

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA.

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS.

ABOGACÍA.

TESIS DE GRADO.

TEMA: "INCONSISTENCIA NORMATIVA ENTRE EL ARTÍCULO 2610 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y EL ARTÍCULO 348 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN".

FECHA DE PRESENTACIÓN: 3 DE AGOSTO DE 2020.

AUTOR: RICARDO ADRIÁN ROJAS.

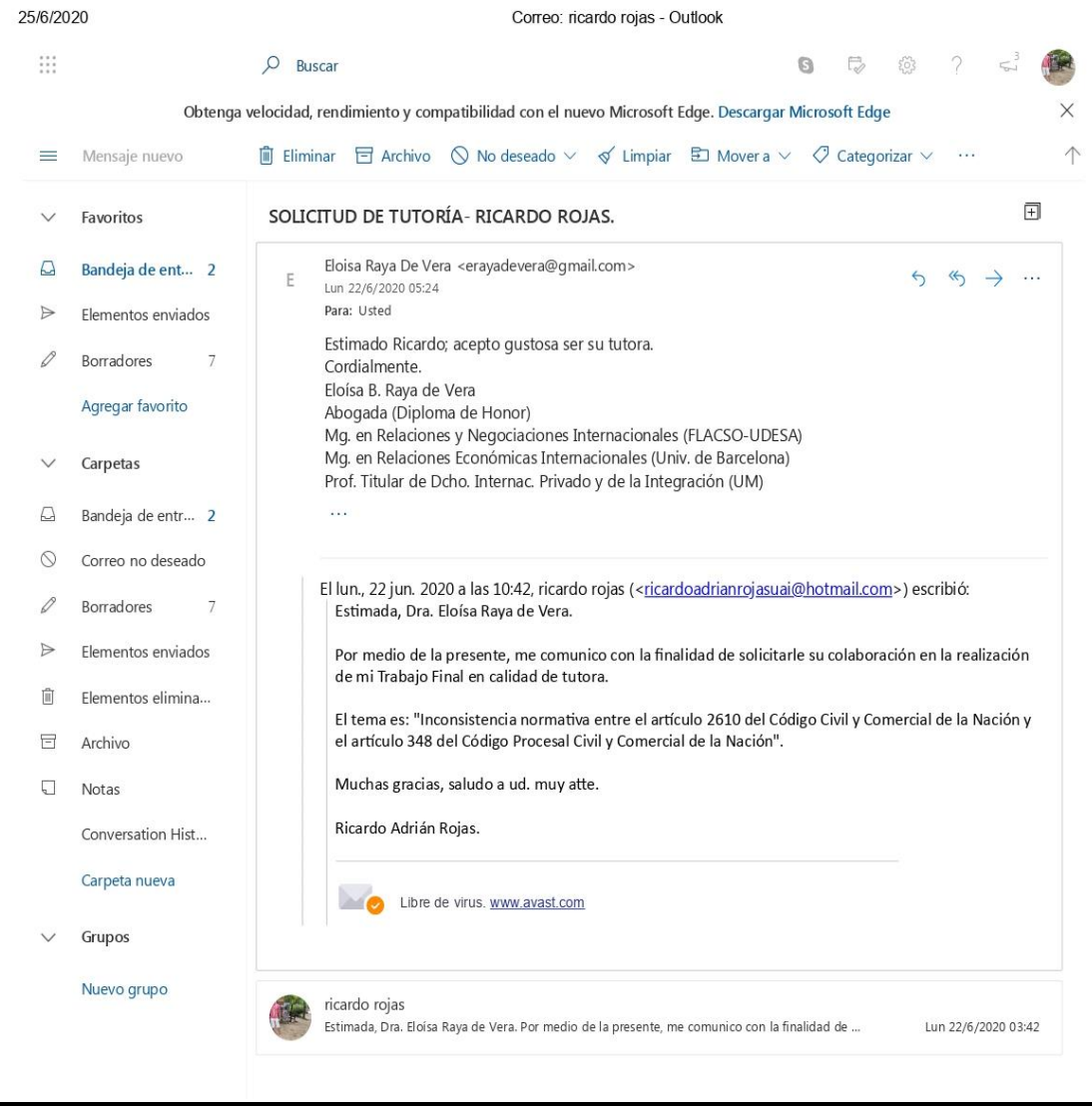
TUTORA: ELOÍSA BEATRIZ RAYA DE VERA.

SEDE: CENTRO.

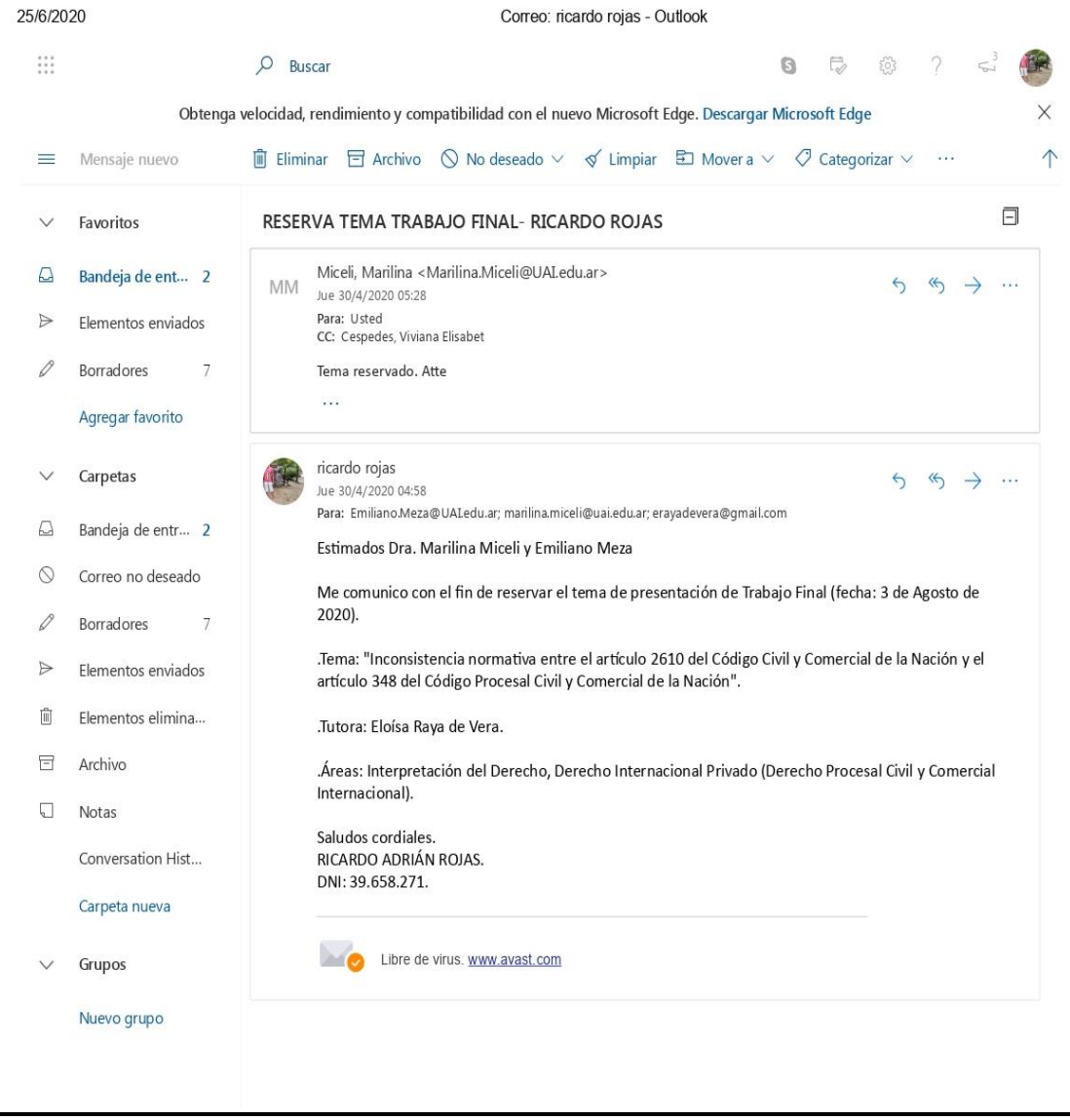
TELÉFONO: 4925-4712 / 11-6256-4832.

E-MAIL: ricardoadrianrojasuai@hotmail.com

SOLICITUD Y ACEPTACIÓN DE TUTORÍA.



RESERVA DE TEMA Y ACEPTACÍON.



"La injusticia es relativamente fácil de llevar, es la justicia la que duele"[1].

[1] Henry Louis Mencken (12/09/1880-29/09/1956). Considerado uno de los periodistas y escritores más importantes de la historia estadounidense.

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS.

Dedico este trabajo final a toda mi familia, fundamentalmente a mis padres Graciela y Ricardo. Gracias por acompañarme en todo momento. Por apoyarme en todos mis proyectos. Por respetar mis decisiones. Por el esfuerzo que hicieron y siguen haciendo. Todos mis logros se los debo a ustedes.

Extiendo el agradecimiento a las autoridades de la Universidad Abierta Interamericana y a todos los profesores de la institución, especialmente a la Dra. Eloísa Beatriz Raya de Vera y al Dr. Juan Kleywegt por acompañarme en la realización del presente trabajo.

Gracias queridas *Daisy* y Lidia. Aunque no estén físicamente, las siento presentes.

RESUMEN.

En este trabajo final se ha abordado la inconsistencia normativa suscitada entre el artículo 2610 del Código Civil y Comercial de la Nación y el artículo 348 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con el objetivo de analizar el tipo de contradicción y resolverla.

Asimismo, se han planteado los problemas que generan interpretación relacionados con las normas jurídicas, por considerar que el lenguaje (cristalizado a través de las mismas) es el principal material de trabajo del abogado.

En virtud de ello, en el *Capítulo Primero: "La interpretación en el derecho"*, utilizando como disparador la pregunta "¿qué es el derecho?", se ha plasmado la relevancia del lenguaje y las normas para nuestra profesión. Se han desarrollado los usos del lenguaje y los diferentes fundamentos que explican el carácter necesario de la interpretación. Finalmente, se han examinado cada uno de los problemas que generan interpretación de normas jurídicas, realizando un distingo entre los inconvenientes relacionados con el lenguaje y los defectos lógicos de los sistemas jurídicos. Consecuentemente, se han mencionado los criterios de resolución planteados por la doctrina.

Teniendo en cuenta que los artículos que colisionan corresponden a nuestro Derecho Internacional Privado de fuente interna, en el *Capítulo Segundo: "Consideraciones sobre Derecho Internacional Privado"*, se han presentado algunas

cuestiones generales de la materia. Se han brindado definiciones de la rama en cuestión, se ha ahondado en su objeto y contenido, naturaleza jurídica, triple autonomía, fines y función instrumental del sistema. Además, se ha abordado su complejo sistema de fuentes, haciendo un repaso acerca de los tipos de regulación, la cuestión de la descentralización en la producción de normas, la jerarquía de las mismas y las innovaciones del nuevo Código. Por último, se han manifestado los principios que deben tenerse en consideración al momento de abordar un caso iusprivatista internacional, brindando un ejemplo para su mejor comprensión.

Reconociendo que, dentro del Derecho Internacional Privado, la contradicción que nos convoca se ubica en la órbita de estudio de la jurisdicción internacional, se ha ofrecido un *Capítulo Tercero: "Jurisdicción internacional: aspectos generales"*. En él, se ha introducido su concepto, clasificación y fuentes. También, se ha realizado un punteo con los diferentes foros de jurisdicción y se ha ahondado en la cooperación judicial internacional. Facilitando el entendimiento de este último tema, se ha decidido diferenciar tres grados de cooperación, de acuerdo al nivel de intensidad en la asistencia. Para concluir, se ha realizado una breve referencia sobre los métodos alternativos de solución de controversias.

Entendiendo la íntima conexión de la inconsistencia abordada con los Derechos Humanos, se ha presentado un *Capítulo Cuarto: "Jurisdicción internacional y DDHH: institutos que buscan garantizar el acceso a la justicia"*. En esta sección, primero se ha analizado el reconocimiento del derecho de acceso a la justicia en nuestra fuente interna y convencional, como así también en el marco del derecho comparado europeo. Posteriormente, se ha seguido una temática mediante la cual se expresan tres puntos de contacto entre la jurisdicción internacional y los Derechos Fundamentales: 1) la cooperación judicial internacional (ya desarrollada en el Capítulo Tercero); 2) el foro de necesidad del artículo 2603 del Código Civil y Comercial de la Nación; y 3) el principio de igualdad de trato del artículo 2610 del nuevo Código. Finalizando, se ha planteado la contradicción del principio mencionado con el instituto del arraigo, se ha manifestado la tendencia internacional hacía la supresión de la excepción y se ha analizado el tratamiento judicial anterior y posterior a la reforma.

Para dar un cierre, se ha propuesto una solución y se han plasmado unas palabras finales que complementan la correspondiente conclusión.

OBJETIVOS GENERALES.

Tomando al lenguaje como principal material de trabajo de los abogados, plantear los inconvenientes relacionados con las normas jurídicas a los cuales el abogado debe enfrentarse en el ejercicio de su profesión.

Presentar la inconsistencia normativa entre el artículo 2610 del Código Civil y Comercial de la Nación y el artículo 348 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación como uno de los defectos lógicos de nuestro sistema jurídico.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Determinar la importancia de la interpretación en el derecho.
- Conocer las cuestiones relevantes acerca del Derecho Internacional Privado.
- Explicar cómo debe abordarse un caso iusprivatista internacional.
- Analizar los aspectos generales sobre jurisdicción internacional.
- Detectar puntos de contacto entre la jurisdicción internacional y los Derechos Humanos.
- Complementar los conceptos analizados con la correspondiente normativa interna e internacional.

HIPÓTESIS.

Dando por cierto que el principal material de trabajo del abogado es el lenguaje cristalizado a través de normas jurídicas, en torno a ellas pueden suscitarse problemas relacionados con el lenguaje y defectos lógicos de los sistemas jurídicos, quedando de manifiesto la importancia de la actividad interpretativa que el profesional efectúa.

Existe una inconsistencia normativa entre el artículo 2610 del Código Civil y Comercial de la Nación y el artículo 348 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en virtud que el primero garantiza a los ciudadanos y residentes permanentes en el extranjero el 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, mientras que el segundo consagra la excepción de arraigo en caso que demandante no tuviere domicilio ni bienes inmuebles en la República.

RELEVANCIA (PROPÓSITO DE LA INTERVENCIÓN).

En el ejercicio de su profesión, el abogado se enfrenta a diferentes inconvenientes.

Tal vez, la problemática más relevante sea que su material de trabajo es el lenguaje; y el mismo es sumamente impreciso. Esas imprecisiones, lógicamente, se trasladan a las normas jurídicas, agudizando la situación planteada.

Además, el legislador no es un ser racional. Por ende, su producto (la norma) lejos está de ser perfecto.

Asimismo, las normas no pueden concebirse aisladamente. Por el contrario, forman parte de una complejidad denominada sistema jurídico. Este, aunque debe seguir un principio de coherencia, presenta defectos lógicos que implican un nuevo escollo en la búsqueda de la tan ansiada seguridad jurídica.

Consecuentemente, el abogado debe saber muy bien cuál es su campo de trabajo. No puede desconocer la realidad a la que se va a enfrentar, ni el escenario en el que va a actuar. Allí radica la relevancia del presente trabajo.

METODOLOGÍA Y TÉCNICAS.

El método elegido es el *hipotético-deductivo*: partiremos de una premisa general e intentaremos arribar a conclusiones particulares a través de la investigación, el análisis y la observación.

La técnica elegida es la *recolección de datos* mediante una exhaustiva búsqueda bibliográfica (doctrina y jurisprudencia).

PALABRAS CLAVE.

.Abogado.	.Derecho.
.Lenguaje.	.Norma jurídica.
.Interpretación.	.Inconsistencia/ contradicción.
.Derecho Internacional Privado.	.Derechos Humanos.
.Jurisdicción internacional.	.Acceso a la justicia.
.Arraigo.	.Igualdad de trato.

MARCO TEÓRICO.

INTRODUCCIÓN.

En tiempos de cuarentena, decidí tomarme un momento para meditar acerca de muchas cosas.

Me puse a pensar en el país. En la compleja realidad que vivimos. En los esfuerzos que todos hacemos para progresar en la vida. En lo afortunado que soy de tener un estudio. En el sacrificio de mi familia.

Reflexioné sobre los seis años de carrera. Sobre esta etapa que concluye. En todo lo que dejé de lado para cumplir mi meta de ser abogado. En aquellas largas noches de estudio y en aquellos fines de semana sin salidas. En todo ese tiempo que yo calificaba de "perdido" y hoy lo entiendo "invertido".

Por supuesto, también proyecté acerca de mi futuro. Mi idea de ser profesor. El plan de tener mi propio estudio. La posibilidad de asociarme con un gran compañero y amigo.

Finalmente, pensé en la profesión que elegí. En los diversos ámbitos en los cuales los abogados son necesarios y en las diferentes problemáticas que en la práctica tiene que enfrentar. Debo sincerarme y reconocer que este punto fue el que más me ha inquietado, por lo que decidí utilizarlo como disparador del trabajo.

Supe concluir que, como el derecho está presente en casi todos los ámbitos de nuestra vida, un abogado (experto en derecho) va a ser requerido en múltiples esferas de la "realidad".

No obstante, me permití dar por cierto que el abogado trabaja con "ideas". Es decir, trabaja desde el Estado o frente al Estado (que es un ente, es decir, una idea)[2]; trabaja con relatos sobre conductas que le narran sus clientes (la conducta es una realidad, pero su relato es una idea); y, principalmente, trabaja con el lenguaje cristalizado a través de las normas (que también son ideas).

El problema que todo esto nos plantea es que "las ideas están en cabeza de quien las piensa". Con lo cual, entramos en un escenario de demasiada incerteza y subjetividad. Es en ese terreno sinuoso, donde el abogado se va a desempeñar.

[2] Según el artículo 146 del CCCN es una persona jurídica pública

Puede que el planteo resulte un tanto rebuscado. Pero es muy interesante para analizarlo y debatirlo.

No perdamos de vista que la obligación del abogado es de medios, no de resultados. En virtud de ello, uno nunca tiene que garantizarle al cliente que va a ganar el juicio, sino que debe limitarse a prestar todos los medios necesarios para hacer efectivo su derecho de defensa. Por más sencillo que pueda parecer el caso, no sabemos lo que el mismo puede llegar a depararnos.

Particularmente, decidí desarrollar la problemática del lenguaje y de las normas, analizando las complejidades que giran en torno a ambos. Para eso, partí de la base que el lenguaje es el material de trabajo del abogado. Descubrí que se caracteriza por ser inexacto y por presentar ciertas dificultades que pueden extenderse perfectamente a las normas. Observé que las normas no se conciben de manera aislada, sino que forman parte de un sistema que debe cumplir con un principio de coherencia. Sin embargo, reparé en que, cuando la norma pasa a ser parte de ese sistema, pueden acaecer ciertos defectos lógicos.

Para ser franco, quiero destacar que todo lo planteado es esperable. Como dije, las normas son simples ideas que nacen de una persona. Y las personas (sobre todo el legislador) no somos seres racionales o perfectos (como antiguamente defendía el positivismo), sino meros seres falibles.

CAPÍTULO PRIMERO: LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO.

1. DERECHO, LENGUAJE Y NORMAS.

"¿Qué es el derecho?" Tal vez, esta sea la pregunta que más veces enfrentamos los alumnos a lo largo de la carrera y, sorprendentemente, solemos titubear o tener dificultades a la hora de responderla.

Estoy seguro que esa situación no se vincula a una falta de atención, interés o conocimientos. Tampoco creo que se deba a que nuestro objeto de estudio es incomprensible, al punto tal que nos imposibilita la elaboración de una definición abarcativa.

Lo que ocurre con el término "derecho" es que trae consigo algunos inconvenientes que merecen ser tenidos en consideración y que suelen ser tema de discusión entre los autores.

El Dr. Carlos Santiago Nino asegura que *"La palabra "derecho" es ambigua, y para colmo tiene la peor especie de ambigüedad, que es, no la mera sinonimia accidental (como la de "banco"), sino la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí"*[3] (Nino, 2003).

En efecto, con la misma expresión, podemos hacer referencia al conjunto de normas que se encuentran en vigencia, a las facultades y atribuciones que tienen las personas[4] e, incluso, al análisis de la realidad jurídica (que, a su vez, tiene como objeto de estudio al derecho en los dos primeros sentidos). No obstante, para evitar confusiones, se conviene que "derecho" a secas denote el ordenamiento jurídico y que los demás sentidos sean mencionados con las expresiones "derecho subjetivo" y "ciencia del derecho"[5] (Nino, 2003).

Además, la palabra "derecho" es *imprecisa (o vaga)*, ya que no presenta cualidades o propiedades excluyentes que determinen su aplicación. Si bien no es raro

---

[3] Carlos Santiago Nino, "Introducción al análisis del Derecho", Colección Mayor Filosofía y Derecho, 2° Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, pág. 14.

[4] "*Suele denominarse derecho objetivo al ordenamiento jurídico, vale decir, al conjunto de normas vigentes. La referencia de esa norma o conjunto de normas a las relaciones de conducta de los hombres exhibe a estas últimas como relaciones jurídicas. En esa relación de conducta la norma es el esquema de interpretación que discrimina dos ingredientes o elementos: derecho subjetivo (o facultad) y del deber jurídico)".* Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, "Introducción al análisis del derecho. Conocimiento y conocimiento científico, historia de las ideas jurídicas, teoría general del derecho, teoría general ampliada", 3° Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 494.

[5] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 14.

que, de acuerdo a su uso ordinario, un vocablo conlleve este tipo de problema, *"...a muchos juristas, imbuidos del espíritu esencialista, les resulta un hueso duro de roer, y suponen que debe necesariamente haber algo oculto y misterioso que relaciona a todos los fenómenos jurídicos entre sí, y hacen esfuerzos desesperados para encontrarlo, y formulan encantadoras fantasías para simular haberlo hallado"*[6] (Nino, 2003).

Como si esto fuera poco, el término en cuestión, trae consigo una *fuerza* o *carga emotiva*. Eso altera su significado cognoscitivo *"Porque la gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con él o dejar afuera de su denotación los fenómenos que parecía o rechaza, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable"*[7] (Nino, 2003). Afortunadamente, el significado emotivo de "derecho" es favorable. Sin embargo, esta problemática suele generar grandes diferencias entre los autores al momento de elaborar definiciones.

Lo que quiero plantear con todo esto es que otros profesionales no tienen las dificultades que tenemos nosotros para definir e identificar el objeto de su estudio. Seguramente, para ser comprendido, alcanza con que nos muestren algún objeto relacionado o apenas deslicen unas pocas palabras. El abogado no corre con esa suerte porque su material de trabajo es el *lenguaje*.

Pero "¿Qué es el lenguaje?" Aunque parece una pregunta inocente y fácil de responder, créame que no lo es. Si bien todos, en mayor o menor medida, sabemos lo que es el lenguaje y estamos en condiciones de explicarlo, le aseguro que el universo de cuestiones que gira en torno a él puede llegar a sorprenderlo.

Para responder el interrogante planteado, tal como advirtió John Hospers, debemos comenzar por aceptar que las personas cotidianamente nos encontramos en situaciones en las cuales una cosa representa otra. Dicha representación puede estar dada por una relación creada arbitrariamente por el hombre (mediante un *símbolo*) o puede devenir de forma natural o causal (ser un *signo*).

Siguiendo esa línea de pensamiento y a modo de ejemplo, podemos decir que las palabras, las notas musicales o las luces de los semáforos constituyen *símbolos* que las personas hemos convenido para que representen determinada cosa. En cambio, las nubes y los truenos son *signos* de las lluvias y los rayos.

[6] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 15.
[7] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 16.

Como segundo paso, tenemos que reconocer que todas las cosas que nos rodean poseen un "nombre" que hace mención a los mismos. Nosotros aceptamos esos nombres, sin discutirlo. Ni siquiera atinamos a realizar algún tipo de cuestionamiento al respecto. Damos por cierto que existe una conexión entre la cosa y la palabra.

Aristóteles sí se hizo esos planteos y, en concordancia con su *postura esencialista*, opinaba que las cosas tienen una esencia que las hace ser lo que son, y esta esencia estaría contenida en la palabra que la menciona. *"Así al objeto árbol, no le habrían puesto la palabra árbol, porque a alguien se le ocurrió y a otro no le molestó, sino que el objeto árbol ostentó su esencia de árbol y entonces no quedaba más que decirle "árbol" al árbol"*[8] (Bornia, 2004).

Seguramente, coincidamos con Culetto y Colman en cuanto a que uno de los caracteres más formidables del lenguaje es el de constituirse como una vía idónea para la expresión de pensamientos y la comunicación con los semejantes[9] (Culetto, Leandro Andrés; Suárez Colman, Nicolás Andrés, 2008). Entonces, la postura del padre de la filosofía occidental sería inviable hoy en día. *"Si la palabra árbol ostenta la esencia del árbol, sería la de un árbol en particular, pero cada árbol debería tener un nombre distinto, ya que las esencias por definición son únicas, esto nos conduciría a que habría una palabra por cosa"*[10] (Bornia, 2004).

Por eso, actualmente, las personas adherimos a una *postura convencionalista* y creemos que la comunicación es posible si se aplican las reglas de *libre estipulación* y de *uso común*. A través de ellas, existe la posibilidad de asignarle a una palabra cualquier significado (Hospers defiende que no hay palabras correctas para las cosas) [11], aunque debemos recurrir a las convenciones ya existentes para facilitar la comprensión de todos.

En base a lo expresado, concluimos que *"El lenguaje se constituye (...) como un sistema símbolos. En él, las palabras son símbolos que representan cosas en virtud*

[8] Mónica Beatriz Bornia. "Introducción al Derecho. Sus temas", Colección Académica, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 110.
[9] Leandro Andrés Culetto y Nicolás Andrés Suárez Colman. "Introducción al Derecho. Desarrollo y problemática", Scotti Editora, Buenos Aires, 2008, pág. 88.
[10] [10] Mónica Beatriz Bornia, op. cit., pág. 110.
[11] *"Cualquiera puede usar el ruido que le plazca para referirse a cualquier cosa, con tal de que aclare qué es lo que designa el ruido en cuestión. Esta es la regla de la libertad de estipulación"*. John Hospers, "Introducción al Análisis Filosófico", Editorial Macchi, Buenos Aires, 1965, pág.14.

de una convención humana"[12] (Culetto, Leandro Andrés; Suárez Colman, Nicolás Andrés, 2008).

Ahora bien, tengamos presente que de poco nos sirve abordar el estudio de las palabras concebidas de manera aislada. Las palabras cumplen su función de comunicar sólo cuando se encuentran en conjunto y ordenadas de acuerdo a las leyes de la gramática. Es decir, cuando forman parte de una *oración*.

Nino observa que *"El significado de las oraciones está determinado por el significado de las palabras que la integran y por el ordenamiento sintáctico de ellas. En muchas ocasiones las palabras usadas en una oración plantean problemas en cuanto a la determinación de su significado, y en otras el vínculo sintáctico entre los términos de la oración da lugar a equívocos"*[13] (Nino, 2003). Aquí aparece la figura del *intérprete*, quien debe hacer uso de diversas herramientas para resolver los problemas de interpretación que trae consigo el lenguaje (problemas que lo hacen ser *inexacto*).

Si bien el abogado puede trabajar con cualquier tipo de oración, generalmente lo hace con *normas jurídicas*. Estas son la "unidad elemental del orden jurídico"[14] y constituyen el caso más paradigmático de la *función prescriptiva* del lenguaje.

En torno a las normas, se ha generado un debate dirigido a determinar si se expresan en *lenguaje natural* o en un lenguaje formalizado (jurídico).

Es innegable que los juristas se encuentran permanentemente elaborando un lenguaje especializado, compuesto por palabras del lenguaje natural, utilizadas con extrema precisión. También es verdad que esas palabras son introducidas por el legislador a las normas jurídicas.

Eso ha impulsado a algunos autores, entre los que se encuentra Sebastián Soler, a declarar que el uso de vocablos del lenguaje natural en los enunciados normativos provocan que los mismos se tecnifiquen. Por lo tanto, cualquier tipo de problemática se vería superada ya que la ley siempre limita su campo de aplicación[15].

[12] Leandro Andrés Culetto y Nicolás Andrés Suárez Colman, op. cit., pág. 88.
[13] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 259.
[14] Expresión utilizada por Julio B. J. Maier en "Derecho Procesal Penal", Tomo 1, Capitulo 1: fundamentos, 2° edición, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2004.
[15] Esas ideas pueden verse en Sebastián Soler, "Fe en el Derecho y otros ensayos", Editorial T.E.A, Buenos Aires, 1959 y "La interpretación de la ley", Editorial Ariel, Barcelona, 1962.

En "La interpretación de la Ley", Soler defiende que *"...la relación que efectivamente guardan los conceptos jurídicos con los conceptos matemáticos, especialmente con las figuras de la geometría (...) consiste en que ambos son conceptos dados o puestos por hipótesis, integrados, además, por un número determinado de elementos necesarios"*. Aclara sus dichos, mediante el siguiente ejemplo: *"Si hay un acuerdo para transferir el dominio de una cosa mediante un precio, hay compraventa; si suprimimos el precio, hay donación; si en vez de la cosa suponemos un crédito, hay cesión; si no hay acuerdo sino engaño, hay estafa. De aquella primera definición no podemos tocar nada, según se ve, sin que la figura se desmorone..."*[16] (Soler, 1962).

Genaro Rubén Carrió, en "Notas sobre derecho y lenguaje", se encarga de rebatir esas ideas. Para lograrlo, toma como ejemplo la "compraventa" y agrega: *"No discutimos que para que ella sea aplicable a una cierta transacción tiene que haber precio. Pero (...) ¿cuánto precio? Porque si la cantidad de dinero prometida o entregada a cambio de una cosa es insignificante en relación con el valor de ésta, los juristas dirán, sin duda, que hay una donación encubierta de la cosa, y no una compraventa. Y si el valor del dinero es desproporcionadamente mayor que el de la cosa, dirán que ha habido una donación encubierta del dinero, y no una compraventa. Y si el valor del dinero es desproporcionadamente mayor que el de la cosa, dirán que ha habido una donación encubierta del dinero, y no una compraventa"*[17] (Carrió, 1964).

Por lo tanto, las figuras jurídicas pueden presentar zonas de *penumbras*, siendo errónea la idea que poseen "purísimos perfiles indeformables"[18] (Soler, 1959). Nociones que aparentan ser precisas, no son más que conceptos clasificadores, cómodos, orientadores y útiles, pero siempre un poco arbitrarios y cuantitativos, como toda tentativa de trazar una línea divisoria allí donde existen matices, gradaciones y zonas de transición[19] (Gorla, 1959).

En definitiva, las normas jurídicas *"están compuestas por palabras que tienen características propias de los lenguajes naturales o son definibles en términos de ellas"*. Eso no debe ser visto como algo negativo, sino todo lo contrario: *"La función social del derecho se vería hoy seriamente comprometida si aquéllas estuvieran*

[16] Sebastián Soler, "La interpretación de la ley", Editorial Ariel, Barcelona, 1962, pág. 42.
[17] Genaro Rubén Carrió, "Notas sobre derecho y lenguaje", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, pág. 40.
[18] Expresión usada por Sebastián Soler en "Fe en el Derecho y otros ensayos", Editorial T.E.A, Buenos Aires, 1959, pág. 168.
[19] Gino Gorla, "El contrato", Editorial Bosch, Barcelona, 1959, pág. 13.

formuladas de manera tal que sólo un grupo muy pequeño de iniciados pudiese comprenderlas. Por ello es legítimo decir que las normas jurídicas no sólo se valen del lenguaje natural sino que, en cierto sentido, tienen que hacerlo"[20] (Carrió, 1964).

Tener presente esta situación, es de vital importancia para el desarrollo del presente trabajo. Al aceptar que las normas se expresan en lenguaje natural, estamos admitiendo la posibilidad que adolezcan los mismos inconvenientes que sufre dicho lenguaje[21].

