FELDSTEIN DE CÁRDENAS

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

PARTE ESPECIAL

EDITORIAL UNIVERSIDAD

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

PARTE ESPECIAL

EDITORIAL UNIVERSIDAD
BUENOS AIRES
2000

FOTOCOPIAR LIBROS ES DELITO

ISBN 950-679-268-2

© Copyright by *EDITORIAL UNIVERSIDAD S.R.L.*
Rivadavia 1225 - Buenos Aires

Hecho el depósito de la ley 11.723. Derechos reservados.
IMPRESO EN LA ARGENTINA

A mi esposo, el doctor Miguel Ángel Cárdenas.
A mi hija Yamila Cecilia Cárdenas.
A mis padres y a mi hermano Norberto.

PALABRAS PRELIMINARES

Con esta obra, cuya concepción fue fruto de la experiencia en la labor académica y de investigación desarrollada en las aulas universitarias tanto argentinas como extranjeras donde me he desempeñado, me propongo abordar la denominada Parte Especial del Derecho Internacional Privado.

Se trata de un trabajo especialmente dedicado a los profesionales del derecho, que procura, además de acercarles un instrumento para el conocimiento teórico-práctico de los lineamientos esenciales de un área particularmente dinámica, permitirles pensar dentro de un mundo que no se encierra, que no se limita, sino que se inicia a partir de las fronteras estaduales. En los tiempos que corren, caracterizados por profundas transformaciones de la sociedad, resulta una exigencia elevar la mirada hacia una disciplina superadora del fenómeno de las fronteras.

Desde el punto de vista metodológico, diseñé cada uno de los capítulos atendiendo al análisis doctrinal y a las aportaciones jurisprudenciales, deteniéndome, cuando era estrictamente necesario, en las principales fuentes normativas de orden interno y de orden convencional. Asimismo, como no podía ser de otro modo, fui intercalando aquellos comentarios que estimé imprescindibles para acercarme a la meta, esto es, a la posibilidad de contribuir a la construcción del sistema de Derecho Internacional Privado argentino.

Agradezco a los integrantes de la cátedra que me acompañan desinteresadamente en la actividad docente y en los trabajos de investigación, en especial a la doctora Mónica Sofía Rodríguez.

La presentación de esta obra es la respuesta agradecida a todos los que me han iluminado el camino, a quienes me han impulsado decisivamente para seguir adelante, en fin, a todos aquellos que con su confianza me han inspirado para transfor-

mar en palabras sencillas los entrañables latidos del corazón. Para cumplir con ese objetivo solamente sostuve la pluma; quienes guiaron mis manos, quienes descubrieron mis pensamientos, quienes realizaron la magia, fueron los demás.

SARA LIDIA FELDSTEIN DE CÁRDENAS.

ÍNDICE

PALABRAS PRELIMINARES 9

CAPÍTULO I

DERECHO INTERNACIONAL CIVIL

LA PERSONALIDAD DEL DERECHO

1. El domicilio y la nacionalidad. Su importancia en el Derecho Internacional Privado. Caracteres. Concepto antiguo y moderno de domicilio y de nacionalidad. Soluciones en el Derecho Romano. El "origo". Soluciones en el período estatutario y posterior al Código Napoleón 27
   a) El domicilio y la nacionalidad. Su importancia en el Derecho Internacional Privado. Concepto. Caracteres 27
   b) Concepto antiguo y moderno del domicilio. Soluciones en el Derecho Romano, durante el período estatutario y después de la promulgación del Código Napoleón 28
2. Circunstancias que causan domicilio y nacionalidad. Mutabilidad del domicilio y de la nacionalidad de la persona. Su prueba 31
3. El domicilio y la nacionalidad en la doctrina y en la legislación argentina de fuente interna y convencional. Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. CIDIP de 1979. Convenciones de La Haya. Tendencias actuales en el derecho comparado 32
   a) El domicilio en la doctrina y en la legislación argentina. El Código Civil 32
   b) La nacionalidad en la legislación argentina 33
   c) Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 33
   d) La Conferencia de Derecho Internacional Privado de 1979 35
   El caso Reger de Maschio, Wally c/Annan, Guillermo 35
   e) Conciliación entre los dos sistemas 37
   f) Algunas tendencias actuales en derecho comparado 38
   g) Proyecto de Reforma de 1998/1999 41
4. El domicilio de las personas de existencia ideal. Criterios para su determinación. Soluciones en la legislación argentina. Tratados de Montevideo de1889 y de 1940. Espacios integrados: la Unión Europea. El Mercosur 42

a) El domicilio de las personas de existencia ideal 42
b) *Criterios* para su determinación. Soluciones en la legislación argentina 43
c) Tratados de Montevideo de *1889* y de *1940* 47
d) Espacios integrados: la Unión Europea. El Mercosur 48
Cuadro comparativo de las definiciones de domicilio 50

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE LAS PERSONAS CONSIDERADAS EN SÍ MISMAS

PERSONAS HUMANAS

1. Nociones del estado y la capacidad e incapacidad civil. Comienzo y desaparición de la personalidad de los seres humanos. Determinación de las leyes que rigen en los derechos continental europeo, angloamericano y sudamericano. Sistemas del domicilio y de la nacionalidad. Necesidad y conveniencia de fomentar una conciliación entre los mismos. Tentativas hechas en tal sentido. Doctrina del "favor negotii" 51
a) Nociones del estado y la capacidad e incapacidad civil 52
b) Comienzo y desaparición de la personalidad de los seres humanos 53
c) Determinación de las leyes que rigen en materia de capacidad de las personas físicas. Sistemas del domicilio y de la nacionalidad 57
El caso Lizardi 60
d) Necesidad y conveniencia de fomentar una conciliación entre los mismos. Tentativas hechas en tal sentido. Doctrina del "favor *negotii*" 62
2. Incapacidades derivadas de la edad, del estado físico y legal de las personas. Incapacidades resultantes de condenación penal, política o religiosa. Régimen internacional de la tutela, curatela, emancipación y habilitación 64
a) Incapacidades derivadas de la edad, del estado físico y legal de las personas 64
El caso Berman 65
El caso Valle Inclán 65
b) Incapacidades resultantes de condenación penal, política o religiosa 67
c) Régimen internacional de la tutela, curatela, emancipación y habilitación 67
El caso Zuker 69
El caso López Taboada 70
El caso R. E. V. 71
3. De la ausencia. Sistemas legislativos. Soluciones relativas a su declaración y sus efectos 71

4. Doctrina del Código Civil argentino sobre el régimen de la capacidad e incapacidad. El Código de Comercio. Interpretación. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. Código de Bustamante 73
a) Doctrina del Código Civil argentino sobre el régimen de la capacidad e incapacidad. El Código de Comercio. Interpretación ... 73
1) Textos vigentes e interpretaciones 75
2) Tesis literal, restringida o chauvinista 75
3) Tesis intermedia 75
4) Tesis amplia, cosmopolita o universalista 75
5) Nuestra opinión 76
b) Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 77
1) Tratado de 1889 77
2) Tratado de 1940 77
c) Código de Bustamante 78
5. Tendencias modernas. Proyectos de Reforma en la República Argentina de 1993 y de 1999 78
a) Proyectos de Reforma al Código Civil de 1993 78
b) Proyectos de Reforma al Código Civil de 1998/1999 80
Existencia, estado y capacidad de las personas 82

CAPÍTULO III

EL DERECHO DE LAS PERSONAS CONSIDERADAS EN SÍ MISMAS

PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL O PERSONAS JURÍDICAS

1. Concepto. Denominaciones. Clasificación. Examen de sus caracteres en el Derecho Romano, en la exposición de Savigny, en el Proyecto de Freitas y en el Código Civil. Reforma de la ley 17.711 83
a) Concepto 83
b) Denominaciones 84
c) Clasificación 85
d) Código Civil argentino 85
e) Sistema en el Código Civil vigente 86
f) Síntesis del sistema argentino con las modificaciones de la ley 17.711 87
2. El régimen internacional aplicable a las personas jurídicas: las posibles soluciones. Doctrinas de la extraterritorialidad de las personas jurídicas 87
a) La teoría de la ficción 88
b) La teoría de la realidad 90
c) La teoría del acto jurídico 91
d) Nuestra opinión 91
3. Derechos y obligaciones concernientes a la personalidad y capacidad de las personas de existencia ideal. Personas jurídicas de carácter público y privado 92

a) Personas jurídicas de carácter público. El Estado: reconocimiento. Capacidad extraterritorial del Estado. Inmunidad del Estado extranjero. Actos de gestión y actos de imperio. Comparecencia ante los tribunales nacionales de los Estados extranjeros. Estado actual de la legislación argentina. La ley 24.488 92
1) El Estado: reconocimiento 92
2) Capacidad extraterritorial del Estado 92
El caso de los navíos chilenos 93
El caso Zappa 93
El caso Plessis-Bellière 94
El caso de Paraguay en la provincia de Formosa 94
3) Inmunidad del Estado extranjero. Actos de gestión y actos de imperio. Comparecencia del Estado extranjero ante los tribunales argentinos. Evolución en la legislación y jurisprudencia argentina. El caso Manauta y la ley 24.488 95
Teoría de los actos de imperio y actos de gestión 96
El caso Manauta 98
Los Tratados de Montevideo 99
b) Personas jurídicas de carácter privado: asociaciones, fundaciones, sociedades, simples asociaciones, cultos disidentes, órdenes religiosas. Reconocimiento y capacidad de actuación extraterritorial. El Código Civil y las convenciones internacionales. Régimen de los Tratados de Montevideo. Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado. CIDIP III. Proyectos de Reforma al Código Civil argentino. Crítica de las disposiciones pertinentes. Tendencias modernas 100
1) Asociaciones, fundaciones, simples asociaciones, cultos disidentes, órdenes religiosas 100
2) Reconocimiento y capacidad de actuación extraterritorial 100
3) La existencia, capacidad y forma de las personas jurídicas privadas 102
i) Código Civil 102
ii) Tratados de Montevideo 103
iii) Conferencia Interamericana —CIDIP III— 103
4) Proyectos de Reforma al Código Civil argentino 104
i) Comisión de 1993 104
ii) Proyecto de 1998/1999 104
5) Tendencias actuales destacables 106
Clasificación de las personas 109

CAPÍTULO IV

EL DERECHO DE FAMILIA

RÉGIMEN INTERNACIONAL DEL MATRIMONIO

SECCIÓN PRIMERA

EL MATRIMONIO

1. El matrimonio. Importancia. Calificación 111
2. La validez del matrimonio. Requisitos de fondo. La capacidad para contraer matrimonio. Impedimentos. Requisitos de forma del matrimonio. La prueba del matrimonio 112
   a) La capacidad para contraer matrimonio. Impedimentos 112
   b) Las formas del matrimonio 114
   c) La prueba del matrimonio 115
3. Las relaciones personales derivadas del matrimonio 115
4. Las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio 116
5. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: soluciones según la ley 23.515. Soluciones a nivel convencional en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. Doctrina. Jurisprudencia 118
   a) El sistema de Derecho Internacional Privado argentino 118
   b) Las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna ... 118
   c) El Código Civil argentino y la ley 23.515 119
      1) La validez del matrimonio 119
      2) La prueba del matrimonio 122
      3) Conversión de la separación personal extranjera en divorcio vincular 123
      4) Las relaciones personales derivadas del matrimonio 124
      5) Las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio. Convenciones matrimoniales e inexistencia de convenciones matrimoniales 125
   d) Las soluciones en el nivel convencional 128
      1) El Tratado de Montevideo de 1889 128
         i) Validez del matrimonio 128
         ii) Las relaciones personales 128
         iii) Las medidas urgentes 128
         iv) Las relaciones patrimoniales 128
      2) El Tratado de Montevideo de 1940 129
         i) Calificación de domicilio conyugal 129
         ii) Validez del matrimonio 129
         iii) Las relaciones personales 129
         iv) Las relaciones patrimoniales matrimoniales 130
      3) Análisis comparativo 130
6. Tendencias modernas 131

7. Jurisprudencia argentina. Evolución 133
a) Formas matrimoniales 133
El caso Hing Teng Tang 133
El caso Smart de Parsons, Elizabeth 134
b) Prueba del matrimonio 134
El caso Nogués de Meritens 134
El caso Puente, Manuel c/Stoleman, David 134
El caso Paleo de Rochi, Mariana 135
c) Validez del matrimonio 135
El caso M. J. M. c/E. N. S. 135
d) Régimen patrimonial matrimonial 135
El caso M. S. s/sucesión 135
e) Epílogo 137
8. Proyecto de Reforma al Código Civil 1998/1999. Las soluciones 137

SECCIÓN SEGUNDA

EL DIVORCIO Y LA SEPARACIÓN PERSONAL

1. El divorcio y la separación personal. Calificación. Evolución contemporánea 140
2. Criterios atributivos de ley aplicable al divorcio 142
El caso Rivière c/Roumiantzeff 142
3. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: soluciones según la ley 23.515. Soluciones a nivel convencional en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. Jurisprudencia argentina 144
a) Soluciones según la ley 23.515 144
1) Eficacia extraterritorial del divorcio vincular decretado en el extranjero 145
2) Eficacia extraterritorial de la separación personal decretada en el extranjero 146
b) Soluciones a nivel convencional en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 146
1) Tratado de Montevideo de 1889 146
2) Tratado de Montevideo de 1940 146
c) Jurisprudencia argentina 147
1) La aplicación de las normas de fuente interna 147
I) Antes de la ley 23.515 147
El caso L. J. 147
El caso Aubert, Luis Francisco c/María Luisa Hileret de Aubert 148
El caso Rojo de Loo c/A. G. Loo 148
El caso Roggi de Asquier c/F. Asquier 148
El caso B. G. V. 148
El caso Z. T. M. M. G. c/S., C. J. F. 149
II) Después de la ley 23.515 150
El caso V., N. M. 150

El caso Saccone, Romeo A. c/Rodríguez, Elisa 150
2) La aplicación de las normas de fuente convencional 151
El caso Natale de Devoto c/Carlos Devoto 151
El caso M. F. J. c/E. E. I. y otros 152
El caso Solá, Jorge Vicente s/sucesión "ab intestato" 152
El caso G. G. C. c/P. C. S. y otros 154
4. Tendencias contemporáneas en los sistemas de Derecho Internacional Privado comparados 158
5. Proyecto de Reforma de 1998/1999 160
Normas aplicables 161

CAPÍTULO V

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA MINORIDAD

1. Filiación. Calificaciones. Criterios atributivos de ley aplicable. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: normas de fuente interna y de fuente convencional. Doctrina. Jurisprudencia argentina. Reforma al Código Civil. Tendencias contemporáneas 163
a) Introducción 163
b) La filiación 164
1) Calificaciones. Orden público internacional 164
2) Criterios atributivos de ley aplicable 165
c) Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: normas de fuente interna y de fuente convencional 166
1) Las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna 166
2) La filiación y los Tratados sobre Derechos Humanos. La Constitución argentina 167
3) Las normas de Derecho Internacional Privado de fuente convencional 168
El caso Soler, Adolfo R. 169
4) Armonización legislativa deseable 169
5) La doctrina argentina 170
6) Proyecto de Reforma de 1998/1999 171
7) Tendencias contemporáneas 172
El caso Rivière 172
El caso Mme. Fabre 173
El caso Mlle. Cinar 174
2. Patria potestad. Noción. Criterios atributivos de ley aplicable. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: las normas de fuente interna. Reforma al Código Civil de 1998/1999. Las normas de fuente convencional. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. Jurisprudencia. Tendencias en los sistemas jurídicos comparados 176
a) Patria potestad. Noción. Criterios atributivos de ley aplicable ... 176

b) Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: las normas de fuente interna. Las normas de fuente convencional. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 177
c) Jurisprudencia argentina 181
El caso Fernández de Rodríguez c/Blanco del Vall 181
El caso B. de G. c/G., N. M. 181
El caso S. M., M. R. c/A., P. C. 182
d) Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998/1999 185
e) Tendencias de los sistemas jurídicos comparados 186
3. La adopción internacional. Aceptación o rechazo de la institución. Determinación del régimen aplicable. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: normas de fuente interna. Antecedentes doctrinales y legislativos en el derecho argentino: Código Civil. Ley 13.252. Ley 19.134. Régimen actual en las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna: ley 24.479. Críticas. Reforma del Código Civil de 1998/1999. El nivel convencional en las obras codificadoras en el continente americano y en el nivel universal. La CIDIP III y la Convención de La Haya de 1993. Doctrina y jurisprudencia. Tendencias de los sistemas jurídicos comparados 188
a) La adopción. Noción. Calificaciones 188
b) Aceptación o rechazo de la institución 189
c) Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: normas de fuente interna. Antecedentes doctrinales y legislativos en el derecho argentino: Código Civil. Ley 13.252. Ley 19.134 y la reforma en la ley 24.479. Régimen actual en las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna. Críticas 191
1) La adopción y el Código Civil 191
2) La adopción internacional en la ley 13.252 191
El caso Grimaldi 192
3) La adopción internacional en la ley 19.134 194
4) La adopción internacional en la ley 24.479 194
5) La adopción internacional en el Proyecto de Reforma de 1998/1999 195
6) Las realizaciones convencionales 196
d) El nivel convencional en las obras codificadoras en el continente americano. La CIDIP III 197
e) El nivel universal en la Convención de La Haya, sobre Protección de Niños y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, del 29 de mayo de 1993 200
f) Tendencias de los sistemas jurídicos comparados 203
4. La restitución internacional de menores. Planteo del tema. Sistemas. Soluciones a nivel estatal y convencional. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: normas de fuente interna y convencional. La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 1980. La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989. CIDIP IV. Jurisprudencia argentina,

algunos casos emblemáticos. Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998/1999. Análisis crítico de sus soluciones. Tendencias en los sistemas jurídicos comparados 207
a) La restitución internacional de menores. Planteo del tema 207
Precisión terminológica 207
b) Mecanismos de protección a nivel convencional internacional 208
c) Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: normas de fuente interna y convencional. La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 1980 209
1) Convenio argentino-uruguayo 209
i) Residencia habitual 209
ii) Procedimiento 210
2) Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 1980 210
i) Aspectos atendidos por la Convención 210
ii) Estructura normativa. Finalidad. Demandas 211
iii) Derecho de custodia. Derecho de visita 211
iv) Residencia habitual del menor. Calificación de menor 211
v) Traslado o retención ilícita 212
vi) Personas legitimadas para efectuar las reclamaciones 212
vii) Procedencia de la restitución. Excepciones 212
viii) Papel de las autoridades centrales. Procedimientos 213
ix) Cuestiones de fondo 214
x) Jurisprudencia. Algunos casos emblemáticos 214
El caso M. O. R. 214
El caso A. L. A. 217
El caso S. Z. A. A. 218
d) Reforma al Código Civil de 1998/1999 218
5. El tráfico de menores. Planteo del tema. Sistemas. Soluciones a nivel convencional. Convención Interamericana sobre Tráfico de Menores. CIDIP V. Otras convenciones internacionales. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: algunas tendencias actuales en la doctrina y legislación de los sistemas de Derecho Internacional Privado extranjeros 220
a) La Convención Interamericana 223
1) El vocablo "tráfico" 223
2) Estructura normativa 224
3) Objeto de la Convención 224
4) Ámbito de la Convención 224
5) Calificaciones: propósitos ilícitos. Medios ilícitos 225
6) Menor 225
7) Residencia habitual 225
8) Autoridad central 226
9) Confidencialidad de los procedimientos 226
10) Aspectos penales 226
11) Aspectos civiles 226

CAPÍTULO VI

RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LOS BIENES

1. Principios aplicables al régimen de los bienes en el orden internacional 229
a) Introducción 229
b) Interés de la soberanía de los Estados 229
c) Criterios reguladores 230
2. Doctrina del estatuto real o de la realidad 230
a) Fundamento histórico 230
b) Fundamento político 231
c) Fundamento económico 232
d) Fundamento jurídico 232
e) Precisión del lugar de situación de los bienes 234
3. Los bienes "uti singuli" 234
4. Doctrina del estatuto personal o de la personalidad 236
El alcance de la "lex rei sitae" 237
5. Los bienes "uti universitas" 238
6. Sistema argentino de Derecho Internacional Privado 238
a) Fuente interna 238
1) El Código Civil 238
2) Bienes inmuebles 239
i) Primera cuestión 239
ii) Segunda cuestión 240
3) Análisis del artículo 10 240
4) Bienes muebles 242
i) Fuentes 242
ii) Análisis del precepto legal 243
iii) Controversias sobre la contradicción entre la primera y la segunda partes del artículo 243
b) Fuente convencional. Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 243
1) El Tratado de 1889 244
2) El Tratado de 1940 245
c) Jurisprudencia argentina 245
El caso Argemar S.A. 245
El caso Tourn Russo, Pedro c/Extrader S.A. s/ordinario 246
El caso Lemos, Jorge c/Obispado de Venado Tuerto 247
El caso Courtenay Luck de van Domselaar, Norah s/sucesión 249
El caso Luis de Ridder Limitada s/quiebra incidente de exclusión 250
7. Tendencias en los sistemas jurídicos de Derecho Internacional Privado comparados 252
8. Proyectos de Reforma en la República Argentina 254
a) Comisión de 1993 254

Algunas reflexiones 256
b) Comisión de 1998/1999 257

CAPÍTULO VII

RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LAS FORMAS DE LOS ACTOS JURÍDICOS

1. Noción y objeto de la forma. Clasificación en la teoría antigua y en la contemporánea. Criterios reguladores de la forma de los actos jurídicos 259
a) Noción y objeto de la forma 259
b) Clasificación en la teoría antigua y en la contemporánea 261
c) Criterios reguladores de la forma de los actos jurídicos 262
2. La regla "locus regit actum". Sentido de sus términos 263
3. Origen de la regla. Examen de los textos del Derecho Romano. Conceptos de las escuelas estatutarias y contemporáneas 264
El caso Pommereu 265
4. El fundamento de la regla "locus regit actum" 265
a) La soberanía territorial 266
b) El orden público 266
c) El consenso universal 266
d) Razones de índole práctica 267
e) La necesidad y la utilidad 268
f) Un fundamento complejo 269
5. Carácter facultativo e imperativo en la legislación comparada. Doctrinas 269
a) Carácter obligatorio 270
b) Carácter facultativo 270
c) Carácter mixto 270
6. Facultades diplomáticas y consulares respecto de la forma de celebración de los actos 270
7. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna —Código Civil— y de fuente convencional. Tratados de Montevideo. CIDIP. Convención de La Haya. Doctrina. Jurisprudencia argentina 272
a) Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna 272
1) Antecedentes 272
2) Régimen del Código Civil argentino 272
3) La regla "locus regit actum". El principio general 272
4) Excepciones a la regla 273
b) Derecho Internacional Privado argentino de fuente convencional ... 274
1) Tratado de 1889 274
2) Tratado de 1940 274
3) Convención de La Haya de 1961 275

4) Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes 277
5) Convención de La Haya sobre Ley Aplicable en la Compraventa Internacional de Mercaderías ... 278
6) Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías ... 278
7) Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales ... 279
c) Doctrina ... 280
d) Evolución jurisprudencial ... 280
El caso Intercomi S.A. c/ICASA ... 281
El caso Méndez Valles, Fernando c/Pescio, S.C.A. s/ejecución de alquileres ... 283
8. Tendencias contemporáneas. Sistemas de Derecho Internacional Privado comparados ... 284
Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales ... 286
9. Proyectos de Reforma en la República Argentina. Análisis. Crítica . 287
a) Proyecto de Reforma de 1993 ... 287
b) El Proyecto de Reforma de 1998/1999 ... 289

CAPÍTULO VIII

RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LA SUCESIÓN

1. Introducción. Concepto. Carácter del estatuto de la sucesión. Calificaciones. Evolución del realismo continental. Soluciones doctrinales de carácter general relativas a la sucesión "ab intestato" y a la pluralidad sucesoria. Fundamentos y crítica. Formas y solemnidades de los testamentos. Capacidad del testador, del heredero y del legatario. Soluciones. Sucesión "ab intestato" y sucesión testamentaria ... 291
a) Introducción. Planteo de la cuestión ... 291
b) Concepto. Carácter del estatuto sucesorio ... 291
c) Calificaciones ... 292
d) Evolución histórica ... 293
e) Sistemas básicos. Unidad y pluralidad sucesoria. El criterio mixto ... 295
1) Sistema de la unidad. Fundamentos ... 295
2) Sistema de la pluralidad sucesoria ... 296
3) Sistema mixto ... 299
2. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino ... 299
a) El sistema de Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna ... 299
1) La legislación argentina. Código Civil ... 299
2) La doctrina nacional. "De lege lata" ... 302
3) "De lege ferenda" ... 303

b) El sistema de Derecho Internacional Privado argentino convencional 304
1) Tratado de Montevideo de 1889 304
2) Tratado de Montevideo de 1940 305
c) Jurisprudencia argentina 305
1) Sistema de la pluralidad 305
El caso Biancardi de Biasutti 305
El caso Walter de Hahn 306
El caso Cambó 306
El caso Peer 306
El caso Tartarone 307
El caso Andersen, Pablo 307
2) Sistema de la unidad 308
El caso Lojo Fabeiro de Lariño 308
El caso Yarza Vidaor 308
El caso Lemos 308
El caso Gómez, Carlos L. 309
El caso Durall Pujol 310
d) Exposición del sistema general 310
3. Tendencias principales en los sistemas de Derecho Internacional Privado comparados. Realizaciones en el nivel nacional y en el convencional. La Convención de La Haya de 1988 311
4. Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998/1999 313

