

Curso de

Derecho Internacional Privado

§ 1. CONCEPTO Y SISTEMA

Concepto del Derecho Internacional Privado

A) Los Casos Jusprivatistas Multinacionales

1. Localización multinacional de los casos

El caso concreto se presenta como un conjunto de hechos productores de una situación que requiere o reclama en justicia la realización de conductas encaminadas a solucionar tal situación. El caso jusprivatista aparece ligado a varios sistemas jurídicos nacionales, suscitando un problema de derecho multinacional privado. La extranjería de uno o de varios elementos del caso lo relacionan con una pluralidad de sistemas jurídicos estatales.

2. Casos multinacionales totales y casos multinacionales parciales

En los casos jusprivatistas multinacionales puede distinguir dos dimensiones de su multinacionalidad. Una dimensión atiende a la multinacionalidad de la situación problemática del caso; otra alude a la multinacionalidad de las conductas exigidas para su solución. Por tanto, un caso puede ser multinacional en ambas dimensiones o sólo en la primera.

Hay dos preguntas que formular a fin de una realista localización de los casos: ¿donde han ocurrido los hechos problemáticos? La otra es: ¿donde tendrán que acontecer las conductas de solución?

Hay casos multinacionales totales y casos multinacionales parciales. En los primeros, tanto la situación problemática del caso cuanto su solución real se hallan vinculadas a varios sistemas jurídicos nacionales. En los segundos, sólo la situación problemática es multinacional, pero su solución real, es hacedera en el ámbito de un solo sistema jurídico nacional, y sólo a este se vincula.

3. Proyecciones virtuales de la clasificación propuesta

Los casos multinacionales parciales pueden ser solucionados en el ámbito de una jurisdicción estatal; pero los totales requerirán una coordinación de jurisdicciones estatales para su solución.

En los casos multinacionales totales, la determinación de los Estados cuyos jueces asuman jurisdicción internacional se hace importantísima. Luego surge el problema de la determinación de la solución sustancial del caso en virtud del derecho aplicable. Posteriormente habrá que indagar el reconocimiento multinacional y la ejecución de la solución adoptada en una jurisdicción nacional.

4. Actualidad o eventualidad de los casos

Siendo el caso una controversia actual o eventual, su problemática, surge ya si la controversia es eventual.

Ante una eventual controversia jusprivatista multinacional, la determinación de la hipotética *lex fori* es decisiva para ubicar el caso en el ámbito de una o de varias jurisdicciones estatales.

Lo que en este contexto destacamos es la necesidad de localizar la eventual controversia, y también la actual, en una jurisdicción estatal o en las concurrentes jurisdicciones estatales ante las cuales se pudiera plantear directamente la decisión del caso o indirectamente el reconocimiento o ejecución de tal decisión.

5. Los intereses multinacionales controvertidos

Los casos son conflictos entre partes con intereses contrapuestos en torno de una potencia, objeto de la controversia, en cuanto a ella atribuye un bien de la vida pretendido por un interesado.

Si las controversias multinacionales cuestionan una potencia en cuanto es pretendida por un interés, es necesario determinar el concepto de interés a que hacemos referencia y analizar los conflictos que originan los encontrados intereses multinacionales en los casos.

Interés es la representación de las potencias concretas que las partes pretenden alcanzar como resultado de las controversias. El interés no valora: es valorado; el interés no proporciona el criterio de solución del caso: es valorado por la justicia que ordenará los intereses en conflicto. El interés no es ordenador de soluciones, es ordenado por la solución justa del caso.

El interés no es la potencia, sino la representación de la potencia por la parte que la pretende en una controversia.

Habrán intereses multinacionales controvertidos si las partes tienen intereses multinacionales distintos. Existe interés nacional si la persona que persigue una potencia ostenta determinada nacionalidad, o se domicilia en determinado país, o la potencia perseguida se vincula a la economía de ese país.

En este aspecto del D.I.Pr., la palabra multinacional parece más adecuada para señalar la múltiple nacionalidad de los intereses en conflicto.

6. La incidencia de intereses generales en los casos jusprivatistas multinacionales

El derecho privado no se desentiende de regular incluso intereses generales. Por tanto, no cabe calificar de juspublicistas las controversias eventualmente emergentes de la vida internacional de las personas privadas porque en tales controversias incidan, repercutan, intereses generales más o menos intensos que alteren, limiten, suspendan o de cualquier modo afecten la propia conducta debida por las partes en sus relaciones internacionales. En el D.I.Pr. son frecuentes estas interferencias; pero en modo alguno producen una suerte de novación del derecho privado en derecho público.

B) El Fin y los Principios

1. Principio de uniformidad

El fin del D.I.Pr. es realizar las soluciones justas de los casos jusprivatistas multinacionales. La justicia, como bien del caso, tiene carácter de meta y punto final. El bien o la justicia es aquello hacia lo que el caso naturalmente tiende.

El fin del D.I.Pr. consiste en realizar la solución justa de la totalidad e integridad multinacional de los casos jusprivatistas. Los casos tienden a una solución de todo el caso. Generalmente, los casos multinacionales son decididos y regidos por autoridades nacionales de los diversos países. Si no existe una coordinación y cooperación de estas autoridades nacionales, el fraccionamiento será un límite obstativo al perfeccionamiento de una solución del caso. He aquí el principio de uniformidad de solución del caso. La decisión ha de ser siempre la misma, cualquiera que sea el país donde la sentencia se hubiese pronunciado. Sólo él puede efectivamente prevenir la iniquidad del *forum shopping*, que permite a las partes especular con la elección de

una jurisdicción nacional para sacar ventajas con la elección unilateral del derecho.

2. Principio de efectividad

El principio de uniformidad de la solución expresa también el principio de integridad de la solución, pues no habría una solución del caso si no fuera de la totalidad de él.

El principio de uniformidad es de inspiración internacional, pues se ajusta a la realidad objetiva de los casos antes estudiados: en rigor, esta realidad determina el principio de uniformidad. Al principio de la solución justa en la comunidad nacional podría considerárselo suficientemente adecuado a los casos multinacionales parciales; no a los totales.

El principio de efectividad de la solución reclama también un punto de vista internacional para garantizar la eficacia del principio de uniformidad. Al principio de efectividad no debe considerárselo sólo como límite al principio de uniformidad, sino especialmente como su complemento necesario.

3. Una justa solución uniforme

Tampoco basta realizar efectivamente una solución uniforme. Lo decisivo es realizar una justa solución uniforme. Es necesario que reine la justicia en la solución sustancial del caso.

Podría parecer que la justicia material no interviene sino excepcionalmente en el D.I.Pr. pero en realidad no es así. En primer lugar, porque en algunas materias se procede a unificar directamente la solución sustancial de los casos jusprivatistas internacionales. En segundo, porque los criterios de localización a veces persiguen una finalidad de justicia material. En tercer lugar, puede resultar necesaria la adaptación sustancial de diversos derechos aplicables a diferentes aspectos de un caso. Y, en definitiva, aun concibiendo en orden público como cláusula de reserva en la norma de conflicto, ciertamente los principios de orden público inherentes al derecho vigente en una jurisdicción estatal siempre rigen los casos, pues aun tratándose de la aplicación de un derecho extranjero, la solución que éste asigne al caso debe respetar aquellos principios. Siempre será necesaria la comparación material, entre la solución proyectada por el derecho aplicable y los principios de orden público. Los principios siempre funcionan controlando, críticamente y sustancialmente, la solución del caso proyectada por el sistema jurídico extranjero competente según las normas de conflicto del foro.

Ningún D.I.Pr. del mundo se desentiende de la solución sustancialmente justa del caso, ni aun cuando lo someta, mediante una norma de conflicto, a un derecho eventualmente extranjero.

El D.I.Pr. de un país, cuando somete el caso a un derecho extranjero, acepta la solución foránea derivada de la reglamentación del derecho extranjero competente que se pueda juzgar como una conclusión o determinación derivada de los principios del derecho material propio: tanta es la importancia valorativa de los principios fundamentales de la *lex fori*. Se requiere una armonía de principios materiales en la *lex causae* y la *lex fori*.

Todos los casos jusprivatistas multinacionales están regidos por los principios fundamentales de la *lex fori*, determinados e individualizados, según las materias, por la solución que adopte la *lex causae* elegida por la norma.

4. Elección, creación, autolimitación

Según una determinación, se puede buscar la justa solución uniforme mediante la elección justa del derecho mas estrechamente relacionado con el caso multinacional, y la posterior solución material del caso en virtud de ese derecho. Según otra determinación, se puede hallar la solución mediante la creación de un derecho especialmente elaborado para adaptarse a la naturaleza del caso jusprivatista multinacional.

La primera determinación, que persigue la justa localización del caso mediante el hallazgo de su sede, busca, indirectamente, la justa solución material del caso.

Todavía cabe distinguir otra determinación del principio general. Se trata de la autolimitación de los derechos estatales con sus respectivas esferas de aplicación a los casos. Si esta autolimitación fuese perfectamente coordinada, se podría alcanzar una solución uniforme.

C) Las Normas y sus Métodos

1. Las normas de conflicto y sus fundamentos metodológicos

a) Método de elección justa:

La norma de conflicto se caracteriza por dar la solución al caso mediante la elección indeterminada del derecho material nacional o de un derecho material extranjero. Lo típico de la norma de conflicto radica en su elección alternativa e indeterminada del derecho aplicable, eventualmente extranjero. Mediante dicha elección se localiza el caso multinacional, indicándose el derecho competente para solucionarlo. Se puede llamar a este método, método de elección. No se trata de decidir la aplicabilidad o inaplicabilidad del derecho material del juez (*lex fori*), sino la aplicabilidad del derecho material del juez o de la de un derecho extranjero. *Lex fori* y derecho extranjero están en pie de igualdad para la elección indeterminada de la norma de conflicto y tal elección es neutral.

Pese a que la *lex fori* y la ley extranjera están en pie de igualdad en cuanto a la elección del derecho aplicable, en cuanto a la aplicación del derecho competente la ley extranjera está subordinada a los principios fundamentales de orden público de la *lex fori*.

El caso multinacional presenta relaciones con varios sistemas jurídicos nacionales. Tales relaciones no son todas de igual importancia, por lo cual se hace necesario descubrir las razones que puedan sustentar un orden jerarquizado de aquellas relaciones. Si un caso multinacional se relaciona esencialmente con un país, a pesar de sus múltiples relaciones con otros, a esa relación esencial se le reconoce una suerte de poder centralizador, localizador del caso y, por tanto, capaz de nacionalizarlo en un país de los varios vinculados a él. Hay que encontrar la nacionalidad de los casos multinacionales. La solución justa del caso multinacional debe ser buscada comenzando por indicar con justicia la nacionalidad del caso.

Si cada país adoptara sus criterios de nacionalidad de los casos, podría ocurrir que un caso multinacional fuese considerado como perteneciente a dos o más países; he aquí el caso fácticamente multinacional y sometido a dos o más derechos nacionales. Puede también acontecer que un caso multinacional no sea juzgado como perteneciente a ningún país. Este camino puede conducir a una acumulación de soluciones o a un vacío de solución; en ambos casos se carece de una solución.

El derecho natural impone una elección justa del derecho nacional aplicable al caso. Se trata de una elección y no de varias. Y de una elección razonable.

Tal principio requiere el complemento de lo justo legal y positivo. El principio de nacionalidad sirve de criterio de reparto de los casos multinacionales entre los diversos países, respetando la pertenencia esencial de los casos a los países. Urge luego determinar los criterios especiales de gravitación o conexión en virtud del análisis de la naturaleza concreta de los casos. La razonabilidad de la determinación se mide por la adecuación de los positivamente decidido al fin que persigue el principio.

En cuanto a las determinaciones del principio de mayor proximidad, ellas sólo requieren una *probabilis certitudo*, pues no es dable alcanzar en esta materia más que una certeza jurídica basada en la probabilidad. Si una determinación del principio es tan probable como otras, este equiprobabilismo de las diversas

determinaciones del principio autoriza a una libre elección legislativa basada en la conveniencia práctica.