Los alumnos, abogados y jueces nos encontramos en la búsqueda de esa certeza que nos conduzca a la tan ansiada *seguridad jurídica*. Es un verdadero desafío hallarla en un contexto de tanta imprecisión.

2. USOS DEL LENGUAJE.

Hasta el momento, he intentado transmitir la idea que el lenguaje, además de ser el material de trabajo de los abogados, es la principal herramienta de comunicación que tenemos las personas. Asimismo, me he encargado de advertir que, de acuerdo a su complejidad e imprecisión, no está garantizado su funcionamiento exitoso.

Existe lo que Carrió denomina "fuentes de perplejidad"[22] (Carrió, 1964). Se trata de ciertas formas que pueden frustrar la comunicación y que radican en no entender cómo tomar las palabras del emisor (la *fuerza* de la expresión) o en no comprender el contenido del mensaje (por inconvenientes en sus palabras). Bajo esa denominación, el jurista argentino encierra los problemas de *ambigüedad*, *vaguedad* y *carga emotiva*.

Si queremos conocer los *usos* o *funciones del lenguaje*, debemos comenzar por centrar nuestra atención en la primera fuente. Para eso, imaginemos que el destinatario se siente perplejo porque desconoce si debe tomar la expresión del sujeto emisor como una orden, una sugerencia, un pedido, una súplica, una consulta, etc.

Aunque no lo parezca, los dilemas de este tipo son muy comunes. La riqueza y amplitud del lenguaje hace que el listado de cosas que se puede hacer con él es casi interminable. "*Es un exceso de simplificación (o de dogmatismo) tratar todos esos usos*

[20] Genaro Rubén Carrió, op. cit., pág. 37.
[21] *"Los problemas de interpretación de las oraciones lingüísticas se extienden también, naturalmente, a las oraciones mediante las cuales se formulan las normas jurídicas…".* Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 260.
[22] Genaro Rubén Carrió, op. cit., pág. 15.

o funciones del lenguaje como si todos tuvieran (o tuvieran que tener) las mismas características"[23] (Carrió, 1964).

Teniendo en cuenta esa realidad, se ha elaborado una sencilla clasificación sobre los usos o funciones del lenguaje.

2.1 .*Uso descriptivo*:

El lenguaje puede usarse con la finalidad de describir fenómenos o ciertos estados de cosas.

Cuando una oración se usa con esta función, se la denomina *proposición*. Es de las proposiciones, y no de las oraciones, de las que se predica verdad o falsedad, como lo muestra el hecho de que no cambia el valor de verdad aún cuando se usen diferentes oraciones, si ellas tienen el mismo significado[24] (Nino, 2003).

De acuerdo al procedimiento utilizado para la determinación de su verdad o falsedad, las proposiciones pueden ser de dos tipos: 1) *analíticas*: aquellas cuya verdad o falsedad puede determinarse simplemente por el análisis (sintáctico o semántico) de la oración o mediante la utilización de leyes lógicas; o 2) *sintéticas:* aquellas *que* deben someterse a constatación empírica.

El típico ejemplo de esta función es el caso del lenguaje científico.

2.2 .*Uso expresivo*:

Podemos valernos del lenguaje como medio para exteriorizar o provocar emociones.

En estos casos, la materia es subjetiva u opinable y se encuentra ajena a todo tipo de juzgamiento relacionado con valores de verdad o falsedad.

El ejemplo más claro es el lenguaje poético.

2.3 .*Uso operativo*:

El uso de ciertas palabras bajo determinadas circunstancias o contextos, implica realizar la acción referida por las mismas.

[23] Genaro Rubén Carrió, op. cit., pág. 15.
[24] Carlos Santiago Nino, op. cit. pág. 257.

Supongamos que una persona realiza un testamento. Al hacerlo, escribe: "Instituyo como heredero a mi sobrino". En este caso, está usando las palabras precisamente para realizar la acción de instituir como heredero a su sobrino. No hay posibilidad de interpretar que el testador quiere hacer otra cosa.

2.4 .*Uso prescriptivo*:

Se utiliza con el propósito de dirigir el comportamiento del otro. Es decir, inducirlo a realizar tal o cual cosa.

Las prescripciones u órdenes se caracterizan por una superioridad del sujeto emisor respecto del destinatario. Esa superioridad puede ser física (por tener posibilidad de infligir daño al destinatario) o moral, en un sentido amplio[25] (Nino, 2003).

Tal vez, los casos más paradigmáticos son las normas jurídicas o las órdenes militares. Allí no se juzga la condición de verdad o falsedad, sino otras cuestiones como su carácter de justa o injusta, racional o arbitraria, eficaz o ineficaz.

Esta es sólo una primera aproximación a ciertos inconvenientes del lenguaje que pueden provocar la necesidad de acción del intérprete. El universo de posibilidades, será desarrollado más adelante bajo el título *"Problemas que generan interpretación"*.

3. CARÁCTER NECESARIO DE LA INTERPRETACIÓN: FUNDAMENTOS.

Mucho se ha escrito sobre la interpretación en el derecho y muchas son las definiciones que podemos encontrar en cuanto al término "interpretar". Aún así, todos los autores coinciden (palabras más, palabras menos) que interpretar es "explicar el sentido de algo".

Aftalión, Vilanova y Raffo sostienen que *"...interpretar es desentrañar el sentido que algo encierra, sacar ese sentido a la superficie. Por eso los romanos llamaban interpres –intérprete, adivino- al que juzgaba de lo venidero por las entrañas de las víctimas"*[26] (Aftalión, Enrique Roberto; Vilanova, José; Raffo, Julio, 1999). Por su parte, Alf Ross indica que es *"...toda actividad destinada a exponer el significado de una expresión"*[27] (Ross, 1974).

[25] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 66.
[26] Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, "Introducción al análisis del derecho. Conocimiento y conocimiento científico, historia de las ideas jurídicas, teoría general del derecho, teoría general ampliada", 3° Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 747.
[27] Alf Ross, "Sobre el derecho y la justicia", Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1974.

Ese "algo" no debe tener una característica específica. Aclaro esto porque existe una falsa creencia acerca que únicamente puede ser objeto de interpretación las normas oscuras, mientras que las normas claras deben aplicarse directamente.

Lino Palacio señala que *"Es deber primario y fundamental de los jueces el de administrar justicia cada vez que tal actividad les sea requería en un caso concreto. Existe, en efecto, un deber de ejercer la actividad judicial, que es correlativo del derecho que le incumbe a las partes en el sentido de que sus peticiones sean resueltas o proveídas, independientemente del contenido (favorable o desfavorable) de la respectiva decisión"*[28] (Palacio, 1998). Ahora bien, en la ejecución de ese deber, sería absurdo que el juez aplique al caso una ley clara que desemboque en una situación visiblemente injusta. Como se observa, por más clara que sea la norma, no escapa de ser interpretada.

El profesor Riccardo Guastini acompaña esta idea y propone un concepto extenso de interpretación que impida hablar de casos fáciles o difíciles, como así también de textos claros u oscuros. Entiende que la distinción entre textos claros y oscuros es discutible porque "claridad" y "oscuridad" no son cualidades intrínsecas de un texto, sino fruto de interpretación[29] (Guastini, 1993).

También existe un debate acerca del alcance de la interpretación. La postura que predomina es la que postula que el intérprete sólo debe consignar las palabras de la norma. Sin embargo, para Cossio[30], los jueces no interpretan las palabras de la ley, sino que interpretan o comprenden conductas a través de las normas jurídicas [31] (Culetto, Leandro Andrés; Suárez Colman, Nicolás Andrés, 2008). Entiendo que, en realidad, el intérprete realiza una doble tarea: interpreta la conducta en función de la norma y la norma en función del caso.

Planteadas estas interesantes cuestiones referidas a la interpretación, vamos a describir los cuatro fundamentos que explican su carácter necesario[32]:

[28] Lino Enrique Palacio, "Manual de Derecho Procesal Civil", Decimocuarta edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 152.
[29] Estas ideas se encuentran plasmadas en Ricardo Guastini, "Le Fonti del diritto", Editorial Giuffré, Milano, 1993, págs. 329-340.
[30] Ver Carlos Cossio, "La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964. (Cossio, 1964).
[31] Leandro Andrés Culetto y Nicolás Andrés Suárez Colman, op. cit., pág. 100.
[32] Se sigue el planteo de Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, op.cit., págs. 772-780.

3.1 .*Fundamento ontológico*:

El primer fundamento viene dado por la característica específica de la tarea del juez –asignar sentido jurídico a la conducta- y por el carácter ontológico que la conducta presenta: el ser siempre individual[33] (Aftalión, Enrique Roberto; Vilanova, José; Raffo, Julio, 1999). Esto supone que cada conducta es única, y tiene lugar en un espacio y tiempo determinado. Por esa razón, no hay manera que la norma pueda preverla en su totalidad.

Recordemos que nuestro sistema jurídico está organizado en base a una estructura piramidal, compuesto por normas de mayor y menor jerarquía con *supremacía constitucional*[34]. A medida que vamos descendiendo por dicha estructura, se observa que las normas comienzan a ser más específicas, aunque siempre contemplan varias posibilidades de conductas.

A cualquier grado de especificación que se haya llegado con la norma general, siempre faltará algo para llegar a comprender el caso concreto que se presenta con una multiplicidad de facetas imposibles de prever de antemano [35] (Aftalión, Enrique Roberto; Vilanova, José; Raffo, Julio, 1999).

En este marco, cuando el juez dicta sentencia, interpreta la norma general para aplicarla a la conducta individual. De manera tal que realiza el pasaje del deber ser al ser *"programando (...) la conducta de las partes, diciendo qué debe ser esa conducta"*[36] (Aftalión, Enrique Roberto; Vilanova, José; Raffo, Julio, 1999). Por su parte, el abogado, el jurista o el alumno, hace lo propio cuando busca resolver una situación real o imaginaria que se le plantea o se le consulta.

3.2 .*Fundamento axiológico:*

El segundo fundamento supone que, cuando el juez se encuentra en la búsqueda de la resolución del caso, de las posibilidades que están dadas en la situación y que se le presentan, alguna ya va a estar clamando realización como la mejor[37]

---

[33] Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, op.cit., págs. 772/773.
[34] La supremacía constitucional implica que *"...dicha constitución o derecho constitucional material es el fundamento y la base de todo el orden jurídico-político de un Estado"*, y *"...revestida de superlegalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella"*. Germán Bidart Campos, "Manual de la Constitución Reformada", Editorial Ediar, Buenos Aires, 1996, T. I, pág. 35 (Bidart Campos, 1996).
[35] Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, op.cit., pág. 773.
[36] Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, op.cit., pág. 774.
[37] Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, op.cit., págs. 774.

(Aftalión, Enrique Roberto; Vilanova, José; Raffo, Julio, 1999). La determinación de esa posibilidad no es una labor estrictamente racional, sino que está impregnada de juicios valorativos que haga el intérprete.

Como hemos dicho, las conductas pueden tener algunas características parecidas, pero siempre son distintas. En consecuencia, cuando el juez separa los rasgos de una conducta, está realizando una tarea de valoración. Está buscando que casos similares reciban un trato similar, para que su decisión realice el *valor justicia*[38].

3.3 .*Fundamento gnoseológico*:

Este fundamento es impulsado por una idea (kantiana) regulativa y totalizadora de la conceptuación de la conducta; e *"...implica que cada caso que se haya presentado o pueda presentarse reciba su sentido jurídico, el cual debe ser igual al de los otros casos que son iguales y distintos al de los casos diferentes"*[39] (Aftalión, Enrique Roberto; Vilanova, José; Raffo, Julio, 1999).

La necesariedad de la interpretación radica en la posibilidad de aparición de un caso no previsto por el ordenamiento, pues el juez deberá resolver y ubicarlo de manera armoniosa dentro del sistema.

3.4 .*Fundamento lógico*:

Está relacionado con la indeterminación de las normas generales, puesto que *"Toda norma general determina siempre cierto ámbito, pero deja siempre cierto ámbito indeterminado"*[40] (Aftalión, Enrique Roberto; Vilanova, José; Raffo, Julio, 1999). Será a través de la interpretación que se podrá resolver si el caso cae o no dentro del campo de regulación de la norma.

La indeterminación de las normas tiene que ver con la inexactitud del lenguaje y con los defectos que el propio sistema jurídico trae aparejado. En derecho, el tener dudas interpretativas acerca del significado de un texto legal supone una falta de certeza acerca de la identificación de la norma contenida en ese texto; o, lo que es lo mismo,

[38] El concepto "justicia" puede abordarse desde distintos puntos de vista, tales como: el ético, moral, filosófico, religioso, jurídico, etcétera. Suele recordarse la definición formulada por el jurista romano Ulpiano: "Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi" (La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho).
[39] Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, op.cit., págs. 775/776.
[40] Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, op.cit., págs. 776.

implica una indeterminación de las soluciones normativas que el orden jurídico ha estipulado para ciertos casos[41] (Nino, 2003).

Por eso, aunque es enriquecedor conocer todos los fundamentos, la mayoría de los autores no desarrollan el tema, reducen la cuestión al *fundamento lógico* y se limitan a analizar los problemas que generan interpretación.

4. PROBLEMAS QUE GENERAN INTERPRETACIÓN.

Ahora que conocemos los diferentes usos que se le puede dar al lenguaje y la importancia de la interpretación, analizaremos cada uno de los problemas que la generan. En vías de lograrlo, seguiremos la temática del Dr. Nino, quien desarrolla el tema con rigurosa determinación en su obra "Introducción al análisis del derecho"[42].

Nino diferencia dos grandes grupos: 1) los *problemas del lenguaje jurídico;* y 2) los *defectos lógicos de los sistemas jurídicos*. Eso permite distinguir aquellos problemas que *"…presuponen dudas acerca de las consecuencias lógicas que pueden inferirse de ciertos textos jurídicos…"*; de aquellos *"…que no consisten en dificultades para derivar consecuencias de normas jurídicas, sino que, por el contrario, aparecen una vez que tales consecuencias han sido deducidas"*[43] (Nino, 2003).

4.1 Problemas del lenguaje jurídico:

4.1.a .*Ambigüedades*:

Una oración puede expresar más de una *proposición*[44] (Nino, 2003), ya sea porque un término que la compone tiene dos o más significados o acepciones (constituye una ambigüedad semántica), o porque existe equivocidad en la conexión sintáctica entre sus palabras.

Es muy común ceñir el análisis de la *ambigüedad semántica* a la mera *homonimia accidental*. En estos casos, una buena opción para vislumbrar el sentido en que debemos entender el término es recurrir al contexto[45].

---

[41] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 260.
[42] El tema se encuentra desarrollado en Carlos Santiago Nino, op. cit., págs. 260-305.
[43] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 272.
[44] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 260.
[45] *"Generalmente el sentido en el que debemos entender el término nos será dado por el contexto en el cual el término estará utilizado"*. Mónica Beatriz Bornia, op. cit., pág. 117.

Sin obstar, suele haber casos generan mayores problemas debido a que los significados de una misma palabra tienen un vínculo muy cercano. En estas situaciones, recurrir al contexto no es la solución[46]. La problemática fue advertida en el inicio del capítulo, cuando nos referimos a los inconvenientes de la palabra "derecho".

La ambigüedad semántica también puede darse cuando una palabra tiene un significado vulgar en relación a su uso científico (lo que sucede con los términos "carbón" o "aceite" en la industria farmacéutica y química) o cuando una palabra se utiliza en sentido metafórico (por ejemplo, el uso de la palabra "rama" para referirse a una división de determinada ciencia).

Al momento de observar cómo esta problemática se refleja en nuestra normativa, podemos posar la mirada en el artículo 2 de la Constitución Nacional:

"El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano".

La expresión "sostiene" es ambigua, ya que puede interpretarse en el sentido de "profesar" el culto o en el sentido de "apoyar económicamente" al mismo.

Por otro lado, la *ambigüedad sintáctica* puede darse de múltiples maneras (debido a lo que posteriormente llamaremos "textura abierta del lenguaje").

Dada la imposibilidad de analizarlas todas, nos limitaremos a mencionar el caso del *conector disyuntivo*[47] *"o"*: la ambigüedad de dicha conectiva radica en que puede utilizarse con una *función excluyente* (la proposición es verdadera si se cumple sólo una de las opciones mencionadas) o con una f*unción incluyente* (la proposición es verdadera si se cumple una opción o si se cumplen todas).

Veamos su funcionamiento en el siguiente ejemplo: "se permite viajar en el avión con un abrigo o un bolso de mano". En este caso, un viajero podría dudar si puede viajar con ambas cosas o sólo con una de ellas[48] (Nino, 2003).

Ahora, traslademos el problema a un caso concreto de nuestro derecho positivo. La segunda parte del artículo 179 del Código Penal (en adelante CP) dispone:

[46]A modo de ejemplo, Nino menciona la llamada ambigüedad de proceso-producto: *"...se da cuando uno de los significados de la palabra se refiere a una actividad o proceso, y el otro al producto o resultado de esa actividad o proceso".* Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 261.
[47] Un conector disyuntivo es aquel que crea opciones dentro de una oración.
[48] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 262.

"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles".

Cuando se sancionó esta norma, los juristas notaron que no se había previsto explícitamente la venta de bienes (el modo más usual de defraudación a los acreedores). Nino explica que la ambigüedad se encuentra en la frase "o fraudulentamente disminuyere su valor", pudiendo hacer referencia al valor de los bienes o al valor de todo el patrimonio. "*Con esta segunda interpretación, la venta de bienes estaría comprendida en la figura, ya que constituye una forma nítida de disminuir el valor del patrimonio"*[49] (Nino, 2003).

4.1.b .*Imprecisiones (o vaguedades):*

La proposición expresada por una oración puede ser vaga a causa de la imprecisión del significado de algunas palabras que forman parte de la oración[50] (Nino, 2003).

Los casos más comunes de *vaguedad efectiva* están dados por palabras que, aunque su significado es claro, refieren a una propiedad aislada que puede graduarse o cuantificarse. Esto provoca ciertos casos de penumbra en los cuales existen dudas acerca utilizar o no un término.

A modo de ejercicio, pensemos en la palabra "honesto" y tratemos de responder cuán "honesto" hay que ser para ser considerado "honesto". Ese dilema se presenta en varias expresiones como "alto", "bajo", "rico", "pobre", "afortunado", "desafortunado", etc.

Algo similar ocurre con la *vaguedad combinatoria*. En estos casos, las palabras no refieren a una propiedad en particular, sino a ciertas propiedades que caracterizan elementos de una misma especie.

Por ejemplo, la palabra "juego" no presenta ninguna propiedad que sea excluyente para su uso. Para algunos, puede indicar movimiento; para otros, diversión; y, para otros, azar. Sin embargo, al jugar un videojuego, nos divertimos pero no nos

[49] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 263.
[50] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 264.

movemos; la quiniela es un juego de azar, que no implica diversión; y en el juego de las damas, es determinante la estrategia pero no el azar.

También encontramos palabras cuya designación viene dada por infinitas propiedades, al punto que siempre pueden surgir nuevas circunstancias que permitan su utilización. Nino entiende que dicha vaguedad se encuentra presente en algunas expresiones que denotan estados psicológicos, como "neurótico", "intención", etc.[51] (Nino, 2003).

Finalmente, existen las imprecisiones provenientes de la *textura abierta del lenguaje*. Este es el fenómeno por el cual los términos conocidos son capaces de receptar acepciones novedosas[52] (Bornia, 2004) y constituye un vicio potencial que atraviesa a todo el lenguaje natural.

De ahí que nunca debemos asegurar haber encontrado todas las propiedades suficientes para la utilización de cierta expresión. Como es imposible prever todas las propiedades extrañas que pueden presentarse, las lista de circunstancias que no deben darse para que sea aplicable una palabra, tiene que ser abierta[53] (Nino, 2003).

Ante dicha circunstancia, no tiene ninguna utilidad ejemplificar la vaguedad potencial en nuestro derecho positivo. Cualquier norma es susceptible de contraer este defecto.

Lo que sí podemos hacer, es reparar el siguiente caso de vaguedad efectiva presente en el artículo 1198 segundo párrafo del derogado Código Civil (en adelante CC):

"En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato".

La pregunta sería cuándo un acontecimiento deja de ser ordinario para pasar a ser extraordinario, o cuándo la prestación se torna excesivamente onerosa.

[51] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 266.
[52] Mónica Beatriz Bornia, op. cit., pág. 119.
[53] Carlos Santiago Nino, op. cit. pág. 266.

4.1.c .*Carga emotiva del lenguaje*:

Este problema guarda relación con aquellas palabras que no cumplen una función descriptiva, sino que transmiten un significado emotivo. Algunos ejemplos pueden ser las expresiones "¡hurra!" y "¡viva!", los insultos, e incluso ciertas palabras como "democracia" o "dictadura".

La carga emotiva de las expresiones lingüísticas perjudica su significado cognoscitivo, favoreciendo su vaguedad, puesto que si una palabra funciona como una condecoración o como un estigma, la gente va manipulando arbitrariamente su significado para aplicarlo a los fenómenos que acepta o repudia[54]. (Nino, 2003)

Si bien no es común que esta problemática se traslade al campo de la norma jurídica, encontramos un ejemplo en la anterior redacción del artículo 128 del CP:

"Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular".

En ese caso, era el término "obscenos" el que manifestaba un significado emotivo desfavorable.

Con el fin de complementar esta idea y facilitar su comprensión, me permitiré dedicarle unas líneas a un hecho muy interesante que involucra al Dr. Marcos Córdoba y que tuvo lugar el 12 de Abril de 2018, en la reunión informativa de la de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

Luego de varias ponencias, llegó el turno de Marcos Córdoba, quien expuso:

"...El artículo 4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos indica que es la concepción el instante en el que comienza la protección. Este artículo 4, igual que la observación de la Convención de los Derechos del Niño hecha por la República Argentina, nos impone recurrir a la ciencia biológica para determinar qué es concepción. No para determinar qué es persona. Porque qué es persona, lo determina el jurista. Y en la Argentina está determinado que persona es aquel sujeto de derechos activos y pasivos...".

[54] Carlos Santiago Nino, op. cit. pág. 269.

Al finalizar su exposición, la diputada Silvia Lospennato alegó:

"Su interpretación del artículo 4 de la Convención Americana contradice lo dicho por la Corte Interamericana en el caso Artavia Murillo. ¿Usted está consciente que la misma interpretación que sostuvo aquí, fue sostenida por la sala constitucional de Costa Rica, y llevó a la condena de Costa Rica en el ámbito interamericano?".

A lo que Marcos Córdoba contestó:

"Por supuesto que estoy consciente de todas las relaciones jurídicas que se han dado respecto de cada una de las cosas sobre las cuales omití opinión. Y conozco cuál es la fuerza vinculante de cada uno de los tribunales que han actuado, y conozco cuál es la fuerza vinculante de las decisiones de la República Argentina que, a través del ejercicio democrático de un gobierno republicano con división tripartita de poderes y distribución federal de las jurisdicciones, sostiene la soberanía sobre las decisiones de sus órganos. Aquello en que la República no ha sido parte, no lo alcanza como doctrina vinculante. La República Argentina es soberana respecto a eso. Y no ha cedido esa soberanía. No la ha entregado, y seguramente no le entregará. Porque la entrega de la soberanía no responde a la naturaleza del ser argentino…".

Es evidente que las expresiones "ejercicio democrático" y "entrega de la soberanía" conllevan una carga emotiva muy importante, que posicionaron ideológicamente al Dr. Córdoba en un lado determinado y en frente de otro.

4.1.d .*Fuerza de las oraciones*:

Puede suceder que una oración no presente ningún tipo de inconveniente relacionado con su significado, sino que las dudas radiquen en su fuerza. Es decir, que el interlocutor no pueda discernir si la oración expresa una pregunta, una orden, un deseo u otra cosa.

Como las normas jurídicas generalmente expresan prescripciones, no es usual encontrarse con este tipo de dificultades.

Nino toma como ejemplo los títulos del CP y aclara que cada uno de ellos indica un bien jurídico protegido. Luego se centra en el título "delitos contra la honestidad" y se pregunta si el legislador está aseverando que bajo ese título se tipifican

los delitos que afectan la honestidad, o si se deben interpretar esas normas en el sentido de que su finalidad es proteger la honestidad[55] (Nino, 2003).

4.1.e .*Dificultades en la promulgación de normas*:

También puede ocurrir que las dudas se centren en el mensaje que el legislador quiso transmitir, ya sea porque salta a la vista que quiso decir algo distinto, porque hay un error en la reproducción del texto o porque difieren diversas ediciones del mismo texto.

El artículo 2162 CC resolvía:

"Si los derechos hereditarios fueren legítimos, o estuvieren cedidos como dudosos, el cedente no responde por evicción".

De la interpretación del mismo resulta notorio que esa redacción carece de sentido y que el legislador quiso decir "litigiosos".

4.2 Métodos de interpretación: breve referencia histórica.

En la actividad interpretativa, diversos métodos se presentan como herramienta para superar los obstáculos que plantea el lenguaje. Entre ellos, no existe un criterio de jerarquización, por lo que el intérprete puede valerse de cualquiera. Así, se divisa el *componente axiológico* ya desarrollado.

Los métodos de interpretación no surgieron desde un plano teórico, sino como consecuencia de la puesta en práctica del derecho. En ese camino, los juristas han hecho esfuerzos denodados para confeccionar un método infalible que permita dar con una sola solución correcta.

Sin embargo, por poco que revisemos los registros de jurisprudencia, advertimos que ninguno de los procedimientos metódicos sustentados en diversos momentos por los teóricos del Derecho puede aspirar a una situación de monopolio, ya que los jueces no renuncian al derecho de saltar de uno a otro, cuando no de utilizarlos simultáneamente, a mayor abundamiento[56] (Aftalión, Enrique Roberto; Vilanova, José; Raffo, Julio, 1999).

[55] Carlos Santiago Nino, op. cit. pág. 271.
[56] Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, op. cit., pág. 749.

4.2.a .*Método gramatical*:

Cuando el derecho consuetudinario fue desplazado por la aparición del derecho escrito, surgió la necesidad imperiosa de interpretar los textos legales. Así, de la mano de la *Escuela de los Glosadores*[57], se fue engendrando el más antiguo de los métodos: el *gramatical*.

La interpretación gramatical consiste en deducir el significado de las palabras que componen una expresión[58] (Culetto, Leandro Andrés; Suárez Colman, Nicolás Andrés, 2008). Su aplicación para nada es suficiente, ya que suele generar un círculo vicioso: si el problema se encuentra en el lenguaje, carece de sentido centrarse en el texto de la ley (ius scriptum).

4.2.b .*Escuela exegética*:

El racionalismo jurídico del siglo XVIII predicó la posibilidad de redactar leyes perfectas. En consonancia, sostuvo que la interpretación no era un verdadero problema y defendió que la tarea del juez quedaba reducida a una actividad mecánica[59].

Pese a eso, apenas se sancionó el Código Napoleón, se esfumó la esperanza de una codificación perfecta que suprima la interpretación. Contrariamente, aparecieron las primeras obras dedicadas a interpretarlo.

"Frente al hecho consumado de que los códigos eran interpretados, el racionalismo jurídico, (...) cambió de puntería y se afanó en la búsqueda de métodos perfectos que, aplicados a las leyes, dieran automáticamente como resultado su verdadera interpretación"[60] (Aftalión, Enrique Roberto; Vilanova, José; Raffo, Julio, 1999).

De ese modo, la *escuela exegética francesa*, supo esbozar ciertas reglas centradas en el culto al texto de la ley y en la indagación de la *voluntad* o *intención psicológica* del legislador.

[57] Los glosadores supieron interpretar el Código Justinianeo, incluyendo encabezamientos y glosas marginales.
[58] Leandro Andrés Culetto y Nicolás Andrés Suárez Colman, op. cit., pág. 102.
[59] Montesquieu, en su obra "El espíritu de las leyes", llegó a referirse a los jueces como: *"la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden debilitar ni la vigencia ni el rigor de ella"*.
[60] Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, op. cit., pág. 751.

Según sus ideales, el intérprete podía encontrarse frente a tres situaciones: 1) la primera situación era que la ley sea clara y precisa. En ese caso, su aplicación sería incuestionable y estricta; 2) en segundo lugar, si la ley era oscura o dudosa, el intérprete debía recurrir a la interpretación gramatical y lógica. Es decir, primero se centraría en las reglas del lenguaje y la gramática. Si eso no alcanzaba para resolver sus dudas, debía desentrañar el pensamiento del legislador al tiempo de dictar la norma (mens, ratio, voluntas legis); y 3) la tercera posibilidad era que no exista ley para el caso concreto. De ser así, la escuela ordenaba la aplicación de *leyes análogas* (de acuerdo a una *voluntad presunta del legislador*) y, en su defecto, la remisión a los *principios generales del derecho*.

Rápidamente, los juristas de la escuela exegética reconocieron la equivocación de asimilar la interpretación con una investigación "empírico-histórico-psicológica"[61]; por lo que elaboraron una serie principios denominados "reglas para la aplicación de la ley"[62].

Con los mismos nada han resuelto. Como afirman Aftalión, Vilanova y Raffo *"...ellos no constituyen auténticas reglas de inferencia lógica, se contradicen unos a otros y, en definitiva, sólo sirven para revestir de un ropaje respetable lo que el intérprete valora como solución adecuada"*[63] (Aftalión, Enrique Roberto; Vilanova, José; Raffo, Julio, 1999).

4.2.c .*Escuela dogmática*:

Mediante las máximas anteriormente nombradas, el estricto positivismo de la escuela exegética francesa, comenzó a teñirse de cierto racionalismo y derivó en la *escuela dogmática alemana*.

Friedrich Karl von Savigny sentó las bases de esta escuela *"...al mostrar que, para el jurista, las leyes no son hechos sino significaciones lógicas, que en su coordinación y subordinación sistemática con otras integran un ordenamiento total en el sentido que el despliegue de sus virtualidades lógicas alcanza todos los casos jurídicos posibles"*[64] (Aftalión, Enrique Roberto; Vilanova, José; Raffo, Julio, 1999).

[61] Términos utilizados por Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, op. cit., pág. 754.
[62] Algunos de ellos son: "donde la ley no distingue, no debemos distinguir" y "cesando las razones de la ley, cesa su disposición".
[63] Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, op. cit., pág. 755.
[64] Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, op. cit., pág. 756.

De esa manera, la escuela dogmática concebía al ordenamiento jurídico como un sistema donde las normas se vinculan entre sí y se integran un todo. Esas normas consisten en significaciones lógicas que deben ser interpretadas de acuerdo a las operaciones de la *lógica formal*.

A pesar de todo, Savigny reconocía que el derecho no se agota en las normas y tiene una realidad empírica. Por eso admitió una *investigación histórica de la intención del legislador*, carente de aquél sentido psicológico tan ponderado por la escuela exegética. Agregaba que, al dictar una ley, el legislador no sólo realiza un acto de legislación positivo, sino también uno negativo. Es decir, al dictar una ley nueva, también está derogando derecho. Ese derecho derogado sería otro elemento (histórico) a tener en cuenta a la hora de interpretar.

Resumiendo, cuatro son los elementos que permitirían una correcta actividad interpretativa de acuerdo a la idea de Savigny: el *gramatical*, el *lógico*, el *histórico* y el *sistemático*.

4.2.d .*Jurisprudencia de conceptos y de intereses*:

Fueron los elementos logicistas del pensamiento Savigniano los que predominaron en sus discípulos, provocando la culminación de la escuela dogmática y dando lugar a un nuevo racionalismo jurídico representado en la escuela denominada *jurisprudencia de conceptos* (Begriffiurisprudenz).

Encabezada por Rudolf von Ihering, originariamente se centró sólo en los procedimientos lógicos-abstractos. Posteriormente, cuando advirtió los riesgos de tales procedimientos, el ilustre jurista alemán redireccionó su idea e introdujo la noción de *finalidad de la ley* (télesis)[65].

Su tesis se propagó bajo el título *método teleológico* y originó la llamada *jurisprudencia de intereses* (Interessenjurisprudenz).