CAPÍTULO IX

RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1. Responsabilidad civil internacional: obligaciones "ex lege", "quasi ex contractu", "ex delicti" y "quasi ex delicti". Noción. Naturaleza de estas obligaciones en los órdenes interno e internacional 317
a) Introducción 317
b) Métodos de codificación del Derecho Internacional Privado. Criterios en materia de ley aplicable. Calificaciones 318
El caso Babkok v. Jakson 320
c) Calificación de "lugar de comisión" del acto ilícito. Algunas tendencias 321
2. Sistema de Derecho Internacional Privado de fuente interna y de fuente convencional. El Código Civil. Legislación argentina. Exposición y comentario. Tratado de Montevideo de 1889. Tratado de Montevideo de 1940. Otras convenciones internacionales. Doctrina. Jurisprudencia argentina 323
a) El Código Civil argentino 323
b) Los Tratados de Montevideo 324

c) Jurisprudencia argentina 325
El caso Sastre c/Bibiloni 325
El caso Reger de Maschio, Wally D. y otro c/Annan, Guillermo A. . 325
El caso Giuliani, Mario y otro c/Khafif, Isaac y otros 326
3. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino 329
a) Proyecto de Reforma de 1993 330
b) Reforma de 1998/1999 331
c) Necesidad de la Reforma. Bases legislativas 332
4. Tendencias en los sistemas jurídicos comparados. Espacios integrados 333
a) La responsabilidad civil extracontractual en los espacios integrados 337
b) El criterio de la "lex loci delicti commissi" 339
c) Alcance del derecho aplicable 339

CAPÍTULO X

RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LOS CONTRATOS

1. Régimen aplicable a los contratos internacionales: la sustancia de los actos jurídicos. Contrato internacional. Caracterización. Noción. Implicancias 341
a) La sustancia de los actos jurídicos 341
b) Precisiones terminológicas 342
c) Contrato internacional. Caracterización. Noción. Importancia 342
2. El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado. Importancia 344
a) Justificación de la elección por las partes 344
b) Autonomía de la voluntad conflictual y autonomía de la voluntad material 345
c) Elección expresa o elección tácita 345
d) Origen del principio de la autonomía de la voluntad en la esfera internacional. Significado 346
e) Evolución. Etapas 347
3. El principio de la autonomía de la voluntad en la mira de sus defensores. Tesis afirmatoria. Argumentos a favor. Tesis negatoria. Fundamentos 347
a) Tesis afirmatoria. Argumentos a favor 347
b) Tesis negatoria. Argumentos a favor 348
4. El principio de la autonomía. Carácter y extensión. Criterios: absoluto y restringido. Limitaciones 349
a) El orden público internacional 349
b) El fraude a la ley 350
c) Internacionalidad objetiva 350
d) Número de leyes 350

e) Tiempo de la elección 350
f) Elección de ley entre las jurídicamente interesadas 351
g) Catálogo ofrecido por el legislador 351
h) Rechazo del reenvío 351
i) Tutela de ciertas categorías de personas consideradas jurídicamente débiles 351
j) Normas de policía o normas locales internacionalmente imperativas 352
5. Contratos celebrados entre ausentes. Contratos celebrados por ordenador o contratos telemáticos. Contratos celebrados por Internet. Perfeccionamiento de los contratos 352
Criterios reguladores 353
6. Ley aplicable en ausencia de elección por las partes. Sistemas extremos y soluciones eclécticas. Doctrina y jurisprudencia contemporáneas. Los Principios Unidroit. Los principios europeos 355
a) Sistemas extremos y soluciones eclécticas 355
b) La prestación más característica. Origen. Noción 356
7. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: fuente interna. Código Civil. Proyecto de Reforma de 1993. Proyecto de 1998/1999. Doctrina. Jurisprudencia. Evolución contemporánea 358
a) Código Civil 358
1) Facultad de elección de ley aplicable 358
2) La doctrina y la jurisprudencia 358
3) La prestación más característica en la legislación, doctrina y jurisprudencia argentinas 360
Jurisprudencia argentina 362
4) Las reglas materiales autónomas 364
Jurisprudencia argentina 365
El caso Gobierno de la República del Perú c/SIFAR 365
El caso Treviso, Pablo, S.A. y otros c/Banco Argentino de Comercio 366
El caso Tactician Int. Corp. y otros c/Dirección de Fabricaciones Militares 368
b) Proyecto de Reforma al Código Civil de 1993 370
c) Proyecto de Reforma de 1998/1999 371
8. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: fuente convencional. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 373
9. Convenciones internacionales. Ámbito continental: la obra codificadora americana de la CIDIP en 1989 y en 1994. La Convención Interamericana de México de 1994 373
10. Espacios integrados. Bases de armonización legislativa. Unión Europea. Convención de Roma de 1980. Bases de armonización legislativa en el Mercosur 375
a) La Unión Europea 375
b) El Mercosur 376
11. Sistemas de Derecho Internacional Privado comparados. Algunas tendencias destacables 377

NORMAS COMPLEMENTARIAS

Tratado de Derecho Civil Internacional (Montevideo, 1889) 381
Reformas introducidas al Tratado de Derecho Civil Internacional (Montevideo, 1940) 388
Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979) 396
Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (México, 1994) 398
Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994) 404
Convención Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros (La Haya, 1961) 409
Ley 23.458 412
Convención sobre Legislación Aplicable a los Contratos de Intermediación y Representación (La Haya, 1978) 414
Ley 23.964 418
Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 1980) 419
Ley 23.857 427
Convención sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (La Haya, 1986) 428
Ley 23.916 434

BIBLIOGRAFÍA 437

CAPÍTULO I

DERECHO INTERNACIONAL CIVIL

LA PERSONALIDAD DEL DERECHO

1. El domicilio y la nacionalidad. Su importancia en el Derecho Internacional Privado. Caracteres. Concepto antiguo y moderno de domicilio y de nacionalidad. Soluciones en el Derecho Romano. El "origo". Soluciones en el período estatutario y posterior al Código Napoleón.

a) El domicilio y la nacionalidad. Su importancia en el Derecho Internacional Privado. Concepto. Caracteres.

El desenvolvimiento creciente de las relaciones jurídicas internacionales superadoras de las fronteras estaduales se ve favorecido por el incremento en la cantidad y calidad de los medios de comunicación y el explosivo desarrollo tecnológico. En el ámbito internacional las personas anudan relaciones jurídicas que son el objeto del Derecho Internacional Privado, que precisan de la sujeción a normas jurídicas para el logro de estabilidad y certeza.

La persona, por ocupar un lugar en el espacio, se encuentra siempre vinculada con la legislación que allí rige. Por tales razones, entre las orientaciones que históricamente se han disputado su vocación para el gobierno de aquéllas relaciones, en la búsqueda de una forma de radicación, se destacan los sistemas del "domicilio" y de la "nacionalidad".

Estamos ante la presencia de los criterios atributivos preferidos para la determinación de la ley aplicable o de la jurisdicción competente, que contribuyen para arribar a la solución de las múltiples cuestiones que se suscitan por la inquieta actividad humana. La voz domicilio designa el lugar donde una persona ha establecido su hogar doméstico y centralizado el conjunto de sus intereses. Domicilio, desde su sentido etimológico, deriva de *domus*, la casa, y de *colere*, habitar, es decir, significa el lugar de nuestra predilección, el centro de nuestros afectos y de nuestros intereses. Asimismo, en otro sentido, la palabra implica

el asiento legal de la persona, de forma tal que es "el asiento jurídico de la persona, el lugar donde la ley supone que se le encontrará siempre y para todos los efectos legales" [1].

El análisis de la evolución de ambas nociones, que ciertamente aparecen tempranamente en el Derecho Internacional Privado, permite constatar que el punto de conexión *domicilio*, si bien es el más antiguo, ya que los estatutarios se manejan con este criterio, adquiere su perfil jurídico actual después de diversas modificaciones, en tanto que la *nacionalidad*, a pesar de su aparición posterior, logra alcanzar la definición de sus contornos coincidentemente con la formación de los Estados nacionales.

En este sentido, conviene recordar que, si bien el principio de la nacionalidad fue consagrado legislativamente en el artículo 3, inciso 3, del Código Civil francés de 1804, la gloria del sustento científico de la teoría se debe a Pascual Estanislao MANCINI, quien la enuncia en el célebre discurso de inauguración del Instituto de Derecho Internacional. El principio de la nacionalidad, erigido como el vínculo esencial de la persona, resultaba obligatoriamente aplicable a la que denominara parte necesaria del derecho, que encerraba las relaciones derivadas del estado y capacidad de las personas, de familia y de las sucesiones [2].

Estos criterios, y ello sin entrar a debatir acerca de la conveniencia de la consagración de uno u otro por el legislador, son los que han prevalecido tradicionalmente en los distintos sistemas de Derecho Internacional Privado, tanto de fuente interna como convencional, para regular materias tales como las relaciones internacionales vinculadas a la persona considerada de forma individual, en lo atinente a su estado, a su capacidad, así como a gran parte de las relaciones derivadas de las cuestiones de familia y sucesorias.

De modo que resulta innegable admitir que tanto el *domicilio* como la *nacionalidad* adquieren relevancia como criterios reguladores en el campo de las relaciones jurídicas internacionales que constituyen el objeto de nuestra disciplina.

b) Concepto antiguo y moderno del domicilio. Soluciones en el Derecho Romano, durante el período estatutario y después de la promulgación del Código Napoleón.

Del Derecho Romano se derivan dos nociones que antes de la Constitución de Caracalla tenían un significado y alcance diverso: el

[1] SALVAT, Raymundo: *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte General*, 10ª ed., 1955.

[2] BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ: *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General*, Ed. Universidad, 1997.

origo y el *domicilium*. El primero resultaba atributivo de la ley aplicable y el segundo era atributivo de jurisdicción, de forma que las nociones estaban claramente diferenciadas y de ellas se derivaban consecuencias diversas.

Roma establecía que cada persona pertenece a una ciudad —*urbs*—. El derecho de ciudad podía adquirirse por nacimiento —por *nativitas*—, por manumisión —por *manumissio*—, por adopción —por *adoptio*— y por admisión —por *allectio*—.

Así, el que nacía en alguna de las ciudades del Imperio Romano tenía el goce del derecho de ciudad, el esclavo manumitido adquiría la ciudadanía de su amo, el hijo adoptivo adquiría un segundo derecho de ciudad, que era el derecho de sus padres adoptivos, conservaba el derecho de ciudad de nacimiento y la admisión era concedida por los magistrados municipales. El *origo* suponía una relación de dependencia entre el individuo y una ciudad romana, de forma que el *derecho de ciudad* implicaba la sujeción del ciudadano a las cargas municipales del lugar de las que debía participar y a cuyos magistrados debía obediencia. Podían válidamente tenerse varios derechos de ciudad o bien podía carecerse de él, como en el supuesto de los extranjeros. De forma tal que entre sus caracteres, por un lado, destacaba su eventual multiplicidad o carencia y, por el otro, que no se cambiaba ni se perdía por la voluntad individual. En suma, el *origo* determinaba la ley aplicable, implicando la íntima relación entre la persona y una ciudad determinada del territorio romano y la sujeción a un "derecho de ciudad".

Simétricamente, en el Derecho Romano existía la noción del *domicilium*, integrado por dos elementos: el *factum* y el *animus*. Estos son los elementos constitutivos del domicilio; uno objetivo, la residencia habitual, y el otro subjetivo, la intención de adquirir, permanecer o regresar al lugar. Entre sus rasgos característicos señalamos que la voluntad individual podía modificarlo, cambiarlo.

El *domicilium* determinaba la jurisdicción competente, ya que debido a la posibilidad del actor de elegir entre el lugar del *origo* o el *domicilium* para demandar, razones de índole práctica incidieron para que los accionantes se inclinaran por dirigirse al foro del domicilio, que resultó ser el criterio regulador triunfante para la determinación de la jurisdicción competente. Sin embargo, no debe olvidarse que éste determinaba la ley aplicable cuando una persona carecía de *origo* en Roma, como el extranjero.

"Cuando la persona tenía más de un *origo* se prefería el *origo nativitatis* y como podía tener varios domicilios al mismo tiempo, podían ser elegidos por el actor de forma indistinta, el *forum originis* o el *forum domicilii*, pero lo era generalmente el segundo porque aquél hallaba mayor ventaja y comodidad en requerir al demandado en el lugar del domicilio. Pero en cuanto a la ley aplicable quedaba sujeto al

origo, porque se consideraba el derecho de ciudad como un vínculo más fuerte, antiguo e importante que el derivado del domicilio. Cuando la persona tenía derecho de ciudad y domicilio en diferentes ciudades, el derecho local que le correspondía estaba determinado por el derecho de ciudad y no por el domicilio. Desde luego, si se compara el derecho de ciudad con el domicilio, que dependía de una voluntad arbitraria o caprichosa, habrá de concederse que el derecho de ciudad era un lazo más estrecho y superior en sí mismo, era más antiguo, puesto que se remontaba a la época del nacimiento y el domicilio existente en otro lugar no podía ser más que el resultado de un acto posterior de la voluntad libre. De manera que no se ve, pues, razón alguna para cambiar el derecho territorial una vez constituido respecto a la persona" [3].

Con relación a la influencia del *origo* y el *domicilium* en los principios romanos, se destaca en primer lugar que entre los romanos al lado del *forum domicilii* existía el *forum originis*, colocados ambos absolutamente en una misma línea; hoy —agrega SAVIGNY— el *forum originis*, tal como lo entendían los romanos, ya no existe y sólo queda el *forum domicilii*; en segundo lugar, que entre los romanos la *lex originis* se aplicaba como derecho territorial personal de cada individuo y sólo por excepción la *lex domicilii* al que se encontraba sin *origo*. Mientras que en la actualidad —continúa diciendo— la *lex domicilii* es la única que determina regularmente el derecho territorial personal de cada individuo. Se considera domicilio de un individuo el lugar en donde reside constantemente y que ha elegido libremente como centro de sus negocios y de sus relaciones jurídicas [4].

Sin embargo, en el derecho contemporáneo, curiosamente, el domicilio es frecuentemente utilizado como criterio regulador auxiliar, cuando el criterio de la nacionalidad, por diversos motivos no resulta suficiente y fracasa para arribar a la solución en la regulación de la relación jurídica internacional, sobre todo en materia de ley aplicable a la capacidad en los casos de apatridia, refugiados y pluralidad de nacionalidades.

Con la generalización de la ciudadanía romana mediante la célebre Constitución de Caracalla, todos los habitantes de las ciudades gozaron de por lo menos un *origo* o derechos de ciudad, el de la ciudad de Roma. De esta forma las nociones, confundidas, irrumpen en la Edad Media. Durante la época feudal, el principio del domicilio ante la territorialidad de las leyes adquiere especial relevancia.

Durante el período estatutario, básicamente el domicilio ya no es exclusivamente atributivo de jurisdicción sino también de ley aplica-

[3] SAVIGNY, Federico Carlos de: *Sistema de Derecho Romano actual*, t. VI, párrafo CCCLVII.

[4] Ver del autor y obra citada en nota anterior el párrafo CCCLIII.

ble, erigiéndose en el criterio rector en materia de estatuto personal. Sobre todo el aspecto subjetivo o el *animus*, cuando, según recuerda D'ARGENTRÉ, ni Ulises estuvo sin domicilio los doce años que estuvo vagando, mientras pensó en Itaca [5].

Por cierto que ello se debió a la ausencia de oposición con el principio de la nacionalidad, cuyo desarrollo comienza durante el siglo XVI alcanzando consagración legislativa en el Código Civil francés en 1804. Su sanción implica que el domicilio, como criterio regulador para determinar el estatuto personal, pierde su hegemonía, para comenzar a compartir el espacio con el de la nacionalidad.

2. Circunstancias que causan domicilio y nacionalidad. Mutabilidad del domicilio y de la nacionalidad de la persona. Su prueba.

La evolución histórica demuestra que la concepción del domicilio aparece con la conjunción de los elementos precedentemente mencionados: el *animus* y el *factum*.

Sin embargo, en la actualidad, en el campo del Derecho Internacional Privado, la tendencia es hacia la aceptación creciente de la concepción objetiva. Dicho de otro modo, la residencia habitual de la persona se erige en una circunstancia significativa para la constitución del domicilio. En este sentido, no puede obviarse la cita de la obra codificadora a nivel continental de Montevideo, que logra sintetizar con meridiana claridad estas circunstancias en el artículo 5 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940.

La prueba de las circunstancias que causan domicilio, es decir, la comprobación cierta de su existencia, se ha dificultado cuando se trata del aspecto subjetivo, ya que precisa manifestaciones que permitan inducirla. En cambio, cuando se trata de la corroboración del aspecto objetivo resulta una tarea más fácil. Si bien es cierto que la determinación del domicilio constituye una cuestión de suma importancia desde el punto de vista internacional, no es menos cierto que la prueba de la intención de una persona, cuando no se ha manifestado de una manera clara y expresa, puede bajo ciertas circunstancias quedar librada a la arbitrariedad.

Para superar tales dificultades esta cuestión fue arduamente debatida en la Conferencia de la International Law Association celebrada en Buenos Aires en 1922, en la que se proponía que el establecimiento del domicilio de las personas físicas podría comprobarse

[5] Para un desarrollo profundizado del pensamiento de este autor perteneciente a la denominada primera escuela estatutaria francesa ver la obra citada en nota 2.

mediante un certificado de residencia de la autoridad pública del lugar, haciendo constar la intención de hacer domicilio en dicha residencia. Asimismo, se disponía que el certificado establecería la fecha en que comenzó la residencia y que podía ser solicitado en un plazo mínimo de noventa días desde su establecimiento [6].

La propuesta fue receptada por el artículo 11 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, que establece: "En caso de cambio de domicilio, el ánimo resultará, salvo prueba en contrario, de la declaración que el residente haga ante la autoridad del lugar adonde llega; y en su defecto, de las circunstancias del cambio".

3. El domicilio y la nacionalidad en la doctrina y en la legislación argentina de fuente interna y convencional. Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. CIDIP de 1979. Convenciones de La Haya. Tendencias actuales en el derecho comparado.

a) El domicilio en la doctrina y en la legislación argentina. El Código Civil.

En la legislación argentina, el domicilio determina la jurisdicción competente y el derecho aplicable en materia de los derechos de la personalidad [7].

El Código Civil argentino, si bien se ocupa de definir algunos de los tipos de domicilio, tales como el domicilio real, el de origen y el legal (arts. 89 y 90 del CC), no contiene una calificación del concepto genérico de domicilio.

Esta labor ha sido desarrollada por la doctrina civilista argentina, que distingue tres nociones diferenciadas de domicilio, residencia y habitación. Se destaca entre las múltiples definiciones ofrecidas la noción que expresa que "el domicilio es el asiento jurídico de la persona" [8]. En este sentido, se analizan claramente los caracteres del domicilio, tales como su necesidad (arts. 90, inciso 5, 96 y 98), su mutabilidad (art. 97), su unidad (art. 93) y su voluntariedad (arts. 95 y 97 del CC).

Asimismo, se distingue de la noción del domicilio a la residencia, la que se define como "el lugar de habitación real de la persona". Finalmente, se entiende que la habitación es "el lugar donde una persona se encuentra de manera accidental o momentáneamente".

[6] Estas proposiciones, que fueron objeto del debate de la XXV Conferencia de la I.L.A., fueron presentadas por el doctor Carlos María VICO.

[7] Ver los artículos 6, 7, 100, 101, 102, 227, 264, 400, 948, 1215, 1216, 3283, 3284 y 3285 del Código Civil argentino.

[8] SALVAT, Raymundo, obra citada en nota 1.

b) La nacionalidad en la legislación argentina.

Como hemos tenido ocasión de observar, en la legislación argentina el domicilio es el criterio atributivo de la jurisdicción internacional y también el criterio determinante en materia de ley aplicable al régimen de los derechos de la personalidad [9].

En este sentido, resulta evidente la marcada influencia que el pensamiento savigniano tuvo en la doctrina de la legislación argentina.

Sin embargo, el punto de conexión "nacionalidad" fue el empleado como criterio determinante por los doctores Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD y Eduardo ACEVEDO cuando, como redactores de las reglas introductorias, lo plasmaron en el Código de Comercio.

Esta doctrina fue modificada por el codificador argentino al momento de la elaboración del Código Civil, permaneciendo vivo cuando en el artículo 3638 se dispone acerca del régimen de las formas de los testamentos [10].

c) Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940.

Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940, ambos vigentes para la República Argentina, merecen ser analizados cuidadosa y detenidamente porque difieren en la metodología empleada para lograr las soluciones.

Por un lado, el Tratado de 1889 no proporciona una definición de "domicilio", sino que dispone en el artículo 5 que "la ley del lugar en el cual reside la persona determina las condiciones para que la residencia constituya domicilio". Como se advierte, solamente se alcanzó a armonizar las legislaciones mediante reglas de conflicto, que por cierto no es el método de codificación que provoca la alteración de los derechos sustanciales de los Estados.

En cambio, por el otro lado, en el Tratado de 1940, el artículo 5 dice: "En aquellos casos que no se encuentran especialmente previstos

[9] Ver los artículos 6, 7, 90, inciso 7, 113, 400, 475, 948, 3283 y 3284 del Código Civil argentino.

[10] El artículo 3638 establece, en el Título XII, Capítulo VIII: "El testamento del que se hallare fuera de su país, sólo tendrá efecto en la República, si fuese hecho en las formas prescriptas por la ley del lugar en que reside, o *según las formas que se observan en la Nación a que pertenezca*, o según las que este Código designa como formas legales". Se trata de un claro ejemplo de norma de Derecho Internacional Privado indirecta con puntos de conexión alternativos. Asimismo, conviene recordar que en 1878 la República Argentina negó su aprobación al Tratado de Derecho Internacional Privado elaborado en el congreso de Lima, porque precisamente se aceptaba el criterio de la nacionalidad en discrepancia con lo establecido en el Código Civil argentino.

en el presente Tratado, el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, será determinado, en su orden por las circunstancias que a continuación se enumeran:

"1) La residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él;

"2) a falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces; o la del cónyuge con quien haga vida en común; o, a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva;

"3) el centro principal de los negocios;

"4) en ausencia de todas estas circunstancias, se reputará como domicilio la simple residencia".

El domicilio, en esta ocasión, merece un tratamiento distinto al del Tratado de 1889. En efecto, la armonización legislativa es de un nivel mayor de intensidad, toda vez que no se contenta con el empleo de una regla de conflicto que deja intactos los derechos sustanciales de los Estados, sino que se alcanza un nivel más profundo de uniformidad a través de una norma directa, material, que desplaza las nociones de domicilio contenidas en los derechos internos con relación a las cuestiones que caen bajo su ámbito de aplicación. De este modo se logra una definición, una calificación autárquica, plenamente operativa en la órbita del Tratado.

El domicilio es erigido en el punto de conexión por excelencia, determinante en materia de jurisdicción y de ley aplicable en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 [11].

Sin embargo, conviene recordar que, de modo excepcional, los Tratados acuden a la noción de residencia como determinante de la jurisdicción o como factor atributivo de ley aplicable, cuando se trata de medidas urgentes que conciernen a las relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela [12].

A nivel continental americano resulta necesario destacar otra de las obras codificadoras desarrolladas durante el siglo XX: las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado [13].

[11] En este sentido, en materia de jurisdicción destacan los artículos 56, 57, 58, 59, 61 y 62 del Tratado de 1889, y 56, 57, 58, 59 y 62 del Tratado de 1940. Con relación a la ley aplicable, ver los artículos 1, 12, 13, 17, 19, 21, 25, 34, 35, 41, 42 y 49 del Tratado de 1889, y 1, 14, 15, 18, 19, 21, 23, 25, 27, 28, 31, 38 y 49 del Tratado de Montevideo de 1940.

