza de la voz. La pluralidad de conceptualizaciones diversas de “gobernanza global”, que la propia autora repasa, da cuenta justamente de este fenómeno.

jurídicos tradicionalmente creados sobre la base de un espacio fraccionado en jurisdicciones estatales.

La extraterritorialidad que es esencial a internet como espacio y que lo asocia, en el terreno jurídico, al Derecho Internacional Privado, lleva a SCOTTI a cerrar este capítulo de la obra con el tratamiento de un aspecto nodal de la investigación: si debe regularse el ciberespacio, y en caso afirmativo, quién y cómo debe hacerlo. La autora presenta entonces las distintas teorías en conflicto: la “no regulación” o “desregulación”², la intermedia de la “autorregulación” (que como su nombre lo indica, proviene de los propios usuarios y actores de internet) y la “regulación estatal” a través de normas imperativas y heteroimpuestas. Tras ofrecer un análisis de cada una de ellas, sus beneficios y sus desventajas, SCOTTI expresa y fundamenta su propia postura mixta, de co-regulación entre Estados (con especial énfasis en la producción de normas de fuente internacional y origen interestatal, y que hagan uso de la pluralidad de métodos del Derecho Internacional Privado) y los actores privados extraestatales, estos últimos mediante la autorregulación.

La cuarta parte del libro trata las “diversas fuentes normativas para la regulación de internet” y se centra puntualmente en el tipo de fuentes a través de las cuales puede reglarse el ciberespacio: la internacional o convencional, la supranacional, la nacional o interna, la extraestatal. Para un mejor y más claro examen de la cuestión, la autora recuerda los antecedentes de la codificación del Derecho Internacional Privado en distintos ordenamientos jurídicos (desde el nacimiento de los movimientos codificadores en Europa a partir del siglo XIX hasta modernos foros de codificación internacional como la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, la OEA, la UNCITRAL o la Cámara de Comercio Internacional) así como los métodos de codificación propios de la disciplina: el conflictual o indirecto, tan caro a los iusprivatistas internacionales clásicos, y el material o directo, preponderante y de superlativa utilidad en el Derecho Comercial Internacional, por dar lugar a soluciones previsibles y uniformes, y en consecuencia, a la seguridad jurídica en el tráfico³. Particular

² En algunas variantes de esta postura, ha de razonarse en clave liberal, al estilo de Adam SMITH: cualquier interferencia a través de normas coactivas no hará más que entorpecer y obstaculizar el funcionamiento de las relaciones que se desarrollan a través de las redes. El mejor resultado se obtendrá, según esta posición, dejando que las fuerzas actúen libre y espontáneamente, siguiendo los incentivos o desincentivos que el sistema ofrezca para cada conducta; luego, la “mano invisible” pondrá orden y equilibrio por sí sola, automáticamente.

³ Las tres categorías de normas del Derecho Internacional Privado se completa con las “normas de policía”, “normas internacionalmente imperativas” o “normas de aplicación inmediata” (entre otras posibles denominaciones), que la autora menciona también. Es consabida la decisiva relevancia que ha tenido Antonio BOGGIANO en la introducción de las normas internacionalmente imperativas en el Derecho Internacional Privado argentino: su concepción amplia de la disciplina puede encontrarse en su primera edición del tratado “Derecho Internacional Privado” de 1978, donde además se inclinó por adoptar la voz “normas de policía”, siguiendo la tradición francesa (“*lois de police*”). Por cierto, en cuanto a la pluralidad metodológica y normativa de la disciplina respecta, también son referencias ineludibles de la doctrina nacional sendos artículos

relevancia tienen en esta esfera la *lex mercatoria* y, con mayor especificidad aun, la *lex electronica*, *lex informatica* o *cyberlaw*, conceptos complejos que SCOTTI aborda pormenorizadamente en esta sección de su trabajo. Merece ser resaltado el tratamiento claro y preciso de la complementación en la materia, antes bien que la tensión, entre *hard law* y *soft law* (pues desde un enfoque moderno basado en el pluralismo normativo y el diálogo de fuentes, ambas categorías no deberían entenderse como opuestas excluyentes entre sí, sino como dos fenómenos diversos pero necesarios para la adecuada regulación de un mismo problema).