[65] *"La expresión "fin de la ley" no puede tomarse al pie de la letra, pues hablando con propiedad solamente los seres humanos pueden proponer fines"*. Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, op. cit. pág. 759.

4.2.e .*Escuela de la libre investigación científica*:

Esta escuela nace como consecuencia de los aportes realizados por François Gény, quien supo defender que la ley no es la única fuente del derecho. Por ese motivo, las soluciones pueden encontrarse en otras fuentes[66].

Según su método, en primer lugar, el intérprete debe recurrir al término de la ley. Si existen dudas relacionadas a su sentido o campo de aplicación, debe indagar la *voluntad del legislador en el momento de sancionar la norma*. Para eso, tiene que centrarse en la *fórmula del texto* y recurrir a *elementos exteriores* (como trabajos preparatorios o legislación comparada).

Si no hay norma que regule una situación fáctica, el intérprete recurriría a las fuentes restantes: a) *formales*: costumbre, jurisprudencia, doctrina; y b) *no formales*: naturaleza positiva de las cosas y elementos objetivos revelados por una libre investigación científica.

En esa investigación, el juez tiene el deber de elaborar la regla jurídica sobre la base de una investigación libre y científica que descubra y contemple los elementos objetivos, derivados de la naturaleza positiva de las cosas (procedimiento de la analogía, elementos derivados de la vida social) en que debe fundarse la regla jurídica[67] (Aftalión, Enrique Roberto; Vilanova, José; Raffo, Julio, 1999).

4.3 <u>Defectos lógicos de los sistemas jurídicos</u>[68]:

4.3.a .*Inconsistencia normativa*:

Alf Ross manifiesta que existe *antinomia* cuando *"se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas"*[69] (Ross, 1974). Norberto Bobbio afirma que es una *"situación en que dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tienen el mismo ámbito de invalidez imputan efectos jurídicos incompatibles a las*

[66] Sus doctrinas fueron formuladas en "Méthode D´ Interprétation et Sources en Droit Privé Positif" y en "Science et Téchnique en Droitt Privé Positif".
[67] Enrique Roberto Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo, op. cit. pág. 761.
[68] Nino advierte que la clasificación de "lógicos" es en sentido genérico: *"Todos ellos suponen la frustración de ciertos ideales racionales que deben satisfacer un sistema normativo e inclusive cualquier sistema de enunciados. Independientemente de actitudes valorativas, se pretende que los sistemas de normas sean coherentes, completos, económicos y operativos"*. Carlos Santiago Nino, op. cit., pag. 272.
[69] Alf Ross, "Sobre el derecho y la justicia" (Trad. de G. Carrió), Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1963 [1958], pág. 124.

mismas condiciones fácticas"[70] (Bobbio, 1991). De forma similar se expresan otros autores.

De estas definiciones podemos extraer un par de requisitos que deben estar presentes para que exista inconsistencia entre dos normas jurídicas: a) que ambas apliquen a un mismo caso; y b) que atribuyan soluciones incompatibles.

Nino hace referencia a esas condiciones. Sobre la incompatibilidad de las soluciones normativas, expone: *"...en general se acepta que la prohibición de una acción es lógicamente incompatible con su permisión y con su facultamiento (...); que la obligatoriedad es incompatible con el facultamiento de la acción y con su prohibición, y que la permisión de una conducta es compatible con su facultamiento y con su obligatoriedad"*[71] (Nino, 2003). Respecto al requisito que tengan el mismo ámbito de aplicabilidad, aclara: *"Esto puede ocurrir, bien porque la descripción del caso que hace una norma es equivalente a la descripción que hace la otra, bien porque una de las descripciones implica lógicamente a la otra, o bien porque, a pesar de ser ambas descripciones independientes, hay casos que, contingentemente, cae en ambas descripciones"*[72] (Nino, 2003).

Tomando como criterio los ámbitos de aplicación de las normas, Alf Ross distingue tres tipos de inconsistencias[73] (Ross, 1974):

La inconsistencia *total-total* es una inconsistencia absoluta en la cual los ámbitos de aplicación son coincidentes y se encuentran totalmente superpuestos. En estos casos, las hipótesis suelen ser semejantes, pero las consecuencias jurídicas son totalmente opuestas.

Un ejemplo podría estar dado por una norma que fije un impuesto para la importación de libros (N1) y otra que estableciera que los libros importados están exentos del pago de impuestos (N2).

La inconsistencia *total-parcial* se da cuando el ámbito de aplicación de una norma se encuentra incluido dentro de la otra. O sea, una norma tiene un ámbito de aplicación más amplio e incluye a otra cuyo ámbito de aplicación es más específico.

[70] Bobbio Norberto, "Teoría general del derecho", Editorial Debate, Madrid, 1991, págs. 200/201.
[71] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 273.
[72] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 274.
[73] Alf Ross, "Sobre el derecho y la justicia" (Trad. de G. Carrió), Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1963 [1958], págs. 124/125.

Aquí, las hipótesis suelen coincidir en ciertos aspectos, pero las consecuencias jurídicas son opuestas.

Siguiendo esa línea, supongamos que contamos con N1, mientras que otra norma exime a los libros universitarios (N3).

En la inconsistencia *parcial-parcial*, los supuestos de colisión son menores ya que cada norma tiene un ámbito de aplicación propio.

Imaginemos que mantenemos N1, al tiempo que otra norma exime a la importación de papel o la tinta (N4).

Como el sistema jurídico tiene que responder al *principio de coherencia*, frente a dos normas que colisionan y que no pueden ser aplicadas al mismo tiempo, el intérprete debe identificar el conflicto y resolverlo. Con ese fin, puede recurrir a tres principios o criterios: *lex superior* (criterio de jerarquía), *lex posterior* (criterio cronológico) y *lex specialis* (criterio de especialidad).

El principio *lex superior* indica que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía debe prevalecer la de nivel superior[74] (Nino, 2003). Suele referirse a él con la expresión en latín "lex superior derogat inferiori"[75].

Lex posterior supone que en los supuestos en que las normas en conflicto deriven de disposiciones promulgadas en distintos momentos temporales, ha de preferirse la norma más reciente en el tiempo[76] (Fabra Zamora, Jorge Luis; Rodríguez Blanco, Verónica, 2015). Es común hacer mención al mismo con la máxima "lex posterior derogat priori".

Finalmente, el principio *lex specialis* prescribe que se dé preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de referencia sea más general[77] (Nino, 2003). Suele expresarse con el adagio "lex specialis derogat generali".

---

[74] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 275.

[75] El ordenamiento jurídico español contempla expresamente el principio en el artículo 9.3 de la Constitución de 1978: *"La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"*.

[76] Jorge Luis Fabra Zamora y Verónica Rodríguez Blanco, "Enciclopedia de Filosofia y Teoria del Derecho", Volumen 2, Capitulo 36, Universidad Nacional Autonoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pág. 1318.

[77] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 275.

Los autores coinciden que estos principios no pueden concebirse como soluciones mecánicas para las inconsistencias. Se critica la existencia de normas inconstitucionales o sentencias ilegales mantenidas por los tribunales superiores; la inexistencia de reglas de segundo nivel que permitan resolver conflictos suscitados entre ellos (particularmente entre el criterio cronológico y de especialidad); y la posibilidad que la inconsistencia esté dada entre normas que tengan la misma jerarquía, hayan sido dictadas simultáneamente y tengan similar grado de generalidad.

Para ejemplificar esto último, tomemos dos disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN).

El artículo 765 establece:

"La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal".

El artículo 766 consigna:

"El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada".

Parece increíble. La ley autoriza al deudor a dar el equivalente en moneda de curso legal, en caso de haberse pactado entregar moneda que no sea de tal curso, al tiempo que establece todo lo contrario en el artículo siguiente.

4.3.b .*Redundancia normativa*:

La redundancia tiene lugar cuando el sistema normativo establece soluciones reiterativas para los mismos casos.

En principio, esto no genera mayores problemas, puesto que al aplicarse una norma se satisfaría lo prescripto por la otra. Sin perjuicio de ello, los inconvenientes pueden aparecer cuando los jueces y juristas se niegan a aceptar que el legislador dictó normas redundantes y buscan otorgarles ámbitos autónomos.

El artículo 44 de la ley de locaciones N° 18880 establecía:

"La presente ley deberá aplicarse de oficio en los juicios que no tuvieren sentencia firme a la fecha de entrar en vigencia. Los juicios fundados en causales de esta ley no prevé o cuando, habiéndolas previsto hubiese modificado los requisitos exigidos por su procedencia, podrán ser desistidos por los interesados sin perjuicio de su derecho a iniciarlos nuevamente si correspondiere. Las costas del juicio desistidos se impondrán en el orden causado. La presente ley no se aplicará a las causas que a la fecha de su entrada en vigencia hubieren concluido con sentencia firme".

Resulta evidente que las frases subrayadas son reiterativas.

4.3.c .*Laguna normativa*:

En estos casos el sistema jurídico carece de solución normativa.

Lo primero que debemos saber es que existen discusiones entre los juristas acerca de la existencia o inexistencia de lagunas.

La doctrina kelseniana sostiene que no hay manera que el derecho presente lagunas y cierra la cuestión mediante el denominado *principio de clausura*. De acuerdo a ese enunciado, "todo lo que no está prohibido está permitido".

Nino, basándose en los aportes de Alchourrón y Bulygin, critica fervientemente ese razonamiento. Evalúa que la expresión "permitido" puede tener dos significados: que no existe en el sistema una norma que prohíba la conducta; o que se requiere la existencia de una norma que permita esa acción[78].

Si tomamos el primer significado, el enunciado podría traducirse de la siguiente manera: "todo lo que no está prohibido, no está prohibido". Esto es una mera tautología trivial que no elimina las lagunas.

Con el segundo sentido, el principio se leería así: "si en un sistema jurídico no hay una norma que prohíba cierta conducta, esa conducta está prohibida por otra norma que forma parte del sistema". En tal caso, sería un enunciado de contenido empírico, aunque quedaría sujeto a que en el sistema exista una norma que autorice toda conducta no prohibida.

[78] El análisis puede verse en Carlos Santiago Nino, op. cit., págs. 283/284

Cossio defiende que, en su esencia, la conducta contiene la libertad de realizarla. El derecho puede coartar esa libertad prohibiendo algunas acciones. Pero, si no lo hace, reflota la permisión.

Si bien desde el punto de vista filosófico puede discutirse ese pensamiento, su posición *"...no supone que no haya lagunas en el sistema jurídico, sino que sostiene que las acciones humanas tienen una permisibilidad intrínseca que se pone de manifiesto cuando el derecho no califica normativamente una conducta"*[79] (Nino, 2003).

Lo cierto es que las lagunas existen. Son una realidad que los jueces enfrentan y deben resolver. De ningún modo pueden dejar de dictar sentencia porque el derecho no fija una solución al caso. Eso ya era establecido por Vélez[80] y fue receptado por el artículo 3 del CCCN:

"El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada".

El interrogante que podría plantearnos el citado artículo, es cuáles recursos tiene el juez para resolver. La respuesta la encontramos en el artículo precedente:

"La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas[81]*, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*".

Propongo que echemos una mirada a lo que contemplaba la Ley 24390 del año 1994 (comúnmente conocida como "Ley del 2x1"):

Artículo 1: "La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de las causas hayan impedido la finalización del proceso en el plazo indicado, ésta podrá prorrogarse un año más por resolución fundada que deberá

[79] Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 284
[80] El artículo 15 del CC establecía: *"Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes".*
[81] *"En el derecho penal moderno la analogía está vedada, no admitiéndose que los jueces extiendan las normas penales a comportamientos no previstos por ellas y que deben ser calificados como lícitos, en aplicación del principio nullum crimen, nulla poena, sine lege preavia"*. Carlos Santiago Nino, op. cit., pág. 285.

comunicarse de inmediato al tribunal de apelación que correspondiese para su debido contralor".

Artículo 7: "Transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión".

Esta ley generó un amplio debate respecto a su aplicabilidad para los casos de delitos de lesa humanidad, ya que no contemplaba tal situación[82].

4.3.d .*Inoperancia*:

Por último, la inoperancia de una norma jurídica implica que la misma no pueda ser aplicada por determinados motivos: a) porque la condición de aplicación se ve imposibilitada por motivos *lógicos* (una norma que establezca el divorcio de una persona soltera), *fácticos* (el aborto luego del noveno mes de embarazo) o *normativos* (cualquier caso de inconsistencia); o b) porque la conducta prescripta es *imposible de ejecutar* (una norma que fije una pena de prisión, frente al supuesto que no haya plazas disponibles en las prisiones del país) o es realmente *necesaria* (una norma que prohíba a los médicos realizar procedimientos de emergencia en la vía pública).

A modo de ejemplo, observemos lo que consagraba el artículo 2451 del CC:

"La posesión se pierde cuando el objeto que se posee deja de existir, sea por la muerte, si fuese cosa animada, sea por la destrucción total, si fuese de otra naturaleza o cuando haya transformación de una especie en otra".

Es bastante claro que, si deja de existir la cosa, no puede haber relación posesoria.

[82] Recomiendo ver expediente "Bignone, Benito A. y otro s/recurso extraordinario".

CAPÍTULO SEGUNDO: CONSIDERACIONES SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

1. CONCEPTO.

Históricamente, múltiples son las definiciones que los autores han brindado acerca del *Derecho Internacional Privado* (en adelante DIPr).

Basándose en su teoría *trialista del mundo jurídico*[83], el célebre jurista alemán Werner Goldschmidt apreciaba: "*El Derecho Internacional Privado es el conjunto de los casos jusprivatistas con elementos extranjeros y el de sus soluciones, descritos los casos y sus soluciones por normas inspiradas en los métodos indirecto, analítico y sintético-judicial, y basadas las soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero"*[84] (Goldschmidt, 2009).

Para Carlos María Vico, el DIPr *"Es la rama del Derecho Privado que tiene por objeto el régimen de las relaciones jurídicas en las que existe uno o varios elementos extraños al Derecho local"*[85] (Vico, 1934).

Según Ricardo Balestra *"...es aquella rama del Derecho Privado cuyo objeto es el estudio y la regulación de las relaciones jurídicas, en las que participan uno o más elementos ajenos a la soberanía legislativa nacional"*[86] (Balestra, 2006).

De manera casi idéntica, Ricardo Zuccherino resuelve que *"...es la rama del Derecho Internacional que tiene por objeto el estudio y la regulación de todas aquellas relaciones jurídicas que tienen uno o más elementos extraños a la órbita de la soberanía legislativa nacional"*[87] (Zuccherino, 2008).

---

[83] Esa teoría fue *aggiornada* por Miguel Ángel Ciuro Caldani, bajo el nombre de *integrativismo tridimensionalista trialista*. El célebre autor argentino aspira a confeccionar el concepto de *ciencia*, considerándola un orden de actos de conocimiento (dimensión gnoseológica), integrado por un ordenamiento lógico (dimensión lógica) y valorados, orden y ordenamiento, por el valor verdad (dimensión ateneológica). Además, busca elaborar el concepto de Derecho, incluyendo repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica), captados por normas (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas, por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión dikelógica).

[84] Werner Goldschmidt, "Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico", Primera edición, por Alicia Mariana Perugini Zanetti, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

[85] Carlos María Vico, "Curso de Derecho Internacional Privado", 1934.

[86] Ricardo R. Balestra, "Derecho Internacional Privado", Tercera edición, Editorial Lexisnexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pág. 6.

[87] Ricardo Miguel Zuccherino, "Derecho Internacional Privado" Editorial Lexisnexis, Buenos Aires, 2008, pág. 4.

Para Antonio Boggiano *"...es el sistema normativo destinado a realizar las soluciones justas de los casos jusprivatistas multinacionales en el ámbito de una jurisdicción estatal, de una pluralidad de jurisdicciones estatales o de una jurisdicción internacional"*[88] (Boggiano, 2011).

Podría seguir citando a otros juristas y posiblemente todos ellos harían referencia a "relación privada", "elemento extranjero" y "conflicto de jurisdicciones".

Sin ir más lejos, de los propios fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, se desprende que *"Las normas de derecho internacional privado constituyen un sistema destinado a favorecer la coordinación entre el ordenamiento argentino y los sistemas jurídicos de los demás Estados con los cuales se vinculan las situaciones privadas internacionales, cada vez más complejas en una realidad intensamente comunicada e interconectada"*[89].

Tal vez, la noción más clara y precisa sea la aportada por la Dra. Stella Maris Biocca. Esta autora se inclina por definirlo como *"...aquel que comprende y regula las relaciones jurídicas que tienen un elemento ostensible u oculto, extraño al derecho local, sin previamente analizar su naturaleza esencial, no importa que ella sea de carácter civil, comercial o penal; es suficiente que uno de los intereses comprometidos sea de una persona privada y que a su respecto se plantee el problema de la ley que la reglamenta y de la jurisdicción competente"*[90] (Biocca, 2004).

Se destacan tres puntos salientes de tal definición: 1) una *relación jurídica* es internacional cuando posee un *elemento extraño* al derecho local, o un contacto con la Argentina y el resto de sus elementos extraños; 2) la relación puede presentarse de forma *ostensible* (manifiesta) u *oculta* (requiere ser indagada) y provoca un dilema en cuanto al derecho aplicable o un conflicto de jurisdicciones, puesto que posee conexiones con dos o más Estados; y 3) el requisito que esté en juego un *interés privado* nos da la pauta que la expresión "Derecho Internacional *Privado*" se vincula al tipo de interés afectado y no a la rama del derecho en cuestión[91].

[88] Antonio Boggiano, "Derecho Internacional Privado. En la estructura jurídica del mundo actual", sexta edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, pág.15.
[89] Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.
[90] Stella Maris Biocca, "El derecho internacional privado. Un nuevo enfoque", Editorial Lajouane, Buenos Aires, 2004, pág. 24.
[91] El Estado puede estar involucrado en un caso de DIPr, en tanto y en cuanto intervenga con un interés privado.

2. OBJETO Y CONTENIDO.

2.1 Evolución.

De las definiciones citadas se advierte que cada autor limita o extiende el objeto del DIPr de acuerdo a su criterio. Esto es muy importante *"…dado que se amplía o restringe el objeto del derecho internacional privado y, en consecuencia, su contenido según se adopte una u otra postura"*[92] (Scotti, 2008).

Originariamente, las *escuelas clásicas* han seguido una postura *normativista*, mediante la cual el objeto se centraba en solucionar los conflictos de leyes.

La *escuela latina* entendía que el objeto del DIPr era triple: a) la nacionalidad; b) la condición jurídica del extranjero; y c) el conflicto de leyes. La prioridad establecida resulta porque primero debía analizarse la nacionalidad del sujeto de la relación, luego el tratamiento conferido por el derecho extranjero en orden al goce del derecho que pretendía ejercer, y por último determinar la ley aplicable a la relación[93] (Biocca, Stella Maris; Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia; Basz, Victoria, 1992).

Por su parte, la *escuela anglosajona* consideraba que este derecho también debía solucionar el conflicto de jurisdicciones, debido a que es el primer inconveniente que un caso presenta en el tiempo.

Finalmente, la *escuela germánica* ceñía su objeto a la determinación de la ley aplicable a un caso multinacional.

En la actualidad, debemos aludir, al menos, a tres sectores diferenciados en el DIPr: a) la jurisdicción competente; b) la ley o derecho aplicable; y c) el reconocimiento y ejecución de decisiones y actos extranjeros y demás cuestiones comprendidas en la cooperación judicial y extrajudicial internacional[94] (Scotti, 2008).

Hoy en día, el DIPr regula toda la extensión de la relación jurídica internacional: desde su origen (donde puede darse el conflicto de leyes o de jurisdicción) hasta su finalización (donde puede discutirse la eficacia de una sentencia extranjera).

---

[92] Luciana Beatriz Scotti, "Manual de Derecho Internacional Privado", Editorial Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 5.
[93] Stella Maris Biocca, Sara Lidia Feldstein de Cárdenas y Victoria Basz, "Lecciones de Derecho Internacional Privado: Parte general", segunda edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, pág. 32.
[94] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 6.

Siguiendo esa línea y refiriendo a su contenido, el DIPr *"...comprende (...) las materias que conciernen a los derechos de la persona considerada en sí misma, familia, sucesiones, bienes y contratos, actos de comercio, sociedades, quiebras, letras de cambio, cheques, transporte terrestre, marítimo y aéreo, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, extradición, delitos, impuestos, derechos intelectuales, propiedad industrial, patentes y marcas, régimen de inversiones, seguros importación y exportación, comunicaciones radioteleinformáticas, etc; sin considerar si tales cuestiones entran en la dicotomía apriorística y superada de Derecho público y privado"*[95] (Biocca, Stella Maris; Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia; Basz, Victoria, 1992).

2.2 <u>Inclusión del Derecho Penal y Procesal al contenido del DIPr</u>.

Siempre han existido controversias acerca de la inclusión o no del Derecho Penal y Procesal al contenido del DIPr. De hecho, muchos autores omiten el abordaje de estos temas o simplemente las consideran materias afines.

El crecimiento exponencial del flujo de personas en el plano internacional y el consecuente avance de la delincuencia en ese contexto ha sido la principal causa de la consolidación del Derecho Penal Internacional. Este, junto con el *principio de territorialidad de la ley penal*, viene a determinar formas de reprimir al criminal que traspasa los límites del Estado en que cometió el delito y el ejercicio de la penalidad en aquellos delitos perpetrados en el extranjero.

Aseguran Biocca, Cárdenas y Basz que *"...el Derecho penal internacional comprende el conjunto de normas jurídicas cuyo fin es determinar el alcance espacial de eficacia o aplicación de la ley penal o extranjera, ya sea que estas normas se encuentren en la legislación interna o en los tratados internacionales."* Y que *"Su objeto es (...) someter los hechos ilícitos que tienen algún aspecto internacional a la jurisdicción y a las leyes más conformes con su naturaleza"*[96] (Biocca, Stella Maris; Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia; Basz, Victoria, 1992).

De acuerdo a lo expresado, resulta innegable que la variante penal debe ser comprendida por el DIPr. Es evidente la existencia de elementos extranjeros que pueden

[95] Stella Maris Biocca, Sara Lidia Feldstein de Cárdenas y Victoria Basz, op.cit., pág. 28.
[96] Stella Maris Biocca, Sara Lidia Feldstein de Cárdenas y Victoria Basz, op.cit., pág. 29.

generar conflictos de normas y de jurisdicciones, más los intereses privados en juego (la vida, la libertad, los bienes, etc.) tanto de las víctimas como de los victimarios.

Como se observa, el estudio de estos temas *"resulta imprescindible para detectar los eventuales antecedentes de la actividad delictiva en la etapa preventiva, en la investigación o en la resarcitoria luego de la condena"*[97] (Cerdeira, 2011).

Algo similar ocurre con el Derecho Procesal y su encuadre dentro del derecho público, ya que suele ponerse hincapié en el calificativo de "privado" del DIPr y no en el objeto de la ciencia en cuestión.

La terna de autores mencionados destaca esta situación y lo vincula a una sistemática limitación del contenido de la materia, sumado a una grave disminución del interés por su estudio e investigación. A modo de ejemplo, realiza las siguientes observaciones : 1) se limita su contenido al Derecho Civil y al Derecho Comercial, excluyéndose el Derecho Penal y el Derecho Fiscal; paulatinamente se abandona todo lo concerniente al régimen de propiedad industrial, patentes, marcas, importación de tecnología e inversiones extranjeras; 2) se mutila el propio Derecho Comercial Internacional excluyendo de su contenido a las sociedades extranacionales o multinacionales; 3) se excluye todo lo concerniente al comercio exterior; y 4) se lo limita y se centraliza el análisis, la enseñanza y la investigación a los problemas del Derecho Civil[98] (Biocca, Stella Maris; Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia; Basz, Victoria, 1992).

3. NATURALEZA JURÍDICA.

La expresión "Derecho Internacional Privado" fue introducida en 1834 por el juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos Joseph Story, en su obra "Comentarios sobre los Conflictos de Leyes". Allí, buscaba encontrar soluciones armónicas para aquellos casos donde concurrían derecho nacional y extranjero.

Coinciden los expertos que una problemática singular de esta rama es la inexactitud de su designación. Como plantea Espinar Vicente: *"El DIPr constituye una rama de cada Sistema jurídico particular. Es Derecho interno y su calificativo de*

[97] Juan José Cerdeira, "Cooperación internacional contra el crimen organizado", Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2011.
[98] Stella Maris Biocca, Sara Lidia Feldstein de Cárdenas y Victoria Basz, op.cit., pág. 30.

internacional hace exclusiva referencia a la ambientación plurilegislativa de un tipo específico de supuestos"[99] (Espinar Vicente, 2008)

Si queremos referirnos a la naturaleza del DIPr desde la óptica de las normas que lo integran *"...encontraremos un Derecho Internacional Privado de naturaleza pública y uno de carácter privado, de normas supletorias, omisivas, dependientes de la autonomía individual"*. Con lo cual, *"...todas las materias contendrán reglas de carácter internacional o interno, de carácter público y privado"*[100] (Biocca, Stella Maris; Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia; Basz, Victoria, 1992).

En cambio, si abordamos la cuestión en base a la ubicación de esta rama en el sistema jurídico, *"se podrá contestar que (...) está compuesto por normas de carácter internacional (...) y por normas internas (emanadas de legislaturas nacionales) de naturaleza pública y de carácter privado"*[101] (Biocca, Stella Maris; Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia; Basz, Victoria, 1992).

En definitiva, la naturaleza jurídica del DIPr se caracteriza por una *dualidad* dada por la convivencia del estudio de la relación jurídica internacional de derecho privado y de derecho público; y su carácter de derecho nacional e internacional, derivado del complejo *sistema de fuentes* que se desarrollará posteriormente.

4. TRIPLE AUTONOMÍA Y PLURALISMO METODOLÓGICO.

El DIPr tiene "autonomía científica" ya que posee sus propios métodos para resolver las diversas cuestiones que puedan plantearse fácticamente. Es decir, contiene diversos criterios relacionados a cómo debe regularse la relación jurídica internacional.

Históricamente, el *método territorial* postulaba regularla conforme la ley del lugar de origen. Su uso fue descartado porque implicaba subdividir la relación jurídica, aplicando un derecho distinto a cada fracción. Si bien se mantuvo en el ámbito penal, se ha alertado sobre las complejidades de su utilización en el campo de los delitos complejos.

[99] José María Espinar Vicente, "Tratado elemental de derecho internacional privado", Editor Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2008, pág 25.
[100] Stella Maris Biocca, Sara Lidia Feldstein de Cárdenas y Victoria Basz, op.cit., pág. 26.
[101] Stella Maris Biocca, Sara Lidia Feldstein de Cárdenas y Victoria Basz, op.cit., pág. 27.

Impulsado por Savigny, el *método conflictual* determina que el orden jurídico indicado por la *norma indirecta*[102], a través del llamado *punto de conexión*[103], será el encargado de brindar la regulación jurídica del caso. Aquél podrá recaer en el derecho local, o bien en el derecho extranjero, cuya aplicación podrá encontrar límites, como cuando se configure un fraude a la ley, o bien cuando se encuentre vulnerado el orden público internacional del foro[104].

Contrariamente, la solución de fondo puede estar dada por una norma directa, tal como propone el *método material*. Esta situación "ideal" suele presentarse escasamente en los ordenamientos jurídicos nacionales, aunque abunda en las fuentes internacionales, supranacionales y transnacionales.

Por su parte, el *método de autolimitación* propone la utilización de *normas internacionalmente imperativas*, encargadas de extender la aplicación de normas internas que regulan situaciones locales, a las relaciones privadas internacionales[105].

Finalmente, el *método exclusivista* procura la aplicación irrestricta del derecho argentino con el fin de resguardar el orden público internacional argentino.

Respecto a la "autonomía legislativa", el DIPr argentino la posee parcialmente. Si bien no tenemos un Código de DIPr en nuestro ordenamiento, el CCCN ha sistematizado normas relativas a la materia a partir del artículo 2594.

Para concluir, esta rama posee "autonomía didáctica". En efecto, hace más de un siglo que se aborda de manera autónoma e independiente al Derecho Internacional Público.

---

[102] *"La norma de conflicto como toda norma jurídica tiene una estructura bimembre que, en su tipo legal describe las circunstancias de hecho del caso iusprivatista multinacional captado o un aspecto de él y, en su consecuencia jurídica prescribe la solución del caso a través de la elección indirecta del derecho que habrá resolverlo".* María Elsa Uzal, "Derecho Internacional Privado", primera edición, Editorial Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 80. (Uzal, 2016)

[103] *"Representa un vínculo, una relación privada internacional y el derecho de un país que resultará aplicable. Su función es localizar, focalizar, remitir, enviar, conducirnos a un determinado ordenamiento jurídico, del cual se desprende la solución material del caso".* Luciana Beatriz Scotti, "Manual de Derecho Internacional Privado", Editorial Thomson Reuters La Ley, 2008, pág. 96.

[104] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., págs. 95/96.

[105] Por ejemplo: el artículo 124 de la ley de sociedades dispone: *"La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y controlados de funcionamiento".*

5. FINES Y FUNCIÓN INSTRUMENTAL DEL SISTEMA.

Suele opinarse que las dos finalidades específicas del DIPr consisten en proteger los intereses nacionales (valores asumidos por cada comunidad nacional) y a las personas en sus desplazamientos internacionales.

Su fundamento es el incremento de las relaciones internacionales, producto de la realidad integracionista de las últimas décadas, hecho que impactó fuertemente en la sociedad mundial y derivó en un ideal de justicia y bien común internacional. Eso ha significado *"...producir una evolución del individualismo a ultranza sin conciencia social solidaria que deriva del precepto de amar al prójimo, al ideal de humanización del Derecho interno y del Derecho Internacional en los estadios consiguientes que son socialización, desarrollo, integración bajo la égida de la justicia social"*[106] (Biocca, Stella Maris; Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia; Basz, Victoria, 1992).

Aunque entiendo que estos conocimientos sólo son útiles a efectos formativos y no es apropiado asignar finalidades particulares debido a la amplitud de su objeto, desde la óptica de sistema normativo, el DIPr persigue el logro de una *solución justa* al caso iusprivatista multinacional.

María Elsa Uzal indica que dicha solución sólo podrá alcanzarse si se cumplen los siguientes principios:

.*Principio de integralidad de la solución del caso*: supone tareas de coordinación y cooperación entre autoridades nacionales que permitan no partir el caso multinacional. Dicho de otro modo, implica *"...evitar (...) el escándalo del fraccionamiento de soluciones nacionales, consecuencia a la que puede conducir el fraccionamiento jurisdiccional, que es propio de la coexistencia de Estados soberanos, cada uno, con sus propias reglas de DIPr de fuente interna"*[107] (Uzal, 2016).

.*Principio de uniformidad de la solución del caso*: si tal fraccionamiento es inevitable y el caso debe llevarse a tribunales de varios países, la solución de fondo debe ser la misma[108]. Sin embargo, debe trabajarse en profundidad, en la orientación de los

[106] Stella Maris Biocca, Sara Lidia Feldstein de Cárdenas y Victoria Basz, op.cit., pág. 39.
[107] María Elsa Uzal, op.cit., pág.56.
[108] Savigny hablaba del principio de la *armonía internacional de las soluciones* o del *mínimo conflicto.*

esfuerzos hacia la creación de soluciones comunes de fuente internacional, a través de tratados o convenios internacionales que adopten normas uniformes[109] (Uzal, 2016).

.*Principio de efectividad o eficacia*: la realidad nos muestra que esos esfuerzos pueden no llevarse a cabo por intereses diversos, *"En tales casos habrá que lidiar con la realidad del caso iusprivatista multinacional y adaptarse a ella con un criterio de búsqueda de la efectividad en la solución para garantizar la eficacia de la decisión del caso desde el punto de vista internacional"*[110] (Uzal, 2016).

6. FUENTES.

6.1 Tipos de regulación.

En la actualidad, el Derecho Internacional debe responder frente a una realidad vertiginosa, de constante adecuación y evolución, atravesada por los fenómenos de *globalización* y *mundialización* que cada vez son más visibles[111].