En cuanto a la unidad de elección antes requerida, cabe observar que ella se alcanza por vía de acuerdos multinacionales entre los países sobre la elección común de un criterio nacionalizador.

Si el caso se relaciona con una pluralidad de sistemas jurídicos aplicables, se puede comenzar por un estudio de la índole de tales relaciones o vinculaciones del caso con dichos sistemas, a fin de hallar la relación o vinculación, o el conjunto de relaciones, que resulte de importancia o gravitación decisiva para la solución del caso. Seleccionada, elegida, la relación más importante del caso con un sistema jurídico, la solución del caso puede ser alcanzada mediante la solución que daría a un caso interno ese sistema jurídico. La relación elegida indica el sistema jurídico del cual se podrá extraer la solución del caso. Este método es indirecto, pues la solución que asigna al caso proviene de la elección de un derecho nacional, llamado a proporcionar la decisión de fondo, sustancial del caso.

Los principios del derecho natural sólo imponen, en esta materia, elecciones razonables de las conexiones concretas, dejando librada la determinación de las elecciones al legislador positivo, que las seleccionará con miras a las situaciones históricas de la casuística, con flexibilidad prudencial.

El principio de razonabilidad de las conexiones descalifica las que hacen depender la solución de un caso multinacional de un derecho carente de cualquier justificación razonable para darla.

Frente a los casos multinacionales, los países necesitan, en determinadas materias, someter algún aspecto o todo el caso al derecho propio, a fin de proteger intereses nacionales vinculados a la organización política, familiar, económica o social del país, cuya observancia es requerida en todos los casos y, con frecuencia, en casos multinacionales precisamente. Estas conexiones hallan su justificación en los fines públicos de los Estados nacionales con los cuales los casos multinacionales se relacionan.

En todos los supuestos considerados, el método de elección, que culmina con la sumisión de caso al sistema o a los sistemas jurídicos nacionales elegidos, resulta un método indirecto porque no proporciona directamente la solución de justicia material del caso, sino por medio de la selección del derecho justificado multinacionalmente para darla.

El fin del método de elección es hallar una solución del caso multinacional mediante el funcionamiento del derecho nacional más justificado para brindarla. Para que un caso totalmente multinacional pueda alcanzar una solución, y no dos o más soluciones distintas, se requiere que los países en cuyo territorio se deba operar la solución concuerden en la elección de un derecho nacional aplicable.

Si se persigue el hallazgo de una solución, es indispensable que el caso sea resuelto por el mismo o los mismos derechos aplicables en virtud de una elección única o convergente. Si a un caso totalmente multinacional se los somete a varios derecho distintos, entonces no habrá una solución del caso, sino varias soluciones de partes nacionales del caso multinacional. El caso multinacional total se convertiría en un caso multinacional partido, pero no exactamente en un caso multinacional parcial, pues la solución que se le daría no sería del caso entero.

El caso multinacional partido sigue reclamando una solución uniforme multinacional.

Hay que hacer resaltar aun la diferencia que hay entre un caso nacional absolutamente interno y un caso multinacional partido. Aquel es realmente nacional; éste es multinacional, pero despedazado en varios casos nacionales. El caso multinacional roto no se podrá convertir en una pluralidad de casos nacionales enteros, así como una sociedad multinacional partida no es una pluralidad de sociedades nacionales enteras. He aquí la causa de justificación de las elecciones conducentes a una solución, pues una pluralidad de soluciones del caso no configura ninguna solución si estas son contradictorias.

La elección convergente opera mediante elecciones diversas pero que conducen, por circunstancias especiales a los supuestos de hecho, a la aplicación de un mismo derecho y, por tanto, de una solución única del caso.

Cada Estado nacional elige las conexiones que estima relevantes en los casos multinacionales. De aquí que las elecciones de los contactos sean nacionales, internas, unilaterales. Sin embargo, el principio de razonabilidad puede unificar conexiones razonables, de modo que la elección de una u otra conexión sea fungible desde el punto de vista de la justicia de su elección.

Si diversos países acuerdan elecciones uniformes de derechos nacionales para solucionar los casos multinacionales, los jueces de aquellos países elegirán concordantemente el mismo derecho nacional para desprender de sus normas la solución del caso.

Lo que interesa de modo preponderante no es ya defender la justificación de elecciones determinadas, sino la justificación de una elección uniforme internacionalmente. Lo que se debe comparar no es una elección razonable frente a otra arbitraria, sino dos elecciones razonables.

No hay que descartar tampoco la posibilidad de acuerdo internacional entre estados sobre la elección uniforme de un derecho aplicable por razones de policía de los distintos países que cooperan respetándose recíprocamente determinadas normas de policía.

Hemos de distinguir las elecciones rígidas de las elecciones flexibles. Ambas categorías de elecciones pueden aparecer tanto en soluciones nacionales cuanto en soluciones internacionales uniformes. La elección rígida se hace con miras a un conjunto de casos supuestos que se somete a un derecho precisamente escogido. El método de elección flexible deja al intérprete la determinación del derecho aplicable dándole sólo una elección flexible. Este método consiste en elegir, en cada caso, el sistema jurídico nacional que brinde la solución más justa del caso en consideración de todas sus circunstancias, y elegir, con ese criterio, las conexiones del caso que lo vinculen a la solución materialmente justa. La elección debe inclinarse por el partido del sistema jurídico que proyecte la solución más justa de los casos concretos.

No es posible hacer funcionar el método de elección flexible sin una adecuada tarea comparativa y una posterior decisión sobre un criterio material creador de una solución del caso.

El método de elección flexible puede producir fracturas interpretativas aun cuando se unifiquen elecciones genéricas en convenciones internacionales, pues los jueces nacionales llamados a aplicar las elecciones uniformes pero flexibles podrán precisarlas con criterios materiales diversos, con lo cual habrá desaparecido la uniformidad de elección perseguida.

Esta cuestión nos lleva al planteo del método de elección supranacional. Llamamos método supranacional de D.I.Pr. al que posibilita una concreta y uniforme solución de los casos jusprivatistas multinacionales individuales en todos los territorios estatales a los cuales se vincula el caso multinacional total. El fin típico del método es proporcionar uniformidad concreta de las soluciones aplicables a los casos jusprivatistas multinacionales, superando así la uniformidad abstracta que consigue el método internacional por vías convencionales.

Esta supranacionalidad no requiere necesariamente institucionalización, sino una autonomía relativa de poder. Tal autonomía relativa de poder puede originarse en transferencias de poder estatal o de poder extraestatal. A las decisiones de los tribunales internacionales no les es esencial la inmediatez si pueden contar con relevos de ejecución estatales.

Expuesto hasta aquí el método de elección desde sus perspectivas nacional, internacional y supranacional, se advierte que su justicia reposa en la nacionalización del caso multinacional mediante la elección razonable de un sistema jurídico nacional aplicable.

La consideración de elecciones flexibles nos introduce ya en una cuestión de gran relevancia, al vincular la justicia de un derecho aplicable con la justicia de la solución material que atribuye al caso el derecho elegido.

b) Rigidez o flexibilidad de la elección. De la sede a la relación más significativa

La norma de conflicto legal o convencional puede adoptar una elección relativamente rígida del derecho competente. Tal rigidez, en cuanto aumenta la previsibilidad del derecho aplicable, favorece sin dudas la seguridad jurídica internacional, y ésta es ya justicia incipiente porque garantiza la defensa o tutela de los derechos.

Es razonable, subsidiariamente, hacer excepción al principio del derecho natural que impone una elección razonable. Así, el legislador puede omitir la determinación del principio y delegarla en la apreciación prudencial de los jueces.

Es dable introducir en la norma una elección flexible e indeterminada que someta el caso al derecho con el cual se halle más estrecha o significativamente relacionado.

c) Neutralidad o preferencia de la elección

En ciertas materias, la elección se inspira en una valoración sustancial de la solución. La acumulación de derechos aplicables evidencia una elección guiada por la finalidad de mayor exigencia material.

La elección flexible permite la preferencia del derecho más adaptado para dar una solución equitativa del caso, porque esta mayor adaptación material puede ser considerada la relación más significativa. La solución material es determinante de la relación más estrecha.

d) Adaptación material de los derechos elegidos

Puede ocurrir que a diferentes aspectos del mismo caso se les aplique distintos derechos. Esos derechos distintos parcialmente aplicables al caso pueden conducir a una contradicción lógica o a un resultado injusto. Uno de los métodos para corregir las indaptaciones señaladas consiste en una adaptación correctora de un derecho material a fin de armonizarlo sustancialmente con el otro u otros. Tal adaptación requiere una modificación y una elaboración o creación del derecho especial para el caso.

El problema también puede ser solucionado mediante correcciones en la elección de los derechos nacionales.

El problema de la adaptación surge al configurarse la norma completa como conjunto de normas fragmentarias, incompletas, que se requiere tener en cuenta para solucionar acabadamente el caso. Tal norma completa se integra con las diferentes normas de conflicto que eligen derechos materiales inadaptados.

e) Método de análisis y comparación en la norma de conflicto

El método mas característico de la norma de conflicto es el método localizador, indirecto, de elección del derecho aplicable.

El método de análisis de los hechos, situaciones y conductas que presentan los casos jusprivatistas multinacionales afronta la consideración de conceptos jurídicos pertenecientes a la pluralidad de sistemas vinculados a los casos. La elaboración conceptual de los tipos legales de las normas de conflicto suscita ya la calificación de los casos con miras a su multinacionalidad jurídica.

El análisis es requerible en todo caso jusprivatista multinacional, pues siempre se presentará el problema de su calificación. Nuestro análisis no se limita al tipo legal, se extiende a los puntos de conexión y a los derechos

extranjeros eventualmente conectados. El método de análisis debe ser distinguido del método de elección, y debe aplicársele a toda problemática de caracterización conceptual del caso.

En razón del funcionamiento de los métodos analítico y de elección, es posible que a un caso deba resolverse mediante la aplicación de diversos derechos nacionales a distintos aspectos de él. Ello hace necesario comparar las soluciones que los diferentes derechos asignan a los respectivos aspectos del caso, a fin de prevenir eventuales incongruencias lógicas o resultados injustos producidos por la desarmonía entre las soluciones parciales suministradas por partes de sistemas jurídicos distintos, que pueden no armonizar cuando se las desconecta de las restantes normas del mismo ordenamiento.

La comparación material es indispensable a fin de elaborar conceptos jurídicos autónomos para el D.I.Pr., de suficiente amplitud como para que en ellos queden comprendidos conceptos nacionales más específicos.

La comparación material es previa a cualquier tarea de armonización y unificación internacional de normas sustanciales de diversos derechos nacionales.

El método comparativo es camino obligado para cualquier unificación de elecciones en convenios internacionales o de unificación de soluciones materiales jusprivatistas.

2. La norma material y sus fundamentos metodológicos

a) Método de creación

El caso jusprivatista multinacional, conectado a varios sistemas jurídicos nacionales, puede ser resuelto según un derecho nacional elegido. Empero, puede también ser solucionado mediante la creación de un derecho nacional especialmente aplicable a casos multinacionales. Se trata de crear un nuevo derecho privado nacional, adaptado especialmente a la naturaleza multinacional de los casos jusprivatistas.

Esta creación de soluciones puede ser general o individual. La creación general de soluciones materiales para casos multinacionales torna innecesario recurrir previamente al método de elección.

Es el legislador el que brinda soluciones para casos genéricos, sus creaciones pueden ser calificadas como legislativas. La creación judicial produce soluciones individuales. Por vía de la creación internacional no se intenta unificar las elecciones de los derechos nacionales, sino crear soluciones materiales adaptadas a los casos multinacionales uniformemente aceptadas por un conjunto de países concordantes en las soluciones.

Esta unificación material sólo resulta practicable en determinadas materias, que pueden ser unificadas en virtud de no ofrecer grandes resistencias nacionales basadas en ideas de justicia inconciliables (orden público).

La simplificación y la seguridad de las soluciones materiales uniformes garantiza el valor de previsibilidad que las normas persiguen, lo cual dinamiza y multiplica el comercio internacional.