La quinta parte del trabajo, “el rol del Derecho Internacional Privado en la regulación de internet”, constituye una sección decisiva de la obra: es la última que precede a las conclusiones, como así la más extensa del libro y la más específica en cuanto a su ámbito temático. Tras haberse referido en acápites anteriores a los ya mencionados aspectos del Derecho Internacional Privado, de la “gobernanza global” y de internet (en sus facetas vinculadas con lo jurídico), la autora procede a enlazar estos conceptos y brinda un profundo análisis de cómo interactúan entre sí. Se destaca el tratamiento del rol de la autonomía de la voluntad en la regulación de internet (que en la disciplina iusprivatista internacional reconoce dos caras: la conflictual y la material)⁴, y de los límites que cabe imponer a esas libres elecciones de las partes; la adaptación de los parámetros clásicos de la materia a un fenómeno absolutamente novedoso y diverso como internet (así, por ejemplo, la necesaria redefinición o bien el reemplazo de conexiones como “lugar de producción del daño”, cuyo empleo podría originar demandas en cualquier país del mundo; la materialización de las normas indirectas; etcétera); los avances de los principales foros de codificación de Derecho Internacional Privado⁵; e incluso de los medios virtuales de resolución de controversias, entre los que se cuenta el arbitraje electrónico u *online*, o *cyberarbi-*

publicados en 1995 por dos destacadas profesoras de la cátedra del doctor BOGGIANO: UZAL, María Elsa, “El pluralismo en el Derecho Internacional Privado como una necesidad metodológica”, en ED 161-1056/1063; y NAJURIETA, María Susana, “El pluralismo metodológico en el Derecho Internacional Privado actual”, ED 161-1064/1070.

⁴ Nuevamente, en este tema también han sido cruciales los aportes de BOGGIANO (ver su *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000).

⁵ En este campo, la investigación de la autora es verdaderamente exhaustiva y abarca la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, del Instituto Internacional Para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), de la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), del Mercosur y de la Unión Europea, de la Cámara de Comercio Internacional y de la *American Bar Association*, entre otras organizaciones.

traje. SCOTTI termina este capítulo dando cuenta de la situación normativa en la Argentina, donde se advierte prácticamente un vacío legislativo en la materia.

Finalmente, en la sexta y última parte de la investigación, la autora presenta las conclusiones alcanzadas a raíz del examen de las cuestiones precedentemente expuestas. Así, concluye en que la regulación de internet resulta necesaria para brindar seguridad jurídica a todos sus usuarios; tarea que cabe a los Estados (en conjunto y en cooperación unos con otros) como actores destacados para encarar ese desafío, pero que una buena gobernanza global, acorde a la internacionalidad del ámbito a reglar, implica un trabajo mancomunado y coordinado de todos los sujetos involucrados —esto es, también de los particulares—. Reitera el protagonismo de las normas de Derecho Internacional Privado para regir la materia, siempre en clave de pluralismo normativo y diálogo de fuentes: los mejores resultados se obtendrán si se procura la complementación de normas indirectas, materiales y de policía; de *hard law* y *soft law* (con especial consideración de la *lex mercatoria*, la *lex electrónica* y la autonomía de la voluntad como pilares fundamentales del Derecho Comercial Internacional); y, en fin, de labores interestatales conjuntas en los foros de codificación internacional ya mencionados, que puedan dar lugar a la generación de instrumentos jurídicos con soluciones armónicas y coherentes para el complejo fenómeno bajo análisis. Por último, cierra la obra el “colofón” dedicado a las interesantes consideraciones de la autora sobre las transformaciones de la disciplina iusprivatista internacional durante los últimos años, bajo el título “hacia un Derecho Internacional Privado posmoderno”.

A modo de conclusión, puede afirmarse que *Gobernanza global: alternativas para la regulación jurídica del ciberespacio* es una obra altamente recomendable para quien desee adentrarse en el mundo de las relaciones entre Derecho e internet. A partir de una investigación exhaustiva, una exposición clara y ordenada que se proyecta desde lo más general a lo más específico, SCOTTI ofrece un panorama completo de los avances científicos desarrollados hasta la actualidad en los diversos aspectos del tema estudiado, a la vez que brinda sus propias posturas y reflexiones fundadas. Las cuestiones abordadas son complejas, desafiantes y —en especial— opinables; pero incluso quienes puedan no compartir los puntos de vista de la autora encontrarán en el libro reseñado un caudal de información indispensable para conocer el “estado del arte” en la materia. Es muy cierto que, dado lo novedoso, multifacético y complicado de la cuestión, es mucho más lo que resta por trabajar (en normativa, doctrina y jurisprudencia) que lo que se ha avanzado hasta el momento; mas no es menos cierto que la publicación de este trabajo supone un aporte muy significativo, y fortalece el debate académico que —con toda seguridad— seguirá desarrollándose en la Argentina, en la región y en el mundo.