En ese devenir, se ve un aumento de conflictos normativos que son el desencadenante de la superproducción de normas internacionales y de la descentralización de los centros productores de normas. Tal situación se cristaliza en un sistema plural y complejo de fuentes.

Por eso, Scotti expone que *"...la sociedad del siglo XXI se estructura en redes descentralizadas: públicas, privadas, estatales, extraestatales, gubernamentales, no gubernamentales, locales, nacionales, regionales, internacionales"*[112] (Scotti, 2008).

Los Estados continúan manteniendo una función activa en la *regulación nacional* de las relaciones privadas internacionales y en la armonización del sistema interno conforme al contexto global y regional.

Además, cumplen un papel preponderante en la *regulación convencional*, al celebrar tratados internacionales, multilaterales, regionales y bilaterales encargados de regir diversos ámbitos de sus relaciones.

[109] María Elsa Uzal, op.cit., pág.57.
[110] María Elsa Uzal, op.cit., pág.57.
[111] Según Uzal la idea de globalización se aplica más bien a categorías económicas. La mundialización en cambio abarca un concepto más amplio, que desborda la idea de globalización y las meras categorías económicas, y derrama sobre ellas otras categorías de carácter político, religioso, cultural, etc. Ver María Elsa Uzal, op.cit., págs. 59/60.
[112] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 47.

Advierto que cada Estado decide la forma de incorporar esa normativa al derecho nacional y la jerarquía que le reconocerán en el orden interno, pudiendo adoptar las Teorías Monista y Dualista.

La *teoría dualista* postula la separación del derecho internacional y de los distintos ordenamientos internos. Sostiene que son dos ordenamientos jurídicos totalmente diferentes e independientes uno del otro, incomunicados entre sí, que tienen ámbitos de validez y acción diversos. Por ello, para que una norma internacional ingrese al ordenamiento interno, necesita de un acto de transformación. En cambio, la *concepción monista* sostiene que existe un solo orden jurídico universal con dos subsistemas: uno interno y otro internacional, relacionados jerárquicamente. En tanto la integración es directa e inmediata, según esta teoría el derecho internacional no requiere ningún acto de transformación para que se incorpore al ordenamiento interno[113] (Scotti, 2008).

La doctrina monista es la imperante en los sistemas actuales, debido a que los juristas advierten variadas dificultades para reconocer la existencia de órdenes jurídicos disociados. Especialmente, casos de conflicto entre tratados y disposiciones constitucionales; y relaciones jerárquicas entre tratados y leyes comunes[114].

Obligatoria mención merece la situación del modelo de integración de la Unión Europea (en adelante UE) y su Derecho Comunitario, desarrollado a través de los caracteres de *primacía*[115], *aplicabilidad inmediata*[116] y *efecto directo*[117]. Dicho espacio cuenta con una *regulación supranacional* resultante del correspondiente proceso de

[113] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 49 (nota).
[114] Esto provocó el deslinde de tres vertientes dentro la propia teoría monista: a) Monismo con primacía de Derecho internacional; b) Monismo con primacía de Derecho Interno; y c) Teorías de coordinación.
[115] Los Estados miembro de la UE no pueden alegar una norma nacional para justificar el incumplimiento de disposiciones comunitarias. Este carácter puede explicarse desde el texto constitucional de los Estados y desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la unión Europea (en adelante TJUE). De acuerdo a la primera visión, Bélgica, Holanda y Luxemburgo declaran expresamente en sus constituciones que el Derecho Comunitario tiene primacía sobre el derecho interno. Los países restantes adoptan una teoría monista con primacía del Derecho Internacional relativo. Desde la segunda perspectiva, originariamente, el TJEU ha adherido al dualismo en Friedrich Stork & Cie c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (Asunto 1/58) y luego al monismo en Costa C. Enel (Asunto 6/64). La cuestión tuvo su punto final en el año 2007, cuando la UE aprueba el Tratado de Lisboa, otorgándole rango constitucional a la Carta de Niza (artículo 6).
[116] Supone la incorporación automática al ordenamiento interno, sin ningún acto de recepción, incorporación o transposición. Es decir, si necesidad de proceso material mediante el cual se convierte a la norma extranjera en derecho interno. Tener en cuenta que las Directivas deben ser incorporadas en el plazo de 120 días. Ver Van Gend and Loos (Asunto 26/62).
[117] Posibilidad de ser invocada por el particular ante los tribunales internos, si requerir incorporación al derecho nacional.

"comunitarización"[118] del DIPr. Proceso que, permítaseme la aclaración, no siempre tuvo la fuerza que hoy posee.

En principio, el Tratado de Roma de 1957[119] determinaba:

Artículo 3, inciso h: "A los fines enunciados en el artículo anterior, la acción de la Comunidad llevará consigo, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado: la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común".

Artículo 220: "Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales (...) la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales".

Aclaro que dicha "aproximación de las legislaciones" resultaba necesaria para lograr las metas de la región, pero lejos estaba de un proceso de unificación normativa; y que, sin perjuicio de la mencionada "simplificación de las formalidades", en el caso de los Tratados Internacionales, debían ser ratificados por todos los Estados, ampliados por la UE, adheridos por convenio y estar acompañados de un Protocolo para que el Tribunal de Luxemburgo pudiera interpretarlos.

Posteriormente, el Tratado de la UE de 1992[120] precisó nuevos avances:

Artículo K.1.6: *"Para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común los ámbitos siguientes: la cooperación judicial en materia civil".*

Artículo K.3.2: *"El Consejo podrá, (...) sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales. (...) Tales convenios podrán disponer que el Tribunal de Justicia será competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que puedan haber establecido".*

[118] Expresión utilizada en Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 24.
[119] En vigor desde el 1 de enero de 1958.
[120] Celebrado el 7 de febrero en Maastricht, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

Pero sin lugar a dudas, el paso más importante lo da el Tratado de Ámsterdam de 1997[121]:

Artículo 73 M: "Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 O y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior incluirán:

a) mejorar y simplificar:

— el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales;

— la cooperación en la obtención de pruebas;

— el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales;

b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción;

c) eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.

La esencia de esta norma, tuvo su reflejo en el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la UE. El mismo considera a la *cooperación judicial* como elemento indispensable para constituir un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros

En cuanto a la *regulación transnacional*, debemos referirnos a la irrupción de un derecho no estatal proveniente de la esfera privada, compuesto por reglas no vinculantes. Se trata de un derecho muy particular, que nació con anterioridad a la consolidación del Estado Nación, como consecuencia de la necesidad de regir la práctica de las relaciones comerciales entre los mercaderes medievales y que la doctrina ha denominado *lex mercatoria*.

Paula All remarca complejidades en la elaboración de una definición, ya que *"…bajo el amplio y genérico paraguas de la expresión lex mercatoria se da cobertura a distintas clases de normas cuyo origen, contenido, alcance y proyección son*

[121] En vigor desde el 1 de mayo de 1999.

diferentes; dicho de otro modo, si bien el término induce en principio a pensar en una calificación "unitaria", lo cierto es que con ella se alude tanto a usos comerciales profesionales (ya se encuentren codificados o no), como a condiciones generales de contratación y los estándar forms, las guidelines, restatements of law, códigos de conducta, convenciones internacionales aún no vigentes, leyes modelo, principios generales del derecho, principios generales del derecho internacional, reglas inspiradas en la equidad, laudos arbitrales y normativa procedimental, entre otros"[122] (Fernández Arroyo, Diego Pablo; Moreno Rodríguez, José Antonio, 2013).

En virtud de ello, no hay unanimidad de criterio a la hora de definirlo. Por el contrario, pueden distinguirse tres posturas: la primera la define como un orden jurídico autónomo, creado espontáneamente por las partes vinculadas en las relaciones económicas internacionales, que existe independientemente de los sistemas nacionales; una segunda tendencia la presenta como un cuerpo de regla suficiente para resolver una controversia, actuando como alternativa a la ley nacional aplicable, y la tercera la considera como un complemento de la ley nacional que resulta aplicable, y como una consolidación gradual de los usos y de ciertas expectativas del comercio internacional[123] (Scotti, 2008).

Además, existen discusiones acerca de si, a un derecho derivado de *fuerzas transnacionales* (empresas y grupos empresariales multinacionales), puede atribuírsele o no carácter jurídico. Y, complicando aún más la cuestión, entre aquellos que defienden que sí lo tiene, están quienes lo conciben como un derecho derivado de la autonomía de la voluntad estatal y quienes lo consideran un derecho con autonomía plena.

Sí hay uniformidad de criterio en aceptar que la lex mercatoria, como todo el *soft law*[124], se ve limitado por el derecho estatal (principios de orden público internacional). De ningún modo podría aceptarse que pequeños grupos de interés frustren las reglas de convivencia que la sociedad ha convenido a través de los Estados.

---

[122] Paula All, "Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada internacional" en Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez, "Dereho de la Integración. Libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano", Editorial CEDEP, Asunción, 2013, págs. 184/185.

[123] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 62.

[124] Se trata de *"…un fenómeno normativo muy amplio y diverso en el que incluyen toda clase de normas no vinculantes que regulan las relaciones entre las partes"*. Rubén B. Santos Belando, "Viejas y nuevas fuerzas que en el siglo XXI inciden sobre el Derecho Internacional Privado: el territorio, la frontera, la soberanía y los espacios" en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la integración, Buenos Aires, Editorial Albremática, Septiembre de 2013. (Santos Belandro, 2013)

Lo que se busca es una situación armónica que promueva el comercio, al tiempo que beneficie a toda la sociedad.

Por su falta de obligatoriedad y coactividad, puede discutirse si el soft law es un derecho *per se.* Sin embargo, su eficacia es innegable, presentando un alto grado de acatamiento a nivel global. Eso debe llamarnos a reflexionar acerca de los sistemas nacionales *"...que son vistos como incapaces de brindar una solución a los problemas principales del comercio internacional"*[125] (Scotti, 2008).

6.2 Descentralización en la producción de normas.

Como he anticipado, estamos frente a un escenario descentralizado en el que el Estado perdió la exclusividad en el rol de productor de normas. Dicho de otro modo, presenciamos un *sistema policéntrico*, donde son varias las organizaciones que se desenvuelven en tal función, promoviendo la inflación de reglas consensuadas que conforman el soft law.

Técnicamente, si nos situamos en las *redes internacionales*, diferenciamos a las *organizaciones intergubernamentales* (integradas por los Estados, a través de los gobiernos) y a las *organizaciones no gubernamentales*.

No obstante, cuando se habla de organizaciones internacionales, suele hacerse referencia exclusiva a las organizaciones intergubernamentales. Es decir, a asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta de la de sus miembros[126] (Barbé, 1995).

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, destacan desde la Organización de Naciones Unidas, a través de UNCITRAL, hasta la Conferencia de La haya de Derecho Internacional Privado, pasando por otros organismos como la Organización de Estados Americanos, a través del proceso de codificación de las CIDIPs o UNIDROIT[127] (Scotti, 2008).

Por otro lado, las *redes transgubernamentales* consisten en la cooperación entre subunidades de gobiernos nacionales con sus contrapartes del exterior. Se trata de

[125] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 63.
[126] Esther Barbé, "Relaciones Internacionales", Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pág. 167.
[127] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 55.

un sistema de colaboración mediante *"redes de funcionarios estatales a escala internacional"*[128] (Scotti, 2008).

Como ejemplo de cooperación entre máximos tribunales, podemos citar a la Organización de Cortes Supremas de las Américas (OCSA).

Para concluir, dentro de las *redes transnacionales* encontramos las *organizaciones no gubernamentales* (ONGs) y las empresas multinacionales.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, ha definido a las primeras como "cualquier organización no creada por las vía de acuerdos intergubernamentales". Esto significa que su composición está dada por grupos de carácter privado (miembros de la sociedad civil), que se transforman en sujetos activos en acciones de generación y puesta en práctica de políticas de índole multilateral.

Como consecuencia del fenómeno de la globalización, la esfera de intervención de las organizaciones no gubernamentales es basta. En el plano comercial, vale mencionar la labor de las Cámara de Comercio Internacional; aunque sobresalen todas las acciones vinculadas a la protección de los derechos humanos (en adelante DDHH) y del medio ambiente.

Acerca de las *empresas multinacionales*, resaltamos el papel que ellas cumplen como elemento de concentración de poder económico y político. Su función es vital en la diversificación de la producción y en la consolidación de estrategias de comercio mundiales.

Una empresa pasa a ser multinacional cuando alguno de sus elementos principales se extiende en más de un Estado. Tales elementos pueden relacionarse con su lugar de constitución o registro, con la localización de sus actividades productivas o de su sede social, con sus mercados, con el origen de sus capitales, entre otros aspectos[129] (Scotti, 2008).

Las empresas en cuestión se destacan por perseguir finalidades de carácter lucrativo, diferenciándose de sus pares transnacionales. Sin perjuicio de ello, los objetivos de la firma no consisten únicamente en extender sus actividades más allá de las fronteras. Las implantaciones en el extranjero tienen como objetivo: 1) tratar de reducir los costes de producción, beneficiándose de las condiciones fiscales,

[128] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 55.
[129] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 57.

geográficas, sociales, más rentables, 2) diversificar las actividades de la firma, topográfica y sectorialmente, a fin de poder maximizar su beneficio y repartir los riesgos en distintos tipos de producción[130] (Merle, 1991).

6.3 Jerarquía de fuentes de DIPr argentino.

Inspirándose en el artículo 1° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado[131], el artículo 2594 del CCCN consagra:

"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".

Esta norma, además de aclarar cuáles son las fuentes para resolver un caso iusprivatista internacional, viene a indicarnos la *superioridad jerárquica* del tratado internacional respecto de la ley. En pos de lograrlo, no hace más que reafirmar lo dispuesto por nuestra Constitución Nacional (en adelante CN).

Recordemos que, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) se había referido al tema en el Caso Ekmekdjian c. Sofovich de 1992, la CN no contenía disposición alguna en referencia a tal superioridad. Fue recién con la reforma del año 1994 que comenzó a contemplar la situación de los tratados internacionales, incorporando la "fórmula puente"[132] del artículo 75 inc. 22:

"Corresponde al Congreso: aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

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

[130] Marcel Merle, "Sociología de las relaciones internacionales", Editorial Alianza, Madrid, 1991, págs. 430/431.
[131] CIDIP II- Montevideo, 6 de Mayo de 1979.
[132] Una cláusula constitucional que otorga jerarquía constitucional a ciertos tratados.

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

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

Básicamente, este artículo trata tres puntos destacables: 1) los tratados en general tienen jerarquía superior a la ley e inferior a la Constitución; 2) desde un principio, son once los instrumentos internacionales en materia de DDHH que tienen jerarquía internacional y conforman el *bloque de constitucionalidad*[133]; y 3) el Congreso puede otorgarle jerarquía constitucional a otros tratados sobre DDHH mediante el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara[134].

Además, considerando lo sentado por la CSJN en el Caso Cafés La Virginia S.A. s/ apelación de 1994, la "fórmula habilitante"[135] del artículo 75 inc. 24, otorga *jerarquía supralegal* a los tratados de integración y al derecho derivado:

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

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del

[133] Expresión introducida en Argentina por el célebre jurista Dr. Germán Bidart Campos.
[134] El congreso hizo uso de esa facultad al conceder jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 24820), a la Convencion sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ley 25778) y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (ley 27044).
[135] Una cláusula constitucional que permite delegar soberanía a favor de organismos supranacionales.

tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

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

6.4 Fuente interna: el CCCN.

En su Libro Sexto sobre "Disposiciones comunes a los derechos personales y reales", título IV "Disposiciones de Derecho Internacional Privado", el CCCN regula las cuestiones relativas al DIPr en setenta y siete artículos, divididos en tres capítulos.

El primer capítulo, comprendido por siete artículos, contiene las "Disposiciones generales" de la disciplina. El segundo capítulo, titulado "Jurisdicción internacional", consiste en doce artículos relacionados con principios generales en materia de atribución de jurisdicción y cooperación judicial internacional. Finalmente, en la "Parte especial", dieciséis secciones se dedican a regular detalladamente los problemas que pueden suscitarse en cada vertiente del DIPr.

En los fundamentos del Proyecto se puso de relevancia el criterio de trabajo utilizado. Se señaló allí, que el hecho de conectar distintos ordenamientos jurídicos, de valerse de un pluralismo metodológico, de emplear normas con estructuras propias (…) e institutos autónomos (…), impone una actitud particular al juez que debe asumir el esfuerzo de la interpretación y de la argumentación y que demanda una lógica en el razonamiento distinta de la que se desarrolla generalmente frente al ordenamiento de alcance puramente interno, material y directo[136] (Uzal, 2016). También se manifestó que *"…se proponen soluciones que resultan familiares a la República Argentina, por plasmar consensos alcanzados gracias a una fluida trama de convenciones internacionales aquí vigentes (…). En atención a la complejidad intrínseca de las controversias vinculadas a más de un derecho (…) se han preferido soluciones que sean a la vez sencillas y de cierta flexibilidad, a fin de favorecer el equilibrio entre la certeza y la necesidad de adaptación particular al caso, muchas veces rebelde a encuadramientos rígidos"*[137].

[136] María Elsa Uzal, op.cit., pág 71.
[137] Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

Aunque puede verse un avance importante en comparación con el CC, el cual contenía normas generales y aisladas en la materia, aún continuamos bastante lejos de lograr la plena autonomía legislativa.

Asimismo, no olvidemos que varios temas propios del Derecho Internacional Privado siguen regulados en forma dispersa en leyes complementarias y especiales, de fondo y procesales. Podemos mencionar, a mero título de ejemplo, la Ley de Sociedades, la Ley de Contrato de Trabajo, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la Ley de Cooperación Internacional en materia penal[138] (Scotti, 2008).

Para concluir con este punto, Scotti destaca algunas notas salientes del tratamiento del DIPr en el CCCN[139]:

.*Objeto amplio*: el CCCN busca resolver tanto las problemáticas relacionadas al conflicto de leyes, como las que atañen a la jurisdicción internacional. Para lograrlo, no sólo contiene normas de carácter general, sino también reglas específicas de cada categoría.

.*Cooperación jurisdiccional internacional como deber jurídico*: ampliando aún más su objeto, el CCCN incorpora normativa relacionada a la cooperación jurídica internacional (el objeto más moderno del DIPr).

De acuerdo con el artículo 2611, el deber de cooperación en materia civil, comercial y laboral se erige en un principio que sólo podría denegarse en caso de ausencia de requisitos básicos exigibles para proceder a la cooperación solicitada o bien que la rogatoria afecte de manera grave y manifiesta algún principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico[140] (Scotti, 2008).

.*Pluralismo y diálogo de fuentes*: como vimos, el CCCN establece la pluralidad de fuentes y la jerarquía de las mismas en el artículo 2594.

[138] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 84.
[139] El tema se encuentra tratado en Luciana Beatriz Scotti, op.cit., págs. 84-87.
[140] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 87.

.*El rol de la autonomía de la voluntad*: en consonancia con tratados internacionales, jurisprudencia, doctrina y legislación comparada, el CCCN recepta el *principio de autonomía de la voluntad*[141], considerándola fuente de DIPr.

Dicho principio está presente en materia de prórroga de la jurisdicción (artículo 2605), relaciones patrimoniales del matrimonio (artículo 2625), obligaciones alimentarias (artículo 2630) y, sobre todo, en el plano contractual (artículo 2651[142]).

.*Aplicación del derecho extranjero*: aunque el tema merece un capítulo entero en cuanto a su tratamiento, haré una breve referencia sobre ciertas consideraciones importantes.

Partimos de la base que, si no hay fuente convencional que regule el caso de modo sustancial, la norma indirecta será la que nos indique el derecho aplicable, pudiendo remitirnos al derecho nacional o al extranjero.

La remisión al derecho extranjero supone un problema relacionado con el *principio de territorialidad*, el cual explica que el derecho sólo tiene coactividad dentro del territorio donde fue dictado.

Por consiguiente, a lo largo de los años se elaboraron tres *fundamentos* que intentan explicar bajo qué condiciones un derecho puede aplicarse en otro Estado: 1) *fundamento utilitario*[143]: aprecia el derecho extranjero debe aplicarse por razones de utilidad y reciprocidad, quedando dicha decisión bajo discrecionalidad del juez; 2) *fundamento político*[144]: argumenta que, como el hombre es un ser libre y su naturaleza es cosmopolita, la lay de la nacionalidad (ius sanguinis) lo sigue en todos sus desplazamientos.; y 3) *fundamento jurídico*: expuesto por Savigny, este fundamento explica que, de conformidad con el *principio de igualdad soberana de los Estados*, los jueces se ven obligado a aplicar derecho extranjero. Para que la obligación sea factible,

---

[141] En DIPr este principio es *dual*. Puede ser: a) *material*: la potestad que tienen las partes de definir el contenido del contrato; o b) *conflictual*: potestad que tienen las partes de definir la jurisdicción y el derecho aplicable en caso de conflicto.

[142] El artículo 2651, en sus siete incisos, fija reglas a las que se sujeta la autonomía de la voluntad. En ese sentido, dispone el inciso 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".* Resulta insólito que el orden público extranjero prime por sobre el argentino (mientras que el argentino se aplica, el extranjero se impone).

[143] Este fundamento se desarrolló por iniciativa de la escuela anglosajona de la cortesía internacional. Se lo considera primitivo, porque si el juez puede decidir si aplicar derecho nacional o extranjero, siempre se inclinará por el primero.

[144] El máximo exponente es el jurista italiano Pasquale Stanislao Mancini.

el jurista francfortés elaboró las denominadas *reglas de solución*, analizando el asiento de las relaciones jurídicas de cada instituto[145].

Superado ese escollo, debía determinarse la naturaleza (si se trata de un hecho o un derecho) y el tratamiento (si se aplica de oficio o a pedido de parte) del derecho extranjero. Nuevamente, diversas teorías se pronunciaron al respecto.

En principio, las *teorías realistas* consideraron que el derecho pierde coactividad cuando traspone las fronteras del país en el cual fue dictado, convirtiéndose en un hecho. Dentro de esta postura, se ubican dos vertientes: 1) *teoría del simple hecho*[146]: expresa que su aplicación es a pedido de parte, previa invocación y prueba; y 2) *teoría del hecho notorio*[147]: expone que, como el mundo jurídico argentino puede informarse auténticamente de la existencia del derecho extranjero, este es notorio y estamos eximidos de probarlo.

En contraposición, entre las *teorías normativistas*, se encuentran las siguientes subteorías: a) *teoría de la extranjería del derecho extranjero*: asegura que el derecho debe aplicarse de oficio e íntegramente (sin ser modificado). Sólo requiere ser invocado, siendo el juez quien tiene el deber de investigarlo; b) *teoría de los derechos subjetivos*: tomando la distinción entre el derecho "norma" y "facultad", defiende que el juez no aplica norma extranjera sino que reconoce facultades adquiridas a través de dichas normas; y c) *teoría del derecho propio*: señala que la función del derecho extranjero es "completar" la norma indirecta. Esta tarea puede efectuarse con derecho extranjero incorporado previamente mediante una ley nacional (*teoría de la incorporación*) o con derecho extranjero interpretado mediante fuentes nacionales (*teoría de la recreación*).

Ahora bien, en el derogado CC, Vélez establecía que el derecho extranjero era un hecho que debía probarse[148]. Eso generó críticas entre los autores, quienes alegaban que la Argentina había ratificado tratados que consagraban exactamente lo opuesto[149].

---

[145] Por ejemplo: de la persona física: el domicilio; de los bienes: el lugar de ubicación; de las obligaciones unilaterales: el domicilio del deudor; de las obligaciones bilaterales: el lugar de cumplimiento; del matrimonio: el domicilio del marido; de la patria potestad: el domicilio del padre; de la tutela: el domicilio del pupilo; de la sucesión: el último domicilio del difunto.

[146] Constituida por los aportes del autor francés Henri Batiffol.

[147] Elaborada por Werner Goldschmidt.

[148] Artículo 13 CC: *"La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial".*

[149] Artículo 2 del Protocolo adicional a los Tratados de Montevideo de 1889, artículo 2 del Protocolo adicional a los Tratados de Montevideo de 1940, artículo 2 Convención Interamericana sobre Normas

De acuerdo al artículo 2595 del CCCN el juez quedaría ahora obligado a aplicar de oficio el derecho extranjero cuando así lo indicaren las normas indirectas del foro, adoptando la célebre teoría del uso jurídico de Werner Goldschmidt[150]. Las tendencias más modernas en donde podemos incluir la disposición que analizamos, se orientan hacia una exigencia cada vez mayor para el juez y menor para las partes. Si el juez no conoce el derecho extranjero aplicable, debe adoptar las medidas necesarias para llegar a su conocimiento, aunque las partes puedan cooperar con él para lograrlo[151] (Scotti, 2008).

.*Flexibilización*: para limitar la discrecionalidad judicial, las normas de DIPr suelen contener puntos de conexión rígidos que conducen a resultados injustos. El legislador ha tenido en cuenta esta realidad e incorporó la *cláusula de exclusión* del artículo 2597 del CCCN[152], junto a normas de conflicto con múltiples conexiones.

.*Especialización de las categorías normativas*: Según José Fernández Rozas, la norma de conflicto multilateral utiliza la especialización como elemento de combate frente a la generalidad de la norma de conflicto tradicional, consiguiendo, en tal sentido, la sectorialización del derecho privado y la respuesta adecuada a los problemas concretos[153] (Albaladejo García, Manuel; Díaz Alabart, Silvia, 1995).

Scotti advierte esa tendencia en ciertas situaciones jurídicas: *"la diferenciación entre aspectos del régimen matrimonial (validez, relaciones personales, patrimoniales, disolución), en materia de contratos (contratos en general, y contratos de consumo), en materia de bienes (inmuebles, muebles registrables, no registrables con situación permanente, y sin situación permanente), la distinción entre acciones filiatorias y el acto de reconocimiento, entre los supuestos más destacados"*[154] (Scotti, 2008).

Generales de Derecho Internacional Privado, artículo 1 del Convenio bilateral entre Argentina y Uruguay sobre Aplicación de Información del Derecho Extranjero.

[150] Goldschmidt se opuso fuertemente a la teoría de la recreación, dando surgimiento a la *teoría del uso jurídico*: defendió que el juez argentino debe colocarse en la posición del juez extranjero. Por lo tanto, además de investigar el derecho extranjero, debe investigar todas sus fuentes.

[151] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 85.

[152] Artículo 2597 del CCCN: *"Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso"*

[153] José Carlos Fernández Rozas, "Capítulo IV: Normas de derecho internacional privado" en Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart "Comentario al Código Civil y compilaciones forales", Editorial Edersa, Jaén, 1995, págs. 47/48.

[154] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 86.

7. PRINCIPIOS PARA ABORDAR UN CASO IUSPRIVATISTA INTERNACIONAL.

A grandes rasgos, a lo largo de este capítulo hemos analizado que el DIPr se interesa por casos donde, estando en juego intereses privados, elementos extranjeros al derecho local generan una dicotomía relacionada al derecho aplicable o a la jurisdicción competente.

La manera de encarar una situación fáctica se dificulta cuando advertimos que el DIPr se caracteriza por poseer un sistema de fuentes complejo, lo cual agrega un nivel mayor de dificultad al momento de querer determinar cuál es la fuente aplicable al caso.

Comprendiendo la complejidad del tema y a modo de cierre, propongo que reparemos en cada uno de los pasos que nos van a permitir resolver un caso iusprivatista internacional.

En primer lugar, tengamos en cuenta que, en el hipotético caso de contar tanto con fuente convencional como con fuente interna, siempre debemos inclinarnos por la primera, aplicando el *principio de jerarquía*.

Si son varios los tratados que podrían aplicarse, descartaremos aquellos que regulen la relación de modo general y nos centraremos en aquellos más específicos, haciendo uso del *principio de especialidad*.

Supongamos que hay más de un tratado que regula el caso específicamente. Aplicando el *principio de temporalidad*, nos inclinaremos por el último ratificado.

En aquél tratado que cumpla con los principios anteriormente nombrados, vamos a *verificar la cláusula de compatibilidad*. La misma se encargará de indicar qué tratado tenemos que aplicar (si ese mismo o, por ejemplo, otro que contiene disposiciones más favorables).

Si una vez que realicé todo este procedimiento compruebo que no hay fuente convencional aplicable, estamos autorizados a *aplicar la fuente interna*.

Ahora, veamos cómo se desarrollan estas cuestiones en un caso concreto. A tal efecto, imaginemos que se nos plantea la siguiente situación: en Punta del Este (departamento de Maldonado, Uruguay) una persona con domicilio en Argentina,

conduce un vehículo con matrícula argentina y embiste a un peatón con domicilio similar.

Rápidamente, advertimos que la relación jurídica presenta un elemento extranjero (el accidente sucedió en Uruguay) y nos preguntamos cuál es la fuente aplicable.

En virtud del *principio de jerarquía*, podrían aplicar: Tratado de Montevideo de 1889 (parte civil), Tratado Montevideo de 1940 (parte civil), Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil derivado de accidentes de tránsito (Mercosur: fecha de depósito 20/11/01) y Convenio en materia de responsabilidad civil emergente en accidentes de Tránsito (bilateral: vigencia 7/6/95)

Por el *principio de especialidad*, descartamos los Tratados de Montevideo (su regulación es general); y por *principio de temporalidad*, apartamos el Convenio bilateral (su entrada en vigencia es posterior).

Luego, verificamos la cláusula de compatibilidad: artículo 12 del Protocolo San Luis: *"El presente protocolo no derogará las disposiciones de las convenciones vigentes entre algunos de los estados parte que contemplan aspectos no previstos en este texto"*.

De acuerdo a lo expresado, en principio, aplica el Protocolo de San Luis; y, en todo aquello no contemplado por él, rige el bilateral.

Según el artículo 3, segundo párrafo, el derecho aplicable es el argentino: "Si en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en otro estado parte, el mismo se regulará por el derecho interno de este último".

En cuanto al juez competente, quedaría a elección del actor, en virtud del artículo 7: *"Para ejercer las acciones comprendidas en este protocolo serán competentes, a elección del actor, los tribunales del estado parte: a) donde se produjo el accidente; b) del domicilio del demandado; c) del domicilio del demandante".*

CAPÍTULO TERCERO: JURISDICCIÓN INTERNACIONAL: ASPECTOS GENERALES.

1. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN.

Al abordar un caso desde el punto de vista procesal, observamos que este presenta dilemas referidos a la *jurisdicción* (determinación del *forum*) y al *reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras*. Ambos constituyen los ejes centrales del *Derecho Procesal Internacional*.

Sin ánimo de ser reiterativo, es importante remarcar cómo el DIPr regula la relación jurídica internacional en toda su extensión, junto con la amplitud de su objeto y contenido.

Sencillamente, la *jurisdicción internacional* es el poder o potestad que tiene el Estado para entender en una controversia atinente al DIPr que le es sometida a un juez (o árbitro). Se trata del reparto de las competencias entre los Estados, en los casos iusprivatistas con elementos extranjeros. Por esa razón preferimos usar la expresión citada, en sentido amplio; y no el término "competencia", más acotado y específico.

De lo dicho, se desprende un interrogante relacionado con determinar cuál es el Estado cuyos jueces tienen jurisdicción internacional para conocer un caso de DIPr.

Para contestarlo, es necesario advertir sobre la existencia de múltiples *criterios de atribución de jurisdicción.* Sin embargo, en principio, nos limitaremos a clasificar la jurisdicción internacional en dos grandes grupos: 1) *directa*: aquella que debe explorar y analizar un juez nacional cuando debe conocer un caso con elementos extranjeros[155] (Kaller De Orchansky, 1997); e 2) *indirecta*: aquella que surge en virtud de la asistencia entre pares en el extranjero[156] (Scotti, 2008).

2. FUENTES:

El CCCN innova al incorporar doce artículos que constituyen un capítulo exclusivo dedicado a la jurisdicción internacional.