Sin embargo, el método de creación es limitado. La primera y decisiva limitación de la creación material uniforme viene impuesta por su misma justificación, esencialmente limitada por las siguientes circunstancias.

La unificación material sólo está justificada cuando en alguna materia existe un fondo común de principios.

El principio de independencia nacional debe ser armonizado con el principio de interdependencia de los sistemas jurídicos nacionales, si es que se persigue fines de cooperación internacional y solidaridad entre los países. Tales influencias pueden generar una asimilación de soluciones más justas.

Los valores de cooperación y solidaridad no son absolutos, sino relativos al fin justo que persigan aquella cooperación y aquella solidaridad.

Se trata aquí de una suspensión de la justicia nacional por la adopción de soluciones de justicia más elevada, sólo practicable mediante su aceptación uniforme.

No se debe ocultar las materias en las cuales la unificación sustancial es difícil de imaginar. En cuestiones familiares, hereditarias, inmobiliarias, sería prudente una ambiciosa tarea unificadora.

En cambio, las imperiosas necesidades del comercio internacional han hecho realidad la creación de soluciones materiales de casos sobre transportes, letras de cambio, compraventa, propiedad inmaterial.

Si el método de elección busca respetar la nacionalidad de los casos multinacionales, adoptando criterios de nacionalización de los casos por medio de conexiones justas, respetando de ese modo los valores de las diferentes culturas jurídicas nacionales, urge ahora poner en contacto los valores nacionales, a fin de integrarlos, armonizarlos, en una síntesis más elevada.

La lucha de los países debe estar encaminada a la realización de las soluciones uniformes más justas de los casos multinacionales. Sólo para estos casos adquiere fuerza de justificación suficiente la armonización y conciliación axiológicas que sustenten la creación de un nuevo derecho común.

La creación de soluciones generales directas y uniformes no garantiza, sin más, soluciones uniformes concretas de los casos, porque la aplicación de aquellas soluciones convencionales puede introducir la desunificación jurisprudencial de las soluciones concretas, con lo cual aparecerá una nueva problemática de conflictos, no de leyes, sino de jurisprudencias nacionales.

A fin de alcanzar la uniformidad concreta de las soluciones hemos de elevarnos a una perspectiva supranacional del método de creación. Si las soluciones generales uniformes fuesen aplicadas por los tribunales internacionales con competencia específica, se garantizaría la uniformidad de la solución única de cada caso multinacional concreto en todos los territorios jurídicos a los cuales él se vinculara.

b) Método de análisis y de comparación en la norma material

El método de creación es característico de la norma material, así como el de elección caracteriza la norma de conflicto. Pero el método de creación resulta precedido por el método de análisis que describe típicamente las situaciones jurídicas multinacionales regulables directamente sobre la base del método de creación.

Tanto en las normas materiales nacionales como en las convencionales o consuetudinarias es preciso definir con exactitud los casos multinacionales regulables.

Tanto la adaptación de los diversos derechos materiales aplicables al caso cuanto la creación de un nuevo D.I.Pr. material y uniforme, suponen una previa metodología comparativa de los principios y las normas vigentes en los derechos privados nacionales.

3. La norma de policía y sus fundamentos metodológicos

a) Método de autolimitación

La norma de conflicto elige indeterminadamente el derecho nacional o un derecho extranjero como aplicable al caso. En cambio, la norma de policía autolimita exclusivamente la aplicabilidad del derecho nacional a un caso multinacional. Tal autolimitación se produce mediante la exclusiva referencia a circunstancias que vinculan el caso al derecho nacional propio.

Tales normas no proceden metodológicamente a la elección de un derecho competente indeterminado y sólo determinable con la aparición de las conexiones espaciales del caso concreto. La eventual aplicabilidad de un derecho extranjero queda excluida, así como la voluntad diversa de las partes.

Los fundamentos que pueden justificar la exclusivismo del derecho material propio radican en la consideración del carácter insustituible de ciertas normas materiales internas para proteger determinados intereses nacionales. La autolimitación del derecho propio se alcanza mediante una elección (autoelección) invariable del derecho local.

b) Método de análisis y comparación

La norma de policía se caracteriza por su método de autolimitación del derecho material propio. Pero dicha autolimitación se establece en virtud del análisis de las circunstancias vinculantes al propio país que el caso multinacional pueda presentar, considerando irrelevantes sus vinculaciones extranjeras. El análisis de dichos elementos, localizados hipotéticamente en la Argentina, conduce a la sumisión del caso al derecho argentino. Se desestima la relevancia de otros elementos cuya eventual extranjería no conmueve la argentinización del caso. La armonía internacional de la solución del caso no preocupa al autor de la norma de policía.

Es de suponer que el legislador haya comparado el contenido de los derechos extranjeros que juzgará implícitamente excluidos al instaurar una norma exclusiva. Pero también cabe pensar que juzgando tan insustituible el derecho propio, ni siquiera lo compare con otros foráneos. Frente a normas de policía, ni los jueces ni las partes deben atender otro derecho que el indicado por dichas normas. Nada deben comparar.

El sistema normativo

A) Concurrencia de Normas

1. Concurrencia de normas que ordenan la misma consecuencia jurídica

El conjunto de normas fragmentarias requeridas para resolver el caso configura la norma completa.

Es posible que al mismo caso jusprivatista multinacional le sean aplicables varios tipos legales de sus respectivas normas de D.I.Pr.. Esos diversos tipos legales concurrentemente aplicables al caso pueden ordenar una sola consecuencia jurídica, o distintas. Si ordenan exactamente la misma consecuencia jurídica, ésta aparece fundada múltiplemente por varias normas jurídicas. No existe aquí desplazamiento de normas, sino aplicación acumulativa de ellas.

2. Concurrencia de normas que ordenan diversas consecuencias jurídicas

Si las normas ordenan distintas consecuencias jurídicas, existen diversas posibilidades. Una es la aplicación de dos normas jurídicas conjuntamente, produciéndose tanto las consecuencias jurídicas de una cuanto las de la otra. También es posible la aplicación alternativa de normas, pudiendo las partes elegir entre las consecuencias jurídicas de sus diferentes tipos legales.

Pero es posible que sólo una de las dos normas deba ser aplicada. Ello ocurre si las consecuencias jurídicas son recíprocamente excluyentes. En este supuesto se plantea el verdadero conflicto entre normas de D.I.Pr. distintas, que sólo puede ser resuelto dando preferencia a una de ellas.

3. Concurrencia acumulativa y concurrencia excluyente

Resulta decisivo determinar la concurrencia acumulativa de normas, distinguiéndola de la concurrencia excluyente. Parece razonable entender que si el legislador ha formulado un tipo legal específico frente a otro

genérico, ha querido regular la consecuencia jurídica del caso captado en el tipo específico de modo especial y distinto del modo en que ha regido los restantes en las consecuencias jurídicas de los tipos generales. Si las consecuencias jurídicas de los tipos generales y especial son en rigor excluyentes e incompatibles, no se puede aplicar sin la ordenada para el tipo especial. En cambio, si la consecuencia jurídica del tipo específico puede aplicarse junto a la consecuencia del tipo genérico, no hay incompatibilidad de consecuencias jurídicas. La consecuencia especial es tan sólo complementaria de la general; no, en cambio, sustitutiva de esta.

4. Las normas de conflicto son generales; las normas materiales y las normas de policía son especiales

Ahora podríamos asentar la tesis de que las normas de conflicto contienen tipos legales y consecuencias jurídicas generales en el D.I.Pr. argentino. Pero no generales sólo en el sentido de lo futuro, sino en su relación con lo específico. Las normas de conflicto regulan el campo más amplio de la materia; tienen virtualidad normativa total, a no ser por las excepciones que en determinadas materias específicas se establece mediante normas materiales y de policía.

En la materia específica que regulan, las normas materiales y de policía son exclusivas y excluyen a las normas de conflicto, porque las consecuencias jurídicas de estas últimas pueden remitir la solución del caso a un derecho extranjero cuyo contenido concreto el legislador forzosamente ignora y, por tanto, no puede juzgarse compatible con las consecuencias jurídicas materiales de las normas de esta índole ni con las consecuencias jurídicas de las normas de policía. Toda excepción legal debe ser entendida restrictivamente.

Las normas de policía específicas pueden ser aplicadas permitiendo la aplicación acumulativa de una norma de conflicto.

5. Concurrencia de normas de conflicto

Frecuentemente, la solución de un caso requiere la aplicación concurrente de diversas normas de conflicto. Se trata de una aplicación complementaria de normas de conflicto.

6. Concurrencia de normas de conflicto y de policía

También pueden concurrir una norma de policía y una de conflicto. La norma de policía es exclusivamente aplicable en la materia que regula.

7. Desplazamiento de normas de conflicto por normas de policía

Una norma de policía puede excluir íntegramente la aplicación de una norma de conflicto.

8. Concurrencia de normas materiales y de conflicto

Una o varias normas materiales pueden ser aplicadas concurrente y complementariamente con normas de conflicto.

9. Concurrencia de normas de policía, materiales y de conflicto

También es dable una concurrencia complementaria de normas de policía de aplicación exclusiva en el aspecto que regulan, de normas materiales y de normas de conflicto.

B) Carencia de Normas

1. Causa de carencia

La carencia normativa puede obedecer a la imprevisión del legislador. También se puede deber a la imprevisibilidad del caso por el legislador. Es también imprevisible la inadaptación de los diferentes derechos materiales aplicables en virtud de la aplicación concurrente de normas de conflicto.

Tal inadaptación puede conducir a una carencia estricta por contradicción lógica de los derechos aplicables, o a la carencia de una norma completa sustancialmente justa aunque de posible aplicación.

Además, la carencia puede estar motivada en una voluntad deliberada de no regular un problema.

Es supuestos excepcionales, las normas legales aplicables requieren una equitativa corrección, que las torne conciliables con los principios de la Constitución Nacional.

2. Elaboración de normas

Ante una situación de carencia normativa para resolver un caso jusprivatista multinacional, no cabe recurrir a la aplicación analógica de normas de policía ni de normas materiales nacionales.

Y ello se explica en razón del fin y los principios del D.I.Pr.. No es posible perseguir la uniformidad y armonía internacional de soluciones mediante la elaboración unilateral de normas materiales o de policía que conducirían a un creciente enclaustramiento nacional.

No cabe una elaboración de normas materiales desde una perspectiva unilateral.

Sólo se justifica el recurso a la elaboración analógica de normas de conflicto por tribunales nacionales. Y en subsidio, a la elaboración basada en los principios fundamentales del D.I.Pr..

Ante la carencia de normas vigente en la fuente nacional, cabe aplicar la norma que regule el mismo caso en las fuentes internacionales o el caso más análogo en las fuentes internacionales.

Los casos no reglados en la fuente internacional deben ser resueltos por aplicación directa o analógica de las normas de fuente interna..

C) Ámbitos Jurisdiccionales

1. Jurisdicción internacional argentina y reconocimiento o ejecución de sentencias o actos del Estado argentino en el extranjero

En los casos parcialmente multinacionales que pueden ser solucionados eficazmente en el ámbito de la jurisdicción estatal argentina, no será necesario el reconocimiento o ejecución de la decisión argentina en el extranjero, pues la solución del caso será íntegramente realizable en la esfera jurisdiccional del país. La jurisdicción argentina es autosuficiente para imponer la solución.

Algo muy distinto ocurre cuando los casos son totalmente multinacionales. Sólo pueden ser objeto de solución uniforme mediante la coordinación de decisiones en una pluralidad de jurisdicciones estatales.

En primer lugar, se suscita la cuestión relativa a la existencia o no de jurisdicción internacional argentina para decidir el caso. Además, admitiendo la existencia de jurisdicción argentina, surge el problema de la exclusividad de nuestra jurisdicción internacional o de su mera concurrencia con otras extranjeras.