[12] Artículos 64 y 24 del Tratado de 1889, y 61 y 30 del Tratado de 1940.

[13] A diferencia de la obra codificadora de Montevideo, que solamente reúne a Estados pertenecientes a la familia jurídica proveniente del derecho continental, en la CIDIP se logra incorporar a la otra familia jurídica: la del derecho anglosajón.

d) La Conferencia de Derecho Internacional Privado de 1979.

En la Conferencia de Derecho Internacional Privado de Montevideo celebrada en 1979, se adoptó la Convención sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado.

En esta ocasión los gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos, al concertar la Convención, acordaron, en el artículo 2 de su texto, que "el domicilio de la persona física capaz será determinado en su orden por las siguientes circunstancias:

"1) El lugar de la residencia habitual;

"2) el lugar del centro principal de los negocios;

"3) en ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia;

"4) en su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare" [14].

Se conviene, asimismo, que "el domicilio de las personas incapaces será el de sus representantes legales, excepto en el caso de abandono de aquéllos por dichos representantes, caso en el cual seguirá rigiendo el domicilio anterior". Así se determina que "el domicilio de los cónyuges será aquel en el cual éstos vivan de consuno...". Se define el domicilio de los funcionarios diplomáticos, estableciéndose que será "el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante y que las personas físicas que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de gobierno, será el del Estado que los designó". Finalmente, para solucionar algunos de los problemas que se presentan, establece en el artículo 6 que "cuando una persona tenga domicilio en dos Estados Partes se la considerará domiciliada en aquel donde tenga la simple residencia y si la tuviere en ambos se preferirá el lugar donde se encontrare". Se trata en estas hipótesis de dar solución a los supuestos de conflictos positivos [15] o de pluralidad de domicilios.

El caso REGER DE MASCHIO, WALLY C/ANNAN, GUILLERMO.

El 10 de octubre de 1983, el Juzgado de Primera Instancia Especial Civil y Comercial de la Capital Federal nº 50 tuvo a su cargo

[14] Ciertamente con algunas modificaciones, el texto guarda similitudes con el art. 5 del texto de la obra montevideana.

[15] En otras ocasiones puede hablarse de conflicto negativo, que surge cuando conforme a la legislación de ningún Estado se le puede atribuir domicilio a la persona por: 1) La carencia permanente de domicilio (arts. 90, inciso 5, del Código Civil, y 9 y 5, inciso 4, de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, respectivamente). En esta hipótesis se recurre a la residencia como punto de conexión sucedáneo. 2) Abandono de domicilio, cuando la persona lo abandona sin ánimo de cambiarlo (artículos 96 y 98 del Código Civil argentino).

la resolución de una interesante cuestión a raíz de un accidente de tránsito en el que fallece Sergio O. Maschio, en Punta del Este, Uruguay. La madre y la hermana de la víctima inician acción por indemnización por daño material y moral contra el conductor del vehículo (menor de edad) y el padre de éste, domiciliados en la República Argentina.

Las actoras fundan la demanda en normas y jurisprudencia del Código Civil argentino referidas a la responsabilidad extracontractual, en el ámbito del transporte benévolo. El demandado opone excepción de prescripción fundado en el artículo 4037 del Código Civil y contesta demanda pidiendo su rechazo.

El señor juez interviniente, teniendo en cuenta la naturaleza mixta argentino-uruguaya de la cuestión debatida, entiende aplicables las normas del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional (artículo 43) y del Protocolo Adicional (artículo 2). El artículo 43 del citado instrumento internacional indica como aplicable el derecho del lugar del acaecimiento del hecho ilícito, esto es, el derecho uruguayo.

Entre los considerandos del fallo, destacamos aquellos que tienen relación con lo que estamos desarrollando, es decir, el tema de la calificación del domicilio dentro del ámbito del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 y el domicilio de los incapaces en razón de la minoridad.

El tribunal dice en lo puntual: "...La ley que debe determinar si una persona es menor de edad y se encuentra sometida a la patria potestad es la de su domicilio, ya que el artículo 1 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 establece que la existencia, el estado y la capacidad de las personas, se rigen por la ley de su domicilio". Luego agrega el decisorio que "de acuerdo a las calificaciones autárquicas de domicilio contenidas en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 resulta que el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, se determina en primer lugar por la residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él (art. 5, inciso 1) y que el domicilio de las personas incapaces sujetas a patria potestad, a tutela o a curatela, es el de sus representantes legales; y el de éstos, el lugar de su representación (art. 7). Por lo que, en virtud de lo que disponen las normas mencionadas, el domicilio del propietario se encontraba al momento del accidente así como también posteriormente en la República Argentina, pues en ella se hallaba la residencia habitual de los mismos, por lo que resulta aplicable la ley argentina para determinar la capacidad y el ejercicio de la patria potestad (art. 18, Tratado de Montevideo de 1940); por ello, y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 126 y 128 del Código Civil argentino, el conductor del vehículo era menor de edad a la fecha del accidente y

conforme resulta de las constancias de autos el menor sujeto a patria potestad vivía con su padre, como lo exige el artículo 1324 del Código Civil uruguayo para atribuir responsabilidad al progenitor...".

Por entender que la sentencia reúne condiciones esenciales que la tornan destacable, riqueza de contenido y acierto en el tratamiento de las diversas cuestiones planteadas atinentes a nuestra disciplina, es que nos hemos permitido detenernos sucintamente en su examen. Así, pues, destacan desde el análisis cuidadoso de la relación entre las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna y de fuente convencional, la decisión sobre la aplicación de oficio del derecho extranjero dentro del ámbito de los tratados mencionados, así como el examen y —esto es lo que aquí particularmente nos interesa— hasta la resolución acerca de la ley que debe determinar si una persona es menor de edad y, en su caso, si se encuentra sometida a la patria potestad [16].

e) Conciliación entre los dos sistemas.

La doctrina internacionalista tradicional más autorizada pensó que resultaba vano tratar de conciliar estos dos sistemas rivales. Sin embargo, tanto los juristas como las conferencias internacionales propusieron fórmulas de conciliación. Entre los intentos más destacados encontramos:

1) *Conferencia de La Haya de 1893*: "El derecho de contraer matrimonio se regula por la ley nacional de cada uno de los futuros cónyuges, a no ser que esta ley se refiera, bien a la del domicilio, bien a la ley del lugar de la celebración". Como advertirá el lector, la fórmula propuesta intenta la conciliación, en materia de capacidad para contraer matrimonio, mediante la aceptación del reenvío [17].

2) *Código Bustamante de 1928*: "Cada Estado contratante aplicará como leyes personales la del domicilio, la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en adelante su legislación interna"[18].

3) Por cierto que, de hecho, otra modalidad empleada para superar las discrepancias entre la nacionalidad y el domicilio consiste

[16] Ver el desarrollo completo del fallo así como el excelente comentario de PERUGINI, Alicia M., en *La responsabilidad extracontractual en un caso argentino-uruguayo*, publicado en Rev. "L.L.", t. 1986-B, ps. 387 a 403.

[17] Esta solución es la propuesta por el delegado uruguayo, doctor José Pedro VARELA, en la Comisión de Jurisconsultos reunida en Montevideo en 1913, que decía: "El estado y la capacidad de las personas se rige por la ley del lugar del domicilio, a menos que esta ley no se refiera expresamente a otra".

[18] Esta fórmula, que se encuentra consagrada en el artículo 7 del Código, ha sido criticada porque no resuelve las dificultades o, dicho de otro modo, cada Estado seguirá aplicando el sistema del domicilio o de la nacionalidad según venía haciéndolo.

en la recurrencia a una tercera noción, como es la de la residencia habitual. Sin embargo, cabe señalar que esta conexión se aproxima más a la noción de domicilio. Las explicaciones vertidas precedentemente indican que residencia habitual designa el centro de vida de la persona, el lugar donde se localiza el centro de sus afectos, el lugar donde se encuentra efectivamente integrada. Dicho de otro modo, se trata del concepto de domicilio desprendido del elemento subjetivo, o también del domicilio con el reconocimiento pleno del elemento objetivo.

f) Algunas tendencias actuales en derecho comparado.

Merece tenerse en cuenta en el derecho comparado, y así poder explicar la evolución del antiguo al actual concepto de domicilio, lo que ha sucedido en el *derecho inglés*. En efecto, tal como claramente enseña un autor mexicano, la evolución del antiguo concepto inglés de domicilio desde la concepción en que el domicilio de origen —*corpus* y *animus*— no resulta determinante por acercarse más al *origo* romano que al propio domicilio, hasta que en 1947 en la "Exchange Control Act" y en 1952 con la "Income Act" en Gran Bretaña se introdujo el concepto de la residencia. Destaca con claridad que en "dos variantes más del domicilio en Inglaterra existen el *corpus* y el *animus* como elementos determinantes", y es en el "domicilio de opción" y en el "domicilio de dependencia". De manera que en aquel Estado, como en los Estados Unidos de América y en la Argentina, se trata de un elemento de sujeción a un ordenamiento jurídico [19].

En la actualidad la tendencia con relación al domicilio es considerarlo por su elemento objetivo, definiéndoselo como habitualidad en la residencia o, dicho de otro modo, como residencia habitual [20]. A nivel convencional la tendencia, que ha sido receptada por la *Conferencia de La Haya* a partir de 1955, es hacia la consideración del elemento objetivo de la residencia como determinante de la constitución de domicilio en el área de las relaciones jurídicas internacionales.

En tal sentido, recordamos algunas de las realizaciones más importantes, tales como el Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias de 1956, en el que en el artículo 1 se las sujeta a la ley de la residencia habitual del hijo; el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia de Obligaciones Alimentarias a los Menores, de 1958, en el que la competencia es

[19] PEREZNIETO CASTRO, Leonel, "Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado", Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 1ª ed., 1998.

[20] Ver Convención de La Haya de 1955 sobre "Conflictos de domicilio y nacionalidad".

atribuida a las autoridades de la residencia habitual del deudor o del acreedor de los alimentos; el Convenio sobre el Reconocimiento de Divorcio y de Separación de Cuerpos de 1968, cuyo artículo 2 atribuye un rol determinante para la competencia en esa materia a la residencia habitual de los cónyuges; el Convenio de Legislación Aplicable a los Contratos de Intermediación y Representación, de 1978, cuando establece en el artículo 6 que, a falta de elección por las partes, el contrato se rige por la ley interna del lugar del establecimiento principal del intermediario y, en su defecto, su residencia habitual, y finalmente, la Convención sobre Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte, de 1988, en la que la residencia habitual del causante es el criterio atributivo determinante. En el Capítulo 2, dedicado a la "Ley aplicable", el artículo 3, inciso 1, establece que la sucesión se regirá por la ley del Estado en el cual el causante tenía su residencia habitual en el momento de su muerte, si fuese entonces nacional de dicho Estado. El inciso 2 dispone que se regirá asimismo por la ley del Estado en el cual el causante tenía su residencia habitual si hubiera residido en dicho Estado durante un período no menor a cinco años inmediatamente anteriores a su muerte; no obstante la ley aplicable, en circunstancias excepcionales, si al momento de la muerte el causante hubiera tenido vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado cuya nacionalidad poseía entonces, corresponderá la aplicación de la ley de ese Estado. El artículo 5 establece que toda persona podrá elegir la legislación de un determinado Estado para ser aplicada a la totalidad de su sucesión. Dicha elección no será efectiva a menos que la persona, al momento de efectuar la elección o al momento de su muerte, fuese nacional de dicho Estado o tuviera en él su residencia habitual.

Estos Convenios, que no hacen más que reflejar lo que ha comenzado a suceder en las legislaciones y jurisprudencias de los Estados, demuestran además que en materia de ley aplicable ha ganado espacio la consideración del elemento objetivo sobre el subjetivo para constituir domicilio y, por otro lado, que hasta los Estados tradicionalmente partidarios de la nacionalidad han confiado en el punto de conexión del domicilio la regulación de una multiplicidad de materias.

Con respecto a la nacionalidad, ha sido, por la influencia de MANCINI, el criterio regulador dominante en Europa Continental, que mantiene su vigor en la Ley de Derecho Internacional Privado italiana de 1995 [21].

Resulta conveniente observar, por ser novedoso, lo establecido por la *Ley venezolana de Derecho Internacional Privado* de 1998, que modifica el criterio regulador anterior de la nacionalidad en la mayor parte de las relaciones personales internacionales. Precisamente

[21] Ley 218-95 de Reforma del sistema italiano en materia de Derecho Internacional Privado.

esta alteración es, según sus propios autores, la protagonista de la reforma.

En efecto, el artículo 11 establece que "el domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual [22].

En el nivel convencional de los Tratados de Montevideo, el Tratado de Montevideo de 1889 no introdujo una norma de unificación de los caracteres del domicilio como lo hace el de 1940. En efecto, el artículo 5 del primer texto mencionado establece que "la ley del lugar en el cual reside la persona determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio".

En el Congreso de 1889 sólo se logró introducir una regla electiva de la legislación aplicable, una norma de Derecho Internacional Privado indirecta que fue duramente criticada por su ambigüedad y que no produjo la unificación de sus caracteres [23].

En el Tratado de Montevideo, esta dificultad fue modificada en la versión de 1940, que introduce la solución del artículo 5, que establece: "En aquellos casos que no se encuentran especialmente previstos en el presente Tratado, el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, será determinado, en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran:

"1) La residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él;

"2) a falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge y los hijos menores

[22] *Artículo 11*: El domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual. *Artículo 12*: La mujer casada tiene su domicilio propio y distinto del marido si lo ha adquirido de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior. *Artículo 13*: El domicilio de los menores e incapaces sujetos a patria potestad, a tutela o a curatela, se encuentra en el territorio del Estado donde tienen su residencia habitual. *Artículo 14*: Cuando la residencia habitual en el territorio de un Estado sea resultado exclusivo de funciones conferidas por un organismo público, nacional, extranjero o internacional no producirá los efectos previstos en los artículos anteriores. *Artículo 15*: Las disposiciones de este Capítulo se aplican siempre que la presente ley se refiera al domicilio de una persona física y, en general, cuando el domicilio constituye un medio de determinar el derecho aplicable o la jurisdicción de los tribunales.

[23] VICO, Carlos María: *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. I, p. 336, 2ª ed., Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1934. Este autor señala esta ambigüedad a tenor de lo establecido en el artículo 9 del mismo Tratado, que establece: "Las personas que no tuvieren domicilio conocido lo tienen en el lugar de su residencia", acotando que parecería que las disposiciones asignaran a la residencia los efectos jurídicos del domicilio, si bien la primera se refiere al concepto del domicilio y la segunda a los casos en que la mera residencia produce los efectos del mismo respecto de las personas sin domicilio conocido. Ello lo hace preferir la solución del Código Bustamante (artículos 21 y 22).

o incapaces; o la del cónyuge con quien haga vida común; o, a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva;

"3) el lugar del centro principal de sus negocios;

"4) en ausencia de todas estas circunstancias, se reputará como domicilio la simple residencia".

Esta disposición, como se advierte claramente con su simple lectura, constituye una típica norma de Derecho Internacional Privado directa.

En esta ocasión, el legislador se ha inclinado, con su acostumbrada prolijidad, por definir, por calificar autárquicamente el vocablo domicilio y las circunstancias que lo determinan, de forma tal que, en su ámbito, el concepto y los caracteres del domicilio son idénticos para los Estados ratificantes, porque ellos han convenido y consentido en este aspecto desplazar las normas contenidas en sus respectivos derechos sustanciales. Por cierto que en las relaciones internacionales fuera de la órbita de los Tratados, a falta de una convención específica, ellos mantienen su particular concepto y los caracteres determinantes contenidos en sus órdenes jurídicos internos [24].

g) Proyecto de Reforma de 1998/1999 [25].

El Proyecto de Derecho Internacional Privado, Libro VIII del Código Civil, en el Capítulo I del Título II dedicado a la regulación de la competencia internacional, dentro de las disposiciones generales establece:

"*Art. 3. Domicilio o residencia habitual del demandado.* — A falta de disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante los tribunales del domicilio o de la residencia habitual del demandado".

El propio legislador destaca el empleo de la residencia habitual, en materia de competencia internacional, con el mismo valor atributivo e indistinto que el domicilio de las personas físicas.

En el Título III, sobre "Derecho aplicable", como lo veremos cuando analicemos cada uno de los temas en particular, el legislador recurre al criterio regulador del domicilio en numerosas oportunidades.

[24] Como se advierte, el nivel del compromiso asumido por los Estados participantes en la obra codificadora de Montevideo en 1940 es, en este aspecto, de mayor intensidad. Similar criterio es el empleado por la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1979 —CIDIP II— sobre Domicilio de las Personas Físicas.

[25] El Proyecto de Derecho Internacional Privado, Libro Octavo del Código Civil, fue entregado por el doctor Atilio A. ALTERINI, a quien le agradecemos su generosidad.

4. El domicilio de las personas de existencia ideal. Criterios para su determinación. Soluciones en la legislación argentina. Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. Espacios integrados: la Unión Europea. El Mercosur.

a) El domicilio de las personas de existencia ideal [26].

La persona física no puede en ciertas ocasiones afrontar individualmente algunas actividades que la exceden. Por ello, se ha visto obligada a asociarse, a unirse, para lograr la realización de una actividad que el aislamiento imposibilita.

De manera que en el mundo actual resulta insoslayable la especial consideración de la persona de existencia ideal que desenvuelve su actividad con tal potencia en el área de los negocios internacionales que hay quienes afirman que ello ha provocado el desplazamiento de la actividad de la persona física.

No estamos totalmente convencidos de esa visión un tanto apocalíptica, pero de lo que sí estamos seguros es del importante papel que tienen las personas de existencia ideal en el campo de las relaciones jurídicas internacionales que constituyen el objeto del Derecho Internacional Privado.

Por ello, la especial relevancia que adquiere la calificación, la caracterización del domicilio, ya que en torno de este punto de conexión giran los distintos sistemas que reconocen o niegan la extraterritorialidad de la existencia y capacidad de las personas de existencia ideal y el grado de aceptación de su actuación internacional. En efecto, el progresivo desarrollo económico y el explosivo avance tecnólogico han determinado que los sujetos de derecho sean personas físicas de existencia visible como las personas de existencia ideal; no se encuentren circunscriptas a los límites de las fronteras estaduales, sino que estén ampliamente estimuladas para ensanchar el campo de su actividad anudando relaciones jurídicas en el escenario internacional. Por cierto que destaca la actividad de los propios Estados, que en forma cada vez más frecuente desarrollan una importante actividad en el área de las relaciones jurídicas internacionales en general y en la de los negocios internacionales en particular [27].

[26] Si bien somos conscientes de la sinonimia entre esta expresión y personas jurídicas, preferimos emplear esta denominación a la de "personas jurídicas". Buscamos evitar la confusión en que se puede incurrir, si se piensa que las así llamadas son las únicas personas jurídicas. ¿Qué, pues, nos preguntamos para las personas físicas de existencia visible, no son acaso personas jurídicas? Pensamos que sí.

[27] En este sentido puede consultarse de FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe: *Cómo y cuándo demandar a un Estado extranjero*, Ed. Abeledo-Perrot, 1996; BIDART CAMPOS, Germán: *Un notable avance en la*

El domicilio de las personas constituye básicamente el vínculo de la persona con un determinado lugar. Así, como las personas físicas tienen domicilio, también las personas de existencia ideal lo poseen. Por cierto que no se nos escapa que los elementos que configuran el domicilio de las personas de existencia ideal son, por su propia naturaleza, de más dificultosa caracterización. Sin embargo, el derecho precisa ubicarlas espacialmente para posibilitar su especial regulación.

b) Criterios para su determinación. Soluciones en la legislación argentina.

La legislación argentina, en el artículo 44 del Código Civil, establece que "las personas jurídicas, nacionales o extranjeras, tienen su domicilio en el lugar donde se hallaren, o donde funcionen sus direcciones o administraciones principales, no siendo el caso de competencia especial". A su turno, el artículo 90, inciso 3, dispone que "el domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones autorizadas por las leyes o por el gobierno, es el lugar donde está situada su dirección o administración, si en sus estatutos o en la autorización que se les dio no tuviesen un domicilio señalado", y el inciso 4 de esta disposición establece que "las compañías que tengan muchos establecimientos o sucursales, tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos, para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad".

Resulta necesario distinguir las diversas categorías de domicilio de las personas de existencia ideal. En este sentido, uno de los criterios propuestos indica que se entiende por domicilio el lugar donde se encuentra el asiento administrativo de la persona de existencia ideal, esto es, el lugar donde funcionan sus órganos de administración, donde tiene su sede social.

Tal determinación aparece dificultada cuando los órganos ejecutivos y decisorios de la persona de existencia ideal —la asamblea y el directorio— se encuentran ubicados en distintos lugares. Ello constituye un trastorno porque, por un lado, coloca a quienes siguen este criterio en la difícil alternativa de elegir entre el lugar donde sesionan órganos de tan pareja como suficiente entidad y, por el otro, en ocasiones, ello les impide advertir que las personas pueden contar con una multiplicidad de domicilios, estratégicamente situados, que difi-

---

jurisprudencia de la Corte sobre inmunidad de los Estados extranjeros, "E.D.", 162-83; DREYSIN DE KLOR, Adriana: *Comparecencia de un Estado extranjero ante los tribunales argentinos (una oportunidad aprovechada)*, "L.L.", 1995-D, ps. 208 a 218, y ZUPPI, Alberto Luis: *La inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos conforme a la ley 24.488*, "E.D.", 166-866.

cultan seriamente la identificación del domicilio que lo es porque de allí se imparten las decisiones que dirigen su actividad a nivel internacional. Otro de los criterios propondrá que domicilio como elemento decisivo no resulta el lugar donde funciona el asiento social o administrativo sino aquel donde se encuentra el principal establecimiento, donde tiene el centro efectivo de su explotación y de sus negocios.

Así, pues, no podemos dejar de señalar los excelentes trabajos realizados por nuestra doctrina en la materia y, en lo particular, cuando se plantea si el Estado extranjero puede tener domicilio en la Argentina. El autor que seguimos recuerda que la cuestión fue debatida en un interesante caso judicial. Se trataba de la sucesión testamentaria del señor Félix Loria, que instituyó por testamento un legado a favor del gobierno de Italia por la suma de $ 800.000, que habría de ser destinada a la construcción de un palacio en la ciudad de Buenos Aires, que podría llamarse "Casa de Italia". Al momento de liquidarse el impuesto sucesorio entonces vigente se aplicó un recargo del 100%, por cuanto se entendió que el beneficiado por el legado tenía su domicilio en el extranjero en el momento del fallecimiento del testador. El gobierno de Italia adujo que como persona de existencia ideal, de existencia necesaria, no podía atribuírsele un domicilio en el extranjero, donde reside el gobierno central, sino que éste se encuentra donde está el asiento de su ministro representante. El tribunal afirmó en su pronunciamiento que el Estado extranjero tiene siempre su domicilio legal o real donde funciona su gobierno superior o principal.

En este caso, que se resolvió con fundamento en las disposiciones entonces vigentes surgidas de los artículos 34, 36, 41 y 44 del Código Civil, se hicieron consideraciones sobre temas tales como los actos de imperio o de gestión del Estado, sea nacional o extranjero, la capacidad jurídica del Estado extranjero, ley que rige su capacidad o incapacidad, entre otros [28].

En este sentido, conviene recordar algunas cuestiones en torno de las cuales han debatido tanto la doctrina como las legislaciones nacionales y extranjeras, entre las que destaca si las sociedades tienen nacionalidad o domicilio.

El primer criterio, el de la nacionalidad, es el que ha sido seguido por importantes tratadistas europeos, que le conceden especial impor-

[28] Ver ROMERO DEL PRADO, Víctor: *Derecho Internacional Privado*, t. II, p. 133, Ed. Assandri, 1961, y los trabajos allí citados de LAZCANO, Carlos Alberto: *El domicilio del Estado extranjero y el recargo por ausentismo en la transmisión gratuita de bienes*, Rev. "J.A.", nº 626, t. 71, sec. Doctrina, p. 57, y PETRACCHI, Carlos A., "Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA", t. 6, nº 30. Asimismo puede consultarse, en lo atinente a los actos del Estado extranjero, la obra de LEONARDI DE HERBÓN, Hebe, y FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Cómo y cuándo demandar al Estado extranjero* citada.

tancia a su determinación, por cuanto la sociedad estará sujeta, sometida, a la ley del Estado al cual ella pertenece por su nacionalidad [29]. Simétricamente, con otra línea de pensamiento, se han inclinado diciendo que en lo que concierne a las personas de existencia ideal se han confundido las nociones de nacionalidad y de domicilio. Afirman que es imposible referir la nacionalidad de las sociedades, como en las personas físicas, al lugar donde ellas nacen, pues una sociedad no nace materialmente como una persona y así no se hace más que alejar la cuestión y no resolverla, puesto que sería necesario siempre preguntarse o averiguar cuál es el lugar de nacimiento de la sociedad y con esta nueva cuestión todas las dificultades resucitan. Si se deriva la nacionalidad de las sociedades del establecimiento de las mismas en un lugar determinado, que es la idea preponderante, se confunde nacionalidad con domicilio, ya que, en definitiva, para determinarla se recurre al domicilio, que es precisamente el lugar donde la persona de existencia ideal tiene su sede [30].