El mismo inicia estableciendo cuáles son las fuentes de jurisdicción. Consecuentemente, el artículo 2601 dispone:

[155] Berta Kaller De Orchansky, "Nuevo Manual de derecho internacional privado", Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1997, pág. 453.
[156] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 196.

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

El artículo en cuestión, en concordancia con la prelación de normas determinadas en los artículos 2594 del CCCN y 75 inc 22 CN, reafirma la jerarquía superior de las reglas de atribución de jurisdicción internacional contenidas en tratados internacionales por sobre las leyes nacionales.

Asimismo, la disposición que comentamos hace una distinción clave: según se trate de una materia *disponible* o *no disponible*. En el primer caso, las partes tendrán la opción de celebrar un acuerdo de elección del foro (judicial o arbitral), o tradicionalmente llamado, *acuerdo de prórroga de jurisdicción*. Sólo en su ausencia, operarán los criterios que determinen los tratados internacionales vigentes para la República Argentina, según el respectivo ámbito de aplicación material, espacial, personal y temporal, y en ausencia de tratado, el juez resolverá su propia competencia de acuerdo con las normas internas que atribuyen jurisdicción internacional. En el segundo caso, si la materia no es disponible, la jurisdicción se determinará por los criterios generales y especiales previstos en los convenios internacionales, y en su defecto, por las normas de fuente interna[157] (Scotti, 2008).

3. FOROS DE JURISDICCIÓN.

Toda disputa que se suscite entre las partes de una relación internacional en la que no se hubiese previsto de antemano ningún *método alternativo de solución de eventuales controversias*[158], muy probablemente concluirá por plantearse ante los tribunales de alguno de los Estados nacionales vinculados al caso[159] (Uzal, 2016).

En ese sentido, nos abocaremos a analizar los *criterios de atribución de jurisdicción internacional* más relevantes[160]:

[157] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 197.
[158] El tema se encuentra tratado en págs. 91-97.
[159] María Elsa Uzal, op.cit., pág. 194.
[160] El *forum neccesitatis* o foro de necesidad, será desarrollado en págs. 109/110.

3.1 .*Foro acordado por las partes*:

Si bien la regla es que las normas procesales (de derecho público) son imperativas e impiden ser transformadas por voluntad de las partes, existen algunas excepciones en materia *patrimonial* e *internacional*. Esto significa que, bajo ciertas circunstancias, las partes podrán elegir el foro judicial o arbitral que deseen.

Tengamos en cuenta que, hasta la sanción del CCCN, nuestro ordenamiento no regulaba de manera uniforme la prórroga de jurisdicción, sino que predominaba un tratamiento "fraccionado" en los códigos procesales de cada provincia.

La redacción originaria del artículo 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17454 del año 1967, en adelante CPCCN) preveía el denominado *principio de improrrogabilidad de la jurisdicción argentina* en el plano internacional[161]. En esa línea, permitía la prórroga, en casos patrimoniales, sólo a favor de jueces o árbitros nacionales *"pero no a favor de jueces extranjeros o árbitros que actúen fuera de la República"*[162].

La reforma del año 1976 (ley 21305) mantuvo la improrrogabilidad en razón de la materia, monto y turno, admitiendo la prórroga territorial en casos netamente patrimoniales, *"incluso a favor de jueces o árbitros extranjeros"*[163]. Al no hacer mayores precisiones, se interpretaba que *"...cualquier caso, aun interno, podía ser objeto de una prórroga internacional, solución que a muchos les pareció excesiva en tanto admitía declinar la soberanía jurisdiccional de nuestros tribunales aun en casos absolutamente nacionales, sin ningún elemento multinacionalizador relevante"* [164] (Uzal, 2016).

---

[161] Sin obviar lo establecido por el artículo 12 inc 4° de la ley 48: *"La jurisdicción de los Tribunales Nacionales en todas las causas especificadas en los artículos 1°, 2° y 3° será privativa, excluyendo a los Juzgados de Provincia, con las excepciones siguientes: Siempre que en pleito civil un extranjero demanda a una Provincia o a un ciudadano, o bien el vecino de una Provincia demande al vecino de otra ante un Juez o Tribunal de Provincia o cuando siendo demandados al extranjero o el vecino de otra Provincia contesten a la demanda, sin oponer la excepción de declinatoria, se entenderá que la jurisdicción ha sido prorrogada, la causa se substanciará y decidirá por los Tribunales Provinciales; y no podrá ser traída a la jurisdicción nacional por recurso alguno, salvo en los casos especificados en el artículo 14".*

[162] Criterio adoptado por los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de Santa Fe, Santa Cruz, Río Negro, Mendoza, Neuquén y La Pampa

[163] Criterio adoptado por los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de Buenos Aires, Jujuy, Santiago del Estero, San Luis, San Juan, Salta, Misiones, Formosa, Corrientes, Chubut, Chaco, Catamarca, Córdoba, Tierra del Fuego, Tucumán y La Rioja.

[164] María Elsa Uzal, op.cit., pág. 231.

Con la reforma de 1981 (ley 22434) se volvió al primer criterio, fijando excepciones en razón del territorio, monto y materia derivada de prórrogas establecidas en tratados internacionales; y autorizando la prórroga territorial en asuntos patrimoniales. También se contempló que *"…si esos asuntos son de índole internacional, la prórroga puede admitirse, aun a favor de jueces o árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tuviesen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga estuviese prohibida la ley"*[165/166] (Uzal, 2016).

Como la reforma del año 2001 (ley 25488) no realizó cambios al respecto, este último criterio es el que predomina en la actual redacción del citado artículo 1:

"La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable.

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

La sanción del CCCN viene a superar el problema del fraccionamiento de criterios, logrando un régimen unificado en todo el territorio nacional[167]. Será tarea de las provincias modificar sus códigos procesales, armonizándolos con las leyes nacionales.

En virtud de ello, el artículo 2605 del CCCN consagra el acuerdo de elección de foro de la siguiente manera:

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

[165] Criterio seguido por la provincia de Entre Ríos.
[166] María Elsa Uzal, op.cit., págs. 231/232.
[167] Recomiendo ver Carolina Iud, "Contratos Internacionales en el Código Civil y Comercial argentino 2014", en revista "Anuario Argentino de Derecho Internacional", N°24, Córdoba, 2015, pág 181. (Iud, 2015).

Cuatro son los puntos destacables de esta norma: 1) es requisito indispensable la *internacionalidad* objetiva del asunto; 2) la cuestión debe ser de *carácter patrimonial*; 3) la prórroga no procederá en los casos de *jurisdicción exclusiva* (previstos en el artículo 2609 o en leyes especiales); y 4) la elección del foro podrá acordarse tanto en favor de jueces extranjeros, como de árbitros actuantes en el extranjero.

Por su parte, el artículo 2606 del CCCN reconoce el carácter exclusivo de la elección del foro:

"El juez elegido por las partes tiene competencia exclusiva, excepto que ellas decidan expresamente lo contrario".

Atribuir carácter exclusivo a los acuerdos de elección de foro, implica que el tribunal designado por las partes será competente para conocer de un litigio al que se aplique dicho acuerdo, salvo que el acuerdo sea nulo según la ley de ese Estado. En ningún caso podrá declinar el ejercicio de su competencia fundándose en que el tribunal de otro Estado debería conocer del litigio[168] (Scotti, 2008).

En el ámbito internacional, la cuestión se encuentra regulada en el artículo II.3 de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras[169] y ampliada en el Convenio de La Haya del 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro[170].

En cuanto a las modalidades y forma del acuerdo, el artículo 2607 del CCCN contempla la prórroga expresa y 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".

Si bien el CC no contenía norma similar, nuestro ordenamiento interno ya regulaba el tema en el artículo 2 del CPCCN; al tiempo que, en el plano contractual, lo

[168] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 201.
[169] En nuestro país, en vigor desde 1989.
[170] En vigor desde 2015, no ratificado por Argentina.

propio hace el artículo 4 del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual del Mercosur.

La innovación de la disposición que comentamos radica en aceptar el principio de equivalencia funcional respecto de la forma escrita del acuerdo de elección de foro. En efecto, admitir otros medios de comunicación que den una información accesible, incluyendo los electrónicos, es una tendencia de los días que corren[171] (Scotti, 2008).

3.2 .*Foros razonables y exorbitantes*:

Un foro es *razonable* cuando el caso regulado presenta una vinculación suficiente con el Estado al que pertenecen los tribunales a los que se atribuye jurisdicción para juzgar el caso[172] (Scotti, 2008). Por el contrario, es *exorbitante* cuando atribuye a los tribunales del Estado un volumen de competencia judicial internacional desmesurado a los fines de beneficiar a los nacionales de dicho Estado o la posición del mismo Estado[173] (Calvo Caravaca,Alfonso Luis; Carrascosa González, Javier, 2004).

En general, se defiende que el sistema argentino establece foros razonables como los del domicilio del demandado, el foro de la autonomía de la voluntad de las partes o el del lugar de cumplimiento de los contratos.

Incluso, algunos autores como Milton César Feuillade, sostienen que la exorbitancia no está dentro de las características del sistema argentino[174].

De ahí que, el citado autor afirma: *"...se constató que no es punto de contacto en las normas de competencia judicial argentinas la nacionalidad del demandante o del demandado, ni la presencia o introducción de bienes del demandado, con excepción de la competencia exclusiva que territorialmente pueda corresponder, ni la mera presencia o residencia ocasional, ya sea del demandante o el demandado en el territorio nacional, ni la presencia comercial del demandado sin que el litigio esté vinculado a la actividad, ni el lugar de firma de los contratos cuya competencia general se basa en el lugar de cumplimiento, ni las designaciones unilaterales de tribunal*

[171] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 202.
[172] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 203.
[173] Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, "Derecho internacional privado", Volumen I, 5ta Edición, Editorial Comares, Granada, 2004.pág. 82.
[174] Por ejemplo: el *forum presentiae*, el foro del emplazamiento o el foro del lugar donde está ubicado el servidor en una relación contractual o no contractual "on line".

competente que puedan hacerse, ni cualquier tipo de asignación que el demandado hubiese hecho en el territorio nacional"[175] (Feuillade, 2004).

3.3 .*Foros concurrentes y exclusivos*:

Los foros *concurrentes* son aquellos que han sido establecidos por el legislador con respecto a ciertos supuestos, en los cuales se admite la posibilidad de que tribunales foráneos conozcan sobre el mismo caso sobre la base del mismo o de un foro distinto de jurisdicción[176] (All, 2005).

Es decir, un foro concurrente atribuye competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado, pero no impide que puedan conocer los tribunales de otros Estados en virtud de otros foros de competencia diversos[177] (Scotti, 2008).

Sólo a modo ilustrativo, observemos los siguientes ejemplos:

Artículo 7 del Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito: *"Para ejercer las acciones comprendidas en este Protocolo serán competentes, a elección del actor, los tribunales del Estado Parte:*

a) donde se produjo el accidente;

b) del domicilio del demandado; y

c) del domicilio del demandante".

Artículo 2643 del CCCN: *"Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte, los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos"*.

Los foros son *exclusivos* cuando, por motivos de orden público, el Estado no admite otra jurisdicción que la de sus propios órganos jurisdiccionales[178] (All, 2005). Son de carácter excepcional y de interpretación restrictiva, con lo cual, el juez argentino sólo debe asumir este tipo de jurisdicción su existe una norma que lo expresamente lo disponga.

---

[175] Milton César Feuillade, "Competencia Internacional Civil y Comercial", Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2004, págs. 317/318.
[176] Paula All, "Las Normas de Jurisdicción Internacional en el Sistema Argentino de Fuente Interna" en revista DeCita: "Derecho del Comercio Internacional", N°4 (Temas y actualidades), Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2005.
[177] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 204.
[178] Paula All, "Las Normas de Jurisdicción Internacional…", op.cit.

El CCCN sistematiza los supuestos de jurisdicción exclusiva en el artículo 2609:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales[179]*, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas:*

a) en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República;

b) en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino;

c) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina".

3.4 .*Foros generales y especiales*:

Los foros *generales* son aquellos que adoptan como pauta o criterio para establecer la jurisdicción del juez un elemento que aparece presente en todos los supuestos o casos, vale decir, independientemente de cuál sea el objeto del proceso[180] (All, 2005).

El criterio general en materia de jurisdicción internacional directa, se encuentra pautado por el artículo 2608 del CCCN:

"Excepto disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado".[181]

En cambio, los *foros especiales*, son aquellos que sólo atribuyen competencias para determinadas demandas en razón del objeto material del litigio y su vinculación con el foro[182] (Virgós Soriano, Miguel; Garcimartín Alférez, Francisco José, 2000).

---

[179] Por ejemplo: artículo 614 2do párrafo de la ley de navegación N°20094: *"...En los contratos de fletamento total o parcial, o de transporte de carga general o de bultos aislados en un buque cualquiera, o de personas y, en general, en todo contrato en que el transportador asuma la obligación de entregar los efectos en destino, es nula toda otra cláusula que establezca otra jurisdicción que la de los tribunales argentinos"*.

[180] Paula All, "Las Normas de Jurisdicción Internacional…", op.cit.

[181] *"Atribuir jurisdicción a los jueces del país en que el demandado tiene su domicilio garantiza, para éste, que podrá litigar en el país en que se supone que cuenta con los elementos para defenderse en juicio; desde otra óptica, generalmente el demandado contará con bienes en su domicilio, razón que le posibilitará al actor que, al incoar la demanda ante los jueces de tal lugar, la sentencia que se dicte –en el caso de resultarle favorable- pueda ser ejecutada en dicho país".* Paula All, "Las Normas de Jurisdicción Internacional…", op.cit.

Estos últimos se encuentran detallados a lo largo del capítulo 3: "Parte especial" del Título IV del CCCN. El nuevo Código establece allí los criterios de jurisdicción especial para cada sección: sección 1° *persona humana*; sección 2° *matrimonio* (artículo 2621); sección 3° *unión convivencial* (artículo 2627); sección 4° *alimentos* (artículo 2629); sección 5° *filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida* (artículo 2631); sección 6° *adopción* (artículo 2635); sección 7° *responsabilidad parental e instituciones de protección*; sección 8° *restitución internacional de niños*; sección 9° *sucesiones* (artículo 2643); sección 10° *forma de los actos jurídicos*; sección 11° *contratos* (artículo 2150); sección 12° *contratos de consumo* (artículo 2654); sección 13° *responsabilidad civil* (artículo 2656); sección 14° *títulos valores* (artículo 2658); sección 15° *derechos reales* (artículos 2664, 2665, 2666); y sección 16° *prescripción*.

3.5 .*Foro del patrimonio*:

En ciertos casos, el legislador habilita la jurisdicción con sustento en la sola existencia de bienes del deudor en la jurisdicción, cuando ese contacto se muestra con *suficiente relevancia*[183] como para resguardar debidamente los intereses en juego y para asegurar la efectividad del pronunciamiento[184] (Uzal, 2016).

En la fuente interna, fue admitido por el artículo 16 de la derogada ley de Bien de Familia N° 14396 referido a los casos de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento:

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

Asimismo, puede hallarse en el artículo 2 inciso 2° de la Ley de Concursos y Quiebras N° 24522:

"Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado

[182] Miguel Virgós Soriano y Francisco José Garcimartín Alférez, "Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional", Editorial Civitas, Madrid, 2000, pág. 101.
[183] Requisito fundamental para evitar la exorbitancia.
[184] María Elsa Uzal, op.cit., pág. 260.

Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.

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

En la fuente convencional, es un foro disponible en materia de obligaciones alimentarias (CIDIP IV sobre obligaciones alimentarias, de 1989). Jurisprudencialmente, se había extendido el foro del patrimonio al régimen sucesorio, de modo concurrente con los jueces del último domicilio del causante, criterio que recepta el CCCN[185] (Scotti, 2008).

Consecuentemente, el foro en cuestión se halla en varias disposiciones del vigente código, tales como los artículos 2619, 2629, 2643, 2464, 2465, 2466, etc.

3.6 .*Foros protectorios*:

En ciertas ocasiones, las relaciones jurídicas nacen desbalanceadas, por lo que el legislador pauta foros que protejan a la parte más vulnerable, facultándola a que acceda a los tribunales de su domicilio o residencia.

Estos foros suelen presentarse en materia laboral, contratos de consumo, usuario o seguro; y buscan *"...restablecer el equilibrio tanto procesal como material que debe existir entre las partes implicadas en una determinada relación jurídica"*[186] (Scotti, 2008). Como consecuencia, generalmente se limita la posibilidad de realizar un acuerdo de elección de foro.

Para plasmar estos conocimientos en un ejemplo concreto, echemos un vistazo al artículo 2654 del CCCN:

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

También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan

[185] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 208.
[186] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 209.

intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

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

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

3.7 .*Foro por pluralidad de demandados*:

Tiene lugar cuando, en un caso, existen numerosos demandados con domicilio o residencia en distintos países y se requiere emplazarlos en un mismo tribunal.

Al respecto, el artículo 2650 del CCCN precisa:

"No existiendo acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción de actor:

a) los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos;

b) los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales;

c) los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que ésta haya participado en la negociación o celebración del contrato".

3.8 .*Foro del lugar de producción del hecho dañoso o de sus efectos*:

Este foro ha sido receptado por el CCCN, en materia extracontractual, en su artículo 2656:

"Excepto lo dispuesto en los artículos anteriores, son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil:

a) el juez del domicilio del demandado;

b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos".

Uzal realiza un claro análisis de la norma en cuestión al decir que *"La adopción del contacto al hecho generador del daño conecta la solución del caso, con un criterio causal, al país del origen mismo de perjuicio, independientemente de donde*

se hayan producido los daños y los efectos del hecho dañoso. Este contacto permite accionar en esa sede, por todos los daos o perjuicios que se hayan producido, cualquiera que sea el país de su exteriorización, centralizando las consecuencias indemnizatorias". En adición, agrega que *"La apertura de la jurisdicción en el lugar donde se producen los efectos directos del hecho dañoso, por el contrario, permite en casos de daños plurilocalizados abrir la jurisdicción en cada país en que el hecho haya producido sus efectos, respecto de los daños provocados en ese país. Con este enfoque, la indemnización total de los perjuicios causados se compondrá con la sumatoria de todas las acciones incoadas en los distintos países donde se hayan exteriorizado los daños directos (teoría del mosaico)"*[187] (Uzal, 2016).

3.9 .*Forum causae*:

Se configura cuando la jurisdicción internacional de un tribunal judicial se hace depender de la aplicación, para la resolución del fondo de la pretensión, de su derecho material o sustantivo, produciéndose un paralelismo o correlación entre el *forum* y el *ius*[188] (Scotti, 2008).

Esto supone alterar los pasos conocidos para abordar un caso iusprivatista internacional. Implica determinar el juez competente, para que luego sea aquél quien determine el derecho aplicable.

Los artículos 56 de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940, consagran la teoría del paralelismo de la siguiente manera:

"Las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio.

Podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado".[189]

Se ha observado que este criterio padece las consecuencias de la incerteza que plantearía la necesidad de aplicar una pluralidad de derechos a distintos aspectos de un mismo caso, toda vez que habría de determinarse a cuál cabe referirse para justificar el foro; también se ha señalado que, aun combinando normas de jurisdicción de este tipo

[187] María Elsa Uzal, op.cit., pág. 261.
[188] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 210.
[189] El Tratado de 1940 respeta tal redacción y agrega: *"...Se permite la prórroga territorial de la jurisdicción si, después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales. La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta"*.

con puntos de conexión rígidos, más o menos bien determinados, no debe destacar un margen de incerteza para determinar, *a priori*, sobre cuál será el derecho aplicable, ante eventuales disparidades de interpretación[190] (Uzal, 2016).

4. COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL.

Como mencionamos anteriormente, los fenómenos de globalización y mundialización avanzan sobre las estructuras de nuestra realidad y provocan un incremento exponencial de las relaciones privadas internacionales que es de fácil visibilidad.

Tal situación, que ha aumentado el nivel de litigiosidad en la materia, se refleja en una mayor demanda y producción de normas relacionadas, principalmente, con la *cooperación (o asistencia) judicial internacional*.

Como expresa Fernández Arroyo, al día de hoy resulta una verdad de Perogrullo que las cuestiones "procesales" y "cooperacionales" del DIPr han desplazado en su interés y desarrollo a las que conciernen al derecho aplicable al fondo, las cuales tradicionalmente habían sido consideradas como el contenido esencial de la disciplina[191] (Picand Albónico, Eduardo; Llanos Mansilla, Hugo, 2008).

Si bien los autores suelen ampliar o restringir el objeto de la *cooperación judicial internacional*, brindando definiciones más o menos abarcativas, podemos sostener que se trata de un mecanismo a través del cual un juez colabora con su par en el extranjero para llevar adelante *medidas procesales*.

Al desarrollar el tema, Tellechea Bergman defiende que comprende "…*toda actuación procesal desplegada en un Estado al servicio de un proceso incoado o a incoarse en otro"*[192] (Tellechea Bergman, 2002) y que su fundamento *"...radica en una práctica suficientemente asentada entre las naciones que concibe que la justicia en tanto cometido esencial del Estado, no puede verse frustrada por fronteras nacionales*

[190] María Elsa Uzal, op.cit., pág. 264.
[191] Diego Pablo Fernández Arroyo, "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana" en Eduardo Picand Albónico y Hugo Llanos Mansilla, "Estudios de derecho internacional: Libro Homenaje al Profesor Santiago Denadava, Volumen II, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2008, pág. 295.
[192] Eduardo Tellechea Bergman, "La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional", Editorial FCU, Montevideo, 2002, pág. 219.

que se erijan en obstáculos al desarrollo de procesos incoados más allá de las mismas"[193] (Tellechea Bergman, 2002).

De acuerdo a lo expresado, resulta evidente que el deber de cooperación se encuentra íntimamente ligado con el principio de igualdad de trato y la efectivización del *derecho de acceso a la justicia*. Aclaro esto porque, si bien es el Capítulo Cuarto el que describe de la relación del tema con los DDHH, por una cuestión metodológica y estructural, considero oportuno y lógico el tratamiento de la cuestión en el presente espacio.

Hecha la pertinente salvedad, tengamos presente que este deber proviene del quinto principio plasmado en el artículo 2° de la Carta de Naciones Unidas:

"Los Miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva".

En la fuente interna, el artículo 1 de la ley N°24767 de Cooperación Internacional en materia penal ordena:

"La República Argentina prestará a cualquier Estado que lo requiera la más amplia ayuda relacionada con la investigación, el juzgamiento y la punición de delitos que correspondan a la jurisdicción de aquél.

Las autoridades que intervengan actuarán con la mayor diligencia para que la tramitación se cumpla con una prontitud que no desnaturalice la ayuda".

Por su parte, el artículo 2611 del CCCN dispone:

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

Contemplemos que, aunque la norma sólo refiere a "los jueces argentinos", la obligación recae sobre cualquier autoridad competente en materia civil, comercial o laboral a la cual una autoridad extranjera le requiere asistencia.

[193] Eduardo Tellechea Bergman, "La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional", Editorial FCU, Montevideo, 2002, págs. 221/222.

Téngase presente que este sector del DIPr es el mejor ejemplo de "inflación convencional". Es decir, se encuentra en vigor una multiplicidad de convenciones internacionales que aborda alguno o varios de los niveles de cooperación procesal internacional de alcance bilateral, regional o universal[194] (Scotti, 2008).

Dada la imposibilidad de nominarlas todas, propongo abocarnos al análisis de los *grados o niveles de cooperación* e ir mencionando algunas de ellas a medida que se avanza en el tema.

4.1 ***Cooperación de primer grado.***

El primer grado de asistencia consta de dos escalones de cooperación: 1) uno referido al *auxilio de mero trámite* (citaciones, emplazamientos, notificaciones en el extranjero e información sobre el derecho extranjero); y b) otro relacionado con la *obtención y recepción de medios probatorios.*

En sintonía con lo dispuesto por el artículo 132 del CPCCN, el artículo 2612 del CCCN indica que el medio utilizado para la concreción de este nivel es el *exhorto* (o carta rogatoria):

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

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

Puede visualizarse que la fuente interna regula tres cuestiones destacables: 1) los jueces argentinos deben cumplir con las medidas solicitadas por sus pares extranjeros, en tanto y en cuanto no se violente el orden público internacional argentino; 2) estas comunicaciones, realizadas por medio del exhorto, deben efectuarse sin demora

[194] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 244.

y tramitarse de oficio en base a la legislación nacional; y 3) habilita las comunicaciones judiciales directas, siempre que la situación lo amerite y se respeten las garantías del debido proceso.

En la fuente convencional, ocho instrumentos se encargan de fijar reglas formales y sustanciales para el cumplimiento del primer grado de asistencia. A continuación se realiza una breve referencia sobre cada uno[195]:

.*Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (Mercosur)*[196]: con el objeto de desarrollar la integración de la región y facilitar el libre acceso a la jurisdicción entre los miembros del bloque, este protocolo (artículo 1) compromete a los Estados parte a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. Asimismo, autoriza la extensión a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales. Respecto a las Actividades de Mero Trámite y Probatorias (artículo 5), cada Estado parte (vía autoridades centrales) debe enviar los exhortos a las autoridades jurisdiccionales del otro Estado. Los mismos deberán contener: a) denominación y domicilio de la autoridad del Estado requirente; b) individualización del expediente con especificación del objeto y naturaleza del juicio y del nombre y domicilio de las partes; c) copia de la demanda y transcripción de la resolución que ordena la expedición del exhorto; d) nombre y domicilio del apoderado de la parte solicitante; e) indicación del objeto del exhorto, precisando el nombre y domicilio del destinatario de la medida; f) información del plazo que dispone la persona afectada por la medida para cumplir; g) descripción de formas o procedimientos especiales; y h) cualquier otra información que facilite el cumplimiento. Si también se solicita la recepción de pruebas, además deberá indicarse: a) descripción del asunto; b) nombre y domicilio de testigos u otras personas o instituciones intervinientes; y c) texto de los interrogatorios y documentos necesario. El cumplimiento debe ser diligenciado de oficio por la autoridad jurisdiccional competente del Estado requerido y tiene que llevarse a cabo "sin demora". Sólo podrá denegarse en caso de afectar el orden público del Estado requerido.

.*Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (CIDIP I)*[197]: aplica para las cartas rogatorias y los exhortos relacionados con la realización de

[195] Se ofrece una síntesis del desarrollo efectuado por Luciana Beatriz Scotti, op.cit., págs. 249-261.
[196] Las Leñas, 1992.
[197] Panamá, enero de 1975.

medidas de mero trámite o la recepción u obtención de pruebas e informes. Los mismos podrán ser tramitados por las partes, por vía judicial, por funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad central que obligatoriamente designará cada Estado parte. También, deberá acompañarse: a) copia auténtica de la demanda y sus anexos, y de los escritos o resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada; b) información escrita acerca de cuál es el órgano jurisdiccional requirente, los términos de que dispusiere la persona afectada para actuar y las advertencias que le hiciere dicho órgano sobre las consecuencias que entrañaría su inactividad; e c) información acerca de la existencia y domicilio del defensor de oficio o de las sociedades de auxilio legal competentes en el Estado requirente. Los mismos tendrán que estar debidamente legalizados y traducidos al idioma oficial del Estado requerido. Este último, podrá negarse a cumplir, si el exhorto o carta rogatoria es *manifiestamente contrario* a su orden público.

.*Convención Interamericana sobre recepción de Pruebas en el Extranjero (CIDIP I)*[198]: aplica a las cartas rogatorias o exhortos, en materia civil o comercial, emitidas por la autoridad judicial del Estado requirente a la autoridad competente del Estado requerido, que tengan como propósito obtener pruebas o informes en el extranjero[199]. Los mismos deben acompañarse de: a) indicación clara y precisa de la prueba; b) copia de los escritos y resoluciones que los motivan, y de los interrogatorios o documentos necesarios para su cumplimiento; y c) nombres y direcciones de las partes, testigos, peritos, etc. Tales requisitos podrán ser transmitidos por las autoridades judiciales, funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad central que obligatoriamente designará cada Estado parte. El Estado requerido, podrá negarse a cumplir, si el exhorto o carta rogatoria es contrario a su ley, su orden público, o previos a cualquier procedimiento judicial.

.*Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero (CIDIP II)*[200]: establece normas relacionadas con la obtención de medios de prueba e información sobre diversos aspectos del derecho extranjero[201]. Las solicitudes deberán contener: a) nombre de la autoridad (jurisdiccional o central) del Estado requirente; b) naturaleza del asunto; c) indicación precisa de los medios probatorios

[198] Panamá, enero de 1975.
[199] Sin perjuicio de ello, por vía de declaración, puede solicitarse su aplicación en materia criminal, laboral, administrativa o arbitral.
[200] Montevideo, mayo de 1979.
[201] Por ejemplo: texto, vigencia, sentido y alcance legal.

solicitados; d) determinación de cada punto de consulta; y e) traducción al idioma oficial del Estado requerido. La autoridad central del Estado requerido tiene que responder de forma completa cada punto de consulta, salvo que se afecte la seguridad o soberanía de dicho Estado.

.*Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (CIDIP II)*[202]: fija tres anexos que facilitan la diligencia de los exhortos o cartas rogatorias bajo la Convención. El anexo "A" contiene el formulario aplicable para el exhorto o carta rogatoria. El anexo "B" contiene el formulario aplicable para la información esencial a ser entregada a la persona o autoridad a quien deban ser entregados o transmitidos los documentos. El anexo "C" contiene un formulario en el cual la autoridad central deberá certificar si se cumplió o no con el exhorto o carta rogatoria. Para el diligenciamiento de la carta rogatoria, dichos documentos deberán ser acompañados por copia de la demanda, copia de los documentos anexados a la demanda y copia de las resoluciones jurisdiccionales[203] (Scotti, 2008).

.*Convenio de La Haya sobre Procedimiento Civil*[204]: establece que las *notificaciones* en materia civil o comercial se realizarán en los Estados contratantes, por petición del cónsul del Estado requirente, dirigido a la autoridad designada por el Estado requerido. La solicitud tiene que estar redactada en el idioma de la autoridad requerida y debe indicar la autoridad de la cual proviene el documento, nombre y carácter de las partes, dirección del destinatario y naturaleza del hecho. Su ejecución sólo puede denegarse cuando el Estado en cuyo territorio debe efectuarse considere que atenta contra su soberanía o seguridad. Por otro lado, las *cartas rogatorias* en materia civil o comercial también deben ser transmitidas por el cónsul del Estado requirente a la autoridad designada por el Estado requerido. Dicha autoridad, deberá enviar al cónsul un documento en el cual demuestre la ejecución o el por qué de su denegación. La ejecución puede denegarse por causas similares a las notificaciones.

.*Convenio de La Haya sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial*[205]: trata la *remisión de documentos* judiciales o extrajudiciales, en materia civil o comercial, entre Estados parte para su notificación o traslado. Contempla una *vía de remisión principal*

[202] Montevideo, mayo de 1979.
[203] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 258/259.
[204] 1 de marzo de 1954.
[205] 15 de noviembre de 1965.

mediante la cual la autoridad competente en virtud de la normativa del Estado requirente remite el documento a la autoridad central del Estado requerido. Esta debe ordenar la ejecución ya sea entregando el documento al destinatario (quien lo acepta voluntariamente); de acuerdo a las formas prescriptas por el Estado requerido; o según la forma particular solicitada por el Estado requirente, siempre que sea compatible con la del Estado requerido. En adición, prevé las siguientes *vías alternativas*: consular o diplomática (artículos 8 [1] y 9) postal (artículo 10 [a]), comunicación directa entre funcionarios del Estado de origen y el Estado de destino (artículo 10 [b]) y comunicación directa entre una persona interesada y funcionario del Estado de destino (artículo 10 [c]).