APÉNDICE

PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

La Revista Jurídica de Buenos Aires, fundada en 1957 bajo la dirección del Dr. Ignacio Winizky, es una publicación bianual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que contiene trabajos de doctrina de juristas del medio local y del extranjero. En los últimos años se ha adoptado la modalidad de publicar números temáticos, bajo la dirección de un/a coordinador/a, que concentran trabajos sobre un determinado área de estudio, sistematizándolos de modo tal que el lector pueda acceder a distintas visiones al respecto.

Los trabajos presentados para su publicación deben ser originales, inéditos y no pueden postularse simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Además, deben contener aportes de singular relevancia para la disciplina. Las colaboraciones pueden ser artículos, ensayos o reseñas de libros, referidos a temas jurídicos o afines. Se recibirán textos redactados en español, portugués o inglés o traducciones.

PROCESO DE EVALUACIÓN

Los textos recibidos serán sometidos a evaluación por pares nacionales e internacionales especialistas en la temática, en parte externos a la entidad editora, bajo la modalidad doble ciego: anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación.

El proceso de evaluación consta de tres fases:

1) La Dirección y el Consejo Editorial seleccionarán, de acuerdo con los objetivos de la Revista, aquellos trabajos que resultan relevantes y oportunos para ser sometidos a evaluación y para su posible publicación.

2) Los trabajos escogidos serán enviados (bajo anonimato de los/as autores/as) a un evaluador externo experto en la temática. Desde la fecha de recepción, el evaluador tendrá 30 (treinta) días para evaluar el trabajo y devolverlo junto a su dictamen.

Los posibles resultados de la evaluación por pares son:

- a) Recomendación de publicación.
- b) Sugerencia de revisión o modificación para su posible publicación.
- c) No se recomienda su publicación.

3) Los/as autores/as de los trabajos propuestos recibirán información, de parte de la entidad editora, acerca de los resultados del proceso de evaluación. Los/as autores/as que deban realizar modificaciones las realizarán dentro del lapso fijado por el editor, quien remitirá al evaluador el texto modificado para su aceptación o rechazo. Una vez éste remita la evaluación al editor, se comunicará a los/as autores/as la decisión respecto de la publicación.

REQUISITOS Y ENVÍO

1. La entrega de los artículos, que se publican en el primer número de cada año, se realiza en diciembre del año anterior y la de los artículos, que se publican en el segundo número, se realiza en mayo de ese año. Todos los artículos deben tener relación con la temática específica de cada número de la Revista.

2. Los artículos deben tener mínimo 6000 palabras y máximo 10000, sin incluir la bibliografía.

3. Los originales deberán cumplir los requisitos aquí enumerados y observar las **pautas de estilo**, que deberán solicitarse a la Dirección de la Revista o al Departamento de Publicaciones.

4. Los trabajos se presentarán ante la Dirección de la Revista y el Departamento de Publicaciones de la siguiente forma:

Archivo digital enviado por correo electrónico que debe dirigirse a: dpublica@derecho.uba.ar. El archivo deberá contener los siguientes datos: nombre de la colaboración, nombre del/de los autor/es, fecha de finalización del documento y fecha de entrega. Es recomendable el formato Word, en sus últimas versiones.

5. Junto al artículo, los/as autores/as deberán aportar un **resumen biográfico** que incluya: nombre/s y apellido/s completo/s, profesión, cargo actual, afiliación institucional (con indicación del país y la ciudad donde se radica la institución), nacionalidad, teléfono, dirección postal y electrónica. La totalidad de los trabajos que se publiquen incluirán, al menos, una dirección de e-mail de por lo menos uno de sus autores.

6. El texto debe presentarse en tamaño de página A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, derecho e izquierdo de 3 cm. Debe emplearse fuente Times New Roman, tamaño 12. El interlineado debe ser de 1,5 pts. No deben emplearse sangrías ni espacios adicionales antes o después de los párrafos. El texto debe estar alineado a la izquierda (sin justificar). Las páginas deben estar numeradas consecutivamente a partir del número 1.

7. El **título** del trabajo deberá expresarse en español o portugués según el origen del artículo y en inglés. También debe incluirse un **resumen** de un máximo de 250 palabras (en notas y trabajos breves bastará con 100 palabras)

y un **listado de cinco palabras clave**. El resumen y las palabras clave también deberán expresarse en español y en portugués según el origen del artículo y en inglés.

8. El nombre del autor debe ubicarse debajo del título del artículo, centrado. Allí debe incluirse una nota a pie donde debe consignarse el cargo o profesión del autor y una breve referencia académica. Asimismo, pueden incluirse agradecimientos del autor.