Por cierto que, en materia de personas de existencia ideal, así como cuando se trata de sociedades, nos inclinamos decididamente por el criterio domiciliario, ya que coincidimos con las palabras de Alcides CALANDRELLI [31] cuando con su claro discurso afirma que "...aun dentro de la convicción jurídica continental que determina el estatuto personal por la ley de la nacionalidad y que aplica el mismo principio a las personas de existencia ideal, fundamenta esa nacionalidad el principio del domicilio. He aquí el argumento poderoso para la doctrina americana que niega que las sociedades y personas jurídicas tengan, como las de existencia visible, patria, nacionalidad. ¿Para qué se procura nacionalidad, sino para señalarles un dominio legal y jurídico de sumisión? Si ello es así, ¿no se halla acaso ya él determinado por la radicación que el mismo domicilio indica? ¿A qué, pues, la nacionalidad?".

[29] La nacionalidad como criterio atributivo para establecer la ley aplicable a la capacidad de las personas en materia de sociedades, que tanta polémica provocara en la doctrina, se encuentra en franca retirada dentro del denominado derecho comunitario europeo. En efecto, este criterio ha sido sustituido por el derecho de establecimiento impuesto por el artículo 58 del Tratado de Roma, que utiliza puntos de conexión tales como *"siege statutarie"*, *"administration centrale"*, sin mencionar la expresión *nacionalidad*.

[30] THALLER se inclina por el criterio de la sede por ser lugar donde residen los órganos jurídicos de la sociedad, administradores, asambleas, y donde se celebran los contratos que se refieren a la marcha de la empresa. Por el contrario, autores del nivel de ASSER y RIVIER, LYON, CAENM, WEISS, adoptan el criterio del centro de explotación.

[31] CALANDRELLI, Alcides: *Cuestiones de Derecho Internacional Privado*, t. III, p. 166, y su participación en la conferencia de la International Law Association celebrada en Buenos Aires, sobre "Les systemes du domicile et de la nationalité", 1922.

Coincidente con este criterio fue el defendido por el entonces ministro de Relaciones Exteriores, doctor Bernardo de Irigoyen, cuando participó en un célebre caso acaecido en 1876. La Legislatura de Santa Fe dictó una ley disponiendo que las emisiones autorizadas en papel moneda y hechas por diversos bancos locales fueran convertidas a oro, incumpliendo tal medida el Banco de Londres y Río de la Plata. El gobierno dispuso la extracción de la suma de treinta mil pesos de las arcas del Banco y la liquidación de la sucursal. El gerente solicitó protección diplomática del ministro inglés, quien sostuvo que se trataba de una de las más grandes ofensas que se hubiera jamás cometido por las autoridades de un país contra otro. Ello le dio la oportunidad al canciller argentino de contestar en los siguientes términos: "El Banco de Londres es una sociedad anónima a la cual han dado existencia las leyes de Santa Fe. Si una infracción a estas leyes ha tenido lugar, si el Banco ha sufrido perjuicios, si hay el derecho de creer que algunos funcionarios de esa provincia se han extralimitado en sus atribuciones, el Banco tiene todas las vías legales para demandar y obtener reparación. Solamente cuando hay denegación de justicia, cuando las vías abiertas están cerradas o notoriamente obstruidas por los agentes encargados de aplicarlas, recién entonces un asunto que afecte los intereses de extranjeros puede ser traído a la discusión diplomática. El Banco de Londres es una sociedad anónima, es una persona jurídica que existe con un fin determinado. Las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la ley del país que las autoriza y por consiguiente ellas no son ni nacionales ni extranjeras. La sociedad anónima es una persona jurídica distinta de los individuos que la forman, y aunque ella sea exclusivamente formada por ciudadanos extranjeros, no tienen derecho a la protección diplomática. No son las personas las que se unen, sino simplemente los capitales bajo forma anónima, lo que significa, según el sentido propio de la palabra, que ellas no tienen ni nombre, ni nacionalidad, ni responsabilidad individual...". La brillantez de estos argumentos nos exime de cualquier otro comentario que no sea el que nos permite compartirlos [32].

Dentro del campo del derecho comercial internacional se puede observar la incidencia que en materia del régimen internacional de las sociedades ha provocado el advenimiento y despliegue del derecho de la integración. En efecto, el Tratado de Roma contiene las principales disposiciones en la materia en el capítulo dedicado al derecho de establecimiento. En este sentido, la nacionalidad de las sociedades como criterio rector no se adecua a los objetivos comunitarios. De

[32] Oportunamente volveremos sobre esta cuestión de especial relevancia cuando nos dediquemos al estudio del régimen internacional de las sociedades comerciales.

manera que si el objetivo principal del mercado común consiste en el reconocimiento de las libertades de circulación de personas, de bienes, de servicios y de capitales dentro del espacio integrado, resulta innegable que se impone la libertad de desplazamiento de personas humanas y de personas de existencia ideal [33].

c) Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940.

El Tratado de 1889 omitió introducir una disposición destinada a calificar el domicilio de las personas jurídicas. Esta laguna fue superada con la versión de 1940, cuando el artículo 10 del Tratado de Derecho Civil Internacional establece: "Las personas jurídicas de carácter civil tienen su domicilio en donde existe el asiento principal de sus negocios. Los establecimientos, sucursales o agencias constituidos en un Estado por una persona jurídica con domicilio en otro, se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionan, en lo concerniente a los actos que allí practiquen". Nótese que la primera parte de esta disposición armoniza con lo dispuesto en el artículo 3 del Tratado de Derecho Comercial. Así, dispone: "Domicilio comercial es el lugar en donde el comerciante o la sociedad comercial tienen el asiento principal de sus negocios. Si constituyen, sin embargo, en otro u otros Estados, establecimientos, sucursales o agencias, se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionan, y sujetos a las jurisdicciones de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí practiquen" [34].

En materia de determinación de ley aplicable a las sociedades, el criterio rector es el domicilio. Así surge de lo dispuesto en el artículo 4 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 cuando establece: "La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por las leyes del país de su domicilio... Mas para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intente realizar dichos actos. La misma regla se aplicará a las sociedades civiles"; y en el Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940 se dispone, en el artículo 6, que "la ley del domicilio comercial rige la calidad del documento que requiere el contrato social. Los requisitos de forma del contrato se rigen por la ley del lugar de su celebración. Las formas de publicidad

[33] LOUSSOUARN, R.: *Le droit des sociétés: Droit des Communautées européennes*, Les Novelles, Bruselas, Ed. Larcier, 1969.

[34] En este sentido se siguió la doctrina contraria a la sostenida por la delegación argentina, que defendía el criterio de determinar el domicilio por el lugar donde funciona su dirección, fundándose en lo establecido por los artículos 44 y 90, incisos 3 y 4, del Código Civil.

quedan sujetas a lo que determine cada Estado", y en el artículo 7, cuando establece: "El contenido del contrato social, las relaciones jurídicas entre los socios, entre éstos y la sociedad, y entre la misma y terceros, se rigen por la ley del Estado en donde la sociedad tiene su domicilio comercial" [35].

d) Espacios integrados: la Unión Europea. El Mercosur.

El punto de conexión clásico en la doctrina y en la legislación europea era el de la nacionalidad para establecer el estado y capacidad de las personas físicas, en materia de sociedades, entre otras categorías. Por cierto que la distinción entre nacional y extranjero era moneda corriente en los textos legales de la mayoría de los países europeos, con exclusión del Reino Unido. El derecho de establecimientos impuesto por el Tratado de Roma constituye una quiebra fundamental de esta diferenciación que a la larga desaparecerá totalmente. La nacionalidad de las sociedades, principio que tantas dudas e incertidumbres provocó en la doctrina, ha sido eliminada por imperio del artículo 58 que, al categorizar las sociedades a efectos de establecer su total igualdad jurídica, encara puntos de conexión tales como "legislación de un Estado miembro", *"siege statutaire"*, *"administration centrale"*, sin mencionar la expresión *nacionalidad*.

En materia de derecho procesal internacional, la Convención de Bruselas de 1968 establece como criterio general atributivo de jurisdicción internacional el del domicilio del demandado dentro del espacio integrado [36]. Este principio directriz, rector, en materia jurisdiccional implica que una persona no podrá ser llevada a litigar ante el tribunal de otro Estado que el de su domicilio, sino en determinadas materias y circunstancias especiales que el propio Convenio establece.

Dentro del área integrada del Mercosur, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual establece entre las posibilidades de elección de foros el juez del lugar del cumplimiento del contrato, el juez del domicilio del demandado o el juez del domicilio o sede social del actor si demostrara que cumplió con su prestación. Los artículos 7, 8 y 9, siguiendo la modalidad de muchas convenciones internacionales, están dedicados a definir, interpretar y esclarecer el sentido y alcance de los términos empleados. Estamos

[35] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia: *Derecho Internacional Privado*, vol. 18 de la Colección dirigida por Atilio A. ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA: *Reformas al Código Civil, el análisis crítico de un Proyecto de Reforma que marca una tendencia reciente en la materia*, Ed. Abeledo-Perrot, ps. 83 a 90, 1994.

[36] VIEIRA, Manuel A.: *El Derecho Internacional Privado frente al proceso de integración latinoamericana*, "Derecho de la Integración", Revista Jurídica Latinoamericana, nº 12, Instituto para la Integración de América Latina, 1973.

transitando la cuestión de las calificaciones en el ámbito del Derecho Internacional Privado, y una manera de evitar los denominados conflictos en este tema consiste en que la propia ley, convenio, convención o tratado introduzca las calificaciones denominadas por la doctrina "autárquicas" o "autónomas", que resultan de gran utilidad a la hora de la interpretación.

El artículo 9 emprende la tarea de calificar qué se entenderá por domicilio del demandado, distinguiendo según se trate de personas físicas o de personas jurídicas.

En la primera hipótesis, cuando se trate de personas físicas, domicilio es:

1) Su residencia habitual;
2) subsidiariamente el centro principal de sus negocios;
3) a falta de estas circunstancias, el lugar donde se encontrare la simple residencia.

En la segunda hipótesis, cuando se trate de personas jurídicas, se entiende por domicilio la sede principal de la administración. Para el supuesto de que "la persona jurídica tuviere sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación se considerará domiciliada en el lugar donde funcionan y sujeta a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí practiquen".

Reconocerá nuestro lector que las fuentes de los textos que estamos analizando son, dentro del ámbito americano, por un lado, los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional y de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940, artículos 5 y 3, respectivamente, y, por el otro, la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas, artículos 2 y 4, entre otros [37].

[37] Puede consultarse FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Jurisdicción internacional en materia contractual*, vol. 4 de la Colección *El sistema jurídico en el Mercosur*, dirigida por Atilio A. ALTERINI, Ed. Abeledo-Perrot, 1995.

CUADRO COMPARATIVO DE LAS DEFINICIONES DE DOMICILIO

	Personas físicas	*Personas jurídicas*
Código Civil	No califica domicilio. Distingue domicilio real, de origen y legal. Distingue domicilio de residencia.	*Art. 44:* lugar donde se hallaren o funcionen sus direcciones o administraciones principales. *Art. 90, inc. 3:* domicilio indicado en el Estatuto o autorización, en su defecto situación de la dirección o administración. *Art. 90, inc. 4:* sucursales: lugar de situación para las operaciones que allí practique.
Tratado de Montevideo 1889	Se califica conforme a la ley de residencia de la persona (art. 5).	No califica domicilio de las personas jurídicas.
Tratado de Montevideo 1940	Calificación autárquica (art. 5) - residencia habitual + ánimo de permanecer. Subsidiariamente: *a*) residencia habitual del grupo familiar; *b*) centro principal de los negocios; *c*) simple residencia.	Derecho Civil Internacional (art. 10). Asiento principal de sus negocios. Derecho Comercial Terrestre (art. 3). Asiento principal de los negocios. Sucursales o agencias: lugar donde funcionan.
CIDIP 1979	Calificación autárquica (art. 2) - residencia habitual. Subsidiariamente: *a*) centro principal de los negocios; *b*) simple residencia; *c*) lugar donde se encontrare.	

Capítulo II

EL DERECHO DE LAS PERSONAS CONSIDERADAS EN SÍ MISMAS

PERSONAS HUMANAS [1]

1. Nociones del estado y la capacidad e incapacidad civil. Comienzo y desaparición de la personalidad de los seres humanos. Determinación de las leyes que rigen en los derechos continental europeo, angloamericano y sudamericano. Sistemas del domicilio y de la nacionalidad. Necesidad y conveniencia de fomentar una conciliación entre los mismos. Tentativas hechas en tal sentido. Doctrina del "favor negotii".

El Derecho Internacional Privado se interesa profundamente, desde su aparición en el elenco de las disciplinas jurídicas, por la temática de la persona física, también denominada persona de existencia visible. Su origen se encuentra íntimamente enraizado en la protección requerida por sus desplazamientos en el ámbito internacional.

Conviene recordar que la categoría "personalidad jurídica" fue diseñada por la doctrina alemana en el siglo pasado, que la entendía como la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones, es decir, como sujeto activo y pasivo de derechos. Sin embargo, resulta una noción diversa de la que se reserva para el concepto de persona, que identifica al ente con personalidad jurídica. Ello permite, en un estadio posterior, aceptar la idea de que no sólo las personas físicas de existencia visible, sino también las personas de existencia ideal, tienen personalidad jurídica.

El progreso del pensamiento contemporáneo afortunadamente se ha comenzado a orientar hacia el reconocimiento de la personalidad

[1] Empleamos indistintamente "personas humanas" y la tradicional y clásica "personas físicas". Sin embargo, desde nuestra perspectiva la primera es la expresión más apropiada.

jurídica sin distinción de ninguna especie. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos meritorios realizados en tal dirección en el nivel convencional de los Derechos Humanos, si bien es cierto que han estimulado a los Estados para respetar e incorporar dentro de los textos constitucionales los denominados derechos de tercera generación, no es menos cierto que observamos con estupor que en la realidad aún subsisten instituciones tales como la esclavitud, la muerte civil, la servidumbre, entre otras. En efecto, como bien señala la doctrina más autorizada, "la realidad no se ajusta a la teoría en todas partes; y aun dentro de los países civilizados, la idea subyacente en la institución de la muerte civil ha perdurado bajo la forma de incapacidades de goce, consagradas por las legislaciones con fundamento en motivos políticos, nacionales, raciales, religiosos o de otra índole".

De modo que "la muerte civil como causa de pérdida de personalidad jurídica con gran ingenuidad se considera abolida en las legislaciones contemporáneas. Sin embargo, Gerhard KEGEL informa acerca de su consagración como pena en algunas partes: en Nueva York, a causa de condena vitalicia privativa de la libertad; en California, a causa de pena de muerte, y en el Estado africano occidental de Gabón fue establecida para el caso de conmutación de la pena de muerte por la prisión perpetua..." [2].

a) Nociones del estado y la capacidad e incapacidad civil.

Las nociones de estado y capacidad son conceptos diferentes que se hallan estrechamente vinculados. Así, el estado de una persona física es el conjunto de condiciones o cualidades jurídicas que le dan una posición dentro de la familia o de la sociedad, mientras que la capacidad es ese conjunto de condiciones puesto en acción, una vez cumplidos los requisitos que la ley exige.

Sin embargo, cuando nos enfrentamos al régimen aplicable al estado y la capacidad de las personas físicas, corresponde distinguir dos corrientes doctrinales y legislativas que encaran la solución con perspectivas y soluciones diversas. La primera, abarcativa tanto del estado como de la capacidad, los sujeta a una misma ley [3] y, en cambio,

[2] Reconocemos que en este tema estamos orientados por el excelente trabajo de PARRA ARANGUREN, Gonzalo: *La existencia y desaparición de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado venezolano*, "Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas", Caracas, nº 69, ps. 10 a 57, 1988. Este trabajo nos ha servido de guía en nuestros trabajos de investigación y de docencia, y estamos seguros de que se está ante una investigación precursora en el área.

[3] Esta es la tendencia seguida por la fórmula legislativa empleada en los artículos 6 y 7 del Código Civil, del artículo 1 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, en la legislación argentina de fuente interna

la segunda, disociativa de estas categorías, acepta la regulación por leyes diversas [4]. En suma, habrá doctrinas y legislaciones en las que estas nociones tienen un tratamiento conjunto o diferenciado.

b) Comienzo y desaparición de la personalidad de los seres humanos.

Es preciso, por resultar inexorable, incluir dentro de esta cuestión la especial consideración del aspecto referido a la existencia de la persona física en sus dos términos, esto es, tanto en su comienzo como en su fin.

La Declaración Universal de Derechos Humanos integra en el derecho argentino, juntamente con otros instrumentos jurídicos dedicados a la tutela de los derechos humanos, el denominado bloque constitucional. El artículo 1 establece: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos...". Así, pues, si examinamos el presupuesto de la personalidad jurídica que constituye el nacimiento, advertiremos que estamos ante un hecho jurídico que, con relación a la determinación del momento en el que se produce, no ha merecido soluciones similares en el derecho comparado. Así, resulta necesario distinguir diversos criterios:

1) La doctrina denominada de la *viabilidad*, que exige que el feto nazca vivo y sea viable, apto para la vida fuera del seno materno. Esta solución es la recogida por el Código Civil Napoleón de 1804 (artículos 314, inc. 5, 725, inc. 2, y 906) y el Código Civil italiano de 1865 (artículo 724, inc. 2).

2) La doctrina de la *vitalidad*, que para que el niño adquiera personalidad basta que haya tenido vida propia independiente de su madre. Esta corriente es la consagrada por el Código Civil venezolano de 1942 (artículo 17).

3) La doctrina del Código Civil argentino, que en el artículo 70 establece que "el comienzo de la existencia de la persona es desde la concepción en el seno materno y antes de su nacimiento pueden

---

y convencional, y en el artículo 6 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998, que establece: "La existencia, estado y capacidad de las personas se rigen por el Derecho de su domicilio".

[4] Esta es la tesis seguida por FREITAS, quien en el *Esboço* distingue desde el punto de vista de la ley aplicable la capacidad e incapacidad de hecho que las sujeta a la ley del domicilio de la persona física, mientras que la capacidad e incapacidad de derecho la somete a la ley territorial. Un criterio peculiar es el seguido por la Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995, que en el artículo 20 dice: "La capacidad jurídica de las personas físicas se rige por su ley nacional. Las condiciones especiales de capacidad, prescriptas por la ley aplicable a una relación jurídica se rigen por la misma ley"; en el artículo 21 dispone: "La capacidad de ejercicio de las personas físicas se rige por su ley nacional".

adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre", y en el artículo 74 dice que "si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido". Esta orientación resulta adelantada para la época de su introducción en la legislación argentina, máxime si se recuerda que los antecedentes españoles supeditaban la adquisición de personalidad jurídica a que el niño viviera efectivamente durante cierto tiempo [5].

Asimismo, conviene observar que, si bien es cierto que la mayor parte de las legislaciones vinculan el comienzo de la personalidad jurídica con el momento del nacimiento, adoptan distintas soluciones para atribuir derechos del *conceptus*, es decir, aquellas personas que, concebidas, se encuentran aún en el seno materno. Se advierten claramente tres corrientes legislativas: la primera, que denominamos *negatoria*, se caracteriza por desconocerle toda tutela; la segunda, la línea *restrictiva*, que le permite ser titular de algunos derechos en materias específicas como la sucesoria, como es el caso del Código Napoleón y el Código italiano, y la tercera, la corriente *amplia* o *abarcativa*, que afortunadamente es la mayoritaria, con arreglo a la cual se consagra protección general e integral.

En el campo específico de nuestra disciplina, la doctrina más destacada se ha preocupado por esta delicada cuestión [6]. En efecto, se ha preguntado acerca del régimen aplicable al *conceptus* y al *nasciturus*, imponiéndose la solución de someter la determinación del comienzo de la personalidad jurídica a su respectiva ley personal, bajo la forma de ley de la nacionalidad o de la ley del domicilio [7].

En este sentido, conviene citar entre las soluciones adoptadas la establecida en el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, que dispone: "La existencia, el estado y capacidad de las personas físicas se rigen por la ley del domicilio". Por cierto que está claro que, tal como lo entendemos, el vocablo "existencia" debe ser interpretado como abarcativo tanto del comienzo como de la terminación o desaparición de la personalidad jurídica [8].

[5] *Nueva Recopilación*, Libro 4, Título 8, Ley 2; *Novísima Recopilación*, Libro 10, Título 5, Ley 2, y Código Civil español de 1829, que en el artículo 30 disponía: "Para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno".

[6] En este sentido, destacamos lo manifestado en la nota anterior.

[7] Otra tendencia indica que la ley aplicable depende de la relación jurídica con la que la cuestión se plantea, sea sucesoria, contractual, entre otras.

[8] Una solución distinta de la adoptada en el nivel convencional continental americano fue la propuesta en el Proyecto de Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad en el Derecho Internacional Privado, según la cual "la

Merece ser destacado el artículo 28 del Código Bustamante, que establece: "Se aplicará la ley personal para decidir si el nacimiento determina la personalidad y si al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable, así como para la viabilidad y los efectos de la prioridad del nacimiento en caso de partos dobles o múltiples" [9].

La doctrina de destacados autores europeos [10], luego de señalar la norma del artículo 30 del Código Civil español, que sólo reputa nacido al feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno, y que en Portugal se exige solamente que el nacimiento haya sido completo y con vida, para explicar los inconvenientes ante los diferentes criterios en la materia plantean el caso de la portuguesa casada con español que muere en España tiempo después del nacimiento de su primer hijo y este último fallece después que su madre, pero antes de haber transcurrido las venticuatro horas; a efectos sucesorios, si se aplicara el derecho material español, todo ocurriría como si el hijo no hubiera nacido o no hubiera sobrevivido a la madre, lo cual tendría una evidente repercusión desde el punto de vista hereditario, al producir una solución contraria a la que resultaría de aplicar el derecho material portugués [11].

La extinción de la personalidad se puede producir por una serie de causas, adquiriendo especial relevancia la muerte física o natural. Por cierto que no se trata de un tema menor abordar esta delicada cuestión en el área de nuestra disciplina, y más concretamente la cuestión del momento en el que ello ocurre. Con relación a este interesante aspecto, las legislaciones suelen tomar caminos distintos para darle respuesta, cuando la muerte de la persona física se ha producido como consecuencia de siniestros tales como incendio, naufragio, terremoto, guerra o accidente aéreo. En efecto, la situación se complica cuando a raíz de estas contingencias son varias las personas

---

capacidad general de derecho de las personas físicas, desde su inicio hasta su extinción, se rige por la ley del tribunal que ejerza jurisdicción sobre el asunto".

[9] Antonio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN dice, en este aspecto, que el momento en que comienza y el hecho que determina la personalidad de los individuos de la especie humana se rige por la propia que la reconoce y regula, ya que no puede ser otra que la llamada permanentemente a señalar el estado de la persona, su condición civil y el conjunto de su capacidad jurídica y de obrar, en cuanto al goce de los derechos civiles, es decir, el derecho personal (*Derecho Internacional Privado*, t. II, La Habana, p. 667, punto 7, 1943).

[10] Ver el desarrollo del tema en GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; FERNÁNDEZ ROZAS, J. Carlos; CALVO CARAVACA, Alfonso; VIRGOS SORIANO, Miguel; AMORES CONRADI, Miguel A., y DOMÍNGUEZ LOZANO, Pilar: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, 5ª ed. revisada, ps. 54 y ss., Eurolex, Madrid, 1993.

[11] En el trabajo citado en notas anteriores de Gonzalo PARRA ARANGUREN también se incorporan los casos planteados por LEWALD, entre otros autores.

que fallecen en forma simultánea, lo que da lugar a distintas soluciones en el derecho comparado. En este sentido encontramos por lo menos dos líneas distintas seguidas por los sistemas jurídicos.