.*Convenio de La Haya sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial*[206]: contempla la obtención de pruebas por: a) cartas rogatorias y b) funcionarios diplomáticos o consulares y comisarios. En el primer caso, la autoridad judicial del Estado requirente solicita a la autoridad central del Estado requerido la obtención de pruebas para su utilización en un procedimiento judicial efectuado en el Estado requirente; y dicha autoridad central remite la carta a la autoridad competente es su país para que sea ejecutada. La ejecución debe ser con carácter "de urgencia" y sólo puede denegarse en casos específicos. La segunda posibilidad, depende de una autorización previa de la autoridad competente del Estado donde tienen que obtenerse las pruebas. Como regla, el funcionario o comisario no puede ejercer compulsión sobre el sujeto objeto de la solicitud, aunque los Estado podrían autorizarlo[207].

4.2 *Cooperación de segundo grado*.

El segundo grado de asistencia consiste en la *cooperación cautelar internacional*.

Supone un grado mucho más intenso de cooperación y un rol considerablemente activo de las autoridades jurisdiccionales, diferenciándose del grado antecesor en el cual el juez del Estado requerido asume un papel relativamente pasivo.

[206] 18 de marzo de 1970.

[207] El artículo 23 establece el *Pre-trial discovery*: *"…un procedimiento conocido en los países del common law, que cubre pedidos de pruebas requeridos después de iniciada la acción pero antes de la audiencia final que resuelve sobre el fondo del asunto. El convenio permite que los Estados parte se aseguren que este tipo de requerimiento de provisión de documentos sea suficientemente sustanciado de manera de evitar solicitudes donde una de las partes está simplemente buscando saber cuáles serían los documentos que podría tener la otra parte en el proceso"*. Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 255.

El medio que se utiliza para concretar este grado también es el exhorto o carta rogatoria. Por lo tanto, todo lo visto con anterioridad, lógicamente se reproduce en el grado actual.

Como recuerda Scotti *"...si bien una medida cautelar será estrictamente internacional cuando, adoptada por los tribunales de un Estado, esté destinada a cumplirse en otro, los convenios vigentes así como el derecho comparado han aceptado la posibilidad de medidas cautelares de urgencia destinadas a asegurar el resultado de un juicio incoado o a incoarse en otro país, ordenadas por los tribunales del Estado de situación de los bienes o de la persona cautelar en tanto jurisdicción más próxima"*[208] (Scotti, 2008).

En la fuente interna, el artículo 2603 del CCCN especifica los tres casos en que los jueces argentinos tienen jurisdicción internacional para disponer medidas provisionales y cautelares tendientes a prevenir el daño derivado de la demora de la decisión o a asegurar su eficacia:

"Los jueces argentinos son competentes para disponer medidas provisionales y cautelares:

a) cuando entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República;

b) a pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal;

c) cuando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina.

El cumplimiento de una medida cautelar por el juez argentino no implica el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera, pronunciada en el juicio principal".[209]

En la fuente convencional, son dos los instrumentos encargados de regular la cuestión:

[208] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., págs. 261/262.

[209] En sintonía con los artículos 9° de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, 8° de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y 8° del Protocolo del Mercosur de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, la última parte del artículo en cuestión establece el *principio de autonomía del acto cooperativo*.

.*Protocolo de Medidas Cautelares (Mercosur)*[210]: este protocolo, que aplica para los Estados parte del Tratado de Asunción, establece disposiciones vinculadas con el cumplimiento de medidas cautelares en procesos ordinarios, ejecutivos, especiales o extraordinario, de naturaleza civil, comercial, laboral y aquellos que busquen asegurar la reparación civil derivada de procedimientos penales. Aplica para medidas que busquen proteger personas y bienes; y para aquellas que buscan impedir la irreparabilidad de un daño relacionado con obligaciones de dar, hacer o no hacer. Su admisibilidad será regulada por la ley del Estado requirente y resulta por la autoridad jurisdiccional de dicho Estado, al tiempo que su ejecución y garantía estará determinada por la ley del Estado requerido y será resuelta por el juez del mismo. Del mismo modo se resolverán las modificaciones que puedan suscitarse durante el proceso para su cumplimiento, reducción o sustitución; las sanciones por peticiones maliciosas o abusivas; y las cuestiones vinculadas a los derechos reales.

.*Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares (CIDIP II)*[211]: fija un marco para el cumplimiento de *medidas preventivas*[212] en procesos de carácter civil, comercial, laboral y aquellos que busquen asegurar la reparación civil derivada de procedimientos penales. Asimismo, aplica tanto para medidas que tengan por objeto garantizar la seguridad de las personas, como para aquellas que busquen garantizar la seguridad de los viene. Determina que la ley del tribunal que dictó la medida, regula su procedencia; mientras que la ley del Estado requerido, lo relativo a su diligenciamiento y cumplimiento. Sin perjuicio de ello, el juez del lugar de cumplimiento puede levantar la medida de conformidad con su legislación en casos de absoluta improcedencia o disminución de la garantía de la medida.

4.3 ***Cooperación de tercer grado (reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras o laudos arbitrales)***.

Nuestra actualidad nos muestra un marcado crecimiento de litigios en el plano internacional que, frecuentemente, plantean la necesidad de reconocer o ejecutar una decisión judicial o laudo arbitral en el extranjero.

Para que eso sea posible, se requiere un nivel mucho más intenso de asistencia. De ahí que, algunos juristas, prefieren evitar hablar de un tercer grado de cooperación y

[210] Ouro Preto, 1994.
[211] Montevideo, mayo de 1979.
[212] Denominadas por el convenio de manera indistinta como: "medidas cautelares", "medidas de seguridad" o "medidas de garantía".

deciden dar un tratamiento autónomo a una cuestión que "…*afecta de modo mucho más significativo los derechos de los justiciables y al Estado en el que se pretenda su eficacia, cuanto que a diferencia del auxilio de mero trámite, probatorio y cautelar, materializados en el libramiento de exhortos o rogatorias, la sentencia no nace usualmente con expresa vocación internacional"*[213] (Tellechea Bergman, 2002).

Debemos partir de la base que una sentencia judicial sólo tiene eficacia dentro de las fronteras internas del Estado al que pertenece el tribunal que la dictó. Por ende, para romper la regla, se deberá cumplir con ciertas pautas impuestas por cada Estado. En efecto, en DIPr se ven involucrados tanto jueces requirentes como jueces requeridos.

Además, es apropiado recordar que las sentencias pueden ser de tres tipos: 1) *declarativas*; 2) *constitutivas*; y 3) *condenatorias*. Para que las dos primeras desplieguen sus efectos, alcanza con su mero reconocimiento. En cambio, las sentencias de condena tienen que ejecutarse a través de un procedimiento denominado *exequátur* por el cual *"…la decisión extranjera alcanza a ser un título ejecutivo, pudiendo ejecutarse el contenido de la decisión extranjera"*[214] (Scotti, 2008).

Vale mencionar que un Estado puede tomar tres posturas con respecto a una sentencia extranjera: 1) determinar que goza de *pleno efecto*: con ciertos matices, es la posición que adopta la UE en virtud del principio de reconocimiento mutuo; 2) decidir que goza de *efectos parciales*, por lo que debe realizarse un procedimiento intermedio: es la postura de la República Argentina; y 3) *no reconocerle efecto alguno*, solicitando el inicio de un proceso de fondo: es la posición de los países del common law.

Como veremos a continuación, las normas de DIPr exigen diversos requisitos en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales: a) que no violente el orden público internacional del Estado requerido; b) que exista citación previa a la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión, garantizando su derecho de defensa; c) que la documentación pertinente se presente por escrito, legalizada y traducida; d) que no haya contradicción con una decisión judicial o proceso pendiente en el Estado requerido; e) que la decisión emane de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, de acuerdo a la legislación sobre jurisdicción internacional del Estado requerido; y f) que el juez que tiene jurisdicción indirecta no efectué una revisión de fondo del asunto.

[213] Eduardo Tellechea Bergman, op.cit., págs. 223/224.
[214] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 273.

Debido a la estructura federal de nuestro país, las provincias se han reservado para sí la facultad de dictar normas procesales para sus jurisdicciones. A nivel nacional, es el CPCCN el encargado de regular el tema.

El artículo 517 determina requisitos para la conversión de la sentencia extranjera en título ejecutorio en aquellos casos en que no exista fuente convencional aplicable:

"Las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan.

Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurriesen los siguientes requisitos:

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

2) Que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa.

3) Que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional.

4) Que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino.

5) Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por UN (1) tribunal argentino".

Por su parte, el artículo 518 refiere al proceso de sustanciación:

"La ejecución de la sentencia dictada por UN (1) tribunal extranjero se pedirá ante el juez de primera instancia que corresponda, acompañando su testimonio legalizado y traducido y de las actuaciones que acrediten que ha quedado ejecutoriada y que se han cumplido los demás requisitos, si no resultaren de la sentencia misma.

Para el trámite del exequátur se aplicarán las normas de los incidentes.

Si se dispusiere la ejecución, se procederá en la forma establecida para las sentencias pronunciadas por tribunales argentinos".

En la fuente convencional, el artículo 5° del Tratado de Montevideo de 1889 de Derecho Procesal Internacional establece:

"Las sentencias y fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios, tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado, si reúnen los requisitos siguientes:

a) Que la sentencia o fallo haya sido expedido por el tribunal competente en la esfera internacional.

b) Que tenga el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha expedido.

c) Que la parte contra quien se ha dictado, haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país en donde se ha seguido el juicio.

d) Que no se oponga a las leyes de orden público del país de su ejecución".

A su turno, el artículo 6° del citado tratado pauta cuál es la documentación necesaria para solicitar el cumplimiento de sentencias extranjeras o laudos arbitrales:

"Los documentos indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias y fallos arbitrales, son los siguientes:

a) Copia íntegra de la sentencia o fallo arbitral.

b) Copia de las piezas necesarias para acreditar que las partes han sido citadas.

c) Copia auténtica del auto en que se declare que la sentencia o laudo tiene el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada, y de las leyes en que dicho auto se funda"[215].

El artículo 4° de la Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I) [216] determina:

"Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por

[215] Los artículos 5° y 6° del Tratados de Montevideo de 1949 de Derecho Procesal Internacional, reproducen de forma casi idéntica tales disposiciones.
[216] Panamá, 1975.

tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales".

Respecto a las causas de su denegación, el artículo 5° de la CIDIP I expresa:

"1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a. Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia; o

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

c. Que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de las partes de sometimiento al procedimiento arbitral; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d. Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje; o

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

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

a. Que, según la ley de este Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b. Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público del mismo Estado".

De acuerdo a la segunda parte del artículo 1° de la Convención sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (CIDIP II)[217]:

"Las normas de la presente convención se aplicarán en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975".

En cuanto al marco de aplicación, el artículo 18 del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional (Mercosur)[218] indica:

"Las disposiciones del presente Capítulo serán aplicables al reconocimiento y ejecución de las sentencias y de los laudos arbitrales pronunciados en las jurisdicciones de los Estados Partes en materia civil, comercial, laboral y administrativa. Las mismas serán igualmente aplicables a las sentencias en materia de reparación de daños y restitución de bienes pronunciadas en jurisdicción penal".

Asimismo, su artículo 20 sistematiza las condiciones que las sentencias o laudos deben cumplir para tener eficacia extraterritorial:

"Las sentencias y los laudos arbitrales a que se refiere el artículo precedente tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las siguientes condiciones:

a) que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;

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

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

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

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

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

[217] Montevideo, 1979.
[218] Las Leñas, 1992.

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

Por su lado, el artículo 23 de los Acuerdos de Arbitraje Comercial del Mercosur (1998) establece que para la ejecución del laudo o sentencia arbitral extranjeros se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975; el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administración del Mercosur, aprobado por Decisión del Consejo del Mercado Común 5/92, y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo de 1979. Por lo tanto, nos remitimos a lo expuesto sobre estas convenciones[219] (Scotti, 2008).

El artículo IV de la Convención de Nueva York en materia de Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales del año 1958 prescribe:

"1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;

b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular".

Finalmente, indica el artículo V de la mencionada convención:

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

[219] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., págs. 280/281.

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

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

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

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

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

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

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la deferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

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

5. BREVE PANORAMA SOBRE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

5.1 Autocomposición y heterocomposición.

No es ninguna novedad que los tiempos procesales se alejan bastante de los tiempos que desearíamos tener y que la justicia se encuentra abarrotada de casos. Año tras año, las personas adquirimos una mayor cantidad de bienes y servicios, lo cual se refleja en una inflación de conflictos que complejiza la realidad planteada.

En los años 90, la situación de colapso en la que se encontraba la justicia por la cantidad de causas, no permitía responder a los problemas de la sociedad. A modo de ejemplo, tengamos en cuenta que en el Fuero Civil sólo se procesaba con resolución final el 10% de los casos, por lo que el congestionamiento llegaba al 90%, dicho en otros términos, cada año quedaba un 90% de insatisfechos [220] (Álvarez, Gladys; Highton, Elena; Jassan, Elías, 1996). Si observamos el Fuero Comercial, en el quinquenio 1990-1995, de 20263 expedientes se pasó a 99031. Se asignaron a cada Juzgado, 17 causas por día en promedio, es decir que, con 8 horas de trabajo para cada juez tendría que haber dictado 2 sentencias por hora para tener el despacho al día[221] (Bargiela, Ana María; Burs, María Inés, 2012).

Allí radica la importancia de los *métodos alternativos de solución de controversias*, entendidos como un "filtro protector" de la majestad de la justicia.

Por lo tanto, como variante al planteo de una controversia ante tribunales judiciales, existen medios voluntarios consistentes en resolver el conflicto por propia mano *(autocomposición)* o mediante la asistencia de terceros *(heterocomposición)*.

Dentro del primer grupo se encuentran los siguientes supuestos: a) *renuncia*: la parte perjudicada por el quebrantamiento de la norma sacrifica todo o parte de su derecho[222] (Couture, 1958); b) *desistimiento*: manifestación del actor efectuada ante el Juez, luego de iniciadas las actuaciones, en la cual se pide dejar sin efecto el expediente formado (renuncia a los actos del juicio), debiendo el magistrado –siempre que exista

[220] Gladys Álvarez, Elena Highton y Elías Jassan, "Mediación y Justicia", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 15.
[221] Ana María Bargiela y María Inés Burs, "Mediación en Argentina. Compendio de Legislación Nacional y de las Provincias. Análisis de la Ley N° 26.589 y Decreto N° 1467/2011, Ediciones del país, Buenos Aires, 2012, pág. 16.
[222] Eduardo Juan Couture, "Fundamentos del derecho procesal civil", Ediciones Depalma, 3° edición, Buenos Aires, 1958, pág. 10.

acuerdo de partes- declararlo extinguido y ordenar el archivo de la causa[223] (Fernández, 2009); c) *allanamiento*: acto del demandado en el que muestra su conformidad con la pretensión procesal interpuesta por el actor, reconociendo que debe ser estimada y que tiene como efecto, en virtud del principio dispositivo y siempre que no exceda de los límites de éste, vincular al juez a dictar una sentencia estimatoria de la pretensión[224] (Ortells Ramos, 2007); y d) *transacción*: las partes previenen o terminan un litigio, haciéndole concesiones mutuas de los propios derechos o pretensiones contrapuestas[225] (Uzal, 2016).

No obstante, suele suceder que las partes no solucionen sus litigios por sí, sino que intervenga un tercero, surgiendo los supuestos de heterocomposición. Dicha intervención puede ser más o menos *espontánea* (buenos oficios y mediación) o devenir de una *designación* (conciliación y arbitraje).

5.2 Buenos oficios y mediación.

En los *buenos oficios*, el tercero sólo sirve de medio para que las partes acerquen sus posturas. Se encarga de aconsejarlas y advertir sobre las consecuencias que podría traer consigo el litigio, pero no propone ningún tipo de solución.

Por el contrario, en la *mediación*, el tercero no sólo busca el acercamiento de las partes, sino también realiza proposiciones que las partes pueden o no aceptar.

5.3 Conciliación y arbitraje.

La *conciliación* es un procedimiento por el cual un tercero designado propone un acuerdo que necesariamente debe ser consentido por las partes. Su función es preventiva y puede llevarse a cabo por particulares o funcionarios públicos.

Su surgimiento como medio alternativo de solución de controversias, se remonta a la época de la preguerra y al campo del *comercio internacional*. En efecto, en los comienzos de la Cámara de Comercio Internacional, las partes recurrían a una *Comisión administrativa* compuesta por abogados y hombres de negocios.

---

[223] Eduardo Abel Fernández, "Manual de Derecho Procesal Civil", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 199.
[224] Manuel Ortells Ramos, "Derecho Procesal Civil", Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 451.
[225] María Elsa Uzal, op.cit., pág. 344.

Cabe sostener, en una interpretación amplia, que la expresión "comercio" ha de resultar abarcadora de las cuestiones que se plantean en las relaciones de naturaleza comercial, sean contractuales o no[226]. Se hallan comprendidas, así: cualquier operación de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdos de distribución, representación o mandato comercial, transferencias de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción a compra (leasing), construcción de obras, consultorías, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas u otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera[227] (Uzal, 2016).

Por otro lado, el *arbitraje* es una jurisdicción especial, admitida como alternativa al ejercicio de la jurisdicción a través de los órganos del propio Estado, tanto en el orden interno como en el orden internacional[228] (Uzal, 2016). El pronunciamiento resultante del mismo, se conoce como *laudo arbitral* y tiene la misma validez que una sentencia judicial.

En nuestra fuente interna, el CCCN[229] ha logrado importantes avances en la materia, incorporando un capítulo dedicado especialmente al *contrato de arbitraje*.

En ese marco, el artículo 1649 define:

"Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público".

Asimismo, el artículo 1651 aclara:

"Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias:

a) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas;

b) las cuestiones de familia;

c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores;

[226] Artículo II de la Convención de Nueva York de 1958.
[227] María Elsa Uzal, op.cit., pág. 360.
[228] María Elsa Uzal, op.cit., pág. 352.
[229] Título IV, capítulo 29: artículos 1649 a 1665.

d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto;

e) las derivadas de relaciones laborales.

Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local".

Sin perjuicio de lo expuesto, entre las "Disposiciones de Derecho Internacional Privado", el tema se ha omitido ya que el legislador entendió que la materia debe ser tratada por una ley específica.

Al momento de determinar cuándo un arbitraje es internacional, podría decirse que lo es al tratarse de una relación jurídica de naturaleza comercial entre partes residentes o domiciliadas en distintos países. No obstante, existen supuestos más completos que permiten atribuir dicho carácter.

Posiblemente, el caso más significativo esté dado por el artículo 1° inciso 3° de la Ley Modelo CNUDMI[230] sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985:

"Un arbitraje es internacional si:

a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado".

En nuestro sistema, el último criterio no sería viable *"...si con ello se pretendiese convertir en internacional, por el sólo acuerdo de las partes, cuestiones internas o domésticas, burlando la prohibición de prorrogar la jurisdicción a favor de*

[230] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

árbitros extranjeros, en asuntos que no sean de índole internacional que contiene el artículo 2605 CCCN"[231] (Uzal, 2016).

5.4 Derecho aplicable, control, reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

El característico dilema acerca del *derecho aplicable* a un proceso judicial que nos plantea el DIPr, lógicamente debe extenderse al laudo arbitral.

Los aspectos procesales pueden ser resueltos por las partes en el mismo acuerdo, pueden proceder de las reglas pautadas por alguna institución de arbitraje o pueden estar dadas por algún instrumento internacional. Si se trata de un *arbitraje institucionalizado*[232] suele aplicarse el respectivo reglamento, las normas procesales elegidas por las partes o, en su defecto, las determinadas según el criterio de los propios árbitros siguiendo ciertos principios que garanticen la igualdad entre las partes[233].

Respecto al derecho de fondo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad *material*, las partes podrán convenir e incorporar a los contratos soluciones de fondo relacionadas con el objeto de su contratación, que deberán ser observadas por los árbitros; y, en ejercicio de la autonomía de la voluntad *conflictual*, podrán elegir las normas de derecho de cierto Estado[234].

Esta última cuestión, plantea dos tipos de problemas: 1) reconocer como límites a los principios de orden público internacional del Estado en el que se quiere efectivizar el laudo o de cualquier otro con una relación preponderante; y 2) determinar si la remisión al derecho de fondo se considerará hecha al derecho material o a las normas de DIPr interno de tal Estado.

En cuanto al primer interrogante, centrándonos sobre todo en los países occidentales, la mayoría de los Estados siguen principios similares en la materia. Respecto al segundo planteo, en miras de alcanzar la certeza del derecho elegido, hay acuerdo en realizar la remisión al derecho material.

La solución mencionada, expresamente la resuelve nuestra fuente interna en el artículo 2596 del CCCN:

---

[231] María Elsa Uzal, op.cit., pág. 361.
[232] Por ejemplo: ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la American Arbitration Association o la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.
[233] Ver artículos 18, 23, 24, 25, 26 y 27 de la Ley Modelo CNUDMI.
[234] Ver artículo 28 primer párrafo de la Ley Modelo CNUDMI.

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

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

Si las partes no eligen el derecho aplicable, en virtud del artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, será determinado por el tribunal arbitral, teniendo en consideración las estipulaciones del contrato y los usos comerciales[235].

En otro orden de cosas, si bien con el arbitraje se está excluyendo a los tribunales estatales, las partes pueden recurrir a ellos *"...para llevar a buen fin la tarea arbitral, ya sea requiriendo la constitución del tribunal arbitral o, según el caso, el otorgamiento del compromiso, la designación de los árbitros, la resolución de cuestiones previas, la producción de pruebas, la decisión de medidas compulsorias o de ejecución que le están vedadas, por lo general, a los jueces arbitrales, como fijar y otorgar prórrogas de plazos, etc"*[236] (Uzal, 2016).

Esto implica que los tribunales nacionales sirven como apoyo al debido funcionamiento de la jurisdicción arbitral[237]. Realizan una *tarea de control* consistente en controlar la arbitrabilidad de las cuestiones litigiosas y preservar la regularidad del procedimiento, con la finalidad de evitar posibles futuras objeciones o desconocimientos del laudo.

En cuanto al *reconocimiento y ejecución* del laudo arbitral en el plano internacional, como complemento de todo lo visto en cuanto al tercer grado de cooperación, vale mencionar que la ONU y la OEA invitaron a que los Estados adhieran a diversos instrumentos (como la Convención de Nueva york sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958) o bien armonicen la normativa interna de acuerdo a su normativa y a la Ley Modelo. Tal invitación no tuvo demasiada aceptación en nuestro continente donde, no obstante, supo elaborarse la Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

[235] Por ejemplo: los usos del artículo 28 inciso 2 de la Ley Modelo CNUDMI.
[236] María Elsa Uzal, op.cit., pág. 375.
[237] Tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 742 del CPCCN, el juez nacional competente será el que hubiese podido conocer en la causa.

Precisamente, nuestro país es parte en los siguientes instrumentos internacionales: 1) Tratados de Derecho Procesal de Montevideo de 1889 y 1940; 2) Convención de New York de 1958; 3) Convención de Panamá de 1975; 4) Convención de Montevideo de 1979; 5) Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa; 6) Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur y Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile; y 7) los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones.

Aunque con ciertos matices, las convenciones recogen ciertos puntos observables a la hora de reconocer y ejecutar un laudo arbitral: a) sentencia dictada en virtud de compromisos o clausula compromisoria válida (artículo V párrafo I a] de la Convención de Nueva York, artículo 5° inciso 1° a] de la Convención de Panamá y artículo 36 inciso 1° a] de la Ley Modelo)[238]; b) arbitrabilidad de la cuestión (artículo V 2° párrafo de la Convención de Nueva York, artículo 5° inciso 2° a] de la Convención de Panamá y artículo 36 inciso b] i] de la Ley Modelo)[239]; c) procedencia de la jurisdicción arbitral (artículo V párrafo 1 d] de la Convención de Nueva York, artículo 5° inciso 1° c] de la Convención de Panamá y artículo 36 inciso 1° a] iiii] de la Ley Modelo)[240]; d) laudo definitivo (artículo V párrafo 1 e] de la Convención de Nueva York, artículo 3°, 4°, 5° inciso 1° e] y 6°de la Convención de Panamá y artículo 36 inciso 1° a] v] de la Ley Modelo e inciso 2°)[241]; e) que la decisión plasmada en el laudo no violente el orden público del país donde es invocada (artículo V párrafo II b] de la Convención de Nueva York, artículo 5° inciso 2° b] de la Convención de Panamá y artículo 36 inciso 1° b] ii] de la Ley Modelo)[242]; f) que, verificados los principios de legalidad del procedimiento, la sentencia no sea pasible de observaciones (artículo V párrafo I b] de la Convención de Nueva York, artículo 5° inciso 1° b] de la Convención de Panamá y artículo 36 inciso 1° a] ii] iv] de la Ley Modelo)[243]; y g) existencia, o no, de otras causas que permitan atacar la validez del laudo (artículo IV de la Convención de Nueva York, artículo VI de la Convención de Panamá y artículo 34 inciso 3° de la Ley Modelo).

[238] Receptado por artículo 519 bis del CPCCN.
[239] Receptado por artículo 519 bis del CPCCN.
[240] Receptado por artículo 519 bis del CPCCN.
[241] Receptado por artículo 519 bis del CPCCN.
[242] Receptado por artículo 519 bis del CPCCN.
[243] Receptado por artículos 517 incisos 2°, 3° y 5°, y 519 bis del CPCCN.

CAPÍTULO CUARTO: JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y DDHH: INSTITUTOS QUE BUSCAN GARANTIZAR EL ACCESO A LA JUSTICIA.

1. EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA.

1.1 Reconocimiento en nuestra fuente interna y convencional.

Inicialmente, debemos tener en cuenta que el movimiento internacional de los DDHH surge con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en París. En la Declaración, por primera vez, se establecen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos que todos los seres humanos deben gozar.

Dicho instrumento, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (y sus dos *protocolos facultativos*[244]) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, forman la denominada "Carta Internacional de Derechos Humanos".

Al pasar a ser parte en los tratados internacionales, los Estados asumen las obligaciones de respetar, proteger y realizar los DDHH. En otras palabras, se comprometen a abstenerse de interferir en su disfrute o de limitarlos; y se obligan a adoptar medidas y leyes internas compatibles con los mismos.

Ahora bien, si nos centramos precisamente en el *derecho de acceso a la justicia*, tenemos que remontarnos a la Inglaterra del año 1495 reinada por Enrique VII, donde el Parlamento supo aprobar una ley que resguardaba a los indigentes, garantizándoles el derecho de asistencia gratuita y eximiéndolos de costos judiciales en los procesos civiles radicados ante los tribunales del Common Law.

En ese sentido, son interesantes las palabras de Antonia Durán Ayago quien, al referirse a la posibilidad que cualquier persona (independientemente de su origen) pueda acceder a la justicia, afirma que: *"…supone un salto cualitativo democráticamente hablando, pues si todos somos iguales ante la ley, también iguales*

[244] Los protocolos facultativos son instrumentos adicionales a los tratados de DDHH que establecen distintos procedimientos en relación con el tratado principal, o bien, desarrollan aspectos particulares del mismo. Tienen el estatus de tratados internacionales y están abiertos a una firma y ratificación adicional por los Estados parte de tratado principal.

debemos ser en la posibilidad de hacer valer nuestros derechos ante la jurisdicción de cualquier Estado"[245] (Durán Ayago, 2011).

Nuestra Carta Magna resguarda este derecho mediante la garantía de igualdad ante la ley, la inviolabilidad de la defensa en juicio y el ejercicio de los derechos civiles para todos los extranjeros en el territorio de la Nación. De ahí que, respectivamente consagra:

Artículo 16: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

Artículo 18: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

Artículo 20: "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República".

[245] Antonia Durán Ayago, "El derecho a la asistencia jurídica gratuita en los litigios transfronterizos" en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2011, pág.2.

Además, la República Argentina ha ratificado tratados sobre DDHH que garantizan el derecho en cuestión y que tienen jerarquía constitucional en virtud del artículo 75 inciso 22 de la CN.

Seguramente, uno de los instrumentos internacionales relevantes sea la Convención Americana de Derechos Humanos. En ella, el concepto de acceso a la justicia se elabora en base a tres disposiciones.

El artículo 8, reconoce las siguientes garantías judiciales:

"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

Para Florencia Wegher Osci la enunciación de esta disposición ha sido utilizada en general para responder a cuestionamientos referidos a procedimientos penales, pero lo cierto es que nada obsta extrapolar estas reglas hacia procesos civiles y comerciales resultantes de relaciones jurídicas privadas. Más aún, argumenta que han de ser parámetros aplicables a estos procesos en tanto representan la arquitectura del debido proceso legal o derecho de defensa procesal[246] (Wegher Osci, 2018).

En adición, Pablo Larsen sostiene: *"...para la Corte para que exista debido proceso es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables (...) [siendo] el proceso un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal"*[247] (Larsen, 2016).

Por otra parte, su artículo 24 garantiza la igualdad ante la ley del siguiente modo:

"Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

Finalmente, el artículo 25 de la Convención establece los contornos de la protección judicial. En este sentido, el derecho a la tutela judicial efectiva allí consagrado exige que los jueces dirijan el proceso evitando dilaciones y

[246] Florencia Soledad Wegher Osci, "Acceso a la justicia: la igualdad de trato procesal en el derecho internacional privado argentino consagrada en la reforma del Código Civil y Comercial" en www.pensamientocivil.com.ar, enviado el 11 de diciembre de 2018.
[247] Pablo Larsen, "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comentario al art. 8° CIDH", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pág. 192.

entorpecimientos indebidos que frustren la protección judicial perseguida por las partes en un litigio[248] (Wegher Osci, 2018):

"1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

Por su lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos indica:

Artículo 10: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

Artículo 11: "1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

[248] Florencia Soledad Wegher Osci, op.cit.

En similar lineamiento, el artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre refiere al derecho de justicia de la siguiente manera:

"Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

Tengamos en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado en varias ocasiones los alcances de estas disposiciones y se ha pronunciado en numerosos fallos acerca del derecho de acceso a la justicia. A modo de ejemplo, en el caso "Cantos vs. Argentina" del año 2002, supo expresar que *"...para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales"*.

1.2 Reconocimiento en derecho comparado: el caso europeo.

Tomando como referencia las normas europeas fundamentales en materia de DDHH, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la Secretaría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han elaborado un "Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia".

En su prólogo, el Director General de Derechos Humanos y Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa Philippe Boillat y el Director de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea Michael O'Flaherty adelantan que la obra resume los principios jurídicos europeos fundamentales en el ámbito del derecho de acceso a la justicia. Su objetivo es dar a conocer la normativa adoptada por la Unión Europea y por el Consejo de Europa, especialmente a través de la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Este manual tiene por objeto servir como guía práctica para los jueces, fiscales y profesionales del Derecho que intervienen en litigios en la UE y en los Estados miembros del Consejo de Europa. También será de utilidad para las organizaciones no gubernamentales y otros entes que

ayudan a las víctimas a obtener acceso a la justicia[249] (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Cosejo de Europa, 2016)

Allí, las mencionadas organizaciones resuelven que *"…el concepto de acceso a la justicia obliga a los Estados a garantizar a todas las personas el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales —o, en algunas circunstancias, a otro órgano de resolución alternativa de conflictos— para interponer una demanda si se han vulnerado sus derechos. Es por tanto un derecho que también permite a las personas hacer valer otros derechos"*[250].

Asimismo, agregan que el derecho en cuestión comprende varios DDHH fundamentales recogidos tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según la interpretación del TEDH y el TJUE, respectivamente: el *derecho a un proceso equitativo* y a una *tutela judicial efectiva*.

De acuerdo a lo expresado, el CEDH precisa:

Artículo 6- Derecho a un proceso equitativo: "1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan 10 11 o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

[249] *"Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia",* elaborado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la Secretaría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016, pág. 3.
[250] *"Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia"*, op. cit., pág. 16.

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia".

Artículo 13- Derecho a un recurso efectivo: "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".

A su vez, el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone:

Artículo 47- Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial:"Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia".