9. Si el artículo presentado es una traducción, esto deberá indicarse en la primera nota al pie, de acuerdo con la siguiente estructura y completando los datos señalados en el modelo:

* Publicado originalmente como <título en inglés> en <fuente de donde fue extraído el artículo original>. Traducción al español realizada por <nombre y apellido del/de la traductor/traductora, cargo o profesión, lugar donde estudia o trabaja>.

10. Las fuentes empleadas deberán especificarse correctamente mediante el empleo de **referencias bibliográficas**, así como en el **listado de bibliografía**. Deberán seguirse las **pautas de estilo** y las siguientes indicaciones:

10.1. Las citas directas que superen (aproximadamente) los 330 caracteres, se escribirán en párrafo aparte, separadas por doble interlineado, en tipografía redonda (sin comillas ni cursivas) y en un tamaño dos puntos más pequeño que el del cuerpo. Las citas directas con menos de 330 caracteres respetarán el formato del cuerpo del texto, consignándose entre comillas y en tipografía redonda.

10.2. Se deberán incluir a pie de página las notas y referencias bibliográficas. Éstas deberán realizarse de la siguiente manera: nombre y apellido del autor, nombre de artículo, parte, o libro, el lugar de publicación, la editorial, el año y el número la/s página/s, por ejemplo:

Libros:

Michel Foucault, *Securité, territoire, population*, Seuil/Gallimard, Paris, 2004, p. 199.

Artículos de Revistas:

Tomás Milton Muñoz Bravo, "Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional" en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, núm. 119, México, UNAM, mayo-agosto de 2014, pp. 87-116.

10.3. Al final del documento se incluirá un listado de bibliografía, incluyendo todas las fuentes consultadas para la elaboración del trabajo presentado, conforme a las pautas de estilo.

11. Elementos complementarios:

11.1. Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y numerarse consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.). Deben estar acompañadas

por la fuente y el título. Los archivos originales en formato Microsoft Excel o en programas de gráficos deberán enviarse adicionalmente en un archivo digital separado.

11.2. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los requisitos de numeración, fuente y título mencionados. Deberán tener una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando no fueran obra del autor del artículo, se requiere que se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.

11.3. En el caso que sea necesario, los elementos complementarios que integran el documento serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con el editor.

12. Los títulos y subtítulos del texto deben respetar la siguiente jerarquía:

TÍTULO GENERAL (Mayúscula en negrita y centrado)

INTRODUCCIÓN

1. TÍTULO (Capítulo)

1.1 Título

1.1.1 *Título*

1.1.2 Título

1.2 Título

BIBLIOGRAFÍA

DERECHOS DE PUBLICACIÓN

El envío de un trabajo para su publicación implica, por parte de su autor, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la revista. Los originales entregados no serán devueltos.

Los autores, al postular un trabajo para su publicación, ceden todos los derechos de distribución y difusión de los contenidos de los mismos al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA). La recepción de un trabajo para su evaluación no implica asumir un compromiso de publicación.

Para enviar trabajos, solicitar las pautas de estilo o ante cualquier consulta, puede contactarnos a: dpublica@derecho.uba.ar.

GUIDELINES FOR THE SUBMISSION OF ARTICLES

The “Revista Jurídica de Buenos Aires”, created in 1957 under the direction of Dr. Ignacio Winizky, is a periodic publication of the School of Law of the University of Buenos Aires which comprises the works of national and foreign scholars. In the last years, each issue —coordinated by different directors— has focused on specific subject areas, collecting relevant articles and systematizing them, thus allowing the reader to be familiarised with diverse views.

Works submitted for publication must be original, previously unpublished and not under consideration for publication elsewhere. In addition, they should make a particularly relevant contribution. Articles, essays and book reviews on legal and related issues are welcome. They may be written in Spanish, Portuguese or English. Translations are also considered.

EVALUATION PROCESS

All works will be subject to double blind peer review (authors and reviewers remain anonymous during the evaluation process) conducted by national and international experts in each subject, some of them acting as external reviewers.

The evaluation process has three stages:

1) The Director and Editorial Board will decide, in accordance with the journal’s objectives, which articles are relevant and appropriate for evaluation and possible publication.

2) The selected articles will be sent —preserving the author’s anonymity— to an external reviewer with expertise in the subject, who will have 30 (thirty) days since its reception to communicate his/her opinion.

The possible results of the peer reviewing process are:

- a) Recommendation of publication.
- b) Suggestion for revisions before acceptance for publication.
- c) Recommendation of rejection.