Tanto la hipótesis de jurisdicción internacional argentina exclusiva cuanto en los supuestos de concurrencia, en los casos totalmente multinacionales se plantea la cuestión de la uniformidad o armonía internacional de las decisiones. Es verdad que un país puede desoír las decisiones extranjeras sobre el caso. Pero ello no hace

desaparecer el problema. Desde otro ángulo visual, las partes no podrán prescindir de una prudente consideración de las decisiones adoptadas en cada jurisdicción estatal con efectividad sobre la controversia. Mientras los países pueden adoptar una óptica puramente nacional y unilateral del caso, las partes no pueden limitarse a igual visión porque sus intereses serán inexorablemente afectados por una pluralidad de decisiones nacionales uniformes o contradictorias. Los países tampoco pueden desentenderse de la exigencia de uniformidad. Sin embargo, las concepciones fundamentales de orden público pueden exceptuar la efectividad de tal exigencia de decisiones uniformes.

Cuando la decisión argentina necesite ser reconocida o ejecutada, en una jurisdicción extranjera, aquella decisión no podrá ser adoptada con absoluta prescindencia de las probabilidades de reconocimiento o ejecución requeridos según el derecho extranjero de los lugares en que tales reconocimiento o ejecución deban ocurrir.

Lo importante será configurar la decisión nacional armonizándola, hasta donde sea posible, con las probables decisiones que habrán de ser adoptadas en jurisdicciones extranjeras efectivas.

2. Jurisdicción internacional extranjera y reconocimiento o ejecución de sentencias o actos de Estados extranjeros en la Argentina

Análoga problemática surge cuando una decisión adoptada en el ámbito de una jurisdicción extranjera necesita de reconocimiento o ejecución en la Argentina para solucionar una controversia totalmente multinacional.

El derecho extranjero no sólo se extraterritorializa mediante la aplicación del derecho foráneo por el juez nacional. También se extraterritorializa en virtud del reconocimiento, por el juez nacional, de sentencias y actos de Estados extranjeros fundados en derecho extranjero. Consiguientemente, dichas decisiones foráneas, en tanto resuelven casos jusprivatistas multinacionales vinculados a la jurisdicción argentina, deben integrar el ámbito conceptual del D.I.Pr..

En la Argentina los reconocimientos no dependen de que las autoridades extranjeras adopten normas de conflicto idénticas a las vigentes en el D.I.Pr. argentino.

3. Las soluciones de los casos en el ámbito de una jurisdicción estatal, de una pluralidad de jurisdicciones estatales o de una jurisdicción internacional

La grave trascendencia de la jurisdicción internacional, en orden a la solución definitiva de los casos, se manifiesta en que cada jurisdicción estatal puede adoptar un particular sistema normativo, destinado a realizar aquellas soluciones, integrado por normas de conflicto, materiales y de policía. Ellos significan que la determinación de la jurisdicción internacional de los tribunales de un Estado será cuestión condicionante de la adopción de tal o cual sistema normativo destinado a decidir la controversia.

§ 2. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ARGENTINOS

Relación del caso con el foro

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

Los contactos procesales y substanciales con el foro son decisivos de la jurisdicción internacional.

La jurisdicción internacional es concurrente, no exclusiva. En cambio el derecho aplicable tiende, en general, a la unidad.

El principio de concurrencia de jurisdicción hace presente la necesidad de reconocimiento o ejecución de sentencias extranjeras.

Jurisdicción Argentina y Derecho Aplicable en Controversias Multinacionales

A) Jurisdicción Internacional y Derecho Aplicable

Existen relaciones muy considerables entre las normas de jurisdicción internacional que determinan el juez nacional competente para conocer y decidir una causa jusprivatista multinacional y las normas de D.I.Pr. que determinan la solución del caso. Las soluciones de los casos multinacionales dependen mucho de quien sea el juez que individualizará la solución, cuestión, ésta, regulada por las normas uniformes de D.I.Pr., la determinación del juez nacional condiciona la aplicabilidad de las normas nacionales, internas, de D.I.Pr..

B) Fundamentos de las Normas de Jurisdicción Internacional

1. Derecho Internacional Público y jurisdicción internacional

La jurisdicción internacional argentina es el poder de los jueces argentinos para decidir casos jusprivatistas multinacionales. Se requiere una relación razonable entre el caso y el foro. Ha de haber un mínimo de contacto razonable para que la jurisdicción pueda asumirse sin caer en exorbitancia o abuso jurisdiccional.

Es un principio de derecho internacional que los tribunales de un Estado sólo ejercen jurisdicción directamente sobre las personas y cosas que se encuentran en su territorio, porque fuera de él carecen de poder para cumplir sus decisiones.

¿Por qué los tribunales argentinos no habrá de considerarse dotados de jurisdicción para entender en todas las controversias jusprivatistas del mundo? El estado argentino coexiste con otros estados extranjeros. Estos también ejercen jurisdicción. El límite de la jurisdicción propia viene impuesto por las probabilidades de reconocimiento y ejecución de las sentencias nacionales en países extranjeros. El estudio de dichas posibilidades conducirá a limitar la jurisdicción propia en casos de muy probable desconocimiento de sentencias nacionales. El principio de efectividad de las decisiones limita la jurisdicción de los estados nacionales.

2. Principios de independencia e interdependencia

A fin de superar las dificultades señaladas, los estados suelen obligarse internacionalmente a reconocer y ejecutar sentencias extranjeras bajo determinadas condiciones. Ya hemos considerado el principio de efectividad como fundamento de autolimitación jurisdiccional. Empero, otro principio sustenta también dicha autolimitación. Es el principio de independencia jurisdiccional. Nuestra problemática se encuentra signada por el juego bidimensional de dos principios. Uno es el de independencia jurisdiccional. Según éste, los estados consideran exclusiva y excluyente su jurisdicción en causas propias y, recíprocamente, se declaran incompetentes en causas que juzgan ajenas. Otro es el principio de interdependencia jurisdiccional. Según éste, los estados conceden extraterritorialidad a las sentencias extranjeras, admitiendo el ejercicio de extrañas jurisdicciones en causas relativamente vinculadas al Estado que reconoce aquellas sentencias.

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

Un eventual conflicto positivo de jurisdicción internacional podría conculcar la garantía constitucional de defensa.

Podría ponerse en grave dificultad de la defensa en juicio al demandado.

Es además razonable que la autoridad jurisdiccional superior del país decida. Los precisos alcances de los principios de interdependencia e independencia jurisdiccionales argentinos.

El deslinde de la jurisdicción de los jueces argentinos frente a la de tribunales extranjeros configura cuestión federal.

Es facultad implícita del Congreso Nacional dictar normas de jurisdicción internacional.

En supuestos de carencia de normas de jurisdicción internacional específicas, se deberá aplicar por analogía las normas nacionales de competencia territorial.

Además, las normas de jurisdicción argentinas deben ser aplicadas al problema del reconocimiento de sentencias judiciales o arbitrales extranjeras.

El principio de efectividad consulta los intereses del demandante. Y también los del demandado. Este principio puede ceder en particulares circunstancias.

La defensa en juicio de los derechos materiales del demandante quedaría desvirtuada si éste no pudiese demandar ante algún tribunal del mundo a un demandado nómada.

4. Principio de defensa: denegación internacional de justicia

En el caso Emilia Cavura de Vlasov c. Alejandro Vlasov la corte resolvió un conflicto de jurisdicción internacional no ya basada en la interpretación y aplicación de normas incorporadas a un tratado internacional, sino en virtud de normas internas incorporadas a una ley nacional de derecho común.

Un análisis de las razones decisorias de la sentencia de la Corte muestra el siguiente panorama. La Corte recuerda una vieja jurisprudencia suya. Se trata de la interpretación extensiva del art. 9, ley 4055, a otros conflictos insolubles entre jueces, que da lugar a la intervención de la Corte para dirimirlos. En segundo lugar aplicó el criterio jurisprudencial según en cual, aun cuando no estuviese caracterizada una típica cuestión de competencia, le incumbiría intervenir a la Corte si se llegara a producir una efectiva denegación de justicia por los jueces a los que se sometieran las controversias. Además, se fundamentó dicha intervención en la necesidad de controlar la garantía de la defensa en juicio comprometida. En tercer lugar, la Corte sentó el principio de concreción del concepto abstracto de privación de justicia, al establecer que este concepto debe ser contemplado con relación a las circunstancias del tiempo, lugar y personas del caso planteado.

El tribunal tuvo presente la circunstancia de que el demandado tenía sus negocios en los centros financieros industriales y comerciales más importantes del mundo. Estos elementos espaciales de juicio tornaban en extremo dificultosa la posibilidad de entablar la demanda contra Vlasov en el extranjero y fácilmente previsible el cuestionamiento por el demandado de la jurisdicción internacional de cualquier tribunal foráneo ante el que pudiese ocurrir la actora.

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

En el caso Vlasov, la doctrina de la privación de justicia aplicada en el orden jurisdiccional interno fue extendida a la esfera internacional.

Y ello en virtud del análisis de la probable sentencia del juez extranjero sobre su propia jurisdicción. El resultado negativo de la jurisdicción extranjera condujo a la conclusión de que la actora quedaba privada internacionalmente de justicia si no se abría para ella un foro nacional.

Tomando en cuenta las características de movilidad espacial continua del domicilio del demandado en el caso Vlasov, nuestra Corte decidió muy bien afirmar la jurisdicción argentina ante la perspectiva de demandar en el extranjero a un cónyuge con domicilio nómade.

El demandado errante no puede ostentar los intereses normales del demandado estable.

La garantía de defensa del demandado se une al principio de independencia jurisdiccional de los Estados.

No en todas las materias los estados autorizan a las partes para que éstas decreten la elección del juez competente. En juicios que afectan el estado de las personas, el interés público prevalece sobre cualquier interés privado e impide la prórroga de jurisdicción internacional.

C) Normas de Jurisdicción Internacional y Normas de Conflicto

1. Jurisdicción dependiente del derecho aplicable (forum causae)

En cuanto a la atribución de jurisdicción internacional concurrente a los jueces del país cuyo derecho resulta aplicable al caso, razones atendibles conducen a justificar la jurisdicción del forum causae (juez cuya ley rige la causa).

Es razonable admitir que si el derecho argentino resulta aplicable al caso, las partes pueden dirimir la controversia ante los jueces argentinos. La jurisdicción de los jueces argentinos puede excluir la de otros jueces extranjeros fundada en consideraciones procesales independientemente del derecho aplicable. Además, aquel forum causae argentino quedaría plenamente justificado si el derecho argentino fuera aplicable al caso por elección concordante de las normas de conflicto vigentes en los países a los cuales el caso se vincula sustancialmente. Tal armonía de elecciones convergentes sobre el derecho aplicable sería razón suficiente para abrir el forum causae argentino concurrente.

2. Jurisdicción razonablemente previsible

En los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, los países ratificantes han convenido que las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio. Empero, los párrafos siguientes del mismo artículo admiten otros foros concurrentes con el forum causae.

Si las normas de conflicto sufriesen interpretaciones nacionales discordantes, se abriría la posibilidad de jurisdicciones internacionales divergentes, a causa de que varios países podrían juzgar aplicable al caso su derecho material propio y podría acontecer que una de las partes entablase demanda en un país que se considerase con jurisdicción, mientras que la otra entablara la acción ante otro país que también se atribuyese la jurisdicción.

En tales casos extremos el forum causae pierde relevancia práctica, pues quedará desplazado por el foro más efectivo, esto es, por aquel cuya sentencia tenga más posibilidades de efectividad: de ordinario, el foro del domicilio del demandado, en el cual éste, generalmente, posee bienes vulnerables.

3. El forum causae mas efectivo

La causa Emilio L. Lamas c. Banco Mercantil del Río de la Plata de la ciudad de Montevideo se trataba de un contrato entre el actor y el banco demandado, celebrado por correspondencia, cuyo objeto era gestionar la aceptación por Yacimientos Petrolíferos Fiscales de un préstamo ofrecido por el banco que comisionó al actor para tal gestión. La mayoría de la Corte juzgó que el contrato se regía por el derecho del lugar de cumplimiento, que consideró localizado en Buenos Aires, por la eficacia de los servicios vinculada al

domicilio de Y.P.F.. En cambio, el doctor Risolía interpretó que el art. 42 del Tratado es específico con relación al 38 y lo desplaza en materia de contratos celebrados por correspondencia. Tal norma especial haría aplicable a esos contratos la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada. En consecuencia, todo cuanto se refiere al contrato entre ausentes quedaría regido por la ley elegida en el art. 42. Pero, además, consideró que aun aplicando la norma de conflicto general del art. 37, el lugar de cumplimiento era Montevideo porque la comisión pretendida por el actor debía pagarse en el domicilio del demandado. De modo que para la disidencia el derecho aplicable era el uruguayo y el *forum causae* también.