Así, pues, estarán los que siguen las pautas marcadas por el Derecho Romano y establecen presunciones de vida o de premoriencia teniendo en cuenta la edad, el sexo, entre otras particularidades. Mientras que en otra posición habrá ordenamientos jurídicos que establecen presunciones de conmoriencia, de no supervivencia, aceptándose que las personas que sufrieron tales siniestros murieron simultáneamente.

Ahora bien, el planteo de rigor consiste en saber la ley aplicable a este delicado aspecto. Así, podrá someterse a la *lex fori*, es decir, a la ley del tribunal [12]; a la *lex causae*, vale decir, a la misma ley aplicable a la relación jurídica donde la cuestión se presenta, sea sucesoria o contractual, o bien, a la *ley personal* [13] en sus distintas vertientes, del domicilio o de la nacionalidad. Esta última es la tendencia preferida por la doctrina y las legislaciones, por presentar menores dificultades en su aplicación. Este criterio es el adoptado por la obra codificadora americana, en dos de sus más célebres realizaciones, como son los Tratados de Montevideo y el Código de Bustamante [14].

Nos parece destacable mencionar la solución arribada en los artículos 21 y 22 de la Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995 [15] que específicamente se ocupa de esta delicada cuestión.

[12] Es la solución del *Restatement* elaborado por Joseph BEALE dentro del derecho angloamericano. En esta tendencia puede ubicarse la orientación del artículo 26 del Código Civil portugués, que establece que "cuando cierto efecto jurídico dependa de la supervivencia de una u otra persona y éstas tengan leyes procesales diferentes, si las presunciones de supervivencia de esas leyes fueren irreconciliables, es aplicable lo dispuesto en el artículo 68", es decir, muerte simultánea; esto es lo que dispone la *lex fori*.

[13] Esta tendencia estima que se está ante un supuesto de personalidad anticipada y que se debe aplicar la misma norma de Derecho Internacional Privado que la que atribuye la personalidad a los seres humanos, es decir, la ley personal. Entre los autores que defienden esta tendencia destacan Ernest RABEL y Giuseppe BALLADORE PALLIERI. Entre las legislaciones, el Código portugués de 1966 establece, en el artículo 26, inciso 1, que "el comienzo y el fin de la personalidad jurídica se determinan por la ley personal de cada individuo".

[14] *Artículo 28*: "Se aplicará la ley personal para decidir si el nacimiento determina la personalidad y si al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable, así como para la viabilidad y los efectos de la prioridad del nacimiento en el caso de partos dobles o múltiples".

[15] En el Capítulo dedicado a la Capacidad y derechos de las personas físicas, establece: *Artículo 21. Conmoriencia*: Cuando es necesario establecer la sobrevivencia de una persona frente a otra y no consta quién de ellos ha muerto primero, el momento de la muerte se determina según la ley que regula la relación respecto a la cual surge la averiguación. *Artículo 22. Desaparición, ausencia y muerte presunta*: 1) Los supuestos y los efectos de la desaparición, de la ausencia

Finalmente, nos parece oportuno resaltar la orientación que en la materia han asumido en el ámbito de la cooperación internacional algunos Estados europeos. En efecto, el Convenio de Atenas del 14 de septiembre de 1966, relativo a la constatación de ciertas defunciones, establece una norma de uniformidad relativa cuando faculta a cada Estado contratante a declarar judicialmente el fallecimiento de las personas desaparecidas en su territorio en dos situaciones:

1) *Defunción sobrevenida en el territorio de los Estados contratantes*: el artículo 1 de dicho marco normativo establece que "cuando el cuerpo de una persona desaparecida no ha podido ser encontrado, y sin embargo, a la vista del conjunto de las circunstancias, la defunción puede ser estimada como cierta, la autoridad judicial o la autoridad administrativa habilitada a este efecto tiene competencia para declarar esta defunción. Bien cuando la desaparición ha sobrevenido sobre el territorio del Estado del que depende aquella autoridad o en el curso del viaje de un buque o de una aeronave matriculados en este Estado. Bien cuando el desaparecido era *nacional* de este Estado o tenía su *domicilio* o su *residencia* en el territorio de dicho Estado".

2) *Defunción sobrevenida fuera del territorio de los Estados contratantes*: Según surge de lo dispuesto por el artículo 2, "si no se ha practicado ninguna inscripción o no puede producirse, la autoridad judicial o la autoridad administrativa habilitada a este efecto tiene competencia para declarar la defunción. Bien cuando la defunción ha sobrevenido en el curso del viaje de un buque o de una aeronave matriculados en el Estado del que depende aquella autoridad. Bien cuando el difunto era *nacional* de ese Estado o tenía su *domicilio* o su *residencia* en el territorio de dicho Estado" [16].

c) Determinación de las leyes que rigen en materia de capacidad de las personas físicas. Sistemas del domicilio y de la nacionalidad.

La existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas pueden estar sujetos a distintos ordenamientos jurídicos conforme sea el sistema que se adopte en la materia, entre los que principalmente destacan:

---

y de la muerte presunta de una persona son regidos por su ley nacional. 2) Las autoridades italianas tienen jurisdicción sobre materias señaladas en el parágrafo 1 cuando: *a*) La última ley nacional de la persona era la ley italiana. *b*) La última residencia de la persona estaba en Italia. *c*) La averiguación de la desaparición, de la ausencia o de la muerte presunta puede producir efectos jurídicos en el ordenamiento italiano.

[16] Cita tomada de la obra citada en nota 5.

1) El sistema de la ley personal, en sus dos vertientes, el del domicilio o el de la nacionalidad [17].

2) El sistema de la ley del lugar de situación de la cosa objeto del acto [18].

3) El sistema de la ley del lugar de celebración del acto [19].

— El primer sistema de determinación de la ley aplicable en materia de existencia, estado y capacidad de las personas físicas, es la sujeción a la ley personal. Este es el criterio seguido por la generalidad de los sistemas jurídicos. En este sentido, conviene recordar que entre los principales defensores, si bien por vertientes distintas, se encuentran autores de la jerarquía de SAVIGNY y de MANCINI, entre muchos otros [20]. El derecho continental europeo siguió básica y tradicionalmente las orientaciones legislativamente incorporadas en el artículo 3 del Código Napoleón de 1804 [21]. En cambio, el derecho anglosajón y el

[17] Este es el sistema preferido a nivel de las legislaciones de derecho internacional de fuente interna y de fuente convencional.

[18] STORY, Joseph: *Conflicts of Law*, párrafo 430, quien dice: "Capacidad para tomar o poseer. Primero, con relación a la capacidad de las personas para tomar o transferir bienes reales. Puede establecerse como un principio general de la ley común que una parte debe tener capacidad para tomar de acuerdo a la ley del *situs*, de lo contrario debe ser excluida de todo derecho de propiedad. Así si las leyes de un país excluyen a los extraños de poseer tierras, ya sea por sucesión, o por compra o por legado, tal título es completamente ineficaz para ellos cuando fuere la ley del domicilio. Por el contrario, si por la ley local los extraños pueden tomar y poseer tierras, no importa nada el saber cuál puede ser la ley de su domicilio, sea de origen o de elección". Este principio, reiterado por el autor en los párrafos 431 y 432, le sirve para explayarse en su fundamentación. Sin embargo, el sistema no es el aplicable en materia de bienes muebles, que están en este aspecto sometidos a la ley del domicilio de su dueño.

[19] La doctrina española más autorizada, como la indicada en la nota 5, alude a esta postura mencionándola como la "excepción del interés nacional" como corrector de los excesos de la ley nacional cuando su aplicación sorprende la buena fe del que ha contratado en un Estado con un extranjero creyéndolo capaz. Así se encuentra incorporada en el artículo 10, párrafo 8: "Serán válidos, a efectos del ordenamiento español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de incapacidad no estuviese reconocida por la legislación española. Esta regla no se aplica a los contratos relativos a los inmuebles en el extranjero".

[20] Los argumentos a favor de estos criterios atributivos de ley aplicable en la materia pueden ser consultados en esta misma obra, cuando nos dedicamos *in extenso* al análisis de estos puntos de conexión.

[21] Esta orientación tradicional de los países europeos se mantiene en la patria de origen de su más conspicuo defensor, como es la Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995, si bien ha comenzado paulatinamente a revertirse, como se manifiesta en la Ley suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, que adopta para la regulación de algunas materias específicas el criterio del domicilio. Fuera del continente europeo no nos sorprende la incorporación del principio de la nacionalidad en el Código Civil yemenita de 1992, en el artículo 25.

derecho escandinavo se inclinaron por la ley del domicilio. En el continente americano parece notarse cierta tendencia hacia la admisión como preferido del criterio del domicilio. En este sentido, conviene recordar que Venezuela ha modificado recientemente su legislación en la materia, abandonando el criterio de la nacionalidad e introduciendo el punto de conexión del domicilio como principio rector para la regulación de la mayor parte de las relaciones jurídicas privadas internacionales. Según los propios autores del instrumento jurídico mencionado, el criterio del domicilio se ha erigido en el protagonista de la reforma [22]. Por cierto que a ambos se les deben reconocer sus innegables méritos para regular las relaciones jurídicas privadas internacionales. Sin embargo, estos sistemas tienen dificultades en su aplicación, es decir, resultan en ocasiones inconvenientes. Pero también es cierto que, a veces, el criterio del domicilio aparece auxiliando al de la nacionalidad cuando por diversos motivos resulta de difícil determinación la nacionalidad de las personas físicas. Esta modalidad es, precisamente, la empleada en algunas de las realizaciones más recientes, como lo constituye el claro ejemplo de la Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995, que adopta en el artículo 19 el criterio rector del domicilio o en su defecto la ley de la residencia en caso de apatridia o de refugiados. Asimismo, podemos mencionar como dato curioso la solución del artículo 35 del Código Civil yemenita de 1992, cuando establece que "en caso de apatridia o de pluralidad de nacionalidades, *la ley aplicable será determinada por el juez*. Sin embargo, si una de esas nacionalidades en conflicto es la yemenita, solamente la ley yemenita será aplicable". No podemos dejar de reconocer que la disposición no deja de sorprendernos cuando confía en el juez la delicada misión de la determinación de la ley aplicable en aspectos de tanta envergadura. Por ello, por la eventual arbitrariedad que estimula, merece nuestro especial reparo.

— El segundo sistema consiste en la sujeción de la capacidad de las personas físicas a la ley del lugar de la situación de los bienes objeto del acto. Esta tendencia, que procede de una orientación doctrinal de raigambre anglosajona, no recoge en la actualidad grandes adeptos. Este criterio rector llega para privilegiar la importancia de los bienes inmuebles hasta el punto de arrastrar a la misma capacidad de las personas físicas involucradas en la relación jurídica internacional por la aplicación de la ley del lugar de situación. Sin perjuicio de comprometernos a volver sobre esta delicada cuestión, diremos que un claro reflejo de esta tesis es el artículo 10 del Código Civil argentino, que establece que los bienes inmuebles situados en la República se rigen exclusiva-

[22] El artículo 16 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela establece: "La existencia, estado y capacidad de las personas se rigen por el derecho de su domicilio".

mente por las leyes del país. Se consagra, por tanto, la aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes, destacándose el carácter unilateral de la disposición analizada. En lo que aquí interesa, la *lex rei sitae* abarca lo referente a la calidad de los bienes, a los derechos de las partes, a la *capacidad para adquirirlos*, a los modos de transferirlos y a las solemnidades que deben acompañar a esos actos.

— El tercer sistema implica el sometimiento de la capacidad de las personas físicas al lugar de celebración del acto, también llamado *teoría del favor negotii* o *del interés nacional*, cuyo origen se remonta a la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa en un fallo recaído en el célebre caso "Lizardi" en 1861. Destacamos que la doctrina del fallo está recogida en textos legislativos tales como el Código de Prusia de 1794, en el que se disponía que "los extranjeros que celebran contratos en Prusia, respecto de cosas que allí se encuentran, están sometidos en cuanto a su capacidad de ejercicio, por las leyes más favorables a la validez del acto", y convencionales, como la Convención de La Haya sobre letra de cambio, artículo 74, sobre capacidad cambiaria, de 1912; así como por los Convenios de Ginebra destinados a la Regulación de los Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio y Pagarés de 1930 y de Cheques de 1931, artículo 2, inciso 2, en lo atinente a la capacidad cambiaria. También, por tratarse de una obra codificadora a nivel continental, cabe mencionar la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, CIDIP I, Panamá, 1975, que en el artículo 1 establece: "La capacidad para obligarse mediante una letra de cambio se rige por la ley del lugar donde la obligación fuere contraída. Sin embargo, si la obligación hubiere sido contraída por quien fuere incapaz según dicha ley, tal incapacidad no prevalecerá en el territorio de cualquier otro Estado Parte en esta Convención cuya ley considerare válida la obligación". Esta disposición se encuentra reproducida literalmente en el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques, CIDIP II, Montevideo, 1979, entre otros. En la República Argentina, el artículo 14, inciso 4, del Código Civil emplea la teoría del *favor negotii*, pero no en materia de capacidad de las personas sino en materia de formas de los actos jurídicos.

El caso LIZARDI.

Se trataba de un mexicano de apellido Lizardi, sujeto a la tutela por ser menor de edad según las leyes mexicanas, en la época en que se establecía la mayoría de edad a los veinticinco años. Esta persona, teniendo veintidós años, fue a París, donde realizó dos actos jurídicos distintos que fueron llevados a los tribunales franceses. Por uno de esos actos descontó letras de cambio por valor de 60.000 francos y por el otro compró alhajas a crédito por valor de 95.000 francos, lo que provocó la iniciación de las acciones derivadas del incumplimiento por

su parte, asumiendo el tutor la representación del incapaz, quien opuso la nulidad de los actos en virtud de la incapacidad de su pupilo.

La Corte de Casación resolvió que, en el primer caso, en el de las letras de cambio, el banquero había incurrido en negligencia al no informarse sobre las condiciones de capacidad de Lizardi, porque, tratándose de un acto documentado, era de prudencia básica procurar aquella información.

Por el contrario, con respecto al tema de las joyas compradas, declaró válida la venta y condenó al menor a pagar el importe, fundándose en que no se trataba de una operación compleja sino de una venta al mostrador en la cual el joyero cumplió las condiciones elementales que usan los comerciantes en casos similares. Además, sostuvo que el agente era aparentemente capaz por ser mayor de veintiún años, límite establecido por la ley francesa.

Así, pues, esta doctrina puede ser formulada diciendo que si en un acto jurídico celebrado entre personas que se encuentran en un mismo país, una de ellas es incapaz según el derecho normalmente aplicable, no puede invocar esta incapacidad si es capaz según el derecho del lugar en el que se llevó a cabo el acto.

El reconocimiento de esta línea de pensamiento implica sostener que en virtud del interés de la seguridad de las transacciones y eficacia de los actos, es necesario abandonar la aplicación de la ley normalmente competente en materia de capacidad de las personas físicas, para sujetarla a la ley del lugar de celebración del acto. Un estado aparente de capacidad por razón de la edad respecto de ciertos actos jurídicos que se estiman de relativa importancia, habilita para que bajo ciertas condiciones prevalezca la ley del lugar antes mencionado. Esta teoría fue aplicada en el caso Lizardi, que se trataba de joyas al menudeo adquiridas por un incapaz según la ley nacional mexicana, pero capaz conforme con la ley francesa del lugar de celebración del acto. Para arribar a esta conclusión, la Corte de Casación tuvo en cuenta circunstancias tales como que se trataba de una venta al por menor, que el vendedor era de buena fe y que el comprador aparentaba ser mayor de edad. Todo ello condujo a la Corte de Casación a no aplicar la ley de la nacionalidad normalmente competente en materia de capacidad y, en su lugar, a sujetar la capacidad de la persona física —el comprador de las joyas— a la ley del lugar donde el acto fue realizado. Por cierto que se trata de una teoría diseñada para resultar aplicada, en el caso concreto, bajo ciertas circunstancias y con carácter excepcional [23]. Sin embargo, tenemos cierta cautela con rela-

[23] Oportunamente nos hemos dedicado a analizar esta teoría, que nos permitió pronunciarnos negativamente con relación a su incorporación en el texto del Código Civil argentino. Ver FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L: *Derecho Internacional Privado* cit., vol. 18, ps. 77 y 78.

ción a esta doctrina. En efecto, pensamos que si bien por un lado encierra la idea de la seguridad en las transacciones internacionales de poca entidad, puede entrañar una aplicación arbitraria. En nuestra opinión, ello conspira para su incorporación, por adolecer de la falta de un marco jurídico regulador que le sirva de contención en su alcance. Ello, por cierto, permite pensar seriamente que estamos en presencia de una teoría de cierta peligrosidad, por atentar contra lo que precisamente se intenta salvaguardar, que es la *seguridad jurídica* [24].

En ese sentido, en nuestra opinión nos acompaña el profesor Carlos María VICO, quien con su claridad acostumbrada percibió la insuficiencia de los fundamentos de la teoría cuando al referirse al caso analizado dijo: "...El argumento de fondo feudal basado en la protección al nacional envuelve un fundamento utilitario que hemos rechazado en nombre de principios jurídicos".

d) Necesidad y conveniencia de fomentar una conciliación entre los mismos. Tentativas hechas en tal sentido. Doctrina del "favor negotii".

Resulta casi de toda obviedad destacar la necesidad y conveniencia de fomentar una conciliación entre los sistemas de la nacionalidad y del domicilio.

En la jurisprudencia internacional, en las legislaciones internas estatales así como también en los convenios internacionales, se ha empleado, como hemos visto oportunamente, el *reenvío* como uno de los métodos de conciliación entre ambos sistemas rivales. Se trata de una tentativa bastante difundida.

Una segunda modalidad puede resultar de la tentativa de conciliación entre ambos sistemas, tal como surge de la interpretación de la doctrina elaborada a partir del caso jurisprudencial resuelto por la Corte de Casación francesa en 1861, comentado precedentemente.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar las opiniones de dos prestigiosos autores que se han preocupado por la cuestión de los puntos de conexión, de la rivalidad de estos criterios, encabezando una tendencia contemporánea de gran vigencia en la actualidad.

Así, uno de ellos afirma que "un examen de los puntos que hemos tratado señala cómo de forma insensible se están modificando los

[24] Esta doctrina está consagrada en el artículo 25 del Código Civil yemenita de 1992, cuando establece que "el estado y la capacidad de las personas estarán regidas por sus leyes nacionales. Sin embargo, en una relación jurídica de orden pecuniario concluida en la República y antes que produzca efectos, no se tomará en cuenta la incapacidad de la parte contratante extranjera incapaz según su ley nacional, pero capaz según la ley yemenita, siempre que su incapacidad se deba a una causa que no pueda ser fácilmente conocida por la otra parte contratante...".

puntos de conexión dentro del Derecho Internacional Privado de la CEE... Un punto clásico en la doctrina europea era el de la nacionalidad para establecer el estado y la capacidad de las personas, en materia de sociedades y muchas otras categorías más. La distinción entre nacional y extranjero era moneda corriente en los textos legales de la mayoría de los países europeos, con exclusión del Reino Unido. El derecho de establecimiento impuesto por el Tratado de Roma constituye, a nuestro juicio, una quiebra fundamental de esta diferenciación que a la larga desaparecerá totalmente... La nacionalidad de las sociedades ha sido eliminada por imperio del artículo 58 del Tratado que, al categorizar las sociedades a efectos de establecer su total igualdad jurídica, encara puntos de conexión tales como legislación de un Estado miembro, *siege statutarie*, *administration centrale*, sin mencionar la expresión nacionalidad... Mucho más significativos son los aspectos incluidos en el Convenio de Bruselas de 1968 en materia de competencia judicial y ejecución de las decisiones en materia civil y comercial. En los artículos 2 y 3 relativos a la competencia el principio fundamental es el del domicilio, y cuando se menciona la nacionalidad es para establecer la asimilación del nacional al domiciliado" [25].

En cambio, otro autor francés citado en el trabajo anterior señala que "el papel de la nacionalidad no desaparecerá del cuadro de la CEE sino en ocasión de la unificación total del derecho de sociedades de los países miembros, pero aunque esto puede considerarse cierto, el artículo 58 del Tratado, al mencionar las sociedades, ignora el concepto de nacionalidad y el artículo 221 tiene como finalidad la eliminación de este concepto como factor de diferenciación en el seno de la comunidad. Esta norma interpretada ampliamente podría llevarnos lejos..." [26].

[25] VIEIRA, Manuel: *El Derecho Internacional Privado frente al proceso de integración latinoamericana*, "Derecho de la Integración", nº 12, Revista Jurídica Latinoamericana, INTAL, ps. 55 a 109.

[26] DE LOUSSOUARN, R.: *Le droit des sociétés: Droit des Communautées européennes*", Les Novelles, Bruselas, Ed. Larcier, 1969, cit. por VIEIRA (ver nota anterior).

2. Incapacidades derivadas de la edad, del estado físico y legal de las personas. Incapacidades resultantes de condenación penal, política o religiosa. Régimen internacional de la tutela, curatela, emancipación y habilitación.

a) Incapacidades derivadas de la edad, del estado físico y legal de las personas.

La primera cuestión que corresponde abordar es la relacionada con el principio del mantenimiento e irrevocabilidad de la capacidad adquirida [27]. Este principio implica que, para determinar la ley aplicable, cuando hay *cambio de estatutos* corresponde aplicar aquel régimen jurídico que mantenga o conceda la capacidad.

Esta doctrina, inspirada en la escuela estatutaria francesa, es recogida por la legislación argentina de fuente interna y convencional.

En efecto, el texto del Código Civil establece en el artículo 138 que "el que mude su domicilio de un país extranjero al territorio de la República, y fuese mayor o menor emancipado, según las leyes de este Código, será considerado como tal, aun cuando sea menor o no emancipado según las leyes de su domicilio anterior", y en el artículo 139: "Pero si fuese ya mayor o menor emancipado según las leyes de este Código, prevalecerán en tal caso aquéllas sobre éstas, reputándose la mayor edad o emancipación como un hecho irrevocable".

En el nivel convencional, los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 sustentan idénticos principios en el artículo 2, cuando establecen que "el cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida por emancipación, mayor edad o habilitación jurídica" y "el cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida", respectivamente [28].

La jurisprudencia de la República Argentina registra interesantes fallos, donde han sido interpretadas las disposiciones mencionadas en materia de protección de incapaces [29]. Entre los más importantes destacamos:

[27] Ver un desarrollo específico en SAVIGNY, ob. cit., t. VI, p. CCCLXV.

[28] Conviene recordar que este principio fue elaborado por FROLAND, autor perteneciente a la escuela estatutaria francesa del siglo XVIII, que precisamente es la fuente de lo establecido en la legislación de Derecho Internacional Privado de fuente interna y convencional. La doctrina ha sido sustentada en el *Esboço* de FREITAS, artículos 76 y 77 y sus notas explicativas.

[29] Podemos citar entre otros los recaídos en los autos "Minaglia de Callero, Teresa s/sucesión —en materia de ausencia—", "Gaceta del Foro", t. 77, p. 177, y "Galbo, Pedro", "L.L.", t. XV, 1939, p. 491, así como los casos jurisprudenciales "López Taboada", "L.L.", t. 90, p. 154, en materia de insania, y "Lavalleja Guerrero", CSJN, t. III, p. 121, respecto de tutela.

El caso BERMAN [30].

La señorita Evelina Geraldina Faustina Berman llegó a Tel Aviv, Israel, siendo mayor de dieciocho años de edad. Como los padres se negaban a autorizarla a contraer matrimonio, planeó regresar a Buenos Aires, donde la familia estaba domiciliada, para requerir la venia judicial en el juicio de disenso. Sin embargo, para poder viajar a la República Argentina precisaba pasaporte argentino que el Consulado, por considerarla menor de edad, se negaba a extenderle coincidentemente con la posición asumida por los padres.

Evelina Berman pidió ante la justicia argentina que autorizara al Consulado argentino a conceder el pasaporte para que pudiera regresar a Buenos Aires y tramitar la venia judicial respectiva. El tribunal de primera instancia resolvió hacer saber al Poder Ejecutivo de la Nación, mediante oficio y por intermedio de la Cancillería, que el Consulado de la República Argentina en Israel se encontraba autorizado a proveer a la peticionaria el pasaporte solicitado. El padre de la menor se alzó contra la sentencia.

El asesor de Menores de la Cámara sostuvo que se imponía la revocatoria de la sentencia de primera instancia, ya que, en virtud de que la señorita Berman se encontraba domiciliada en Israel, debía aplicársele la ley de ese país donde la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, todo ello por aplicación de los artículos 138 y 139 del Código Civil [31].