3) The author/s of the articles will receive information from the editors on the results of the evaluation process. Those authors who are required to revise the submitted text must comply with the time frame established by the editor, who will send the modified article to the peer reviewer for its acceptance or

rejection. Once the peer reviewer has provided his/her opinion to the editor, the final decision will be informed to the author/s.

REQUIREMENTS AND SUBMISSION

1. The submission of articles to be published in each year's first issue of the journal will take place in December of the previous year. The submission of article to be published in the second issue will take place in May. All works must be related to the specific subject area of each issue.

2. Articles must have between 6,000 and 10,000 words, without including bibliography.

3. Manuscripts must comply with this list of requirements and with the **style guidelines**, which may be requested to the Director or to the Department of Publications.

4. Articles must be submitted to the Journal's Director and to the Department of Publications in the following format:

A digital file sent by email to dpublica@derecho.uba.ar. The document must contain the following information: title, author/s' name, date of completion and date of submission. It is recommendable to use the latest versions of Microsoft Word.

5. The author/s must also submit a **short bio** including: name, surname, profession, current position, institutional affiliation (including city and country of the institution), nationality, telephone, address and email. All published works will include the email address of at least one of the authors.

6. The page size of the document must be A4, with top and bottom margins 2,5 cm and side margins 3 cm. Times New Roman font, size 12 must be used. Paragraph spacing must be 1.5 p and no indentation, nor additional space before or after each paragraph should be included. The text must not be justified and pages should be consecutively numbered beginning at 1.

7. The article's **title** must be in Spanish or Portuguese, depending on the language used throughout the text, and in English. An **abstract** of no more than 250 words (in the case of short articles, abstracts can be of 100 words) and **five keywords** must also be included. The abstract and the list of keywords shall also be in Spanish or Portuguese, and in English.

8. The author/s' name should be centred under the title of the article. A footnote should be placed there, which must include the author/s' current position or profession and a brief academic reference. Acknowledgments may be included there.

9. If the submission is a translation, it must be indicated in the first footnote with the following structure, completing the relevant information:

*Originally published as <title in the original language> in <source of the original piece>. Translation into Spanish/English/Portuguese by <name and surname of the translator, profession or current position, institutional affiliation>.

10. The sources employed for the article must be correctly included in **bibliographical references** and in the **list of bibliography**. The **style guidelines** and the following indications are to be followed:

10.1. Quotations that are 330 characters or more must be on a new line, separated by double space from the main body and written in a font size two points smaller, without quotation marks or italics. Quotations under 330 characters will have the same format as the main body, with quotations marks and without italics.

10.2. Notes and bibliographical references must be included as footnotes. Bibliographical references must include, in the following order: name and surname of the author, title of the article, chapter or book, place of publication, publisher, year, page number/s. For example:

Books:

Michel Foucault, *Seguridad, territorio, población*, Seuil/Gallimard, Paris, 2004, p. 199.

Articles in Journals:

Tomás Milton Muñoz Bravo, "Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional", in *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, num. 119, México, UNAM, May-August 2014, pp. 87-116.

10.3. At the end of the document, a list of bibliography shall be included, in accordance with the style guidelines.

11. Additional elements:

11.1. Tables and figures must be included within the text and consecutively numbered (figure 1, chart 1, etc.). They must be accompanied by their source and title. Original files in Microsoft Excel format or graphics programs should also be sent as separate digital files.

11.2. Photographs and images must comply with the same requirements and have a resolution of 300 dpi or higher. When they do not belong to the author of the article, an authorization for its reproduction by the rights holder is required.

11.3. If necessary, additional elements which are a part of the document will be submitted in the format agreed upon with the editor.

12. Titles and subtitles must respect the following format:

TITLE (capitalized, bold and centred)

INTRODUCTION

1. TITLE (Chapter)

1.1 Title

1.1.1 *Title*

1.1.2 *Title*

1.2 Title

BIBLIOGRAPHY

PUBLICATION RIGHTS

The submission of a manuscript for publication entails the author's authorisation to reproduce it in any media or form, whenever the journal considers it appropriate, except in the case of express withdrawal.

By submitting an article for publication, the author assigns all the rights of distribution and public display of its contents to the Department of Publications of the School of Law of the University of Buenos Aires. The reception of a manuscript does not entail any publication commitment.

For further information, to submit manuscripts and to request the style guidelines, please contact us: dpublica@derecho.uba.ar.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de diciembre de 2016
en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I. - Bernardino Rivadavia 130
Avellaneda - Provincia de Buenos Aires - República Argentina