Los jueces uruguayos debería interpretar las normas de conflicto convencionales sobre contratos. Si tal interpretación condujese a los jueces uruguayos a considerar aplicable al contrato el derecho material uruguayo, la sentencia argentina habría sido dictada por jueces incompetentes en la esfera internacional. El domicilio del banco demandado radicaba en Montevideo, y el banco no consintió voluntariamente la jurisdicción argentina.

He aquí la dependencia de la jurisdicción internacional respecto del derecho aplicable. Tal dependencia traslada las divergencias interpretativas de las normas de conflicto a las normas de jurisdicción internacional. Si las normas de conflicto convencionales han de ser flexibles, no cabe abandonar la jurisdicción internacional a las variantes determinaciones de las normas flexibles; si han de ser precisas y evidentes, es razonable aquella dependencia o paralelismo de competencias. Las normas de conflicto de los tratados de Montevideo sobre contratos son altamente precisas. Sin embargo, no están exentas de toda necesidad de precisión.

4. Pluralidad de derechos aplicables y forum causae

A un caso concreto pueden resultar aplicables varios derechos nacionales, aunque por cierto a distintos aspectos del caso. En esta hipótesis, ¿habrá que considerar con jurisdicción internacional a cuantos países resulten competentes para regir los diversos aspectos del caso mediante sus derechos nacionales?

5. Incerteza sobre el derecho aplicable

No siempre es posible afirmar con certeza el derecho aplicable al caso, que puede variar según la investigación de los hechos en el curso del proceso de conocimiento.

Y así como puede resultar embarazoso desprender la jurisdicción internacional del derecho aplicable, también puede llevar a graves dificultades la interpretación y aplicación de normas de jurisdicción internacional que indiquen el tribunal competente por medio de referencias que implican conceptos de derecho de fondo.

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

En el art. 1215 Cód. Civil, ¿qué se entiende por lugar de cumplimiento a los fines de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos para entender en litigios contractuales vinculados a múltiples sistemas jurídicos nacionales? Goldschmidt interpreta que es cualquier lugar de cumplimiento del contrato. El vendedor puede deducir la demanda ante los jueces del país en donde el comprador está obligado a pagar. Pero el actor no puede entablar la demanda en el país en el cual debió cumplir (y cumplió), sino que debe demandar, o en el domicilio del demandado, o en el lugar en donde el demandado debió cumplir. El actor debe ir a los jueces del país en donde el demandado debe llevar a cabo la prestación con miras a la cual la demanda fue incoada, y que puede coincidir con la prestación característica.

Goldschmidt suministra dos fundamentos de la distinción de conceptos de lugar de cumplimiento. El primeramente enunciado, relativo a la comodidad de las partes a fin de realizar la justicia, y el segundo, concerniente a la efectividad de una condena eventual. Cabe agregar otra. Es perentorio formular el distingo para asignar al art. 1215 un sentido acorde a su función procesal de hacer evidente los lugares en que se puede entablar las pretensiones. Este es el primer valor que interesa al orden jurídico en esta cuestión: la seguridad

de hallar un juez con jurisdicción internacional en sitios preestablecidos con claridad y evidencia. En segundo lugar, interesa brindar comodidad a las partes. La primordial finalidad del distingo radica en la necesidad de no embarazar el concepto procesal lugar de cumplimiento que requiere evidencia con el mismo concepto sustancial lugar de cumplimiento que requiere proceso de conocimiento.

En tales condiciones, no hallo razón para negarle al actor la posibilidad de entablar la demanda en el país en que debió cumplir y cumplió, aunque su prestación hubiese sido la más característica, pues a los efectos del art. 1215, lugar de cumplimiento significa cualquier lugar de cumplimiento del contrato.

Es suficiente determinar cualquier lugar de ejecución del contrato para que se considere a los jueces de tal sitio revestidos de jurisdicción internacional.

7. Derecho aplicable dependiente de la jurisdicción (forum shopping)

¿Es razonable la regla según la cual, cuando los jueces de un país se consideran dotados de jurisdicción internacional para decidir un caso jusprivatista multinacional, pueden aplicar, sin más, su *lex fori*?

La aplicación de la *lex fori* fue difundida por Ehrenzweig como un standard jurídico, mas no como una regla inflexible, excluyente de la posibilidad de aplicación del derecho extranjero en forma sistemática.

La aplicación del derecho extranjero exige tareas arduas, costosas, de resultado a veces inciertos y otras veces injustos e inadmisibles en el foro. Las causas de aquella inclinación general a la *lex fori* son graves. Pero no menos graves son las dificultades e injusticias a las que conduce la tendencia a la *lex fori*.

8. Jurisdicciones exorbitantes

En materia contractual, puede haber jurisdicción concurrente en los lugares de ejecución del contrato, de celebración, del domicilio del demandado, de situación de los bienes del deudor. Esa concurrencia de jurisdicciones engendra incerteza sobre el derecho aplicable al contrato y la posibilidad de que el actor elija unilateralmente el juez competente y nada menos que el derecho aplicable al fondo de su pretensión (*forum shopping*). La primera consecuencia destruye la seguridad jurídica; la segunda, sumada a la primera, arruina la justicia.

9. El forum shopping y la indefensión sustancial

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

¿Es tolerable ese menoscabo? Lo juzgo contrario al orden público argentino, por violatorio de la garantía de defensa consagrada en el art. 18, Constitución Nacional, y, comprendido en el art. 14, inc. 1º, Código Civil.

10. La lex fori como socorro

No cabe omitir que motivos de urgencia y eficacia inmediata tornen razonable la elección de la *lex fori* para decidir ciertos casos. Empero, si bien esas soluciones satisfacen la necesidad de medidas seguras e inminentes,

no escapan a preocupaciones desde el punto de vista de la justicia de la elección del derecho aplicable.

Autonomía de las Partes en la Elección de Jueces Argentinos o Extranjeros (Acuerdo de Prórroga de Jurisdicción Internacional)

A) Reformas al artículo 1 del C.P.C.C.N.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en la versión de la ley 17,454 sólo preveía la admisibilidad de las cláusulas de prórroga de jurisdicción en casos patrimoniales, y a favor de otros jueces o árbitros nacionales. Se estableció el principio de la improrrogabilidad de jurisdicción argentina.

La ley 21,305 reformó el art. 1 admitiendo la prórroga por conformidad de partes en asuntos exclusivamente patrimoniales de índole internacional, incluso a favor de jueces o árbitros extranjeros.

La reforma de la ley 22,434 continuó la línea y se establecieron, como excepciones a la de improrrogabilidad, los tratados, la ley 48 y la posibilidad de exceptuar la jurisdicción de conformidad de partes en asuntos exclusivamente patrimoniales, mas se agregó que, si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga puede admitirse incluso a favor de jueces o árbitros extranjeros.

B) Fundamentos de la Prorrogabilidad

Las siguientes razones justifican la prórroga de jurisdicción internacional: la elección equitativa del tribunal competente, la certeza sobre jurisdicción internacional, la prevención del forum shopping, la prevención de cuestiones de litispendencia y de sentencias contradictorias, la identificación de la lex fori con la lex causae, la elección de un tribunal neutral, la efectividad de jurisdicción internacional mediante un foro de patrimonio acordado, la unidad concreta de la solución para la controversia internacional, que en definitiva tienden a la proporción del comercio internacional.

1. Equidad de la elección

Las partes pueden acordar la elección del tribunal competente, con miras a la sustancia y circunstancia, actual o eventual, que las normas legales sólo pueden contemplar con criterios de tipicidad ordinaria.

2. Certeza sobre la jurisdicción internacional

Es ilustrativa de esta situación la divergencia de votos en el fallo de la Corte recaído en la causa Emilio L. Lamas c. Banco Mercantil del Río de la Plata de la ciudad de Montevideo. El acuerdo de prórroga previene a las partes contra esta costosa e inicu incertidumbre, tornando evidente e indiscutible el tribunal ante el cual se deberá discutir la controversia.

3. Prevención del forum shopping

El forum shopping consiste en la elección unilateral del tribunal que más favorezca la pretensión sustancial del actor. El acuerdo de prórroga suprime tal especulación.

4. Prevención de cuestiones de litispendencia y de sentencias contradictorias

La prórroga elimina los problemas y conflictos procesales originados por la multiplicidad de proceso en países distintos, evitando que las partes recurran al doble proceso para neutralizar las sentencias respectivas.

5. Identificación de la lex fori con la lex causae

Si bien la elección del derecho aplicable no implica necesariamente la elección de los jueces del país cuyo derecho se ha elegido, es usual que ambas elecciones sean convergentes a fin de identificar la ley del tribunal competente con la ley de fondo aplicable a la controversia. Evita al tribunal competente la investigación y aplicación del derecho extranjero, suprime las dificultades embarazosas a que conduce la distinción entre cuestiones procesales y sustanciales. Esta identificación simplifica y acelera el proceso. La elección del tribunal además, implica la elección del D.I.Pr. del país al que pertenece el tribunal, pues éste aplicará como punto de partida su propio D.I.Pr..

6. Elección de un tribunal neutral

La posibilidad de elegir un tribunal de un país neutral respecto de los intereses de las partes favorece la garantía de imparcialidad.

Es también comprensible esta elección de los tribunales de un tercer estado. Empero, si aquellas dificultades conducen en el caso concreto a una manifiesta idenfensión de cualquiera de las partes, habría que evitar siempre una denegación de justicia.

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

Las partes pueden acordar la jurisdicción internacional de un foro de patrimonio bilateral. Ello se logra afianzando ambas partes el cumplimiento de las obligaciones emergentes del fallo.

Tales garantías tornan autosuficiente la jurisdicción elegida y su efectividad es plena para solucionar íntegramente la controversia, ya que en dichos casos será innecesario hacer reconocer el fallo ante los tribunales del domicilio del demandado o de los lugares en que el condenado posea bienes.

8. Unidad concreta de la solución para la controversia internacional

La solución concreta asignada por un tribunal o árbitro efectivo conduce a la uniformidad concreta de tal decisión, transformando una controversia multinacional total en un caso multinacional parcial, cuya solución es practicable únicamente en un solo país. Con esa solución, todo el caso se resuelve de modo único y concreto en el país donde las partes lo localizaron.

9. Promoción del comercio internacional

Todos los criterios expuestos son factores que promueven el comercio internacional, necesitando de certeza y uniformidad concreta en las soluciones de los negocios. Se hace para ello imperioso prevenir conflictos de jurisdicción internacional. Las partes pueden acordar, con equitativa libertad, los tribunales competentes. Y los estados nacionales siempre pueden subsidiarlas para garantizar condiciones equitativas del acuerdo, porque de éste depende el debido proceso. He aquí el principio que se debe reservar en toda prórroga de jurisdicción internacional. Por lo demás, la celeridad y seguridad jurídica es un principio fundamental que orientó la reforma.

C) Internacionalidad de los Asuntos Exclusivamente Patrimoniales

El precedente desarrollo de tales fundamentos demuestra su estricta atinencia a las controversias de índole internacional. Sólo en estas se justifica aquella prorrogabilidad. Un asunto es internacional cuando aparece de tal modo conectado al múltiples sistemas jurídicos nacionales que puede suscitar un conflicto de jurisdicción internacional.

D) Tiempo del Acuerdo

1. *Prórroga ante litem natam*

Aunque la prórroga puede ser acordada separadamente del contrato principal, lo usual es pactarla como cláusula incorporada al mismo contrato. La prórroga ante litem natam cumple paradigmáticamente la función preventiva de conflictos de jurisdicción internacional.

2. *Prórroga post litem natam*

El art. 1 establecía que el acuerdo será válido, únicamente, cuando haya sido celebrado con anterioridad a los hechos que motivan la intervención de éstos.