Tengamos en cuenta que el derecho a un proceso "equitativo" incluye: a) el derecho a la *igualdad de armas*: consiste en asegurar que cada una de las partes tenga una oportunidad razonable de defender sus derechos en condiciones que no sean

desfavorables para ninguna de ella[251]; b) el derecho a *procedimientos contradictorios*[252]: implica el derecho a tener conocimiento y realizar comentarios sobre todas las pruebas presentadas para influir en la decisión del tribunal[253], el derecho a tener tiempo suficiente para familiarizarse con las pruebas presentadas ante el tribunal[254] y el derecho a presentar pruebas[255]; c) el derecho a una *resolución motivada:* significa que se ha oído una causa debidamente y permite a las partes interponer un recurso apropiado y efectivo[256] [257]; y d) el derecho a que se *ejecuten las sentencias firmes*.

Por otro lado, obviando que el Convenio y la Carta no definen el concepto "recurso", el hecho que el mismo sea "efectivo" no depende de la certidumbre de un resultado favorable[258]. Por el contrario, la efectividad del recurso se encuentra supeditada a su accesibilidad, capacidad para obtener la reparación de las reclamaciones y ofrecimiento de perspectivas razonables de éxito[259].

Lo cierto es que estos derechos no son absolutos, sino que pueden limitarse bajo ciertas condiciones. En efecto, el TEDH observa tres cuestiones fundamentales en relación a la legalidad de una restricción: 1) que tenga un objetivo legítimo; 2) que tenga proporcionalidad; y 3) que respete la propia esencia del derecho[260].

Si bien pueden mencionarse múltiples ejemplos de restricciones, unas de las más comunes y de las que mayor relación guarda con la inconsistencia trabajada, tiene que ver con las "tasas y costas judiciales". Aunque las mismas son compatibles con la buena administración de justicia, en caso de ser muy elevadas, limitarían el acceso a la justicia, constituyendo un verdadero escollo para los litigantes. En virtud de ello, el TEDH ha sostenido que las tasas siempre deben valorarse en función a las circunstancias concretas del caso[261].

---

[251] *"Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia"*, op. cit., pág. 45.
[252] TEDH., Caso "Ruiz-Mateos c. España", 23/06/1993, apdo. 63: *"...el principio de igualdad de armas es tan solo uno de los elementos del concepto general de proceso equitativo, que también incluye el derecho fundamental de que los procedimientos sean contradictorios"*.
[253] TEDH., Caso "Vermeulen c. Bélgica", 20/02/1996, apdo. 33.
[254] TEDH., Caso "Krčmář y otros c. República Checa", 3/03/2000, apdo. 42.
[255] TEDH., Caso "Clinique des Acacias y otros c. Francia", 13/10!2005, apdo. 37.
[256] *"Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia"*, op. cit., pág. 49.
[257] TEDH., Caso "Hadjianastassiou c. Grecia", 16/12/1992, apdo. 33.
[258] TEDH., Caso "Costello-Roberts c. Reino Unido", 25/03/1993, apdo. 40.
[259] TEDH., Caso "Vučković y otros c. Serbia",25/03/2014, apdos. 71 y 74
[260] Al respecto, puede verse TEDH., Caso "Kijewska c. Polonia", 6/09/2007, apdo. 46; Caso "Ashingdane c. Reino Unido" 28/05/1985, apdo. 57; Caso "Harrison Mckee c. Hungría", 3/06/2014; Caso "A. c. Reino Unido" (n.º 35373/97), 17/12/2002, apdo. 77.
[261] TEDH., Caso "Stankov c. Bulgaria", 12/07/2007.

Otra restricción habitual suele estar dada por los "formalismos excesivos"[262], es decir, por *"...una interpretación particularmente estricta de las normas procesales que puede privar al demandante de su derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales"*[263].

De ahí que, en vías de garantizar un goce efectivo de este derecho, las organizaciones nombradas sugieren como "prácticas prometedoras"[264] reducir costes y formalismos excesivos. A modo de ejemplo, mencionan el servicio *Money Claim Online* del Reino Unido, para procedimientos inferiores a cien mil libras esterlinas presentados contra personas domiciliadas en Inglaterra o Gales; y la *Carta de los clientes* del Tribunal Administrativo de Yambol (Bulgaria), como un compromiso del tribunal por escrito de presentar sus servicios en un estilo comprensible, abierto y preciso.

1.3 <u>Algunas consideraciones</u>.

Como he mencionado en varias oportunidades, los efectos de *globalización* han hecho mella en diversos espacios de la vida social, transformando las formas de relacionamiento entre las personas. No es noticia que dicho fenómeno ha agilizado el flujo de las comunicaciones, al tiempo que la integración regional acrecentó exponencialmente el intercambio poblacional entre Estados que pertenecen a una misma región facilitando las mezclas culturales.

En ese marco, los individuos comenzaron a interesarse en la protección de los DDHH desde una óptica mucho más extensa e integral; y a exigir que esas garantías se extiendan más allá de la esfera interna. Como expresa María del Pilar García Martínez: *"La evolución de la regionalización trajo, además, el interés por la exaltación y el respeto de los derechos humanos en los sistemas democráticos. La preservación de los estándares de derechos garantizados en cada país se convirtió en requisito de admisibilidad a la hora de integrar un mismo grupo de intereses. Este compromiso irradia sus efectos sobre la población, que se identifica con esquemas jurídicos de acceso a la igualdad ante la ley más allá de su situación geográfica…"*[265].

---

[262] Ver TEDH., Caso "Poirot c. Francia", 15/12/ 2011.
[263] *"Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia"*, op. cit., pág. 132.
[264] Iniciativas que pueden favorecer el acceso a la justicia a corto o largo plazo.
[265] María del Pilar García Martínez, en "Derechos fundamentales, Estados e Integración. El lugar de la persona, el Estado y el Derecho en los bloques regionales y sus territorios", Editorial Thomson Reuters –

Estas mutaciones ocurridas en el seno de la sociedad inciden muy especialmente en las estructuras de mercado y en las diferentes formas en que los actores del sector privado se vinculan; como consecuencia es menester atender a un conjunto de situaciones que se encuentran atravesadas por este fenómeno político-económico- social global y por una fuerte y creciente presencia de la influencia de los DDHH en el campo del derecho privado[266] (Wegher Osci, 2018).

En definitiva, resulta evidente que los DDHH y la jerarquía constitucional que los tratados sobre la materia tienen en nuestro país, han transformado el derecho en general[267]. Consecuentemente, las cuestiones procesales vinculadas a la jurisdicción internacional no se encuentran ajenas, sino que también se han visto transformadas.

Lo expuesto puede evidenciarse a través de los tres institutos que constituyen el eje central de este capítulo final y se desarrollarán a continuación.

2. PRIMER INSTITUTO: COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL.

Como el tema fue analizado y justificado en el capítulo anterior, me limitaré únicamente a plasmar una idea que considero importante y que sirve como complemento de lo ya mencionado.

La consagración de la asistencia internacional como deber en las diversas fuentes, tan sólo da fuerza obligatoria a gestos estatales que deberían ser espontáneos. Aquellos Estados que desempeñan *relaciones de amistad y cooperación*, no hacen otra cosa más que traducir esa idea de "justicia" que siempre ha perseguido y reivindicado el derecho en general (y el DIPr, en particular).

Cuando un juez colabora con su par en el extranjero para llevar adelante medidas de mero trámite, la obtención y recepción de medios probatorios, medidas cautelares, o el reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos; está garantizando el acceso a la justicia más allá de las fronteras nacionales.

La ley, Buenos aires, 2014, pág. 18. (Liszczynski, Mariano; Equipo Docente y de Investigación ICNDH FD-UBA, 2014).

[266] Florencia Soledad Wegher Osci, op.cit.

[267] *"Sin duda, los Derechos Humanos ejercen una doble función en todo el derecho privado. Por una parte, provocan una modificación estructural en el interior del ordenamiento jurídico, obligando a la derogación o a la reforma de las normas contrarias a su letra o a su espíritu en un despliegue dinámico que afecta el corazón del sistema nacional".* María Susana Najurieta, "La responsabilidad por daños en casos multinacionales no contractuales. Desafíos y soluciones del sistema de derecho internacional privado de fuente interna" en Revista Lecciones y ensayos N° 96, Facultad de Derecho (UBA), pág. 91. (Najurieta)

De ahí que, Fernández Arrollo sostiene que el deber de cooperación es una consecuencia lógica e inevitable del *principio de igualdad de trato*, dado que la no cooperación injustificada de las autoridades de un Estado puede significar un obstáculo insalvable y fatal para el ejercicio del derecho de acceso a la justicia[268] (Rivera, Julio César; Medina, Graciela, 2014).

3. SEGUNDO INSTITUTO: FORO DE NECESIDAD.

Como principio general, la jurisdicción argentina para entender en un caso iusprivatista internacional debe derivar siempre de una norma de competencia cuyo foro se localiza en el territorio nacional. Excepcionalmente y a fin de evitar la *denegación internacional de justicia*, el Estado puede avocarse al conocimiento del caso siempre que el mismo presente un mínimo de contacto con la Nación y se garantice la tutela efectiva de todas las partes[269] (Lorenzetti, 2015).

Cuando se presentan casos en los cuales se puede llegar a lesionar de manera grave DDHH fundamentales, los Estados pueden decidir de manera unilateral arrogarse jurisdicción y permitir a sus jueces el dictado, por ejemplo, de medidas urgentes; desde esta perspectiva y teniendo fundamentalmente en cuenta el *principio de defensa*, los tribunales de un país pueden abrir su jurisdicción a fin de que los derechos sustanciales del actor no queden privados de tutela ante la posibilidad de que se produzca una *denegación internacional de justicia*[270] (All, 2005).

Por ende, el denominado *forum neccesitatis* se produce cuando un juez argentino, sin tener competencia en el caso, la asume porque de lo contrario se estaría violentando el derecho de defensa en juicio o el derecho de acceso a la justicia.

La regulación de este foro de excepción proviene del artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras de 1984[271] (no ratificado por Argentina)

"Se considerará también satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional si, a criterio del órgano jurisdiccional del Estado Parte donde deba surtir

[268] Diego P. Fernández Arroyo en Julio César Rivera y Graciela Medina, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2014, pág. 827.
[269] Adriana Dreyzin De Klor en Ricardo Luis Lorenzetti, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Editorial Rubinzal-Culzoni, Tomo XI, Buenos Aires, 2015, pág. 514.
[270] Paula All, "Las Normas de Jurisdicción Internacional…".
[271] CIDIP III: La Paz, 1984.

efectos, el órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia asumió competencia para evitar denegación de justicia por no existir órgano jurisdiccional competente".

En nuestra fuente interna, el CC no contemplaba este instituto, sino que fue introducido por la CSJN en el año 1960 a través del "Caso Cavura de Vlasov c/ Alejando Vlasov s/ Divorcio y separación de bienes": en dicha ocasión, la actora demandó ante los tribunales argentinos y el demandado opuso excepción de incompetencia alegando que su domicilio estaba en Génova. En efecto, el artículo 104 de la ley N° 2393 de matrimonio civil consideraba con jurisdicción a los jueces del domicilio conyugal, al tiempo que el artículo 90 inciso 9° del CC fijaba que la mujer casada tenía el domicilio del marido. Si bien el juez de primera instancia rechazó la excepción, la Cámara de Apelaciones declaró la incompetencia de los jueces argentinos. Finalmente, la Corte consideró que los tribunales argentinos tenían jurisdicción, fundamentando su decisión en la necesidad de cumplir con la garantía de defensa en juicio, evitando una probable denegación internacional de justicia. A tales fines concluyeron que el "último domicilio conyugal" debía ser entendido como *"el último lugar de efectiva convivencia indiscutida de los cónyuges…"*[272].

Tomando como punto de partida las cuestiones mencionadas, el artículo 2603 del CCCN regula expresamente el foro de necesidad:

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

Como puede observarse, el artículo pauta una serie de requisitos que deben ser interpretados de manera restrictiva, ya que *"…el riesgo de la aceptación generalizada del foro de necesidad, como regla o principio conlleva el peligro de caer en la admisión indiscriminada de la jurisdicción, es decir, en un foro exorbitante"*[273] (Scotti, 2008).

[272] Estas ideas fueron excelentemente reproducidas por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Isidro en el Caso Müller (31/08/2000); y por la Cámara Nacional de Apelaciones Civil (Sala K) en el Caso Talevi (26/04/2006).
[273] Luciana Beatriz Scotti, op.cit., pág. 213.

4. TERCER INSTITUTO: PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO.

4.1 La excepción de arraigo: antecedentes y sistema receptado por el artículo 348 del CPCCN.

El instituto del *arraigo* proviene de la *caution judicatum solvi* del derecho romano, donde era considerado como una caución aplicada al demandante como garantía de los costes que podría ocasionar al demandado la prosecución de una acción temeraria.

Posteriormente, la figura se trasladó a Francia, donde se lo contempló como una garantía que debían dar las partes para remediar los posibles daños suscitados durante el proceso o por acciones temerarias de alguno de ellos.

La idea permaneció bajo tratamiento durante la Edad Media, mas se incorporó como punto determinante que su exigencia sólo era viable en caso de mediar una razón legítima para considerar que el actor pudiese sustraerse a las consecuencias desfavorables de una instancia generada por su persona. En ese contexto, tomó importancia la condición de extranjero, ya que la misma permitía evitar las consecuencia planteadas en relación a los demandados locales.

Lentamente, fue engendrándose un principio mediante el cual esta garantía se aplicaba únicamente a los demandantes extranjeros, salvo perfecta honorabilidad o privilegio especial[274]. En contraposición, el *derecho canónico* comenzó a bregar por la imposición de los principios de universalidad e igualdad.

En la actualidad, nuestro derecho la considera una limitación práctica al ejercicio por parte de las personas domiciliadas en el extranjero en su calidad de actores en un proceso del acceso a la jurisdicción ante los tribunales nacionales, ya que implica la necesidad de ofrecer una caución a fin de poder entablar la demanda[275] (Lorenzetti, 2015).

---

[274] *"En Francia en el siglo XVI, Bacquet, en su Tratado del Derecho de la Aubana, Sentó el concepto de que el extranjero no tenía el libre acceso a los tribunales franceses, sino prestando la cautio judicatum solvi, de la que estaban exentos los franceses como un privilegio absoluto, especial, de nacionalidad. También la justificó como una medida de retorsión, ante el tratamiento que se hubiera hecho sufrir a los franceses en el extranjero. La idea ganó terreno en Francia y la caución aparece como una manifestación de la incapacidad del extranjero en el dominio del derecho privado y fue desapareciendo como regla como garantía del derecho común".* María Esa Uzal, op.cit., pág. 265.

[275] Adriana Dreyzin De Klor en Ricardo Luis Lorenzetti, op. cit., pág. 534.

Respecto a su procedencia, es apropiado mencionar que en derecho comparado se han contemplado dos sistemas en cuanto al elemento extranjero a considerar: 1) la falta de domicilio en el país, independientemente de la nacionalidad de la persona[276]; y 2) el carácter de extranjero del demandante[277].

El artículo 348 del CPCCN enlista al arraigo como una excepción procesal[278], receptando el primer sistema:

"Si el demandante no tuviere domicilio ni bienes inmuebles en la República, será también excepción previa la del arraigo por las responsabilidades inherentes a la demanda"[279].

Al analizar la norma, Guillermo Argerich destaca algunos aspectos que deben tenerse en cuenta: 1) no todas las personas domiciliadas en el extranjero deberán cumplimentar la caución mencionada, sino solo aquellos que no posean bienes inmuebles en la Argentina; 2) la jurisprudencia ha entendido que "domiciliado" se refiere a todo sujeto de derecho, es decir tanto a las personas físicas como a las jurídicas; 3) su admisibilidad se encuentra supeditada a la circunstancia de que el actor tenga su domicilio actual y efectivo fuera de la República, no bastando la ausencia accidental, temporaria o periódica; y 4) puede revestir cualquiera de las formas de garantía conocidas por el derecho[280] (Argerich, 1996).

4.2 Supresión del arraigo por los instrumentos internacionales.

La relevancia que tienen los DDHH en el plano internacional y la preocupación de los organismos internacionales por garantizar el cumplimiento de los mismos, se ha

[276] Sistema que siguen Reino Unido y Estados Unidos, entre otros.
[277] Sistema que siguen Alemania, España y Francia (este último país antes de la reforma efectuada en el año 1972.
[278] *"Aunque el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación enumera en sus arts. 346-348 diversas excepciones previas, es preciso aclarar que el uso de dicha expresión responde más que a un criterio técnico estricto, al hecho de contar con mayor arraigo en el lenguaje y las costumbres judiciales. En rigor, a todas esas llamadas excepciones les corresponde, genéricamente, el nombre de defensas, pues aquellas que no implican el aporte de nuevas circunstancias, de hecho, distintas a las invocadas por el actor, constituyen negaciones",* Lino Palacio, op. cit.
[279] Lo propio hacen los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de las provincias de Buenos Aires (artículo 346), Chaco (artículo 326), Chubut (artículo 351), Córdoba (artículo 185), Corrientes (artículo 348), Entre Ríos (artículo 334), Formosa (artículo 345), La Pampa (artículo 330), La Rioja (artículo 178), Mendoza (artículo 173), Misiones (artículo 348), Neuquén (artículo 348), Río Negro (artículo 348), Salta (artículo 348), San Juan (artículo 310), San Luis (artículo 348), Santa Cruz (artículo 325), Santiago del Estero (artículo 340) y Tucumán (artículo 288).
[280] Guillermo Argerich, "El arraigo y su supresión por los tratados internacionales", Editorial La Ley, Tomo Doctrina Judicial, N° 2, 1996.

traducido en múltiples instrumentos internacionales tendientes a efectivizar la *igualdad procesal* y el *acceso a justicia*.

En ese contexto, existen tratados internacionales que nos vinculan con otros países y que *"...fustigan la imposición de cargas económicas en el proceso a la imposición de cargas económicas en el proceso a extranjeros o no residentes, dispensándolos de la cautio iudicatum solvi. Se garantiza con ello, el acceso igualitario a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses"*[281] (Wegher Osci, 2018).

En el plano de los tratados multilaterales, la República Argentina ha ratificado la Convención de La Haya sobre Procedimiento Civil del 1 de marzo de 1954[282], la cual regula el instituto en los artículos 17 y 18:

Artículo 17: "No podrá serles impuesta ninguna caución o depósito, por su condición de extranjeros o por falta de domicilio o de residencia en el país a los nacionales de uno de los Estados contratantes que tengan su domicilio en uno de dichos Estados y que sean demandantes o parte ante los tribunales de otro de estos Estados.

La misma regla se aplicará al pago exigible a los demandantes o las partes intervinientes, para garantizar las costas judiciales.

Continuarán aplicándose las convenciones por las cuales los Estados contratantes hayan estipulado para sus nacionales, la eximición de la caución "judicatum solvi" o del pago de las costas judiciales sin la condición del domicilio".

Artículo 18: "Los fallos obligando a pagar las costas y los gastos de proceso, dictados en uno de los Estados contratantes contra el demandante o la parte interviniente eximida de la caución, el depósito o el pago en virtud del Artículo 17, Párrafos 1 y 2 o de la legislación del Estado en el cual la acción haya sido entablada, cuando sea solicitado por vía diplomática serán convertidos en gratuitamente ejecutorios por autoridad competente de los otros Estados contratantes.

La misma regla se aplicará a las decisiones judiciales mediante las cuales se fije con posterioridad el importe de las costas procesales.

Las disposiciones precedentes se establecen sin perjuicio de que dos Estados contratantes puedan ponerse de acuerdo para permitir que el pedido de "exequátur" pueda también ser hecho directamente por la parte interesada".

[281] Florencia Soledad Wegher Osci, op.cit.
[282] Aprobado por Ley 23502. Con vigencia para nuestro país desde el 9 de julio de 1988.

En la esfera del Mercosur, contamos con el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa[283], cuyo "Capítulo III: Igualdad de Trato Procesal" determina:

Artículo 3: "Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses.

El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes".

Artículo 4: "Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte.

El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes".

Asimismo, se ha eliminado el instituto en cuestión mediante tratados bilaterales celebrados con Brasil, Italia y Uruguay. Respectivamente, encontramos los siguientes instrumentos: Acuerdo sobre Cooperación en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del 20 de agosto de 1991[284] (artículos 27 y 28); Convención de Asistencia Judicial y de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia Civil del 9 de diciembre de 1987[285] (artículos 3 y 5); y Convenio sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos con la República Oriental del Uruguay del 20 de noviembre de 1980[286] (artículo 1).

Se observa que algunos instrumentos en materias específicas, también suprimen el instituto de la cautio iudicatum solvi.

En ese marco, el artículo 22 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores[287] precisa:

[283] Aprobado por Ley 24578, con vigencia provisional desde el 27 de junio de 1992.
[284] Brasilia. Aprobado por Ley 24108.
[285] Roma. Aprobado por Ley 23720.
[286] Buenos Aires. Aprobado por Ley 22410.
[287] Aprobada por Ley 23857.

"No podrá exigirse ninguna fianza ni depósito, cualquiera que sea la designación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio".

El artículo 14 de la Convención Interamericana sobre las Obligaciones Alimentarias[288] consagra:

"Ningún tipo de caución será exigible al acreedor de alimentos por la circunstancia de poseer nacionalidad extranjera, o tener su domicilio o residencia habitual en otro Estado.

El beneficio de pobreza declarado a favor del acreedor en el Estado Parte donde hubiere ejercido su reclamación, será reconocido en el Estado Parte donde se hiciere efectivo el reconocimiento o la ejecución. Los Estados Parte se comprometen a prestar asistencia judicial gratuita a las personas que gocen del beneficio de pobreza".

El artículo 9 la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos[289] aclara:

"1. En los procedimientos regidos por esta Convención los demandantes gozarán del mismo trato y de las mismas exenciones de gastos y costas otorgadas por la ley del Estado en que se efectúe el procedimiento a sus nacionales o a sus residentes.

2. No podrá imponerse a los demandantes, por su condición de extranjeros o por carecer de residencia, caución, pago o depósito alguno para garantizar el pago de costas o cualquier otro cargo.

3. Las Autoridades Remitentes y las Instituciones Intermediarias no percibirán remuneración de ninguna clase por los servicios prestados de conformidad con esta Convención".

Todos estos instrumentos, dentro del marco del auxilio judicial internacional, adquieren una extraordinaria relevancia jurídica actual. La aplicación de alguno de estos tratados excluye cualquier solución de derecho interno que discrimine respecto de la aptitud del litigante domiciliado o nacional del otro Estado contratante[290] (Argerich, 1996).

[288] Aprobada por Ley 25593.
[289] Aprobada por Ley 17156.
[290] Guillermo Argerich, op.cit.

4.3 <u>El principio de igualdad de trato del artículo 2610 del CCCN y su colisión con el artículo 348 del CPCCN</u>.

En sintonía con los mandatos de nuestra Ley Fundamental y las disposiciones internacionales que garantizan el derecho de acceso a la justicia; en concordancia con los instrumentos internacionales que acabamos de precisar; y de acuerdo con el espíritu igualitario e inclusivo que inspiró la reforma, el CCCN ha incorporado un principio que *"…asegura a las personas físicas, ciudadanos o residentes permanentes de un Estado extranjero actuante ante tribunales de otro, el libre acceso a la jurisdicción en nuestro país para la defensa de sus derechos en igualdad de condiciones con aquellas pertenecientes al foro"*[291] (Scotti, 2008).

En efecto, el nuevo Código se muestra como novedoso al receptar de forma positiva la *igualdad de trato* en su artículo 2610:

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

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

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

Vale aclarar que, la falta de adecuación de los códigos procesales provinciales y de Nación, ha generado el sostenimiento de inconsistencias entre la regulación de fondo y la procesal. Y si bien no son pocos los supuestos que pueden encontrarse al respecto[292], lo cierto es que la contradicción que a nosotros nos convoca es la suscitada entre los artículos 2610 del CCCN y 348 del CPCCN.

En vías de resolver cuál es el tipo de inconsistencia normativa dado entre ambos artículos, debemos recordar que, tomando como criterio el ámbito de aplicación de las normas y siguiendo la temática de Alf Ross, las mismas pueden clasificarse en: a) *total-total;* b) *total-parcial*; y c) *parcial-parcial*.

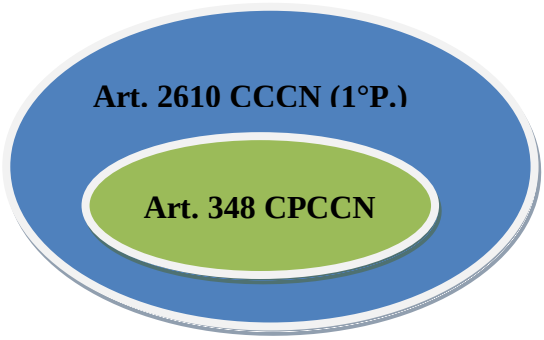
[291] Luciana Beatriz Scotti, op.ciy., pág. 191.

[292] Por ejemplo: como vimos el artículo 2605 del CCCN regula el acuerdo de elección de foro, pero el artículo 1 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe prohíbe el ejercicio de esta facultad.

Si comenzamos poniendo el foco en el artículo del CCCN, nos encontramos con que este se compone de tres párrafos: 1) el primero, de carácter general, garantiza el libre acceso a la jurisdicción para los ciudadanos y residentes permanentes en el extranjero, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina; 2) el segundo, de índole particular, prohíbe la imposición de caución o depósito en razón de la calidad de ciudadano o residente en otro Estado; y 3) el tercero, simplemente extiende la aplicación del principio a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero.

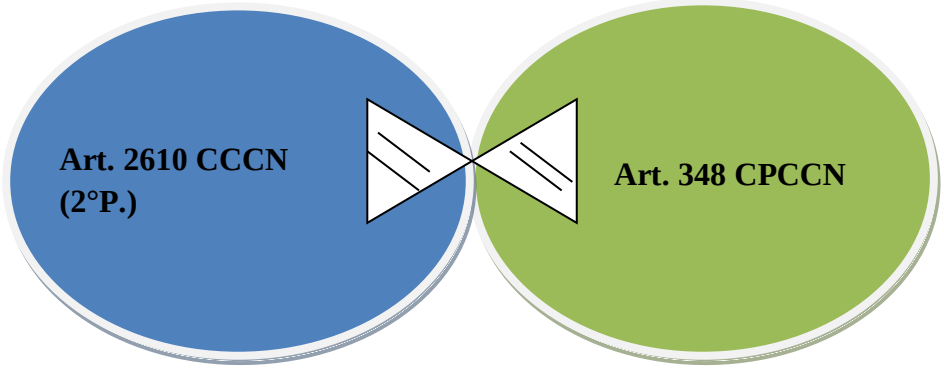
Del otro lado, la disposición del CPCCN impone la excepción de arraigo para el demandante que no tuviere domicilio ni bienes inmuebles en la República.

En primer lugar, al enfrentar el primer párrafo del artículo 2610 del CCCN con el artículo 348 del CPCCN, observamos que la norma del CCCN tiene un ámbito de aplicación más amplio e incluye a la disposición del CPCCN cuyo ámbito de aplicación es más específico.



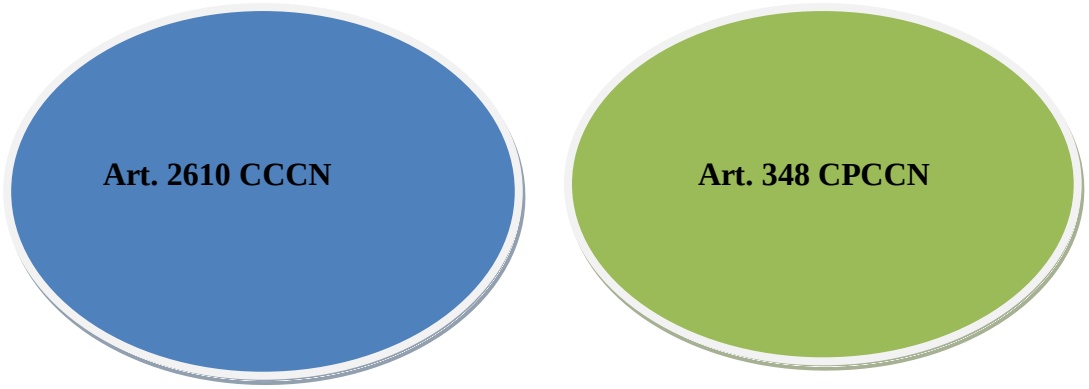
En virtud de ello, la inconsistencia es *total-parcial* y puede diagramarse como dos círculos concéntricos, uno de los cuales se halla dentro del otro.

Si decidimos hacer lo propio con el segundo párrafo del artículo 2610 del CCCN, vislumbramos que los ámbitos de aplicación de ambas normas son coincidentes y se encuentran totalmente superpuestos.



Consecuentemente, esta inconsistencia *total-total* puede graficarse como dos círculos absolutamente superpuestos.

Por último, si enfrentamos el tercer párrafo del artículo 2610 del CCCN con el artículo 348 del CPCCN, podemos notar que los supuestos de colisión son menores ya que cada norma tiene un ámbito de aplicación propio.



Dicha inconsistencia, que es *parcial-parcial*, queda representada a través de dos círculos secantes.

4.4 Tratamiento jurisprudencial anterior y posterior a la entrada en vigencia del CCCN.

Lógicamente, la inconsistencia normativa tratada dio lugar a un amplio tratamiento jurisprudencial.

No obstante, tengamos en cuenta que, aún con anterioridad a la entrada en vigencia del CCCN, la jurisprudencia ya sostenía la importancia de interpretar la excepción de modo restrictivo, como táctica para garantizar el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva[293]. De este modo, los tribunales venían adoptando un criterio expresado incluso por aquellos autores que no conciben la inconstitucionalidad del arraigo[294].

En aquellos casos donde ha habido fuente convencional aplicable, se trate de la Convención de La Haya[295] o el Protocolo de Las Leñas[296], el panorama es bastante

[293] Caso "Palmeiro Guillermo Cesar c/Parador Norte S.A. s/ medidas precautorias", Cámara Nacional de Comercio, 6/8/2013.
[294] *"El arraigo no es inconstitucional, pues no afecta la garantía de la defensa en juicio ni viola la igualdad de las partes, puesto que tiene por objeto proteger al accionado de la demanda temeraria de quien puede luego eludir su responsabilidad por no tener su domicilio ni bienes en la república, ello sin dejar de tener en cuenta que su aceptación debe ser apreciada en forma restrictiva, lo cual supone que la posibilidad cierta de recurrir a la justicia no se vea desvirtuada por fines económicos".* Santiago Carlos Fassi y Alberto Luis Maurino, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes", Editorial Astrea, Tomo 3, Buenos Aires, 2001, pág. 323. (Fassi, Santiago Carlos; Maurino, Alberto Luis, 2001)
[295] Por ejemplo: CNCiv., Sala F, Caso "Kohnke, Otto c. Knapp, Eugenio s/ sucesión", 27/02/1992.
[296] Por ejemplo: CNCom., Sala B, Caso "Inversora Celisur S.A. c. Salto 96 S.A. y otros s/ ordinario", 17/04/2009.

claro: los tribunales se han inclinado por desestimar el pedido de la excepción, señalando la desigualdad que este instituto implica para aquellas personas que requieren justicia ante tribunales nacionales, sin residir ni tener bienes en el país.

A modo de ejemplo, la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, expresó: *"Esta Cámara ha tenido oportunidad de aplicar la norma examinada en numerosos casos similares, en donde se ha rechazado la excepción de arraigo y declarado improcedente la aplicación del art. 348, CPCCN, por tratarse de personas jurídicas de derecho extranjero domiciliadas en Estados obligados por la Convención de La Haya (...)A lo manifestado, y en atención al argumento expuesto por el recurrente respecto de la falta de bienes, cabe agregar que esta sala ha decidido que la obligación de arraigar surge de la carencia de domicilio o de bienes inmuebles, y que no cabe imponer caución o depósito en el supuesto previsto por el mencionado art. 17 de la Convención aprobada por la ley 23502. Esto es, por su condición de extranjeros o por falta de domicilio o residencia en el país a los nacionales de uno de los Estados contratantes que tengan su domicilio en uno de dichos Estados y que sean demandantes o partes ante los tribunales de otro de estos Estados"*[297].