El caso VALLE INCLÁN [32].

La señorita María Beatriz Valle Inclán, siendo menor de edad, había sido enviada por su madre, la viuda del famoso escritor, a viajar por diversos países durante la guerra civil española. Primero llega a París, Francia, y luego, desde Chile, entra con un pasaporte precario con calidad de turista por el plazo de tres meses a la República Argentina. El documento le fue concedido por el cónsul español y visado por el de nuestro país, quedando sometida a las autoridades

[30] Publicado en "J.A.", 1958, t. IV, p. 27.

[31] GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado*, Ed. El Derecho, Bs. As., 1970, señala que la doctrina del fallo fue tenida en cuenta cuando se redactaron las "Normas de Aplicación del Reglamento Consular", las que establecen que "cuando los funcionarios consulares procedan a expedir, renovar o prorrogar pasaportes, a menores de veintidós años —desde la ley 17.711 veintiún años— tendrán en cuenta los artículos 138 y 139 del Código Civil, respetando las leyes del domicilio que determinan los mismos". Tuve la suerte de escuchar la explicación del caso, que con su acostumbrada gracia hacía el propio GOLDSCHMIDT, durante el desarrollo del curso dictado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA.

[32] Publicado en "L.L.", t. 26, p. 273, y "J.A.", t. 1942-II, p. 789.

argentinas de conformidad con la ley 10.903 de Patronato de Menores, desde febrero de 1941. Ordenada la repatriación a pedido de la madre, mediante exhorto diplomático, se ordenó su desembarco por encontrarse enferma, según informes médicos realizados.

Durante su estancia en nuestro país la menor cumple ventidós años el 5 de septiembre de 1941, edad establecida para la adquisición de la capacidad, y pide al asesor de Menores que tramite su declaración de mayoría de edad ante el juez argentino de la tutela.

Cabe observar que la ley española establecía el límite en veinticinco años.

La sentencia argentina dictada por la entonces Cámara Civil Segunda de la Capital Federal revoca el pronunciamiento de primera instancia que había desestimado el pedido formulado por la peticionaria.

La doctrina establecida por el tribunal sostuvo que "la circunstancia de que la interesada haya cambiado su domicilio por sí misma, de un país extranjero al territorio de la República mientras fuera menor, según las leyes de aquél, y a pesar de haber alcanzado aquí la edad señalada por el artículo 126 de nuestro Código Civil, no impide que rija en el caso lo dispuesto en el artículo 138 del citado texto normativo, teniendo en cuenta, además, que no se trata de una evadida, ya que el alejamiento del país de origen lo fue con fondos suministrados por su propia madre". Agregaba el decisorio que "si bien es exacto que los incapaces tienen el domicilio de sus representantes, artículo 90, inc. 6, del Código Civil, y que no pueden, por consiguiente, crearse uno propio. Pero este principio no tiene el mismo alcance, ni la misma extensión en el orden internacional, desde que cuando un individuo llega a los veintidós años cesa precisamente su incapacidad para la ley argentina y queda, por tanto, habilitado al efecto de establecer aquí su domicilio con todas las consecuencias legales que de ese hecho deriven".

No puede olvidarse en este sentido —por lo que es necesario transcribir la clara explicación del doctor JOSÉ FIGUEROA ALCORTA— que "el precepto transcripto —el artículo 138— carecería de aplicación práctica si, como se pretende, el directamente interesado no tuviera capacidad para cambiar por sí mismo su domicilio de un país extranjero al territorio de la República mientras fuera menor, según las leyes de aquél, y a pesar de haber alcanzado aquí el límite de edad fijado por nuestro Código Civil. Los propios términos de la disposición primeramente citada desautorizan esa inteligencia al decir el que mudare de domicilio. Se argüirá, quizá, que el artículo ha podido contemplar el caso de que los propios padres o representantes del incapaz trasladen su domicilio al país. Pero, en esta hipótesis, el artículo 138 habría sido en realidad innecesario ya que el menor adquiriría automáticamente el domicilio de sus representantes y la situación quedaría definida por

el simple imperio de la norma general contenida en el artículo 6 comprensivo de todas las incapacidades de hecho" [33].

b) Incapacidades resultantes de condenación penal, política o religiosa.

Cabe señalar que este tema ha dividido a la doctrina, entre aquella corriente que propone básicamente, si bien con algunos matices, la aplicación extraterritorial de las incapacidades resultantes de la condenación penal, o bien la otra línea de pensamiento que sostiene que estas incapacidades son de carácter territorial.

Entre los partidarios de la primera posición destaca, entre otros autores, DEMANGEAT, y dentro de la segunda corriente, entre otros, STORY. Precisamente este autor es el que inspira el artículo 9 del Código Civil, que dispone: "Las incapacidades contra las leyes de la naturaleza como la esclavitud, o las que revistan el carácter de penales, son meramente territoriales".

Asimismo, en el nivel convencional, cabe señañar que el artículo 1 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 introdujo en el último párrafo el siguiente texto: "No se reconocerá incapacidad de carácter penal, ni tampoco por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión".

Sin embargo, la labor codificadora americana merece ser destacada por lo menos por dos motivos. En primer lugar, por la anticipación en el tratamiento de un tema tan delicado y, en segundo término, y no por ello menos importante, por lo ajustada de su solución. En esta tendencia se vislumbra tempranamente el reconocimiento de los derechos humanos, que en la actualidad se encuentran amplia y especialmente consagrados en convenios internacionales.

c) Régimen internacional de la tutela, curatela, emancipación y habilitación.

La *incapacidad derivada de la edad* es una incapacidad de ejercicio que se establece en protección a la persona del menor. En este sentido, los menores de edad se encuentran sometidos a una representación de carácter necesario, a la de los padres, y en caso de fallecimiento o pérdida del ejercicio de la patria potestad, la ley acude a la *tutela*.

Asimismo, cuando se trata de *mayores incapaces de administrar sus bienes*, la ley se ocupa de organizar la protección a través de la institución de la *curatela*.

[33] Seguimos lo expresado por ROMERO DEL PRADO, Víctor, ob. cit., t. II, ps. 47 y 48.

De modo que corresponde encarar el régimen internacional de la tutela y de la curatela, a cuyo fin habrá que distinguir las cuestiones relativas a la jurisdicción competente encargada de discernirlas y las cuestiones relativas a la ley aplicable que habrá de regir las relaciones personales y patrimoniales derivadas de estos sistemas de protección de incapaces.

Según el sistema del *Código Civil*, el juez competente para el discernimiento de la tutela es el del domicilio de los padres del menor al tiempo de su fallecimiento. Nótese que la norma del artículo 400 solamente se refiere a los tribunales competentes para la hipótesis de muerte de los padres del menor.

Ello ha permitido a la doctrina argentina más autorizada inclinarse acertadamente por extender la aplicación de esta disposición a los demás supuestos no expresamente comprendidos en su texto [34].

El artículo 401 del Código Civil establece que "si los padres del menor tenían su domicilio fuera de la República el día de su fallecimiento o lo tenían el día en que se trataba de constituir la tutela será, en el primer caso, el juez del lugar de la última residencia de los padres el día de su fallecimiento, y en el segundo caso, el del lugar de su residencia actual". Finalmente, el artículo 403 establece que para el supuesto de menores abandonados el juez competente para el discernimiento de la tutela es el del lugar donde éstos se encuentren.

Solamente merece aclararse que la doctrina argentina se ha visto en la obligación de interpretar el texto del artículo 401, dado que se emplea el punto de conexión de la residencia de los padres en el supuesto de que ellos tengan su domicilio fuera de la República Argentina.

En este sentido, los autores se han planteado si la norma se refiere exclusivamente a la residencia en la República o si este es el criterio rector cualquiera sea el lugar en que residan, es decir, dentro o fuera del país. La doctrina se ha inclinado por una interpretación literal del texto normativo, entendiendo que la disposición solamente otorga jurisdicción concurrente al juez de la residencia, si ésta se encuentra en la República Argentina y el domicilio se halla fuera de ella. Sin embargo, esta interpretación restringida no es la que más se compadece en materia de jurisdicción internacional, que según la tendencia actual busca colocar a los justiciables el mayor número posible de foros disponibles [35].

Con respecto a las relaciones personales derivadas de la tutela y de la curatela, ellas se rigen por la ley del país al que pertenece el juez

[34] KALLER DE ORCHANSKY, Berta: *Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, 1991.

[35] Ver un desarrollo específico en materia contractual en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Jurisdicción internacional en materia contractual* cit., vol. 4.

que ha discernido el cargo. En materia de relaciones patrimoniales, la ley aplicable es la del lugar de situación de los bienes [36].

Según el sistema establecido en los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional, los artículos 19 y 25 de los Tratados de 1889 y 1940, respectivamente, establecen: "El discernimiento de la tutela y la curatela se rige por la ley del lugar del domicilio de los incapaces". De manera que, como surge del artículo 7, el domicilio de los incapaces es el de sus representantes legales y la ley aplicable es la del domicilio de los padres del menor o del incapaz al día en que se constituye la tutela o curatela.

Coincidentemente con la solución del Código Civil argentino en materia de relaciones personales, los Tratados consagran idéntica solución, tal como surge de los artículos 21 y 27, respectivamente, de los de 1889 y 1940.

En materia de relaciones patrimoniales, el artículo 22 del Tratado de Montevideo de 1889, inspirado en un sistema de pluralidad, dispone que "las facultades de los tutores y los curadores respecto de los bienes que los incapaces tuvieren fuera del lugar de su domicilio se ejercitarán conforme a la ley del lugar en que dichos bienes se hallen situados". Esta solución es semejante a la contenida en el Código Civil. Sin embargo, el Tratado de Montevideo de 1940, en el artículo 28, establece que "las facultades de los tutores y los curadores respecto de los bienes de los incapaces situados fuera del lugar del domicilio se regirán por las leyes de éste, en todo cuanto no esté prohibido en materia de estricto carácter real, por la ley del lugar de la situación de los bienes". Como se advierte, en este último instrumento internacional el régimen es de unidad, sometiendo las relaciones patrimoniales a la ley del domicilio, salvo materia de estricto carácter real.

El caso ZUKER [37].

El señor Carlos Octavio Zuker, siendo menor de edad, fue trasladado a Suiza por su padre, quien se encontraba domiciliado en la República Argentina. La razón del traslado fue la necesidad de su internación en un establecimiento frenopático. Posteriormente muere el padre y se le nombra un curador por el Consejo de Huérfanos de Zokillón, Suiza. Al mismo tiempo, parientes en Buenos Aires solicitan ante el juez local la insania, considerando que el enfermo conservaba el domicilio de su padre en la República Argentina, y se le nombra también un curador por la jurisdicción argentina. Así, pues, el enfermo permaneció internado en Suiza hasta que adquirió la mayoría de edad.

[36] Artículos 409 y 410 del Código Civil.
[37] Publicado en "J.A.", t. 38, p. 1045.

El juez de primera instancia ordena que debe cesar la intervención del curador argentino dando preferencia a la designación efectuada en el extranjero. La entonces Cámara Civil Primera de Apelaciones de la Capital Federal revoca dicha decisión por sentencia del 19 de julio de 1932.

La doctrina del fallo es que "...los jueces de la residencia son incompetentes para declarar la insania de una persona domiciliada en el país, por lo que no procede reconocer personería al curador designado por esos jueces". En efecto, según sostuvo la Cámara, el padre, al fallecer, tenía su domicilio en Buenos Aires, residiendo accidentalmente en el extranjero, pues no se había efectivizado el cambio de domicilio reuniéndose los requisitos fijados por el artículo 97 del Código Civil, teniendo en consecuencia su hijo el domicilio en la República Argentina. A mayor abundamiento, el presunto insano no pudo constituirse un domicilio en el extranjero, abandonando su anterior domicilio, pues para ello no bastaba tener la residencia material sino igualmente la voluntad o intención de permanencia en el extranjero, no habiéndose justificado que esa voluntad haya tenido una manifestación inequívoca para tener por efectuado el cambio de domicilio, de manera que debía estimárselo domiciliado al presunto insano en nuestro país.

La sentencia analizada reviste singular relevancia, por dos razones fundamentales. En primer lugar, por haber resuelto —a nuestro juicio, acertadamente— las cuestiones planteadas, y en segundo término porque explica la tendencia doctrinal imperante en lo que respecta a la constitución del domicilio y a las circunstancias que determinan su existencia, según la perspectiva de la legislación argentina.

El caso LÓPEZ TABOADA [38].

El señor López Taboada había sido declarado incapaz por insania en España por sentencia del juzgado de Lalín, La Coruña, en 1928. Al año siguiente el declarado insano llegó a la República Argentina, donde desarrolló su actividad sin la asistencia de representante alguno.

El interdicto se presentó ante la justicia argentina solicitando el levantamiento de la interdicción decretada en España, aduciendo que deseaba disponer de un bien inmueble sito en Lalín que estaba siendo administrado y explotado por los miembros del consejo de familia.

[38] Otro fallo interesante respecto de la jurisdicción internacional del tribunal del Estado del lugar de la residencia en materia de declaración, medidas conservatorias y levantamiento de la interdicción, fue dictado por la Sala B del 19 de abril de 1958 en los autos "López Taboada, José", "L.L.", t. 90, fallo 41.868; "J.A.", 1958, t. III, p. 462, con excelente comentario del profesor Werner GOLDSCHMIDT.

Así, pues, está en juego la cuestión de la jurisdicción internacional de los tribunales argentinos para entender en el pedido de levantamiento de una interdicción decretada en el extranjero.

La sentencia sentó la doctrina de la competencia internacional para entender en el pedido de rehabilitación de un interdicto declarado insano ante los jueces del lugar del domicilio por el juez de la residencia en la República.

Se tomaron en consideración circunstancias tales como que el incapaz se desempeñó como si fuera plenamente capaz sin que el consejo de familia a cuya tutela estaba sometido hiciera valer su autoridad durante su estancia de más de veinticinco años en la República Argentina [39].

El caso R. E. V.

La Cámara Civil Primera de la Capital Federal sostuvo que "es válida, frente al acreedor hipotecario, la escritura firmada en representación de la deudora insana, por el curador designado en el extranjero por un consejo de familia, con atribuciones al efecto, aunque a la época del acto ya hubiese sido revocada la representación, si aquél pudo, sin culpa de ninguna especie, tener por subsistente dicha tutela. Para hipotecar un inmueble sito en la Argentina, perteneciente al pupilo cuya curatela ha sido discernida en el extranjero, debe gestionarse la autorización de la venia para realizar el acto ante las autoridades de éste, conforme a sus respectivas leyes, y aplicarse la ley nuestra, con intervención del juez argentino, respecto del acto en sí, dándose cumplimiento a la disposición del art. 10 del Código Civil" [40].

3. De la ausencia. Sistemas legislativos. Soluciones relativas a su declaración y sus efectos.

Si bien la muerte es la causa por excelencia de la extinción de la personalidad jurídica, no es menos cierto que en algunas ocasiones puede plantearse la duda acerca de la existencia misma de la persona humana. En efecto, la desaparición de la persona de su domicilio, unida a la falta de noticias acerca de su paradero, entraña una situación de incertidumbre, que las legislaciones han procurado solu-

[39] La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana establece la sujeción a la ley del domicilio del incapaz a la tutela y demás instituciones de protección de incapaces.

[40] Fallo publicado en "L.L.", t. 45, p. 505, fallo 22.061, con nota del profesor Víctor ROMERO DEL PRADO titulada *La curatela en el Derecho Internacional Privado: jurisdicción, organización, administración y facultades sobre los bienes.*

cionar por distintas vías consagrando sistemas de protección del "ausente".

Así, pues, por un lado se encuentran las legislaciones inspiradas en el derecho común, que presume muerta a la persona cuando ha estado ausente un determinado número de años, sin haber dado noticias de su paradero. Sin perjuicio de ello, cabe observar que se admite la prueba en contrario. Por el otro lado, sistemas jurídicos provenientes de la familia jurídica del derecho continental consideran, con algunas variantes, a la ausencia como una cuestión atinente al estado y la capacidad de la persona, de manera tal que resulta necesaria la declaración de la ausencia pronunciada en una sentencia por los tribunales estaduales.

Ahora bien, corresponde analizar la solución concerniente a la ley aplicable y a la jurisdicción internacional en materia de ausencia.

En primer lugar, conviene destacar que la ausencia, por estar inescindiblemente vinculada a la existencia de la persona humana, se encuentra sometida a la ley del domicilio.

El juez del último domicilio del presunto fallecido tiene jurisdicción internacional exclusiva para declarar la presunción de fallecimiento. Esta es la solución contenida en el artículo 110 del Código Civil y en el artículo 57 de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. Sin embargo, la jurisdicción internacional es concurrente si el ausente posee bienes en la República Argentina, según surge del artículo 16 de la ley 14.394, que la doctrina argentina autorizada ha denominado foro del patrimonio [41].

Con relación a la ley aplicable, corresponde señalar que se presenta la dificultad de que el Código Civil carece de una norma específica, que en cambio existe en el nivel convencional de los Tratados de Montevideo.

En este sentido, destaca la solución de los artículos 10 y 12 de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, respectivamente, que establecen: "Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto a los bienes del ausente, se determinan por la ley del lugar en que esos bienes se hallan situados. Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía" [42].

Esta norma reviste singular importancia, ya que la falta de una disposición expresa en la legislación de fuente interna puede conllevar, por un lado, a la admisión de la aplicación analógica del principio contenido en los Tratados a otras hipótesis que no caen en su ámbito,

[41] Ver las explicaciones de GOLDSCHMIDT, Werner, en *Derecho Internacional Privado* cit.

[42] Esta es la solución propuesta por SAVIGNY en *Sistema de Derecho Romano actual*, 1849.

o bien, por el otro, sostener que debe aplicarse el criterio rector en la materia del domicilio.

Adherimos a la doctrina argentina que se pronuncia mediante una propuesta armonizadora procurando conciliar de manera equilibrada las soluciones extremas [43].

4. Doctrina del Código Civil argentino sobre el régimen de la capacidad e incapacidad. El Código de Comercio. Interpretación. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. Código de Bustamante.

a) Doctrina del Código Civil argentino sobre el régimen de la capacidad e incapacidad. El Código de Comercio. Interpretación.

Los conceptos fundamentales atinentes al régimen internacional de la capacidad en nuestra legislación están contenidos en las disposiciones de los artículos 6 y 7 del Código Civil. Sin embargo, en la legislación argentina, esta cuestión presenta marcado interés por las controversias interpretativas originadas en la doctrina respecto de las consecuencias que corresponde atribuir a estas reglas. Para lograr la comprensión acabada del sistema de Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna, en materia de capacidad de las personas, además del examen detenido de los artículos 6 y 7 mencionados, debemos tomar en consideración las disposiciones de los artículos 8, 9, 948, 949, 3611, 3612 y 3286 del Código Civil argentino.

Los textos a considerar son:

"*Artículo 6.* — La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero".

[43] ROMERO DEL PRADO, Víctor, ob. cit., p. 59, t. II, señala con su acostumbrada claridad su opinión sobre la cuestión: "Teniendo presentes las razones invocadas a favor de cada una de las soluciones propiciadas, llegamos a estas conclusiones: la declaración de ausencia debe solicitarse ante el juez del último domicilio del presunto ausente. Dicha declaración debe tener efecto extraterritorial y sólo las medidas provisionales, de seguridad inmediata, corresponden sean regidas por el derecho local, pues todo lo demás relativo a la ausencia: calificación, representación, declaración, acción para pedirla, orden y condiciones de los administradores, debe someterse a la ley personal del domicilio del ausente, con las limitaciones de orden público. Pero los efectos de la ausencia para cada una de las relaciones jurídicas de que es o puede ser sujeto el ausente, deben someterse a la ley que rija la relación jurídica de que se trata".

"*Artículo 7.* — La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República".

La nota común a los artículos 6, 7 y 8 señala en su primer párrafo: "FREITAS, sobre los artículos 6, 7 y 8, que son de su proyecto de código para el Brasil, dice: «El domicilio y no la nacionalidad determina el asiento jurídico de las personas para saber qué leyes civiles rigen su capacidad de *derecho*»" [44].

"*Artículo 8.* — Los actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado; pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes a las leyes del país, que reglan la capacidad, el estado y condición de las personas".

"*Artículo 9.* — Las incapacidades contra las leyes de la naturaleza, como la esclavitud, o las que revistan el carácter de penales, son meramente territoriales".

"*Artículo 948.* — La validez o nulidad de los actos jurídicos entre vivos o de las disposiciones de última voluntad, respecto de la capacidad o incapacidad de los agentes, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio (arts. 6 y 7)".

"*Artículo 949.* — La capacidad o incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios sustanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las leyes de este Código".

"*Artículo 3286.* — La capacidad para suceder es regida por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del autor de la sucesión".

"*Artículo 3611.* — La ley del actual domicilio del testador, al tiempo de hacer su testamento, es la que decide su capacidad o incapacidad para testar".

"*Artículo 3612.* — El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzgan según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte".

A partir de la lectura de los textos transcriptos, lo que está definitivamente claro es que nuestro codificador se inclinó para regular la capacidad de las personas por la ley del domicilio. Así, pues, VÉLEZ SARSFIELD descartó a la nacionalidad como principio rector en la materia, criterio por el que optara en oportunidad de la redacción del Código de Comercio [45].

[44] Lo destacado en letra *cursiva* es nuestro porque nos servirá para examinar las distintas interpretaciones de las disposiciones en la materia.

[45] Los corredactores del Código de Comercio, doctores VÉLEZ SARSFIELD y Eduardo ACEVEDO, tuvieron a su alcance el Código francés de 1804, que establecía el criterio de la nacionalidad, en el inciso 3 del art. 3, principio que estaba

1) Textos vigentes e interpretaciones [46].

Los artículos 6, 7, 948 y 949 del Código Civil han dado lugar, por su aparente contradicción, a que la doctrina y jurisprudencia nacionales sustentaran, para disiparla, tres líneas interpretativas diversas:

1) La interpretación literal, restringida o chauvinista.

2) La interpretación defendida por Alcides CALANDRELLI, o intermedia.

3) La interpretación sostenida por Carlos María VICO, amplia o cosmopolita.

2) Tesis literal, restringida o chauvinista.

La primera interpretación, la literal o restringida, se funda en la letra de los artículos y en la fuente del codificador, que ha sido FREITAS.

La tesis es: la capacidad o incapacidad de hecho se rigen por la ley del domicilio (artículos 6, 7 y 948). La capacidad o incapacidad de derecho por la ley territorial (artículo 949).

3) Tesis intermedia.

La segunda interpretación, la intermedia, se funda en el texto de los artículos 6, 7 y 948 y en la nota del codificador común a los artículos 6, 7 y 8 del Código Civil, donde VÉLEZ SARSFIELD, transcribiendo a FREITAS, dice: "El domicilio, y no la nacionalidad determina el asiento jurídico de las personas para saber qué leyes rigen su capacidad de derecho".

La tesis es: la capacidad e incapacidad de hecho y la capacidad de derecho se rigen por la ley del domicilio (arts. 6, 7, 948 y nota a los arts. 6, 7 y 8). La incapacidad de derecho, por la ley territorial (artículo 949).

4) Tesis amplia, cosmopolita o universalista.

La tercera interpretación, denominada amplia, apoya la tesis de que tanto la capacidad e incapacidad de hecho como la capacidad e incapacidad de derecho se rigen por la ley del domicilio. Este es el principio general. Sin embargo, su defensor más vehemente, el doctor Carlos María VICO, señala que la incapacidad de derecho está regida

---

incorporado al Código Civil holandés de 1829. El criterio del domicilio sólo había sido introducido en el Código de Prusia de 1794. La idea de someter la capacidad a la ley de la nacionalidad es abandonada por VÉLEZ SARSFIELD cuando conoce las obras de Federico DE SAVIGNY y Joseph STORY. La única excepción es la que surge del artículo 3638 del Código Civil, que se refiere a las formas testamentarias, donde el punto de conexión de la nacionalidad se presenta como punto de conexión alternativo, junto con el lugar de otorgamiento y el de la residencia.

[46] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia: *Derecho Internacional Privado* cit., ps. 77 a 83.

por la ley del domicilio, pero con la salvedad de que las incapacidades de derecho establecidas por la ley territorial prevalecen siempre sobre la capacidad de hecho o de derecho que regula la ley del domicilio.