Es lo cierto que la prohibición de la prórroga durante o después de suscitarse los hechos que motivan la intervención de los árbitros o jueces parece irrazonable y proclive a suscitar incertidumbre. Irrazonable porque no se advierte fundamento que la sustente; proclive a generar incerteza, porque en la realidad será harto difícil probar cuando se produjeron los hechos que motivan la litis. Por estos fundamentos, se introdujo una reforma que faculta el acuerdo de prórroga en cualquier momento. Cabe así la *prorrogatio tacita post litem natam*, generalmente mediante consentimiento de la competencia del tribunal por los actos procesales concluyentes.

D) Derecho Aplicable al Acuerdo de Prórroga

En el caso de cláusulas de jurisdicción incorporadas a un contrato internacional, el derecho aplicable al contrato rige la validez de la prórroga.

La prórroga ha de regirse por un derecho indiscutible, inmediatamente evidente para las partes, a fin de no dificultar gravemente el acceso a la jurisdicción. De ahí que se haya propiciado la aplicabilidad del derecho del país al que pertenece tribunal elegido.

El derecho aplicable a la prórroga, rige también su interpretación. Me inclino a pensar que se debe buscar cuál es el derecho aplicable a la prórroga siguiendo el principio de mayor efectividad.

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

F) Exclusividad de la Jurisdicción Internacional Argentina

La prórroga sería inválida si estableciera la jurisdicción de un tribunal extranjero cuando la jurisdicción argentina es exclusiva.

Tal exclusividad y la invalidez de la prórroga en los tribunales extranjeros sólo podrá hacérselas autónomamente efectivas en jurisdicción argentina. Pero se podría juzgar válida la prórroga en una jurisdicción extranjera efectiva.

G) Normas Legales Argentinas Prohibitivas de la Prórroga

Generalmente, estas prohibiciones establecerán la exclusividad de la jurisdicción argentina. Pero cabe la prohibición de toda prórroga aun en tribunales argentinos. De ahí que la improrrogabilidad se funde en el posible carácter imperativo de normas argentinas de jurisdicción internacional.

H) Cláusulas de Prórroga en Contratos de Adhesión a Condiciones Generales Predisuestas

La sola circunstancia de tratarse de una cláusula de prórroga incorporada a un contrato celebrado por adhesión de una de las partes a condiciones generales predisuestas, entre las que se inserta aquella cláusula, no basta

para desvirtuar la eficacia de la prórroga. En la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos la prórroga debe ser acordada libre de fraude, violencia o abuso de poder determinante.

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

La conformidad de las partes ha de ser juzgada según las normas generales ilustradas por doctrina acorde con las realidades de la moderna contratación.

Siempre se puede ejercer el control jurídico sobre el contenido de las condiciones generales, además del que concierne específicamente al acto de adhesión a ellas.

Reglas de Integración

Ante carencia de normas sobre jurisdicción internacional en las fuentes del derecho interno, se debe aplicar por mayor proximidad analógica las normas de jurisdicción internacional de la materia en cuestiones vigentes en los tratados internacionales.

Ante carencia de normas específicas de jurisdicción internacional (lagunas), se debe recurrir a las normas nacionales de competencia territorial y a la jurisprudencia de la C.S.J.N. elaborada para la resolución de cuestiones de competencia.

Los jueces argentinos aplicarán estas norma tanto para apreciar la jurisdicción internacional propia como para juzgar la jurisdicción internacional de los jueces extranjeros cuyas sentencias se someten a reconocimiento o se intenta ejecutar en la Argentina.

Forum Non Conveniens – Interpretación de las Normas de Jurisdicción Internacional y Forum Non Conveniens

Podría ocurrir que pese a existir un fundamento normativo para asumir jurisdicción internacional no exclusiva, los jueces argentinos consideren que existe un foro extranjero indudablemente más apropiado para hacer justicia a las partes en el caso particular y por consiguiente que el foro argentino es un forum non conveniens.

La House of Lords al decidir el caso *The Spiliada* estableció per Lord Goff of Chieveley el principio fundamental: *If you read it as more convenient, that is to say, preferable, for securing the ends of justice, I think the true meaning of the doctrine is arrived at. The object, under the words forum non conveniens is to find that forum which is more suitable for the ends of justice, and is preferable because pursuit of the litigation in that forum is more likely to secure those ends.*

Los jueces, al interpretar las normas de jurisdicción internacional, no ignoran cuestiones relativas a un foro más apropiado para decidir el caso.

En primer lugar incumbe al demandado probar que el foro argentino, fundado en una norma de jurisdicción, es manifiestamente inapropiado frente a un foro extranjero natural o apropiado para proceder el caso.

Habrà que estudiar ante todo las circunstancias procesales del caso.

También habrá que ponderar las legítimas expectativas del actor en obtener una ventaja jurídica ante el foro argentino. El actor deberá justificar esta expectativa, que no puede reducirse a un mero forum shopping.

En este juicio sobre el foro más apropiado se espera que las partes muestren lealmente su juego, sus estrategias procesales y substanciales. Es un riesgo. Pero asumirlo o no puede depender que se reconozca como más apropiado un foro extranjero.

§ 3. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Teorías sobre la Jurisdicción Internacional del Juez Extranjero

A) Criterios de Control

1. Teoría de la unilateralidad simple

Una primera concepción considera que el juez requerido debe aplicar las normas de jurisdicción internacional del estado del juez sentenciante. Esta teoría conduce al abandono total del control de la jurisdicción del juez extranjero.

2. Teoría de la unilateralidad doble

Sólo desconoce la jurisdicción del juez extranjero cuando éste hubiese invadido la jurisdicción internacional exclusiva del juez requerido.

3. Teoría de la bilateralidad

Controla la jurisdicción internacional del juez extranjero según las normas de jurisdicción internacional que el juez requerido aplicaría para asumir jurisdicción.

En esta concepción se encuentra alineado el derecho argentino (art. 517, inc. 1º, C.P.C.C.N.) al establecer un control sobre la base de las normas argentinas de jurisdicción internacional.

Se ha sostenido que las normas de jurisdicción internacional deben ser entendidas de modo especial a los fines del reconocimiento de sentencias extranjeras.

Las normas propias para asumir jurisdicción pueden ser interpretadas con más amplitud o flexibilidad con miras a su fin y no estrictamente a su técnica normativa.

En la Argentina la jurisdicción internacional del tribunal extranjero es decidida por las reglas del estado ante el cual se pide el reconocimiento. La jurisdicción internacional del tribunal extranjero es juzgada por la ley del estado donde deban surtir efectos las decisiones de aquel tribunal.

En la regla del art. 517, el legislador ha querido referirse a las normas de jurisdicción internacional que permiten a los tribunales argentinos asumir tal jurisdicción.

Hay que partir de normas argentinas para asumir jurisdicción. Estas controlan la jurisdicción del juez extranjero. La posible interpretación finalista de estas normas ha de respetar las siguientes condiciones:

Primero, que el juez extranjero no invada jurisdicción exclusiva argentina.

Segundo, que el juez extranjero no haya asumido una jurisdicción exorbitante, arbitraria, abusiva, artificial o fraudulenta.

Tercero, que el foro extranjero se relacione con el caso por el contacto que más se aproxime a la norma argentina.

Cuarto, que la sentencia extranjera sea reconocida en el país cuyo derecho sería aplicable a la controversia según las normas argentinas.

Estas condiciones son acumulativas.

4. Hacia un multilateralismo crítico

La jurisdicción internacional extranjera debe haber sido asumida de tal modo que no signifique colocar a una parte en una grave dificultad para la defensa.

El foro ha de ser apropiado para realizar los fines de la justicia.

Si el foro extranjero es apropiado debería reconocérsele jurisdicción aunque ésta no surja estrictamente de una norma argentina de jurisdicción internacional. Aquel ha de ser bien apropiado.

Todas las normas argentinas de jurisdicción internacional deben interpretarse con una prudente consideración de los resultados o consecuencias a que pueda conducir su aplicación a las particulares circunstancias del caso.

Si una norma argentina de jurisdicción internacional conduciría a desconocer la jurisdicción de un juez natural extranjero debería interpretarse de forma tal que su aplicación no conduzca a un resultado reñido con la garantía federal argentina de juez natural.

La garantía de juez natural ha de hacerse valer tanto respecto de la jurisdicción internacional de un juez argentino como de un juez extranjero

B) Jurisdicción Argentina Exclusiva

Si una norma de jurisdicción internacional argentina les confiere a los jueces nacionales la jurisdicción exclusiva para entender en un caso, no cabe reconocer ninguna sentencia extranjera que invada la jurisdicción argentina, ni aun en el supuesto llamado reconocimiento involucrado.

C) Jurisdicción Extranjera Exclusiva

Si las partes han pactado la jurisdicción exclusiva de los jueces de determinado tribunal extranjero sobre la base de nuestro art. 1 del C.P.C.C.N., será insusceptible de reconocimiento la sentencia dictada en otro tribunal sin el consentimiento del demandado.

D) Jurisdicción Extranjera Concurrente

Puede haber jurisdicción extranjera concurrente con la jurisdicción argentina. Según los arts. 1215 y 1216 del Cód. Civil, concurre la jurisdicción de los diferentes lugares de ejecución y la del domicilio del demandado.

La concurrencia se podría producir entre diversos tribunales extranjeros. Si el juez extranjero entiende en el litigio contractual sobre base de una conexión jurisdiccional diferente, su sentencia no será pronunciada según las reglas argentinas de jurisdicción internacional. Empero, si en los lugares en que existe jurisdicción según las reglas argentinas se admite la jurisdicción del juez del lugar de los bienes, deberemos también admitir el reenvío a esa jurisdicción.

E) Conflictos de Jurisdicciones Extranjeras

Puede ocurrir que dos o más jurisdicciones extranjeras entren en conflicto para entender en un caso. Si las

reglas argentinas las consideran concurrentes, se reconocerá la sentencia pronunciada antes.

Ante un eventual conflicto negativo de jurisdicciones extranjeras, es probable que los jueces argentinos deban asumirla sobre la base de contactos locales suficientes, a fin de evitar una denegación internacional de justicia.

F) Autoridad de Cosa Juzgada de la Sentencia Extranjera

La sentencia extranjera ha de ser definitiva, e insusceptible de impugnación por vía de recursos ordinarios según la ley del lugar de su pronunciamiento.

G) Garantía de Defensa

La citación personal requerida es una exigencia particular del principio general de defensa. De este principio general se desprende, también, la exigencia de una representación regular del demandado, y que éste haya podido ejercer razonablemente sus medios de defensa. Ha de haber tanta libertad en los medios y remedios como sea necesario para que las partes puedan hacer vales sus defensas.

H) Legalización, Autenticación y Traducción

La sentencia extranjera tiene que estar legalizada por el cónsul argentino acreditado en la jurisdicción del tribunal extranjero. El cónsul argentino en el extranjero debe examinar en su esfera administrativa.

Contra el rechazo de legalización por el cónsul cabe un recurso jerárquico y judicial. Nos preguntamos si es admisible admitir el exequatur o solicitar el reconocimiento con la constancia de haber sido negada la legalización por decisión consular. A mi juicio, sería admisible.

Los documentos en que conste la legalización de la sentencia extranjera por los cónsules argentinos acreditados en la jurisdicción del tribunal que dictó el fallo han de ser autenticados por nuestra cancillería.

Si el fallo fue pronunciado en lengua extranjera, debe presentárselo traducido por traductor público autorizado según las normas argentinas.

I) Orden Público

La sentencia extranjera no debe afectar los principios de orden público del derecho argentino, según el art. 517, inc 4°. No cabe una revisión sobre el fondo del pronunciamiento extranjero. El respeto a la decisión extranjera comprende también el de las normas de conflicto aplicadas por el juez que la dictó. Tampoco son revisables los métodos de calificar la controversia, el tratamiento de las cuestiones previas, ni la interpretación, integración y aplicación de las normas de conflicto aplicadas por el tribunal extranjero.

El control concierne a la solución material de la controversia en cuanto a su eficacia o ejecución en el país estrictamente.