Contrariamente, ante la inexistencia de instrumento internacional aplicable, la jurisprudencia no ha sido uniforme. Algunos jueces se apoyaron en los lineamientos internacionales, mientras que otros han defendido la inexistencia de actos de discriminación.

Ante esta dicotomía, se recurrió al mencionado criterio de interpretación restrictiva, con el fin de lograr cierta paridad. Siguiendo esa línea, se decidió no acoger la excepción del arraigo, entre otros casos[298]: 1) cuando el demandante no tuviese otra alternativa más que requerir justicia ante los tribunales nacionales (por supuestos de jurisdicción exclusiva argentina, fuero de atracción o acuerdo de elección del foro); 2) cuando no se acredite alguno de los elementos constitutivos de la excepción (inexistencia de bienes inmuebles y ausencia de domicilio en el país)[299]; 3) cuando la propia ley exime de la caución al actor (por ejemplo, al mediar beneficio de litigar sin

[297] CNCiv. Y Com. Fed., sala I, Caso "Novartis A.G. c. Laboratorios Richmond S.A.C.I.yF.", 19/06/2008.
[298] Los supuestos mencionados pueden verse en Florencia Soledad Wegher Osci, op.cit. y Guillermo Argerich, op.cit.
[299] *"Resulta procedente la excepción de arraigo interpuesta por la demandada, toda vez que el domicilio social inscripto por la sociedad extranjera actora a los fines de establecer en nuestro país una sucursal, no satisface el recaudo contemplado en el artículo 348 del CPCCN, toda vez que aquel no constituyó el asiento de sus negocios"*. CNCom, Sala C, Caso "Old Manila Corp. c. Asociación del Fútbol Argentino", 07/08/2007.

gastos)[300]; 4) cuando se trate de un pedido de quiebra[301]; 5) cuando el acreedor solicite la verificación de su crédito en un concurso preventivo[302]; 6) cuando se trate de un proceso de alimentos, penal, incidental, juicios sumarísimos o ejecutivos; 7) cuando el tribunal interprete la tendencia global hacía la eliminación[303].

Con la llegada del CCCN, la jurisprudencia inició un camino hacia la articulación entre la nueva normativa y la ya vigente.

En esa búsqueda, por lo general, los tribunales sostuvieron el desplazamiento de la norma procesal ante el artículo 2610 del CCCN. Sin embargo, se han dado ciertas diferencias que guardan relación con las particularidades del caso (allanamiento o falta de apelación de los demandantes) o por una mera valoración judicial (el entendimiento que el artículo 348 del CPCCN no ha sido desplazado).

La Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, fue la primera que se pronunció luego de la reforma. En consecuencia, el 19 de septiembre de 2015 reconoció: *"Gozando los extranjeros de los mismos derechos que los nacionales deben tener un acceso igualmente fácil a los tribunales en demanda de justicia. La administración de justicia no es una prerrogativa del soberano ni un privilegio del nacional; es por el contrario, una garantía de la persona y un deber del Estado fundado además en su interés público en mantener el orden y la tranquilidad sociales por tano no corresponde negarle o coartar la administración de justicia del extranjero o someterla a requisitos especiales (...)el sistema cautelar garantizador que había creado el Código Procesal nacional, y desde luego los provinciales que siguieron esa concepción, quedaría implícitamente derogado de sancionarse como ley el Proyecto de unificación (...) En consecuencia, este impedimento de acceso directo a la justicia en virtud del carácter de ciudadano o residente permanente en otro Estado, debe*

[300] *"El inicio de un beneficio de litigar sin gastos torna improcedente la petición de arraigo porque de lo contrario se exigiría una garantía que no procede respecto de una persona domiciliada en el país y que acciona con esa franquicia. Si bien el artículo 83 del Código Procesal regula los efectos provisionales del beneficio de litigar sin gastos y entre ellos no contempla la eximición de arraigar, una interpretación acorde con la finalidad del instituto la autoriza, sin perjuicio de que frente a su denegatoria definitiva se obligue a cumplir con la caución omitida"*. CNCiv, Sala B, Caso ""Giménez de Moreira Salustiana y otro c. Maydana Carlos Alberto y otros s/ daños y perjuicios", 28/08/2008.

[301] Por imperio del artículo 3 de la Ley N° 24522.

[302] CN de apelaciones Comercial, Sala D, Caso "Chemton S.A. s/ concurso preventivo s/incidente de verificación de crédito promovido por Sojitz Plastics América Inc. y otro", 17/10/2017.

[303] *"Señálase, sin embargo, que la actual excepción de arraigo no resulta exactamente equivalente a la cautio indicatum solvi romana y que la orientación convencional moderna conduce a eliminar el instituto que importa, en principio, una restricción al derecho constitucional a la jurisdicción…"*. CNCom., Sala F, Caso "Gómez, Elisa Nilde c. HSBC La Buenos Aires Compañía de seguros SA s/ ordinario", 04/05/2010.

considerarse hoy derogado frente a la vigencia del art. 2.610 del Código Civil y Comercial, norma que resulta aplicable al presente en virtud de su carácter netamente procesal"[304].

Casi inmediatamente, el 8 de octubre de 2015, la Sala J de la mencionada Cámara recurrió al criterio restrictivo para la interpretación de la excepción. En aquella oportunidad, sostuvo: *"...la desestimación de los rezongos con que se sostiene la procedencia de la cautio judicatum solvi, a poco de reparar en que a este respecto, dispone el art. 348 del Código Procesal que la obligación de arraigar surge únicamente a raíz de la carencia de domicilio y bienes inmuebles en la República; debiendo faltar ambos presupuestos legales para que sea procedente la excepción"*[305].

En diciembre de mismo año, habiendo la parte actora recurrido únicamente el monto de la caución, la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal manifestó: *"...a partir de su entrada en vigencia , las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación), y teniendo en cuenta que la actora sólo ha cuestionado el monto del arraigo fijado y no su procedencia, corresponde reducir este concepto a la suma de $50.000 (pesos cincuenta mil) teniendo en cuenta la naturaleza del proceso aquí en examen"*[306].

El 4 de octubre de 2016, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial declaró la improcedencia de la solicitud por ser de aplicación el Protocolo de Las Leñas: *"...la incidentista una sociedad anónima con domicilio real en la República Federativa del Brasil (fs. 508), aquella se encuentra alcanzada por lo dispuesto en la ley 24.578 que aprobó el protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa"*[307].

Asimismo, el 17 de octubre de 2017, el mismo tribunal se inclinó por la preeminencia del artículo 2610 del CCCN, en articulación con la CN: *"...el art. 2610 del nuevo Código Civil y Comercial derogó implícitamente la defensa de arraigo, al incorporar un principio que encuentra inspiración en la CN, arts. 16 y 20, y que iguala*

[304] Caso "Eguiguren Laborde Valeria c/ Chiramberro Larrategui Daniel Carlos s/ Exequatur y reconocimiento de sentencia extranjera".
[305] Caso "B. I. I. Creditanstalt International Ltd. c/ HNAB Product S.R.L. y otros s/ desalojo".
[306] Caso "Ubiquiti Networks Inc. c. Nemirovsky, Marcelo Ariel y otros s/ caducidad de marca".
[307] Caso "Chemton SA sobre concurso preventivo s/ incidente de revisión de crédito de Polo Industria e Comercio S.A.".

a los litigantes nacionales o residentes en el país con los ciudadanos o residentes extranjeros a los efectos de acceder a la jurisdicción nacional"[308].

Aunque podría seguir citando jurisprudencia similar[309], es interesante saber que existen algunos casos donde no se ha seguido la tendencia jurisprudencial anterior. Contrariamente, puede observarse que algunos tribunales continúan interpretando que el artículo 2610 del CCCN no ha desplazado al artículo 348 del CPCCN. Tal postura responde a que la norma procesal no contempla la nacionalidad como elemento constitutivo del arraigo.

La Sala II de la Cámara Federal Civil y Comercial ha seguido ese criterio. Consecuentemente, al pronunciarse el 20 de abril de 2016, expresó: *"...la nacionalidad del actor no es un elemento de viabilidad de la excepción de arraigo prevista en la Ley Adjetiva, en la medida en que la defensa del demandado procede cuando se trata de una acción promovida por una persona domiciliada en el extranjero y no por razón de extranjería requiriéndose además que no denuncie bienes en nuestro país"*[310].

Basándose en ese antecedente, el citado tribunal reiteró su postura en el Caso "American Sporting Goods Corporation c/ Rica Lewis Sudamericana S.A. s/ cese de oposición al registro de marca" el 16 de agosto de 2016.

Para concluir, la Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal también ha receptado el criterio en cuestión. De esa manera, en febrero del corriente año manifestó: *"...siendo ello así, entra en juego la jurisprudencia de este Tribunal según la cual el art. 2610 del CCCN no tiene incidencia sobre lo dispuesto en el art. 348 del Código Procesal, desde que la nacionalidad del actor no es un elemento determinante para la viabilidad del arraigo, como sí lo es la ausencia de domicilio y bienes inmuebles en el país, sea el demandante extranjero o no (causas nº 490/2014 del 16/3/17, nº 4828/12 del 6/8/18, nº 7670/15 del 14/8/18 y nº 2191/17 del 4/10/18). Así lo ha entendido también la Sala II del fuero (ver causas nº 4327/14 del 20/4/16 y nº 4368/15 del*

[308] Caso "Chemton SA s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación de crédito promovido por Sojitz Plastics America Inc. y otro".
[309] Por ejemplo: la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal se ha pronunciado de forma similar en Caso "Universal Protein Supplements Corp. DBA Universal Nutric c. North Allerton" del 22/12/15, Caso "Marvel Characters Inc. c. Gandara" del 12/7/16, Caso "General Motors LLC c. Red Link" del 2/5/2017, Caso "Yelp Inc. c. Yell Limited" del 5/9/17, Caso "Mycoskie LLC c. BA Mall SRL" del 6/3/18, Caso "Tomax Ltd. C. Hreike, Diana Zulma" del 4/9/18, Caso "Disney Enterprises Inc. c. Lee, Joon Ho" del 16/10/18; y Caso "Petroliam Nasional Berhad c. Papel Prensa" del 13/06/19.
[310] Caso "Enerflex Ltd. c. Enerflex SRL s. cese de oposición al registro de marca".

16/8/16) y es la interpretación que mejor compatibiliza los intereses en juego: el acceso a la jurisdicción, por un lado, y el derecho de defensa en juicio, por el otro"[311].

4.5 Solución y palabras finales.

Como pudo plasmarse a lo largo de este capítulo, verdaderamente existe una inconsistencia normativa entre el artículo 2610 del CCCN y el artículo 348 del CPCCN. La misma, se da de las tres maneras posibles siguiendo la temática de Alf Ross.

Ante esta circunstancia, si es que queremos solucionar el presente defecto lógico del sistema jurídico, deberíamos recurrir a los principios *lex superior* (criterio de jerarquía), *lex temporalis* (criterio de jerarquía) y *lex specialis* (criterio de especialidad).

Lo cierto es que estos principios no son de gran ayuda. Dependiendo del criterio seguido, podríamos aplicar un artículo u otro. De ese modo, tal como pudimos determinar al comienzo del trabajo, queda claro que no pueden concebirse como soluciones mecánicas para las inconsistencias.

La única solución posible es suprimir una de las normas. Por ende, teniendo en cuenta que está en juego un DDHH reconocido internacionalmente, me inclinaría por justificar el *desplazamiento de la excepción de arraigo* en razón del principio "pro cives", "favor libertatis" o "pro homine": en virtud de aquél, en caso de duda sobre qué norma deba aplicarse, siempre debe preferirse aquella que mejor proteja a la persona y que le permita gozar de una mejor manera su derecho, en una aplicación coherente con los valores y principios que conforman la base de todo ordenamiento jurídico[312].

Es momento de realizar las modificaciones pertinentes al CPCCN y a los códigos procesales provinciales, con el fin de evitar nuevas inconsistencias y permitiendo que los tribunales puedan dar respuestas unívocas y tendientes a una efectiva administración de justicia, más allá que exista o no fuente convencional aplicable al caso.

[311] Caso "EKOS CORPORATION c/ EKOSUR S.A. s/ cese de oposición al registro de marca".
[312] La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-04/84 de 19 de enero de 1984 manifestó: *"Debe interpretarse de una manera amplia la formulación y el alcance de los derechos, y de una manera restrictiva las restricciones a los mismos".*

CONCLUSIÓN.

A lo largo del presente trabajo, hemos determinado que el principal material de trabajo del abogado es el lenguaje. Observamos que el mismo se compone por palabras y sólo cumple su función de comunicar cuando aquellas se encuentran ordenadas de acuerdo a las leyes de la gramática constituyendo oraciones.

Supimos aclarar que el abogado puede trabajar con cualquier tipo de oración, aunque generalmente lo hace con normas jurídicas. Estas se valen del lenguaje natural para poder ser comprendidas por todas las personas, siendo susceptibles de acarrear idénticas problemáticas: ambigüedades, vaguedades, carga emotiva y fuerza de las oraciones.

Asimismo, hemos analizado que las normas no pueden concebirse aisladamente, sino que forman parte de un "sistema normativo". Esta complejidad, aunque debe seguir un principio de coherencia, suele presentar defectos lógicos tales como: inconsistencias, redundancias, lagunas e inoperancia de normas.

Teniendo presente las finalidades del trabajo, hemos puesto hincapié en la descripción de las inconsistencias normativas, las cuales tienen lugar cuando dos normas aplican a un mismo caso atribuyendo soluciones incompatibles. En adición, siguiendo la temática de Alf Ross y tomando como criterio sus ámbitos de aplicación, las clasificamos en "total-total", "parcial-total" y "parcial-parcial".

Así, hemos concluido que el abogado se desenvuelve en un terreno repleto de incerteza, quedando de manifiesto la verdadera importancia de la actividad interpretativa que desempeña. Siguiendo esa línea, expusimos los distintos fundamentos que sostienen el carácter necesario de la interpretación.

Si bien brindamos claros ejemplos de cada inconveniente que genera interpretación de normas jurídicas, nunca perdimos de vista que la problemática que supo convocarnos ha sido la "inconsistencia normativa entre el artículo 2610 del Código Civil y Comercial de la Nación y el artículo 348 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación".

En vías de emprender su abordaje, hemos ubicado la contradicción en el marco del DIPr. En consecuencia, citamos varias definiciones de la rama en cuestión aportadas

por diversos autores, para luego inferir que todas hacían cierta mención a "relación privada", "elemento extranjero" y "conflicto de jurisdicciones".

También nos hemos centrado en otros aspectos interesantes de la materia, como su objeto y contenido, naturaleza jurídica, autonomía, fines y función instrumental del sistema. Concluimos que esta vertiente del derecho regula la relación jurídica internacional en toda su extensión; que su naturaleza es dual; que posee "triple autonomía" (científica, legislativa y didáctica); y que cumple su finalidad de lograr una justa solución al caso iusprivatista internacional mediante los principios de integralidad, uniformidad y eficacia.

Pero, sin lugar a dudas, nos hemos interesado especialmente en sus fuentes. Por eso, comenzamos haciendo un repaso general sobre los tipos de regulación y la pluralidad de órganos productores de normas. Luego, nos centramos concretamente en las fuentes del DIPr argentino y su jerarquía. Al divisar un sistema verdaderamente complejo, inferimos que un caso iusprivatista internacional sólo puede abordarse con éxito si se cumplen una serie de pasos tendientes a recurrir a la fuente interna únicamente cuando estemos seguros que no hay fuente convencional aplicable.

Analizadas tales cuestiones y comprendiendo que la contradicción se centra en el campo de estudio de la jurisdicción internacional, hemos examinado sus aspectos generales. Realizamos un breve pantallazo acerca de su concepto, clasificación, fuentes y foros receptados por nuestro sistema. También, ahondamos en los grados de cooperación (o asistencia) judicial internacional y en los métodos alternativos de solución de controversias.

Concluimos que nuestro CCCN ha dedicado un capítulo exclusivo a la materia, realizando importantes avances e innovaciones como el acuerdo de prórroga de jurisdicción. Además, pudimos trazar la importancia que un juez colabore con su par en el extranjero para llevar adelante medidas procesales, a la hora de efectivizar nuestro derecho de acceso a la justicia consagrado en fuente interna e internacional.

Eso supo darnos el pie para detectar que la jurisdicción internacional posee tres puntos de contacto con el derecho fundamental de acceso a la justicia: la mencionada asistencia, el foro de necesidad y el principio de igualdad de trato.

Luego de haber dedicado unas líneas a los primeros dos asuntos, nos hemos abocado de lleno al estudio del principio consagrado en el artículo 2610 del CCCN, el

cual garantiza a los ciudadanos y residentes permanentes en el extranjero el 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.

Consecuentemente, hemos recordado que el artículo 348 del CPCCN consagra una caución denominada arraigo en caso que demandante no tuviere domicilio ni bienes inmuebles en la República.

Al contraponer cada uno de los tres párrafos de la primera disposición con la norma procesal, hemos descubierto que se dan los tres tipos de antinomia analizados.

Ante esta situación, supimos atender a un contexto internacional caracterizado por una marcada tendencia hacia la supresión de la excepción procesal, reflejada en tratados multilaterales, regionales, bilaterales y en materias específicas. Asimismo, hemos observado que, salvo unas pocas excepciones, nuestros tribunales están siguiendo un lineamiento similar.

Si bien, en la práctica, el arraigo es una figura limitada y prácticamente en desuso, todavía no ha sido derogada y continúa vigente. En aquellas circunstancias donde hay fuente internacional que regula el caso, el arraigo no aplica. Caso contrario, dependerá del tribunal que entienda en la causa.

Lógicamente, esta realidad supone un obstáculo en la búsqueda de la tan ansiada seguridad jurídica. Lo ideal sería que los legisladores modifiquen el CPCCN y los códigos provinciales, desterrando por completo una excepción violatoria del principio de igualdad y el derecho de acceso a la justicia. Garantizar nuestros Derechos Fundamentales, no es una facultad de los Estados. Es un deber.

A modo de cierre, recordemos unas palabras expresadas por el Dr. Manuel Quintana en el primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional: "*Si el extranjero goza en los países sudamericanos de todos sus derechos civiles ¿qué derechos serían esos que cualquiera pudiera vulnerar impunemente? La administración de justicia no es una prerrogativa del soberano, es por el contrario una garantía de la persona y un deber del Estado. Sin justicia eficaz, no se concibe derecho efectivo*".

Bibliografía

Biocca, Stella Maris; Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia; Basz, Victoria. (1992). *Lecciones de Derecho Internacional Privado: Parte general* (Segunda ed.). Buenos Aires: Universidad.

Culetto, Leandro Andrés; Suárez Colman, Nicolás Andrés. (2008). *"Introducción al Derecho. Desarrollo y problemática".* Buenos Aires: Scotti Editora.

Fassi, Santiago Carlos; Maurino, Alberto Luis. (2001). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes* (Vol. 3). Buenos Aires: Astrea.

Aftalión, Enrique Roberto; Vilanova, José; Raffo, Julio. (1999). *Introducción al análisis del derecho. Conocimiento y conocimiento científico, historia de las ideas jurídicas, teoría general del derecho, teoría general ampliada"* (Tercera ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Cosejo de Europa. (2016). *Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia.* Luxemburgo.

Albaladejo García, Manuel; Díaz Alabart, Silvia. (1995). Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. En J. C. Fernández Rozas, *Normas de Derecho Internacional Privado.* Jaén: Edersa.

All, P. (2005). Las Normas de Jurisdicción Internacional en el Sistema Argentino de Fuente Interna. *DeCita: Derecho del Comercio Internacional* .

Álvarez, Gladys; Highton, Elena; Jassan, Elías. (1996). *Mediación y Justicia.* Buenos Aires: Depalma.

Argerich, G. (1996). El arraigo y su supresión por los tratados internacionales. Tomo Doctrina Judicial, N° 2. La Ley.

Balestra, R. R. (2006). *Derecho Intenacional Privado* (Tercera ed.). Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot.

Barbé, E. (1995). *Relaciones Internacionales.* Madrid: Tecnos.

Bargiela, Ana María; Burs, María Inés. (2012). *Mediación en Argentina. Compendio de Legislación Nacional y de las Provincias. Análisis de la Ley N° 26.589 y Decreto N° 1467/2011.* Buenos Aires: Ediciones del país.

Bidart Campos, G. (1996). *Manual de la Constitución Reformada* (Vol. 1). Buenos Aires: Ediar.

Biocca, S. M. (2004). *El derecho internacional privado. Un nuevo enfoque.* Buenos Aires: Lajouane.

Bobbio, N. (1991). *Teoría general del derecho.* Madrid: Debate.

Boggiano, A. (2011). *Derecho Internacional Privado. En la estructura jurídica del Mundo actual.* (Sexta ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Bornia, M. B. (2004). *"Introducción al Derecho. Sus temas".* Buenos Aires: La Ley.

Calvo Caravaca,Alfonso Luis; Carrascosa González, Javier. (2004). *Derecho internacional privado* (5ta ed., Vol. I). Granada: Comares.

Carrió, G. R. (1964). *Notas sobre derecho y lenguaje.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Cerdeira, J. J. (2011). *Cooperación internacional contra el crimen organizado.* Buenos Aires: Ad-hoc.

Cossio, C. (1964). *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil* (Tercera ed.). Buenos Aires: Depalma.

Durán Ayago, A. (2011). El derecho a la asistencia jurídica gratuita en los litigios transfronterizos. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* .

Espinar Vicente, J. M. (2008). *Tratado elemental de derecho internacional privado.* Madrid: Universidad de Alcalá de Henares.

Fabra Zamora, Jorge Luis; Rodríguez Blanco, Verónica. (2015). *Enciclopedia de Filosofia y Teoria del Derecho* (Vols. 2, Cap. 36). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Juridicas de la Univerdad Nacional Autonoma de México.

Fernández Arroyo, Diego Pablo; Moreno Rodríguez, José Antonio. (2013). Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración. Libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano. En P. All, *Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada internacional.* Asunción: Cedep.

Fernández, E. A. (2009). *Manual de Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: La Ley.

Feuillade, M. C. (2004). *Competencia Internacional Civil y Comercial.* Buenos Aires: Ábaco.

Goldschmidt, W. (2009). *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico* (Primera ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Gorla, G. (1959). *El contrato.* Barcelona: Bosch.

Guastini, R. (1993). *"Le Fonti del diritto".* Milano: Giuffré.

Hospers, J. (1965). *Introducción al Análisis Filosófico.* Buenos Aires: Macchi.

Iud, C. (2015). Contratos Internacionales en el Código Civil y Comercial argentino 2014. *Anuario Argentino de Derecho Internacional* (24).

Kaller De Orchansky, B. (1997). *Nuevo Manual de derecho interncional privado.* Buenos Aires: Plus Ultra.

Larsen, P. (2016). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comentario al art. 8° CIDH.* Buenos Aires: Hammurabi.

Liszczynski, Mariano; Equipo Docente y de Investigación ICNDH FD-UBA. (2014). *Derechos Fundamentales, Estados e integracion. El lugar de la persona, el Estado y el Derecho en los bloques regionales y sus territorios.* Buenos Aires: Thomson Reuters - La Ley.

Lorenzetti, R. L. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Vol. 11). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Mayer, J. B. (2004). *"Derecho procesal penal".* Buenos Aires: Del Puerto SRL.

Merle, M. (1991). *Sociología de las Relaciones Internacionales.* Madrid: Alianza.

Najurieta, M. S. La responsabilidad por daños en casos multinacionales no contractuales. Desafíos y soluciones del sistema de derecho internacional privado de fuente interna. (UBA, Ed.) *Lecciones y ensayos* (96).

Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del Derecho* (2° ed.). Buenos Aires: Astrea.

Ortells Ramos, M. (2007). *Derecho Procesal Civil.* Navarra: Thomson Aranzadi.

Palacio, L. E. (1998). *"Manual de derecho procesal civil" .* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Picand Albónico, Eduardo; Llanos Mansilla, Hugo. (2008). Estudios de Derecho Internacional: Libro homenaje al Profesor Santiago Benadava. En D. P. Fernández Arroyo, *Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana* (Vol. 2). Santiago de Chile: Librotecnia.

Rivera, Julio César; Medina, Graciela. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado.* Buenos Aires: La Ley.

Ross, A. (1974). *Sobre el derecho y la justicia.* Buenos Aires: Eudeba.

Santos Belandro, R. B. (Septiembre de 2013). Viejas y nuevas fuerzas que en el siglo XXI inciden sobre el Derecho Internacional Privado. *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* .

Scotti, L. B. (2008). *Manual de Derecho Internacional Privado.* Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.

Soler, S. (1959). *"Fe en el Derecho y otros ensayos".* Buenos Aires: T.E.A.

Soler, S. (1962). *"La interpretación de la ley".* Barcelona: Ariel.

Tellechea Bergman, E. (2002). *La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional.* Montevideo: FCU.

Uzal, M. E. (2016). *Derecho Internacional Privado* (Primera ed.). Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.

Vico, C. M. (1934). *Curso de Derecho Internacional Privado.*

Virgós Soriano, Miguel; Garcimartín Alférez, Francisco José. (2000). *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional.* Madrid: Civitas.

Wegher Osci, F. S. (11 de Diciembre de 2018). *Acceso a la justicia: la igualdad de trato procesal en el derecho internacional privado argentino consagrada en la reforma del Código Civil y Comercial*. Obtenido de www.pensamientocivil.com.ar.

Zuccherino, R. M. (2008). *Derecho Internacional Privado.* Buenos Aires: LexisNexis.

ÍNDICE

- Solicitud de tutoría y aceptación pág.2
- Reserva y aceptación tema tesis pág.3
- Íncipit pág.4
- Dedicatoria y agradecimientos pág.5
- Resumen pág.5
- Objetivos generales pág.7
- Objetivos específicos pág.7
- Hipótesis pág.7
- Relevancia (propósito de la intervención) pág.8
- Metodología y técnicas pág.8
- Palabras clave pág.8
- Marco teórico pág.9
- Introducción pág.9
- Capítulo Primero: La interpretación en el Derecho pág.11
- 1. Derecho, lenguaje y normas pág.11
- 2. Usos del lenguaje pág.16
- 2.1. Uso descriptivo pág.17
- 2.2. Uso expresivo pág.17
- 2.3. Uso operativo pág.17
- 2.4. Uso prescriptivo pág.18
- 3. Carácter necesario de la interpretación: fundamentos pág.18
- 3.1. Fundamento ontológico pág.20
- 3.2. Fundamento axiológico pág.20
- 3.3. Fundamento gnoseológico pág.21
- 3.4. Fundamento lógico pág.21
- 4. Problemas que generan interpretación pág.22
- 4.1. Problemas del lenguaje jurídico pág.22
- 4.1.a. Ambigüedades pág.22
- 4.1.b. Imprecisiones (o vaguedades) pág.24
- 4.1.c. Carga emotiva del lenguaje pág.26
- 4.1.d. Fuerza de las oraciones pág.27
- 4.1.e. Dificultades en la promulgación de normas pág.28

- 4.2. Métodos de interpretación: breve referencia histórica.....pág.28
- 4.2.a. Método gramatical pág.29
- 4.2.b. Escuela exegética.....pág.29
- 4.2.c. Escuela dogmática pág.30
- 4.2.d. Jurisprudencia de conceptos y de intereses.....pág.31
- 4.2.e. Escuela de la libre investigación científica pág.32
- 4.3. Defectos lógicos de los sistemas jurídicos.....pág.32
- 4.3.a. Inconsistencia normativa.....pág.32
- 4.3.b. Redundancia normativa pág.35
- 4.3.c. Laguna normativa pág.36
- 4.3.d. Inoperancia.....pág.38
- Capítulo Segundo: Consideraciones sobre Derecho Internacional Privado pág.39
- 1. Concepto pág.39
- 2. Objeto y contenido pág.41
- 2.1. Evolución pág.41
- 2.2. Inclusión del Derecho Penal y Procesal al contenido del DIPr.....pág.42
- 3. Naturaleza Jurídica pág.43
- 4. Triple autonomía y pluralismo metodológico.....pág.44
- 5. Fines y función instrumental del sistema.....pág.46
- 6. Fuentes.....pág.47
- 6.1. Tipos de regulación pág.47
- 6.2. Descentralización en la producción de normas.....pág.52
- 6.3. Jerarquía de fuentes de DIPr argentino.....pág.54
- 6.4. Fuente interna: CCCN pág.56
- 7. Principios para abordar un caso iusprivatista internacional.....pág.61
- Capítulo Tercero: Jurisdicción internacional: aspectos generales. pág.63
- 1. Concepto y clasificación.....pág.63
- 2. Fuentes.....pág.63
- 3. Foros de jurisdicción pág.64
- 3.1. Foro acordado por las partes pág.65
- 3.2. Foros razonables y exorbitantes pág.68
- 3.3. Foros concurrentes y exclusivos.....pág.69

- 3.4. Foros generales y especiales pág.70
- 3.5. Foro del patrimonio pág.71
- 3.6. Foros protectorios.....pág.72
- 3.7. Foro por pluralidad de demandados pág.73
- 3.8. Foro del lugar de producción del hecho dañoso o de sus efectos pág.73
- 3.9. Forum causae pág.74
- 4. Cooperación judicial internacional.....pág.75
- 4.1. Cooperación de primer grado.....pág.77
- 4.2. Cooperación de segundo grado pág.81
- 4.3. Cooperación de tercer grado (reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras o laudos arbitrales.....pág.83
- 5. Breve panorama sobre métodos alternativos de solución de controversias pág.91
- 5.1. Autocomposición y heterocomposición.....pág.91
- 5.2. Buenos oficios y mediación pág.92
- 5.3. Conciliación y arbitraje.....pág.92
- 5.4. Derecho aplicable, control, reconocimiento y ejecución del laudo arbitral pág.95
- Capítulo Cuarto: Jurisdicción internacional y DDHH: institutos que buscan garantizar el acceso a la justicia pág.98
- 1. El derecho humano de acceso a la justicia.....pág.98
- 1.1. Reconocimiento en nuestra fuente interna y convencional.....pág.98
- 1.2. Reconocimiento en derecho comparado: el caso europeo pág.103
- 1.3. Algunas consideraciones.....pág.107
- 2. Primer instituto: cooperación judicial internacional pág.108
- 3. Segundo instituto: foro de necesidad.....pág.109
- 4. Tercer instituto: principio de igualdad de trato pág.111
- 4.1. La excepción de arraigo: antecedentes y sistema receptado por el artículo 348 del CPCCN.....pág.111
- 4.2. Supresión del arraigo por los instrumentos internacionales pág.112
- 4.3. El principio de igualdad de trato del artículo 2610 del CCCN y su colisión con el artículo 348 del CPCCN.....pág.116
- 4.4. Tratamiento jurisprudencial anterior y posterior a la entrada en vigencia del CCCN pág.118

- 4.5. Solución y palabras finales pág.123
- Conclusión pág.124
- Bibliografía pág.127
- Nota de supervisión pág.135

NOTA DE SUPERVISIÓN.

Nota de supervisión tesina

EV

Eloisa Raya De Vera

Para: ricardo rojas

Lun 27/7/2020 04:15

A las Autoridades de la
Facultad de Derecho de la
UAI

Tengo el agrado de dirigirme a Uds. con el objeto de poner en su conocimiento que el trabajo final del alumno RICARDO ROJAS, con DNI: 39.658.271, titulado "Inconsistencia normativa entre el artículo 2610 del Código Civil y Comercial de la Nación y el artículo 348 del Código Porcesal Civil y Comercial de la Nación" ha sido elaborado bajo mi supervisión.
El Sr. Rojas ha seguido todas las pautas que le hubiere indicado y efectuado las modifiaciones sugeridas.
Saludo a Uds. atententamente.

Eloísa B. Raya de Vera
Abogada (Diploma de Honor)
Mg. en Relaciones y Negociaciones Internacionales (FLACSO-UDESA)
Mg. en Relaciones Económicas Internacionales (Univ. de Barcelona)
Prof. Titular de Dcho. Internac. Privado y de la Integración (UAI)