Funda su tesis en las siguientes consideraciones:

1) Del texto de los artículos 6 y 7 no surge la distinción entre capacidad de hecho y de derecho. FREITAS, fuente inspiradora del codificador, disociaba ambas capacidades, pero aclaraba expresamente que cuando en el articulado de su proyecto se expresaba "capacidad" o "incapacidad" sin otro aditamento, habría que entender que se aludía a la capacidad o incapacidad de hecho. La fuente sujetaba la capacidad e incapacidad de derecho a la ley territorial. Por ende, el legislador no tiene ni en su texto ni en sus notas explicativas una norma similar, por lo que debe entenderse que se aparta en este aspecto de FREITAS.

2) La nota a los artículos 6, 7 y 8 del Código Civil menciona una cita alterada del Proyecto de FREITAS, pues se refiere a la capacidad de derecho siendo que este autor indica a la capacidad e incapacidad sin calificativos y, conforme con la propia interpretación del mismo, debe entenderse que se alude a la capacidad de hecho y no a la de derecho.

3) El artículo 949 solamente regula la incapacidad de derecho, ya que, conforme con su nota, no se refiere a la capacidad de derecho. Este artículo —concluye VICO— alude solamente a las incapacidades de derecho declaradas por nuestro Código en varios títulos del Libro Primero.

4) Otras normas del Código Civil, tales como los artículos 9, 10, 3286 y 3612, confirman su tesis [47].

5) Nuestra opinión.

El equilibrio reflexivo acerca de los argumentos esgrimidos por las distintas corrientes interpretativas nos ha decidido a adherir a la tesis amplia sustentada por los profesores VICO y GOLDSCHMIDT, entre otros.

La elección de esta línea de pensamiento se explica porque constituye una interpretación acabada y armónica de los textos analizados y de sus fuentes doctrinales. Por cierto que, como destaca un prestigioso autor argentino [48], esta posición cuenta con el privilegio de ser la

[47] En la doctrina argentina destacan las obras de VICO, Carlos María: *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. I, 1934; ROMERO DEL PRADO, Víctor: *Derecho Internacional Privado* cit., t. II, ps. 20 a 39; CALANDRELLI, Alcides: *Cuestiones de Derecho Internacional Privado* cit., p. 68; KALLER DE ORCHANSKY, Berta: *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, 1991, y GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado* cit., entre otros.

[48] BOGGIANO, Antonio: *Curso de Derecho Internacional Privado*, p. 294, Ed. Abeledo-Perrot, 1993, quien además en su obra realiza una interesante elaboración doctrinal en torno del artículo 949 del Código Civil, al que califica como una típica "norma de aplicación exclusiva o norma de policía".

interpretación oficial asumida por la delegación argentina en oportunidad del Congreso de Montevideo de 1939/40 y de la Segunda Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado celebrada en Montevideo en 1979. Nos parece de especial relevancia tomar en cuenta un argumento adicional a favor de esta interpretación, como que su admisión cumple, entre otras, la función de compatibilizar, de provocar la armonización, de las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna y convencional. Ello no constituye un tema menor cuando de lo que se trata es de construir el sistema de Derecho Internacional Privado argentino en la materia.

Como se advierte, el texto no realiza ninguna disociación entre capacidad e incapacidad, de hecho o de derecho. Ello indica que la expresión capacidad es abarcativa, comprensiva de ambas nociones, que se encuentra sometida en toda su extensión al factor de conexión del domicilio [49].

b) Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940.

1) Tratado de 1889.

Este instrumento jurídico internacional, en el artículo 1 del Título Primero, denominado "De las personas", establece que "la capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio". Resultan de lectura inexorable las Actas del Congreso [50], a las que nos remitimos, sin perjuicio de aprovechar la ocasión para recordar el discurso que como miembro informante de la mayoría sostuvo el doctor Manuel QUINTANA: "Tres sistemas igualmente absolutos y por tanto igualmente exclusivos se disputan en el terreno del Derecho Internacional Privado el gobierno de la capacidad general de contratar, que es el rasgo más saliente de la personalidad humana en la vida civil, a saber: el de la ley nacional de las partes contratantes, el de la ley del lugar de celebración del acto y el del domicilio de los contrayentes". El Congreso se pronunció estableciendo el sometimiento de la capacidad de las personas, tanto la capacidad de hecho como la de derecho, bajo el régimen de la ley del domicilio".

2) Tratado de 1940.

El Tratado de Montevideo de 1940 mantiene el principio rector del domicilio para regular la capacidad de las personas. Sin embargo,

[49] Ver la obra de SAVIGNY, que se pronuncia en la consideración diversa entre la capacidad de hecho y la de derecho, si bien no disocia respecto de la ley aplicable. Por el contrario, FREITAS introduce la disociación al someter a leyes distintas ambos aspectos de la capacidad.

[50] Actas del Congreso, 1928, ps. 141 y ss.

el artículo 1 del instrumento mejora la redacción cuando dispone: "La existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley del domicilio. No se reconocerá incapacidad de carácter penal, ni tampoco por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión".

Las alteraciones introducidas en la versión de 1940 implican que tanto la existencia, el comienzo y el fin de la personalidad jurídica, el estado y la capacidad, son categorías regidas por la ley del domicilio. Asimismo, se señala que las incapacidades penales, de carácter religioso, fundadas en razones de raza, nacionalidad u opinión, tienen carácter territorial. Estamos convencidos de que el lector interesado puede recurrir, por constituir un valioso e insustituible aporte, a las actas labradas durante el desarrollo del Congreso, para alcanzar la acabada comprensión de los textos de los instrumentos internacionales mencionados [51].

c) Código de Bustamante.

El Código panamericano incorpora en el artículo 7 una solución que ha sido calificada como híbrida, ya que establece: "Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que hayan adoptado o adopte en adelante su legislación interior". Esta fórmula, que se propuso para la conciliación entre criterios antagónicos, en rigor no llega a decidirse ni por la ley del domicilio ni por la ley de la nacionalidad, ni por ninguna otra. Este principio general debe ser complementado en materia de capacidad con el precepto del artículo 27, que dispone: "La capacidad de las personas individuales se rige por su ley personal, salvo las restricciones establecidas para su ejercicio por este Código o por el derecho local".

5. Tendencias modernas. Proyectos de Reforma en la República Argentina de 1993 y de 1999.

a) Proyectos de Reforma al Código Civil de 1993.

El Proyecto del Poder Ejecutivo de Reformas al Código Civil argentino de 1993 regula la cuestión de la capacidad de las personas físicas en una única disposición, la del artículo 9: "La capacidad de las personas físicas se rige por el derecho de su domicilio. El cambio de éste no priva de la capacidad adquirida. En un acto entre personas que

[51] Actas del Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo, 1939-1940, Buenos Aires, Imprenta La Universidad, 1940, ps. 269 a 289.

se encuentran en un mismo país, si una de ellas es incapaz según el derecho de su domicilio, no puede invocar esta incapacidad si es capaz según el derecho del lugar en el que se llevó a cabo el acto, a menos que, al momento de la celebración de éste, la otra parte la hubiera conocido o debido conocer. Esta disposición no se aplica a los actos jurídicos concernientes al derecho de familia". Se citan como fuentes el Código Civil (arts. 6, 7, 138, 139 y 948); el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (arts. 1 y 2); el Proyecto Goldschmidt (art. 7); la ley suiza (art. 36), y la Convención de Roma de 1980 (art. 11).

En un trabajo dedicado al tema, tuvimos la oportunidad de explayarnos acerca de las ventajas y desventajas del Proyecto de 1993.

En este sentido, luego de la evaluación realizada, nos pronunciamos diciendo que la Comisión se había decidido por mantener sustancialmente la doctrina del Código Civil.

Asimismo, opinamos que si bien es cierto que la redacción del artículo 9 del Proyecto agrega vocablos tales como "personas físicas", lo que nos pareció ajustado, no es menos cierto que olvida incorporar las cuestiones del estado y la existencia de las personas físicas. Se trata de una ausencia tan curiosa como inexplicable, si se atiende a que en el nivel convencional nuestro país, como ratificante del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, ha incorporado este alcance en el artículo 1, que establece: "La existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas se rigen por la ley del domicilio..." [52].

En la República Argentina soplan nuevos vientos de Reforma. En efecto, el 18 de diciembre de 1998, la Comisión Honoraria designada por decreto 685/95 entregó el Proyecto de Reforma al Código Civil unificado con el Código de Comercio. En la nota de elevación la Comisión manifiesta que "...el resultado del trabajo surge del material acompañado, el cual contiene el Proyecto de Código Civil y de Comercio unificado y un Proyecto separado de Ley de Derecho Internacional Privado que deberá ser tratado simultáneamente con aquél..." [53].

En el próximo apartado nos detendremos para examinar el nuevo Proyecto, que aspira a convertirse en el Libro Octavo del Código Civil, elaborado por la Comisión [54].

[52] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Derecho Internacional Privado* cit., vol. 18, p. 81.

[53] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *La Ley de Derecho Internacional Privado en la República Argentina: ¿mito o realidad?*, "Revista del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires", septiembre de 1999.

[54] La Comisión estuvo integrada por tres especialistas en la materia: las doctoras Berta KALLER DE ORCHANSKY, Amalia URIONDO DE MARTINOLI y Beatriz PALLARÉS.

b) Proyectos de Reforma al Código Civil de 1998/1999.

El 25 de agosto de 1999 fue elevado el Proyecto de Derecho Internacional Privado contenido en el Libro Octavo del Código Civil, que fuera encomendado por la Comisión Honoraria designada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95.

En el Capítulo II se encara la regulación de la persona humana sujetándola, en materia de capacidad de derecho y ejercicio, al derecho de su domicilio, sin que el cambio afecte la capacidad adquirida.

Los artículos pertinentes abarcan desde el art. 51 hasta el art. 55 inclusive.

"*Art. 51. Capacidad de derecho y de ejercicio de la persona humana.* — La capacidad de derecho y de ejercicio de las personas humanas se rige por el derecho de su domicilio. El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida".

"*Art. 52. Conmoriencia.* — En aquellos supuestos en los que sea necesario determinar la supervivencia de una persona respecto de otra y no constare cuál ha muerto en primer lugar, el momento de la muerte será determinado conforme a la ley reguladora de la relación a la que afecta la indagación".

"*Art. 53. Desaparición, ausencia y declaración de fallecimiento.* — La declaración de ausencia se rige por la ley del último domicilio o residencia habitual del desaparecido. La misma ley regula los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto a los bienes del ausente. Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán regulándose por la ley que anteriormente las regía.

"No obstante, la ley argentina podrá ser aplicada en el caso de que la persona cuya declaración de ausencia o fallecimiento no pueda ser pronunciada, posea bienes en Argentina, o que su cónyuge o uno de sus sucesores tenga su domicilio en Argentina".

"*Art. 54. Capacidad de ejercicio de las personas humanas.* — La capacidad de ejercicio de las personas humanas será regulada por la ley de su domicilio. No obstante, si la ley reguladora de un acto prescribe condiciones especiales de capacidad de ejercicio, éstas se regularán por dicha ley.

"En un acto jurídico celebrado entre personas que se encuentran en un mismo país, si una de ellas es incapaz según el derecho de su domicilio no puede invocar esta incapacidad si es capaz según el derecho del lugar en el que se llevó a cabo el acto, a menos que, al momento de la celebración de éste, la otra parte la hubiera conocido o debido conocer. Esta disposición no se aplica a los actos jurídicos concernientes al derecho de familia".

"*Art. 55. Derecho de la personalidad.* — La existencia y el contenido de los derechos de la personalidad serán regulados por la ley del domicilio del sujeto. Sin embargo, los derechos que deriven de

una relación familiar serán regulados por la ley aplicable a la relación.

"La responsabilidad por lesión a los derechos de la personalidad se rige por el derecho del Estado del domicilio del damnificado".

La Comisión, también en esta ocasión, se ha decidido por mantener sustancialmente la doctrina establecida en el Código Civil.

La nueva redacción agrega vocablos tales como "personas humanas", que por la mayor precisión que logra la consideramos una inclusión ajustada. Por cierto que no se trata de una alteración de tipo meramente formal, ya que el empleo del vocablo "humanas" otorga brillantez a la formulación legislativa.

El criterio de conexión, el domicilio, de forma abarcativa para la capacidad de las personas humanas, es la consagración de lo que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias habían interpretado con relación a los arts. 6, 7, 8, 948 y 949 del Código Civil, que comentamos precedentemente.

El último párrafo mantiene los principios rectores de los artículos 138 y 139, de forma que no existen alteraciones sustanciales dignas de mencionar. En suma, tal como lo reconoce la propia Comisión, los principios que inspiran las normas contenidas en este capítulo mantienen en general las disposiciones ya existentes. Asimismo, resulta notable la armoniosa similitud entre las soluciones adoptadas en el Proyecto de 1998/1999 y las del Proyecto de 1993, que ya nos dedicamos a comentar precedentemente y al que nos remitimos en honor a la brevedad.

Finalmente, cabe señalar que, tal como la propia Comisión redactora del Libro Octavo del Proyecto de Reforma del Código Civil reconoce, ha tomado de la Ley italiana de 1995 las soluciones en materia de conmoriencia, de la teoría del *favor negotii*, de la existencia y el contenido de los derechos de la personalidad, y de la responsabilidad por lesión a tales derechos (arts. 21, 23 y 24, respectivamente). Asimismo, se ha inspirado para la formulación legislativa en la ley venezolana de Derecho Internacional Privado de 1998, particularmente en los artículos 16 y 17, que comentamos precedentemente.

En materia de ausencia se incorpora una norma expresa, el artículo 53, que guarda una semejanza deseable con la solución establecida en el Derecho Internacional Privado argentino de fuente convencional, específicamente con lo dispuesto por el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940.

En primer lugar, debemos reconocer la loable intención del legislador de superar los problemas interpretativos que los textos del Código Civil han traído a la doctrina y a la jurisprudencia argentinas.

Esta primera mirada nos hace pensar que el legislador de 1998/99 ha mejorado en algunos aspectos al anterior de 1993, cuando contempla expresamente una de las tantas cuestiones sobre las que hemos predicado, esto es, la ley aplicable respecto de la existencia de la persona humana, tanto en su comienzo como en su fin. Esperamos reencontrarnos con nuestro lector en el próximo capítulo, recomendándole la lectura de los cuadros explicativos que presentamos a continuación.

EXISTENCIA, ESTADO Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

Código Civil	*Tratado de Montevideo de 1889*	*Tratado de Montevideo de 1940*	*CIDIP III*	*Proyecto de Reforma*
No contienen normas; se aplican por analogía arts. 6 y 7.	Existencia y capacidad, ley del lugar de reconocimiento. — Permite la actuación asilada de las personas jurídicas. — Para realizar actos referidos a su objeto, ley del lugar donde actúen.	Existencia y capacidad, ley del lugar de domicilio. — Reconoce la actuación aislada de la persona jurídica. — Para realizar actos referidos a su objeto social, ley del lugar donde realice los actos.	Existencia, capacidad, responsabilidad, disolución y fusión, ley del lugar de constitución. — Reconoce la actuación aislada de la persona jurídica. — Establecimiento de sede, ley del lugar en donde pretende actuar.	*1993*: Art. 9. Capacidad personas físicas: derecho de su domicilio, capacidad adquirida. *1998*: Propugna por separado un proyecto de ley de Derecho Internacional Privado.

CAPÍTULO III

EL DERECHO DE LAS PERSONAS CONSIDERADAS EN SÍ MISMAS

PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL O PERSONAS JURÍDICAS

1. Concepto. Denominaciones. Clasificación. Examen de sus caracteres en el Derecho Romano, en la exposición de Savigny, en el Proyecto de Freitas y en el Código Civil. Reforma de la ley 17.711.

a) Concepto.

Sabido es que en el orden internacional, además de las personas físicas, actúan otros sujetos de derecho, como las denominadas personas de existencia ideal o personas jurídicas. Precisamente en el área de nuestra disciplina reviste singular importancia el examen cuidadoso de esta temática, por cuanto la persona jurídica despliega una vida internacional intensa.

Para la acabada comprensión de tan delicado tema, de forma sucinta debemos señalar que, cuando se alude a las personas de existencia ideal o jurídicas, nos encontramos ante sujetos de derecho que, tal como sucede con las personas físicas, pueden adquirir derechos y contraer obligaciones, entes totalmente distintos de los individuos que los integran, con un patrimonio propio, y que suelen continuar su vida jurídica después de la desaparición de quienes contribuyeron a su nacimiento [1].

[1] Puede verse el interesante desarrollo que surge de la nota a la Sección Primera, "De las personas en general", Título I, denominado "De las personas jurídicas", del Código Civil argentino. En ella, el doctor Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD señala que "usa la expresión persona jurídica, como opuesta a la persona natural, es decir al individuo, para mostrar que ellas no existen sino con un fin jurídico". Seguidamente, se refiere a la denominación proveniente del Derecho Romano, en los códigos modernos que detalla, y a la doctrina de SAVIGNY. De FREITAS, que sigue a SAVIGNY, toma nuestro codificador esta terminología, diciendo que *"las doctrinas que forman las bases del título que proyecto, al cual seguimos a la letra"*.

Se trata de personas que no existen sino para fines jurídicos y que aparecen al lado del individuo como sujetos de las relaciones de derecho.

Sin embargo, para abordar esta temática resulta imprescindible realizar liminarmente una serie de precisiones acerca del alcance del concepto de persona jurídica. En este aspecto, si partimos del concepto lato de persona jurídica entendido como centro autónomo de imputación de derechos y obligaciones, tendremos una mirada distinta que si empleamos el concepto restringido que excluye del examen de las personas jurídicas a sujetos de derechos como los Estados y como las empresas creadas por acuerdos intergubernamentales, entre otros. Siguiendo el rumbo de los sistemas jurídicos comparados y de la doctrina internacional, en nuestra obra adherimos a la noción abarcativa de persona jurídica.

b) Denominaciones.

En lo que concierne a las denominaciones, no existe unanimidad ni en la doctrina ni en las legislaciones, ya que las personas de existencia ideal han sido llamadas de distintas maneras a lo largo de la historia. En efecto, en las legislaciones figuran con las más variadas designaciones: personas jurídicas, personas morales, entidades jurídicas, personas civiles, establecimientos públicos o de utilidad pública, entre otros.

En el derecho antiguo fueron conocidas bajo distintas denominaciones, la mayoría en desuso en la actualidad, tales como: *collegium, corpus, universitas, congregatio, communitas, persona collegii* y *representata, persona ficta, nomen intellectuale, nomen invisibilis*, persona moral, persona jurídica, persona mística, persona universal, persona social, persona incorpórea, persona de existencia ideal, persona de existencia colectiva, persona civil, entre otras.

Durante el período romano, no existía una única denominación para todas las categorías de personas de existencia ideal, sino que se las llamaba *universitas, collegium, corpus*. Con la primera acepción, *universitas*, se designaba con carácter general a todo conjunto de personas o de cosas; la segunda designación, *collegium*, se empleaba para referirse a las asociaciones voluntarias, y la tercera denominación, *corpus*, servía para referirse a las asociaciones jurídicamente reconocidas que tenían personalidad.

En la Edad Media se denominaban *congregatio* y *communitas*. En este sentido, cabe señalar la aplicación de la expresión *persona* como abarcativa de las personas jurídicas.

En la Edad Moderna se comienza a difundir la designación proveniente del derecho francés de personas civiles o personas morales, o del derecho alemán como personas jurídicas.

La denominación empleada de personas de existencia ideal es atribuida a FREITAS, mientras que la de personas jurídicas corresponde a SAVIGNY.

Como podrá advertir el lector, estas denominaciones son las que revisten especial importancia para el derecho argentino, ya que precisamente ellas son las fuentes mencionadas por el propio codificador cuando diseña las normas pertinentes y cuando admite que *sigue a la letra a SAVIGNY a través de FREITAS* [2]. Sin embargo, las omisiones involuntarias en que incurre el autor del Código Civil obligaron, por un lado, a la notable labor interpretativa de los tribunales argentinos, que procuraron suplir estas falencias hasta que se introdujeron las pertinentes modificaciones por vía de Reforma.

La discordancia evidenciada en materia de denominaciones se acrecienta considerablemente al abordar aspectos tales como la existencia, funcionamiento y actuación internacional de las personas jurídicas.

c) Clasificación.

El *Sistema de SAVIGNY* con relación a las personas era el siguiente: dividía a las personas en individuales y jurídicas. A su turno, a las personas jurídicas —a las que entendía como creaciones de la legislación, que asumían caracteres de sujetos de derecho, con la finalidad de regular relaciones patrimoniales— las subdividía en personas jurídicas de existencia necesaria, como el Estado, y personas jurídicas artificiales o ficticias, como las sociedades.

El *Sistema de FREITAS* divide entre personas de existencia ideal y personas de existencia visible. A las primeras las subdivide en públicas y privadas. A las personas de existencia ideal públicas o jurídicas las divide en personas de existencia necesaria o de existencia posible, y a ambas categorías, en nacionales y extranjeras.

d) Código Civil argentino.

Si bien es cierto que el doctor VÉLEZ SARSFIELD reconoce como fuentes inspiradoras las obras de SAVIGNY y FREITAS, no es menos cierto que en el título respectivo solamente se refiere a las personas que han obtenido autorización del Estado, es decir, a las que, como vimos, FREITAS denomina públicas o jurídicas. Sin embargo, a las que el último autor designa como privadas el codificador las legisla en el título referido a las sociedades.

En síntesis, a las personas jurídicas se las dividió en personas de existencia necesaria y de existencia posible, omitiendo incluir, como lo

[2] Ver la nota anterior.

hacía FREITAS, la categoría de privadas o de particulares. Esto con relación a la cuestión relacionada con la clasificación existente en la legislación argentina de fuente interna consagrada en el Código Civil.

e) Sistema en el Código Civil vigente.

Nuestro Código Civil dispone en el artículo 30 que "son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones", y en el artículo 32 que "todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal".

El artículo 31, primera parte, es la disposición en la que el codificador procede a dividir a las personas en general, en personas de existencia ideal y de existencia visible. En este sentido, la disposición mencionada también establece que "pueden adquirir los derechos, o contraer las obligaciones que este Código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados, les conceden o niegan las leyes" [3].

El artículo 33 establece que "las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1) El Estado nacional, las provincias y los municipios. 2) Las entidades autárquicas. 3) La Iglesia Católica. Tienen carácter privado: 1) Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar. 2) Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar".

El artículo 34 establece que también "son personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus provincias y municipios, los establecimientos, corporaciones o asociaciones existentes en países extranjeros" [4].

Según señala una prestigiosa autora argentina, con obras de difusión universitaria a nivel nacional e internacional, el Código Civil adopta la tesis amplia liberal y sin restricciones receptada en el artículo 34, cuyo texto dice: "Son también personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus provincias o municipios, los establecimientos,

[3] En este sentido puede consultarse la nota explicativa al artículo 31, en la que VÉLEZ SARSFIELD señala que "como en un Código Civil no se trata sino del derecho privado, la capacidad artificial de la persona ideal, sólo se aplica a las relaciones de derecho privado y no a las de derecho público...".

[4] Se trata de la doctrina que fuera jurisprudencialmente reconocida en el caso de don Félix Loria, mencionado en el capítulo I, al que nos remitimos en mérito a la brevedad.

corporaciones o asociaciones existentes en país extranjero, y que existiesen en ellos con iguales condiciones que el artículo anterior" [5].

f) Síntesis del sistema argentino con las modificaciones de la ley 17.711 [6].

La reforma pretende armonizar las inconsistencias producidas por el codificador en la materia, inclinándose decididamente por adoptar la clasificación mayormente aceptada en las legislaciones y en la doctrina contemporánea, que distingue entre personas jurídicas públicas y privadas, suprimiendo la clasificación entre personas de existencia necesaria o posible.

El sistema argentino actual, en lo que respecta a la clasificación de las personas jurídicas, divide a las personas jurídicas en públicas y en privadas. Dentro de las primeras, es decir, las públicas, se encuentran el Estado nacional, las provincias y los municipios, las entidades autárquicas así como la Iglesia Católica. Asimismo, dentro de esta categoría se hallan el Estado extranjero, sus provincias y sus municipios, así como los establecimientos, corporaciones o asociaciones existentes en país extranjero. Dentro de las segundas, es decir, las privadas, se distinguen las asociaciones y fundaciones, así como también las sociedades civiles y comerciales.

En el apartado siguiente nos dedicaremos a analizar una cuestión sumamente delicada, como es el régimen internacional aplicable a las personas jurídicas, y nos ocuparemos de desarrollar las diversas soluciones que ofrecen la doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones tanto internas como internacionales en la materia.

2. El régimen internacional aplicable a las personas jurídicas: las posibles soluciones. Doctrinas de la extraterritorialidad de las personas jurídicas [7].