La sentencia extranjera no debe afectar nuestros principios de orden público. El principio del debido proceso integra nuestro orden público, pero la garantía de defensa es un requisito que el art. 517, inc 2° le impone al procedimiento extranjero en el cual se haya dictado la sentencia que viene a reconocimiento.

Puede ocurrir que la violación del debido proceso y de la garantía de defensa en sentido federal sustantivo provenga de la arbitrariedad en que podría incurrir la misma sentencia definitiva. Si la sentencia extranjera fuese susceptible de ser calificada de arbitraria en el sentido que ha elaborado la jurisprudencia de la C.S.J.N., le causaría indefensión a la parte afectada por la arbitrariedad. En este sentido, me inclino a pensar que no puede ser reconocida una sentencia extranjera arbitraria.

La arbitrariedad de la sentencia extranjera debería surgir del mismo pronunciamiento.

La revisión por arbitrariedad no debe ser confundida con la revisión sobre el fondo.

J) Arbitrariedad de la Sentencia Extranjera

1. Arbitrariedad fáctica

Si la sentencia incurre en una afirmación o negación arbitraria sobre el punto de hecho decisivo para la causa, la sentencia quebranta el debido proceso en sentido substancial. No puede haber una completa revisión del fondo del fallo. Pero sí una revisión de su razonabilidad.

2. Arbitrariedad normativa

Como arbitrariedad normativa puede enfocarse el caso que la sentencia extranjera incurriese en una arbitraria elección del derecho aplicable.

La elección arbitraria de un derecho aplicado en la sentencia puede causar indefensión a quien jamás, en su sano juicio, pudo pensar que sería juzgado por el derecho aplicado. Esta arbitrariedad produce indefensión. Deber ser desconocida.

3. Arbitrariedad general

En ocasiones, todo un sistema de administración de justicia puede fallar.

K) Incidente de Exequatur

La ejecución de una sentencia extranjera puede ser solicitada ante el juez de primera instancia que corresponda. La demanda de exequatur puede ser requerida por la parte interesada o por exhorto. No habiendo un tratado que autorice al juez del exequatur a designar de oficio un procurador, la incomparencia del interesado a impulsar el trámite paraliza la rogatoria. Reviste interés el decisivo impulso de parte.

La resolución que concede o deniega el exequatur es apelable en relación y en ambos efectos. La resolución definitiva es impugnabile por la vía del recurso extraordinario si se dan los recaudos para su procedencia formal.

L) Reconocimiento de eficacia

Cuando se invoca en un proceso la autoridad de una sentencia extranjera, su eficacia depende del examen que se haga de los requisitos del art. 517. Dicho examen puede ser efectuado sin necesidad de ocurrir al trámite del exequatur.

Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras (Ma. Elsa Uzal)

A) Examen de la Jurisdicción Internacional Directa e Indirecta

El Juez nacional ha de analizar su propia jurisdicción internacional en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, a fin de determinar si le corresponde disponer las providencias necesarias para que el fin perseguido con el pronunciamiento pueda realizarse en su circunscripción.

Corresponde, como paso previo, indagar sobre los métodos de control de la jurisdicción indirecta.

Entre nosotros, el art. 517 C.P.C.C.N. impone el control de la jurisdicción internacional indirecta.

Ante supuestos de jurisdicción argentina exclusiva, no cabe reconocer ninguna sentencia extranjera que invada la jurisdicción propia.

Si las partes han pactado la jurisdicción exclusiva de los jueces de un determinado tribunal extranjero sería insusceptible de reconocimiento la sentencia dictada en otro tribunal extranjero, sin el consentimiento del demandado.

En caso de existir tratados procesales en la materia, habrá que estar a las condiciones de reconocimiento que fijen las normas de aplicación al caso.

B) Otros Requisitos: Cosa Juzgada, Emplazamiento Personal

El art. 517 C.P.C.C.N., además, impone que la sentencia haya pasado en oportunidad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado; esto importa que se encuentre firme; que sea definitiva y, por ende, insusceptible de ser atacada por vía de recurso ordinario. También se exige el resguardo y garantía del acabado ejercicio de defensa en juicio.

C) Recaudos Formales. Autenticidad

Desde el punto de vista forma, la sentencia debe reunir las condiciones para ser considerada como tan en el lugar que ha sido dictada y cumplir los recaudos de autenticidad exigidos por la ley local.

La Convención de La Haya sobre supresión de la legalización de documentos extranjeros reemplazó la cadena de legalizaciones tradicional por un certificado (apostille) que emite la autoridad central del país del cual emana el documento. La apostille da fe de la autenticidad de la firma, del carácter con el que el signatario ha actuado y de la identidad y de la identidad del sello o timbre que lleva el documento.

En defecto de tratado o convención sobre el punto, la autenticidad se confía a las autoridades diplomáticas o consulares del país en el que el documento ha de ser usado o los de una nación amiga.

El reconocimiento y ejecución de la sentencia munida de los recaudos formales se habrá de petitionar ante el juez de primera instancia que corresponda, acompañando un testimonio que de cuenta de los extremos arriba referidos.

D) Control de Orden Público. Reciprocidad

La sentencia no se halla sometida a control o revisión sobre el fondo o sustancia del asunto. El reconocimiento debe ser otorgado sin examinar posibles errores de derecho o de apreciación de los hechos contenidos en el fallo. Sólo cabe el control de la solución material que brinde ese pronunciamiento, comparándolo con los primeros principios generales de orden público que constituyan el espíritu que anima nuestra legislación.

La sentencia no ha de ser incompatible con otra pronunciada con anterioridad, o simultáneamente, por un tribunal argentino.

E) Procedimiento

Las sentencias extranjeras declarativas o constitutivas no requieren ejecución; no cabe someterlas al trámite del *exequatur* cuando se las invoque en juicio. Deberán satisfacer los requisitos del art. 517, bajo estos recaudos deberá proceder a analizarlas el magistrado interviniente, como exigencia previa a hacer mérito de ellas.

Toda sentencia extranjera de condena que pretenda hacerse efectiva en nuestro país exigirá la tramitación del exequatur para el cual está establecida en la ley del rito la vía incidental. El impulso será a instancia de parte.

De ser necesario, el incidente podrá abrirse a prueba y, una vez dictada la sentencia interlocutoria que concede o rechaza el trámite resulta apelable en relación y en ambos efectos, pudiendo habilitarse, incluso, el recurso extraordinario.

§ 4. APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

Aplicación de Oficio de las Normas de Conflicto

Respecto de las normas de conflicto dispositivas, las partes pueden elegir un derecho aplicable distinto del que resultaría competente en virtud de la norma de conflicto. No así respecto de las imperativas. Sería absurdo que el juez argentino prescindiese, por ejemplo, de la norma de conflicto del art. 2 de la Ley de Matrimonio Civil, que somete la validez del matrimonio al derecho del lugar de celebración, para declarar inexistente un matrimonio según la *lex fori* argentina, porque las partes no han invocado ni probado la *lex loci celebrationis*, según la cual el matrimonio es válido. Según reiterada jurisprudencia de la Corte, no cabe prescindir de la norma aplicable al caso sin previo debate y declaración de inconstitucionalidad.

La aplicación de oficio de la norma de conflicto conduce necesariamente a la aplicación de oficio del derecho extranjero, cuando éste sea competente por imperio de aquella norma. Y, a la vez, la inaplicabilidad del derecho extranjero indicado por la norma de conflicto significa la inaplicabilidad de la norma de conflicto. Resulta decisivo determinar si el derecho extranjero es aplicable de oficio.

Aplicación del Derecho Extranjero

Si bien un antiguo precedente de la Corte Suprema consideró que la parte interesada no había probado, según lo imponía el art. 13 del Código Civil, la ley italiana que admitía pruebas supletorias del nacimiento de las personas, la evolución más reciente de la jurisprudencia argentina evidencia la aplicación de oficio del derecho extranjero en determinadas circunstancias.

Según el art. 377 del C.P.C.C.N., si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiera sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio. Bien es verdad que la norma enfoca el caso en que la ley extranjera hubiera sido invocada, pero en modo alguno cabe entender que se excluya inflexiblemente la posibilidad de aplicar esa ley extranjera de oficio en la hipótesis de falta de alegación. No se impone una carga subjetiva de alegación.

La facultad de investigar y aplicar de oficio el derecho extranjero no es discrecional para el juez; constituye un poder que debe ejercer razonablemente.

La norma no exige la invocación del derecho extranjero, pero tampoco impone la inexorablemente investigación judicial del derecho foráneo. No sería plausible que el juez demore irrazonablemente el proceso con la averiguación del derecho extranjero, denegando justicia. El poder de investigar la ley foránea no puede desviarse de su fin razonable.

Medios de Prueba

No es suficiente la agregación de los textos, citas jurisprudenciales y libros de doctrina. Mucho menos la referencia bibliográfica de dos medios renglones.

El experto no necesariamente ha de ser un abogado en ejercicio profesional en el país cuyo derecho se investiga. Puede ser un académico.

Si distintos expertos están en conflicto el tribunal debe decidir el conflicto de expertos.

Cuando los precedentes judiciales extranjeros están en conflicto, el tribunal decidirá siguiendo la decisión extranjera más probablemente aplicada.

Hay que adoptar un criterio amplio en la admisibilidad de los medios de prueba, aunque las pruebas de peritos e informes tienen una importancia especial. Lo importante radica en determinar precisamente el objeto de la prueba. Es insuficiente tomar conocimiento de los textos legales; resulta decisivo averiguar el funcionamiento efectivo de esas normas generales. Lo decisivo radica en conocer con el mayor grado de certeza asequible cual sería la probable sentencia que pronunciaría el juez extranjero si hubiese de fallar el caso. El estudio del derecho extranjero y la comparación de derechos, es insuficiente si se lo limita al estudio exegético de textos legales.

Graves Dificultades en la Producción de la Prueba

Cuando las dificultades en la producción de la prueba del derecho extranjero son graves, no es razonable exigir al juez o las partes la prosecución de una investigación sin fin que puede arruinar la garantía de defensa. Hay que hallar soluciones de substitución.

No es posible en esta substitución establecer un criterio absolutamente rígido. Según las circunstancias de ciertos casos el recurso a la *lex fori* como remedio más seguro, rápido y económico será razonable.

En otros casos, será posible atender al derecho más próximo, esto es, al derecho que guarde la relación más estrecha con el caso, aunque no sea la *lex fori*, en aras de conseguir la armonía internacional de las soluciones.

§ 5. LA NORMA DE CONFLICTO

Ver Cassette

§ 6. LA NORMA MATERIAL

Estructura de la Norma Material

El tipo legal de la norma de conflicto de D.I.Pr. enfoca un caso jusprivatista multinacional y la consecuencia jurídica de dicha norma lo resuelve mediante una disposición directa y sustancial que establece las conductas de solución definitiva de la controversia. Crea directamente dicha solución con especial consideración de la multinacionalidad del caso.

Es el tipo legal de la norma material el que configura la multinacionalidad del caso con miras a los elementos de extranjería estimados relevantes para aquella caracterización.

Las consecuencias jurídicas de las normas materiales proyectan unas soluciones especialmente adaptadas a la naturaleza multinacional de los casos enfocados en sus tipos legales.

Función de las Normas Materiales en el Sistema del Derecho Internacional Privado

A) Función Suplementaria

El autor propicia la construcción de un sistema de D.I.Pr. en el cual la normología conflictualista no ejerce el monopolio metodológico. Se ha de admitir, en función suplementaria, las normas materiales.

Las normas materiales funcionan como normas especiales, excepcionales, en el sistema de D.I.Pr..

B) Función Complementaria. La Adaptación

Además del carácter suplementario se advierte también una función complementaria de la norma material con relación a las normas de conflicto cuando los derecho privados elegidos por éstas resultan inadaptados y se requiere armonizarlos materialmente, a fin de asignar una solución equitativa al caso.

También se elabora una norma material de D.I.Pr. cuando al ser excluida la aplicación de una norma extranjera por efecto de los principios de orden público del juez argentino, éste, antes de aplicar irresistiblemente su *lex fori*, aplica una norma extranjera del derecho conectado que resuelve, sin ofender nuestro orden público, un caso análogo al que hay que decidir. Aquí una norma material complementa el funcionamiento de la norma de conflicto.

Las normas materiales siguen el método de creación. El tipo legal de la norma material capta lógicamente el caso jusprivatista multinacional. La consecuencia jurídica directamente proyecta la solución material del caso, sin recurrir a la elección de un sistema jurídico justificado del cual quepa, por vía indirecta, extraer la solución material. Si en un conjunto de normas materiales un problema carece de regulación por normas materiales (laguna), se habrá de retomar la vía de elección de las normas de conflicto. Si una norma material brinda una solución incompleta del caso, hay que volver a las normas de conflicto.

C) Sustancialismo Moderado

Las normas materiales crean una solución directa del caso jusprivatista multinacional, tratando de respetar su particular naturaleza internacional de modo más adecuado y justo que mediante la aplicación de cualquier derecho privado nacional relacionado con el caso. La solución justa de difíciles conflictos de leyes se logra mediante tales normas materiales.

Las normas materiales proyectan soluciones como si fueran uniformes a los derecho concurrentes. Las normas materiales de fuente nacional persiguen respetar más la internacionalidad que la nacionalidad del caso.

Las normas materiales aplicables a casos jusprivatistas multinacionales, en cuanto sean unificadas por vía convencional o consuetudinaria y superen la diversidad de lo nacional y lo extranjero mediante la uniformidad, no merecen tacha axiológica por intolerancia con lo extranjero.

Las normas materiales son unificadas sobre la base de principios comunes, creándose soluciones detalladas uniformes expresivas de tales principios. No se advierte que disvalor puede atribuírsele a la aplicación de un derecho uniforme, respetuoso de los principios nacionales comunes.

Las normas materiales uniformes garantizan valores esenciales del D.I.Pr.. Son instrumentos adecuados para realizar soluciones más justas de los casos multinacionales que las asequibles por la metodología indirecta.

Normas Materiales y Normas de Conflicto

A) Multinacionalidad Convencionalmente Típica

Las normas materiales uniformes creadas para los casos multinacionales definen los casos que reglamentan. Los tipos legales definen la multinacionalidad convencionalmente relevante de los casos.

B) Normas Materiales Dependientes e Independientes

Existen normas materiales de D.I.Pr. llamadas dependientes de las normas de conflicto, es decir que se aplica cuando resulta aplicable el derecho indicado por las normas de conflicto.

C) Normas Materiales Independientes

El tipo legal de la norma material de D.I.Pr. capta y describe un caso o un aspecto del caso multinacional mediante una caracterización que define los elementos nacionales y extranjeros relevantes para la situación típica. Pero lo específico radica en la especial consecuencia jurídica de la norma material que reglamenta el caso conforme a su problemática peculiar y a los intereses internacionales comprometidos.

La aplicabilidad del art. 123 L.S. es especial y desplaza la aplicación del art. 118, en lo regulado específicamente por él. El art. 123 se aplica independientemente del art. 118, primera parte.

En nuestro sistema, las normas materiales de D.I.Pr. son especiales y desplazan a las normas de conflicto generales en las situaciones que contemplan aquellas. Pero las normas materiales son sólo complementarias de las normas de conflicto generales.

D) Disponibilidad de las Normas Materiales

No todas las normas de D.I.Pr. son inderogables y, por tanto, rígidas. Ciertas normas materiales de D.I.Pr. son derogables por las partes.

Cuando una norma material de D.I.Pr. del foro fuese derogable por las partes, y otra norma material de D.I.Pr. de un estado extranjero vinculado con el caso fuese presentada con la intención de que se la aplique, habría que solucionar el caso aplicando la norma material de D.I.Pr. del país indicado por las norma de conflicto del foro. Lo mismo cabría hacer ante jurisprudencias contradictorias que aplicaran una misma convención que unificara normas materiales. Las partes siempre podrían crear una norma material de D.I.Pr. fundada en la autonomía material. He aquí normas materiales de D.I.Pr. creadas por las partes.

Las Normas Materiales y la Autonomía de las Partes

A) Normas Materiales Creadas por la Autonomía de las Partes

Las partes son quienes gozan de mayores facultades para la creación de normas materiales especialmente adaptadas a sus negocios multinacionales.

B) Normas Materiales Derogables por la Autonomía de las Partes

Algunas normas materiales de D.I.Pr. son derogables por la autonomía de las partes, y no lo son, por ejemplo, los arts. 118, tercera parte, y 123 de la L.S.. Las propias normas materiales suelen establecer pautas con respecto a su derogabilidad.

Funcionamiento de las Normas Materiales

A) Interpretación

El intérprete ha de atenerse al fin perseguido por la voluntad del autor de la norma.

Si se trata de la interpretación de una norma material incorporada a un convenio internacional, el intérprete ha de entender la norma en el sentido que más garantice la finalidad de unificación sustancial perseguida, cuidando de no desvirtuarla con inteligencias apoyadas en el derecho común interno o en el derecho de otras convenciones.

B) Determinación

Si el autor de la norma material ha manifestado una voluntad incompleta, será menester determinarla.

C) Lagunas

Debemos distinguir entre la voluntad negativa de no reglar, la voluntad incompleta de delegar la determinación de las normas reglamentadas y la omisión involuntaria de reglar normas.

Sólo cuando media omisión involuntaria de reglar cabe hablar estrictamente de lagunas.

Los aspectos no regidos por normas materiales convencionalmente quedan sometidos a la aplicación de las normas de conflicto. Estas, en cuanto son generales, resultan aplicables al no haber norma material especial que las desplace.

D) Aplicación

Las normas materiales convencionalmente unificadas son aplicadas por los tribunales nacionales. Desunificando jurisprudencialmente al derecho material uniforme, vuelven a regir las normas de conflicto generales.

En cuanto a las normas materiales consuetudinarias y creadas por la autonomía de las partes, su aplicación espontánea derivada de la observancia de los mismos interesados torna realidad el fin de igualdad y equidad, que persiguen.

Las normas materiales consuetudinarias o creadas por la voluntad de las partes pueden recibir interpretaciones o correcciones por los jueces nacionales.

§ 7. LA NORMA DE POLICÍA

Leyes de Policía

Una categoría de normas que, inspiradas en rigurosas consideraciones de orden público, excluyen el funcionamiento de las normas de conflicto y de toda otra norma.

La norma de policía capta en su tipo legal en caso jusprivatista multinacional y lo somete al derecho material propio delimitando expresamente su ámbito de aplicación espacial.

La norma de policía presenta una estructura de norma de conflicto unilateral inderogable, que remite al derecho propio exclusiva e inflexiblemente. No hay lugar para el derecho extranjero ni para la autonomía de las partes.

Las normas de policía excluyen absolutamente la posibilidad, incluso, de la aplicación del derecho extranjero en el aspecto que rigen. Son normas excluyentes de toda regulación.

¿Cuál es la razón que inspira tal exclusivismo?: la defensa de la organización política, social, familiar o económica del país.

Normas de Policía de D.I.Pr. y Normas Coactivas de Derecho Privado

Es urgente distinguir las normas de policía propias del D.I.Pr. de las normas coactivas del derecho privado que las partes, en controversias puramente internas, no pueden derogar. Las normas de policía contemplan casos multinacionales típicos. Las normas coactivas se refieren a casos internos.

Existe un peligro grave: el de considerar a las normas coactivas del derecho privado como normas de policía de D.I.Pr..

No es dable extender el ámbito de aplicación de las normas coactivas a la casuística internacional con vagas alusiones a todo elemento de organización jurídica que interese directamente a toda la sociedad.

Es una cuestión la de considerar que una norma coactiva de derecho privado interno encarna un principio general de este derecho. Entonces, el principio general será límite a la aplicación del derecho extranjero y a la autonomía de las partes como cláusula de reserva.

Normas Materiales y Normas de Policía

Hay normas materiales de D.I.Pr. que las partes no pueden derogar; otras, en cambio, son derogables. Pero la inderogabilidad de las normas materiales no las torna normas de policía. Mientras la norma material crea una solución directa y sustancial especialmente aplicable al caso multinacional, la norma de policía remite el caso multinacional típico a la solución del derecho material propio, pero común. No crea nuevas y especiales soluciones para el caso multinacional. Lo trata como si fuera absolutamente interno.

Las normas materiales de D.I.Pr. contemplan, en sus tipos legales, descripciones de casos multinacionales sin atender exclusivamente a conexiones del caso con el derecho propio. En la norma de policía, en cambio, la conexión especial adquiere relevancia por su relación exclusiva con la *lex fori*. En las normas materiales de D.I.Pr. convencional se suele construir caracterizaciones típicas de los caso mediante conexiones que pueden ser relacionadas con la *lex fori* o con un derecho extranjero. Las normas materiales de D.I.Pr. no comulgan con el forismo. Las normas de policía construyen sus tipos legales contemplando exclusivamente las conexiones del caso multinacional con la *lex fori*. Las normas de policía hacen del forismo su técnica y su credo.

Normas de Policía y Normas de Conflicto

Las normas de policía autolimita el ámbito de aplicación del derecho material del juez. Esta autolimitación se consigue técnicamente mediante la indicación de conexiones del caso multinacional con el territorio nacional. La norma de conflicto elige conexiones variables indeterminadas y abstractas que no hacen referencia a ningún derecho en particular.

La finalidad de la norma de policía exclusiva es proteger determinados intereses mediante la aplicación de la *lex fori* común. La finalidad de la norma de conflicto es dar una justa solución uniforme al caso multinacional.

Funcionamiento de las Normas de Policía

A) Interpretación

Las normas de policía son normas excepcionales en el D.I.Pr. argentino. Por tanto, debe interpretárselas restrictivamente. Las calificaciones de los conceptos empleados en estas normas deben ser juzgados según la *lex loci*.

B) Determinación

No se debe legislar normas de policía indeterminadas.

Supongamos que se adoptase un criterio de conexión con la *lex fori* indeterminado: el interés nacional.

Tales normas deben ser consideradas peligrosas. El peligro consiste en una chauvinista interpretación

extensiva de las normas de policía, que contraría en fin del D.I.Pr..

Una norma de policía requiere un tipo legal que capte un caso jusprivatista multinacional o un aspecto de él. No basta una norma coactiva del derecho privado propio aplicable a casos internos. La norma de policía deberá estar referida a una circunstancia o conexión que justifique la extensión del derecho privado propio.

Lo importante es hallar la conexión que justifique racionalmente la extensión excepcional del derecho propio: *by choosing the close-enough connection as the normal connection factor the unilateral conflict rule is bilateralised; by this the justified rational behind the doctrine of the peremptory rules is taken up and generalized her*. No se han de identificar las normas coactivas del derecho privado interno sin virtualidad internacional con las normas de policía inmediatamente aplicables a casos jusprivatistas multinacionales.

C) Elaboración

No cabe la elaboración analógica de normas de policía por los jueces. A falta de normas de policía se debe aplicar las normas generales de conflicto.

D) Aplicación

La efectiva aplicación al caso de las normas de policía requiere la existencia de las personas o cosas afectadas por la actualización de dichas normas. La aplicación efectiva de las soluciones a los casos jusprivatistas multinacionales requiere que una de las partes de la realidad operable de dichos casos esté localizada en la jurisdicción del juez que falló la controversia.

Normas de Policía Extranjeras

Si la norma de policía pertenece al derecho del país que una norma de conflicto argentina indica como aplicable al caso, tal norma de policía foránea será tenida en cuenta en la República Argentina pues sería aplicada por el juez extranjero. Si la norma de policía extranjera pertenece a un país cuyo derecho se ha querido evadir fraudulentamente en un contrato, éste no tendrá eficacia en la República.

Para que sea aplicable una norma de policía extranjera, no debe existir una norma de policía argentina que enfoque el mismo aspecto del caso, pues las normas de policía argentinas son exclusivas y excluyentes de toda otra. Se requiere que la norma de policía extranjera no lesiones principios de orden público argentinos. Se justifica el respeto de normas de policía extranjeras a fin de establecer un espíritu de cooperación internacional entre países dispuestos a recíproca solidaridad.