En torno de las personas jurídicas en general, sean públicas o privadas, giran cuestiones de tal relevancia que invitan al análisis

[5] Nos estamos refiriendo a KALLER DE ORCHANSKY, Berta: *Manual de Derecho Internacional Privado*, quien analiza extensamente la cuestión terminando por señalar que la interpretación del artículo transcripto es pacífica en la doctrina nacional: ALCORTA, GOLDSCHMIDT, LAZCANO, ROMERO DEL PRADO.

[6] ZUCCHERINO, Ricardo M.: *Derecho Internacional Privado*, Ed. Lex, La Plata, Argentina, 1976, quien destaca la notable labor desarrollada por los tribunales argentinos, que se anticiparon interpretativamente con la finalidad de superar la omisión en que incurriera el legislador en el reformado artículo 33.

[7] Anticipamos al lector que deberemos volver sobre este tema cuando abordemos la cuestión atinente al régimen internacional de las sociedades comerciales en el Derecho Internacional Privado.

doctrinal. Por cierto que entre el abanico de posibilidades que abre el examen de esta cuestión de la extraterritorialidad de las personas jurídicas se destaca el planteo de la ley aplicable a aspectos tales como la existencia, la capacidad y la actuación internacional de la persona jurídica.

La delicadeza y la relevancia de este tema estimularon la instalación de profundos debates, que a nivel doctrinal dieron lugar a diversas teorías que han procurado darle respuesta. No se trata de un tema menor, ya que la adopción de una u otra tesis produce consecuencias distintas en la esfera internacional.

Desde ya, estamos en condiciones de adelantar que dos de las tres teorías mencionadas pueden ser consideradas como teorías extremas, mientras que la tercera puede ser calificada como teoría intermedia.

En este sentido, las concepciones son: *a*) la teoría de la ficción; *b*) la teoría de la realidad, y *c*) la teoría del acto jurídico.

a) La teoría de la ficción.

La tesis de esta teoría es que la persona jurídica es una ficción de la ley, y que, por tratarse de un sujeto de derecho creado por el legislador, es distinto de las personas que lo conforman. La persona jurídica no tiene existencia fuera del país donde ha sido creada y para tenerla debe obtener la concesión de los poderes competentes del Estado donde pretenda actuar. Dentro de esta corriente se destaca SAVIGNY como uno de sus expositores más famosos, quien señala que "todo derecho existe a causa de la libertad moral que hay en cada uno, y de allí que el concepto de persona debe coincidir con el hombre. Pero el derecho positivo puede modificar este principio negando la capacidad a los hombres, como en el caso de los esclavos, o extendiéndola a entes que no son hombres, como las personas jurídicas. La capacidad jurídica puede ser extendida a sujetos artificiales, creados por simple ficción. He tratado de la capacidad jurídica en lo que respecta al individuo, y ahora la voy a considerar en relación con otros seres ficticios, a los cuales se los llama personas jurídicas, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos, y que aparecen al lado del individuo como sujetos de las relaciones de derecho"[8]. En este sentido, otros autores no menos prestigiosos nos enseñan: "...Estando su nacimiento subordinado al beneplácito de la autoridad, ellas serán consi-

[8] SAVIGNY, Federico Carlos de: *Traité de Droit Romain*, trad. francés de Guenoux, t. II, 1889, ps. 25 y ss. Si bien conviene recordar que este autor admitía la existencia internacional de las personas jurídicas, ello era la derivación del principio fundamental de su doctrina de la comunidad de derecho entre los Estados. Esa comunidad de derecho es más restringida respecto del régimen de las personas ideales que tratándose de las personas físicas, pero no por eso dejan de existir.

deradas en cada país donde la obtienen, como puramente nacionales aunque el fin sea idéntico y los resortes de su actividad comunes. Habría entonces para un mismo agrupamiento que extienda su actividad sobre muchos países, tantas personas civiles diferentes, separadas, como Estados en los cuales el mismo agrupamiento ha solicitado y obtenido el reconocimiento" [9], o bien: "La persona jurídica es una creación de la ley y esa creación debe repetirse a medida que las mismas pasen de un país a otro. Sólo el legislador tiene el poder de crearlas y este poder se detiene en el límite del territorio de la nación" [10]. Así, pues, según los postulados de esta doctrina, la vida de la persona jurídica se limita exclusivamente al territorio, lo cual implica, por definición, la falta o la negación de extraterritorialidad. La persona jurídica creada en un determinado Estado no existe una vez superadas las fronteras de ese mismo país; solamente puede serlo si es recreada bajo la legislación del Estado donde ha de actuar. Para poder desplegar su actividad en otro u otros Estados precisan necesariamente ser reconocidas. Esta teoría, que ha gozado de gran predicamento, fue objetada profundamente, aseverándose que no resuelve nada y que resulta impotente para dar la clave del problema planteado. Dos de sus más acusados detractores dicen: "La ficción puede servir en derecho para simplificar, para facilitar la explicación de ciertas teorías jurídicas, pero ella misma no resuelve nada y allí donde falta una condición esencial, es impotente para suplirla... Basta echar una mirada superficial a la historia para darse cuenta de que la existencia de las personas morales ha escapado siempre a la acción del legislador. Esto no quiere significar que el legislador esté obligado a reconocer personalidad moral a todo grupo que tenga esa pretensión; en ciertos casos puede negarse semejante reconocimiento, pero a simple título de medida de policía y a fin de impedirle llegar a un desarrollo que podría ser un peligro para el orden público" [11], o bien, quienes luego de refutar el principio de que el hombre es sujeto de derecho por su capacidad de querer o voluntad, afirman que no puede sostenerse que las personas jurídicas son seres ficticios, sino que más bien son individualidades colectivas, que ejercitan en la vida una función relevante, sea económica —como suministradores del crédito, del trabajo—, sea social —como organizadores de fuerzas y de iniciativas—. El autor que seguimos se pregunta "...quién es este sujeto fantástico, ese homúnculus, esa sombra que ha de actuar a pleno día, en fin, esos seres invisibles e ideales

[9] PILLET, Antonio: *Des personnes morales en Droit International Privé*, París, 1914. Sin embargo, adelantamos que este autor no participa de esta tesis sino de la teoría de la realidad.

[10] LAURENT, Ernest: *Droit Civil International*, t. IV, p. 231, París, 1893.

[11] MICHOUD, Léon: *La théorie de la personnalité morale*, París, 1906, t. I, ps. 29 y ss.

que surgen a la vida desde la tumba legislativa...". Del rechazo de la teoría de la ficción surge, además de las doctrinas intermedias a las que luego nos referiremos, la teoría de la realidad.

b) La teoría de la realidad.

Atribuye a las entidades una existencia verdadera. Punto de partida de esta teoría es la consideración de que por persona debe entenderse todo sujeto de derecho. Dentro de la teoría se encuentran distintas ramas; así, pues, unas se basan en el concepto de voluntad como elemento indispensable para constituir el objeto del derecho. Para otras lo esencial es el interés colectivo distinto de los intereses individuales, como indispensable para que la persona jurídica pueda constituirse. Es decir que para una tendencia se trata de seres vivientes, dotados de psiquis autónoma; de una entidad colectiva real, formada por la unión de diversos hombres que tiende a la consecución de fines, que trasciende la esfera de los intereses individuales, mediante la común y única fuerza de la voluntad de acción. En suma, la persona real colectiva es capaz de querer y de actuar por medio de órganos, y la capacidad jurídica de la corporación es considerada igual a la del hombre, salvo respecto de ciertas relaciones que por su naturaleza le son incompatibles.

La otra tendencia, dentro de la misma corriente, indica que en la persona civil la voluntad existe sólo desde el punto de vista jurídico, no del psicológico, ya que desde este punto de vista habría sólo voluntades individuales. Como vimos, la idea subyacente en esta teoría es la equiparación entre las personas físicas y las personas jurídicas desde el punto de vista de la existencia, lo cual, llevado al campo internacional, señala que de la misma manera que una persona física no pierde su personalidad traspasando de un Estado a otro, la persona jurídica puede desplegar su actividad en otros territorios, con la virtualidad suficiente que le permite adquirir bienes y realizar actos jurídicos sin más limitaciones que las impuestas por el orden público. En este sentido resultan claras las palabras de un autor que sintetiza la doctrina, cuando afirma que "...la persona jurídica debe ser reconocida en todas partes sin que sea necesaria la previa autorización o reconocimiento en todos los Estados en cuyo territorio tenga necesidad de obrar por el azar de los negocios, al igual que el individuo físico..." [12].

Así, pues, se trata de una tendencia amplia respecto de la existencia extraterritorial de las personas jurídicas, cuyo punto de partida es la asimilación de las personas jurídicas a las personas físicas, que les permite gozar en otros territorios de un derecho adquirido al reconocimiento de su existencia. Solamente estrictas razones sociales y políticas de entidad suficiente permiten restringir su actividad, su capacidad. La

[12] BROCHER, Ernest: *Droit International Privé*, t. I, ps. 185 y ss., París.

máxima expresión de esta tesis dentro de la doctrina nacional es la que sostiene que "la persona jurídica es una realidad que el legislador no hace sino reconocer; cae de su peso que esos entes existen por doquiera" [13].

c) La teoría del acto jurídico.

Entre nosotros, el profesor Carlos María VICO parte de la idea de que la persona jurídica es, en su origen, un acto jurídico y que, por consiguiente, basta aplicarle las reglas sobre la validez extraterritorial de los actos y contratos. Esta tesis se basa fundamentalmente en el origen contractual de la persona jurídica, sosteniendo que las personas jurídicas se encuentran íntimamente vinculadas a la actividad desplegada por las personas físicas, quienes son las que en rigor realizan los actos jurídicos. Así, pues, como consecuencia lógica de esta afirmación, el principio es el de la extraterritorialidad de los actos constitutivos y, como excepción, habrá que acudir a la noción de orden público para marcar entonces el punto de frontera en la amplitud del reconocimiento extraterritorial de la actividad jurídica de la persona [14].

d) Nuestra opinión.

Creemos que la teoría de la ficción, por captar a la persona jurídica con una perspectiva acotada, conduce a la territorialidad no deseable en el mundo contemporáneo. Afirmar que una persona jurídica no existe fuera del territorio de un Estado implica desconocer la realidad del contexto actual en donde se desarrollan los negocios internacionales. Repárese en la celeridad, en la sutileza, en el avance tecnológico, con que despliegan sus actividades los operadores de las transacciones internacionales [15].

El sistema argentino en la materia se inclina por una teoría intermedia [16]. Ello nos lleva a decidirnos por la tendencia que procura flexibilizar las inconsistencias a que conducen las teorías extremas [17].

[13] CACICI, A. S.: *La extraterritorialidad de la persona jurídica*, Buenos Aires, 1917, ps. 97 y ss.

[14] VICO, Carlos M.: *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. III, p. 47.

[15] Piénsese concretamente en el empleo de ordenadores o de la red Internet para la celebración de los contratos internacionales. Puede consultarse un desarrollo específico en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador*, Ed. Abeledo-Perrot, 1995, y en Revista "Síntesis Forense"; *Negocios internacionales celebrados por ordenador*, "Revista del Colegio de Abogados de San Isidro", 1998.

[16] KALLER DE ORCHANSKY, Berta: *Manual de Derecho Internacional Privado* cit., ps. 208 y ss.

[17] Esta cuestión prometemos completarla cuando nos refiramos al régimen internacional de las sociedades comerciales.

3. Derechos y obligaciones concernientes a la personalidad y capacidad de las personas de existencia ideal. Personas jurídicas de carácter público y privado.

a) Personas jurídicas de carácter público. El Estado: reconocimiento. Capacidad extraterritorial del Estado. Inmunidad del Estado extranjero. Actos de gestión y actos de imperio. Comparecencia ante los tribunales nacionales de los Estados extranjeros. Estado actual de la legislación argentina. La ley 24.488.

1) El Estado: reconocimiento.

Las personas jurídicas de carácter público pueden ser nacionales o extranjeras; es decir, al lado del Estado nacional, las provincias y los municipios, así como las entidades autárquicas, existen como personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus provincias o municipios, entre otros entes autárquicos. Esta es la noción abarcativa contenida en el texto del artículo 34 del Código Civil.

Sin embargo, está claro que se ha recorrido un largo camino desde la concepción de MONTESQUIEU, que prescribía que "el príncipe no debe hacer el comercio", hasta el despliegue intenso de la actividad desarrollada por el Estado en el escenario internacional como comerciante o industrial. Antes bien, y esta es la cuestión más relevante, esta sustancial alteración en la conducta de los Estados ha llevado a que las reglas, que fueron concebidas para el Estado como poder público, no resulten apropiadas para regular la actuación del Estado cuando se mueve en el ámbito de los negocios de carácter interno e internacional. Este aspecto se encuentra estrechamente vinculado con los temas que a continuación abordaremos.

2) Capacidad extraterritorial del Estado.

Los Estados se vinculan no solamente con las personas privadas dentro de sus límites territoriales, sino que celebran actos jurídicos que superan las fronteras estaduales.

En la actualidad puede afirmarse sin temor a equivocarse que los Estados participan cada vez más asiduamente desempeñando el rol de comerciantes, de industriales, en el área de los negocios internacionales. En efecto, la actividad económica y financiera contemporánea permite que los Estados celebren contratos de transporte, contratos de compraventa internacional de mercaderías, de inversiones extranjeras, de préstamos internacionales, entre muchos otros.

Esta delicada cuestión, que comenzó a discutirse en Europa, llegó prontamente a nuestro continente. En efecto, se trataba de discernir la cuestión relativa al alcance de la capacidad de los Estados extran-

jeros para actuar en el territorio de otro Estado. En este sentido, conviene recordar sucintamente casos que pueden ser calificados como emblemáticos, que fueron resueltos por la jurisprudencia nacional e internacional.

La riqueza de esta temática ofrece un gran abanico de posibilidades abiertas al análisis. Otra de esas vertientes es la referida a la posibilidad del Estado extranjero de tener domicilio en la República Argentina, debatida en un famoso antecedente jurisprudencial conocido como el caso de Félix Loria, que ya nos detuvimos a comentar en capítulos anteriores.

El caso de los NAVÍOS CHILENOS [18].

En 1890 estalló en la República de Chile una revolución que llegó a partir el país en dos. Una zona sur el mando del presidente y una zona norte bajo las órdenes del partido opositor.

La cuestión planteada se relaciona con la personalidad civil del Estado, en particular, sobre la legitimación para reclamar la entrega de varios navíos de guerra que se estaban construyendo en Francia, que, por cierto, pretendían ambas partes en conflicto.

En primera instancia, el Tribunal del Sena, mediante resolución del 30 de mayo de 1891, sostuvo que por tratarse de navíos con carácter litigioso correspondía recurrir al secuestro. La Corte de París, por vía de apelación, se encontró en la necesidad de precisar quién detentaba el poder en Chile para así hacerle entrega de los navíos en disputa.

El tribunal decidió que le correspondía al gobierno antiguo la personalidad civil del Estado, fundándose entre otras en las siguientes razones fundamentales: la primera, que habían sido ordenados en nombre y por cuenta del presidente Balmaceda y, en segundo lugar, que los otros peticionarios no justificaban que su gobierno hubiera sustituido en Chile al entonces presidente y que, como la lucha perduraba, se imponía la solución propuesta.

El caso ZAPPA.

En 1865 el señor Zappa, de origen griego, muere en Rumania, dejando por testamento sus bienes inmuebles sitos en Rumania y a su hermano el usufructo de tales bienes. En 1892 se planteó el conflicto cuando el Estado griego reclamaba para sí los inmuebles situados en Rumania y este último país sostenía la nulidad del testamento y, por

[18] La doctrina argentina comenta estos fallos en profundidad. Sin embargo, destacamos las obras citadas de autores como Carlos María VICO, Víctor ROMERO DEL PRADO y Berta KALLER DE ORCHANSKY, quienes nos guiaron fundamentalmente por la claridad de sus exposiciones.

ende, ante la ausencia de herederos instituidos, reclamaba para sí los inmuebles mencionados. Los tribunales rumanos se declararon competentes para entender en la cuestión, procedieron a rechazar las pretensiones del Estado griego en el sentido de que debía ser el cónsul de ese país el llamado a entender o que debía haber arreglado el conflicto por vía diplomática, y terminaron por darle razón a los herederos legítimos, que se habían presentado para reclamar la herencia.

El caso PLESSIS-BELLIÈRE.

En 1890 fallece la marquesa de Plessis-Bellière, dejando por testamento parte de su fortuna al Papa. Los parientes de la noble señora atacaron el testamento, desconociendo la personalidad de la Santa Sede y su incapacidad para recibir como legataria.

El tribunal de Montdidier se pronunció a favor del Papa como representante de una persona moral extranjera sin otro requisito a llenar que la autorización establecida por el artículo 910 del Código Civil francés. Sin embargo, la Corte de Amiens revocó la sentencia desconociendo la personalidad como Estado de la Santa Sede, siendo preciso el reconocimiento del gobierno francés.

Cuando la cuestión llegó hasta la Corte de Casación, la misma no pudo expedirse ya que las partes arribaron a una oportuna amigable composición de sus intereses.

El caso de PARAGUAY EN LA PROVINCIA DE FORMOSA.

En 1924 el vicecónsul de la República del Paraguay puso en conocimiento al gobernador de que había adquirido en representación de su gobierno una finca con el objeto de instalar las oficinas del consulado. Asimismo, expresaba que su país tenía la intención de adquirir uno de los solares de la Colonia Florinda a fin de levantar un edificio adecuado con idéntico objeto.

El gobernador de Formosa remitió la nota recibida al ministro de Relaciones Exteriores, quien solicitó el asesoramiento de los doctores SARMIENTO LASPIUR y RODRÍGUEZ LARRETA. Ambos fueron contestes en que nuestro sistema admite tales adquisiciones.

En efecto, el Código Civil reconoce a los Estados extranjeros como personas jurídicas y como tales pueden adquirir todos los derechos que el Código establece y ejercer los actos que no les sean prohibidos por medio de sus representantes. En este sentido, conviene transcribir las palabras del doctor RODRÍGUEZ LARRETA, quien decía que "se trata del ejercicio de una facultad regida por el derecho común que se acuerda a dichos Estados en virtud de la cual se adquiriría para ésta la propiedad de un terreno en el paraje indicado, con el objeto de levantar un edificio para la instalación del consulado, no debiendo entonces

intervenir la Cancillería, por no contemplar este asunto ninguna cuestión relacionada con la aplicación del derecho internacional público, que regula las relaciones entre los Estados y cuyas reglas se encuentran en los tratados y convenciones...". De tal modo que en esta cuestión se sostuvo la tesis de la más amplia capacidad del Estado extranjero para adquirir bienes inmuebles en el territorio argentino.

En el apartado siguiente nos ocuparemos sucintamente de un tema que no es menor, como es la delicada cuestión de la inmunidad del Estado extranjero. Entendemos que este tratamiento resulta inexorable, porque la existencia de opiniones divergentes en la materia ha dado lugar a un debate interpretativo del que precisamos hacernos cargo.

3) Inmunidad del Estado extranjero. Actos de gestión y actos de imperio. Comparecencia del Estado extranjero ante los tribunales argentinos. Evolución en la legislación y jurisprudencia argentina. El caso Manauta y la ley 24.488 [19].

El vocablo inmunidad —y la noción que le sirve de sustento— se encuentra íntimamente vinculado con el poder de los soberanos en la concepción de la monarquía absoluta propia del siglo dieciocho. Precisamente, la teoría del absolutismo real se compadece con la noción irrestricta de la soberanía estadual. Así, pues, según esta concepción, el Estado como soberano no se encuentra sometido a reclamación alguna por parte de los súbditos, y menos aún puede estar sujeto a la jurisdicción o a la ley de otro Estado. Esta idea ha quedado formulada en la máxima inglesa *"The king can do no wrong"* [20] y en la máxima jurídica del *Tractatus Represaliarum* en el que BARTOLO DE SASSOFERRATO dijo: *"Non enim una civitas potest facere legem super alteram, quia par in parem non habet imperium"* [21].

Esta tendencia, que es la que dominó en el plano internacional, comenzó a modificarse paulatinamente. En efecto, comenzó tibiamen-

[19] Los lectores interesados pueden consultar la bibliografía citada en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe: *Como y cuándo demandar a un Estado extranjero* cit., y también ZUPPI, Alberto Luis: *La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública*, Rev. "L.L.", 6/10/92. Este autor realiza un profundo comentario del fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos "República Argentina et al. vs. Weltover Inc.", argumentado el 1 de abril de 1992, decidido el 12 de junio de 1992. En este caso, la inmunidad soberana argentina invocada con relación a la reprogramación unilateral que efectuara nuestro país de los vencimientos de los Bonos Nominativos en Dólares Estadounidenses por medio del decreto presidencial 772 del 23 de mayo de 1986, fue rechazada por el tribunal norteamericano.

[20] PODESTÁ COSTA, Luis, y RUDA, José M.: *Derecho Internacional Público*, TEA, t. I, p. 131, nota *c*, Bs. As., 1979.

[21] *Tractatus Represaliarum*, *quaestio* 1/3, par. 10: "Un Estado no puede establecer una ley sobre otro porque entre pares no hay imperio".

te a admitirse que el Estado extranjero pudiera presentarse ante los tribunales del Estado como parte actora.

En este sentido, cabe señalar que en el Código de Bustamante y Sirvén, originado en la Convención Interamericana sobre Derecho Internacional Privado realizada en La Habana en 1928, se distingue entre la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero cuando actúa como poder público, pero no se admite la inmunidad en los casos en que el Estado actuó como persona de derecho privado. En la obra codificadora de los Tratados de Montevideo de 1939/40 destacan las soluciones del Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional, que regula esta delicada cuestión en los artículos 34 a 42 bajo el Título "De los buques de Estado".

Teoría de los actos de imperio y actos de gestión.

La actuación del Estado ha permitido la aparición de la concepción del desdoblamiento entre los que se denominaron los actos de imperio y los actos de gestión. En efecto, se distingue cuando el Estado actúa como poder público y cuando lo hace como persona de derecho privado, sean dichos actos civiles o comerciales.

Así, pues, surge la posibilidad abierta para que los Estados extranjeros puedan someterse a la jurisdicción de otros Estados. Ello sucederá si actúan como demandantes o cuando son demandados sin cuestionar la competencia. Estamos en pleno desarrollo de la denominada inmunidad restringida [22].

La sanción de la ley 24.488 [23] el 31 de mayo de 1995, promulgada parcialmente el 22 de junio, regula la inmunidad jurisdiccional de los

[22] Por otra parte, la inmunidad de jurisdicción puede ser renunciada por vía convencional. En este sentido apuntan los Tratados de Inversiones celebrados por la República Argentina. Puede verse el desarrollo del tema en FELDSTEIN DE CÁRDENAS-LEONARDI DE HERBÓN: *Cómo y cuándo...* cit., ps. 29 y ss.; ROMERO DEL PRADO, Víctor: *Tratado de Derecho Internacional Privado* cit., t. II, ps. 118 y ss.; VICO, Carlos María: *Curso de Derecho Internacional Privado* cit., ts. I y II; GOLDSCHMIDT, Werner: *Estudios jusprivatistas internacionales*, ed. Universidad Nacional de Rosario, ps. 371 a 387, 1969; KALLER DE ORCHANSKY, Berta: *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado* cit., ps. 214 a 226; BOGGIANO, Antonio: *Curso de Derecho Internacional Privado* cit., p. 226, y ZUCCHERINO, Ricardo: *Derecho Internacional Privado* cit., ps. 208 y ss.

[23] Según opina la doctrina más autorizada, el motivo del cambio legislativo operado radica en la evolución doctrinal vacilante y divergente que culminó en el célebre caso "Manauta" de la Corte Suprema, del 22 de diciembre de 1994. Lo cierto, desde nuestra perspectiva, es que el Estado argentino fue obligado a tomar la decisión de la alteración debido a la práctica impuesta por los Estados extranjeros a su respecto. En efecto, al presentarse como litigante ante los tribunales extranjeros alegando su derecho a hacerlo o como demandado, invocaba la inmunidad de jurisdicción cuando no tenía el éxito deseado.

Estados extranjeros ante los tribunales argentinos. Ello denota la adopción por la República Argentina de la teoría de la inmunidad restringida o relativa del Estado. Consta de ocho artículos.

El núcleo central de este marco normativo se encuentra en los artículos 1 y 2, ya que en el primero de ellos se dispone la regla general de inmunidad de los Estados extranjeros y en el segundo se establecen las excepciones a la regla.

El artículo 1 dispone que "los Estados extranjeros son inmunes a la jurisdicción de los tribunales argentinos en los términos y condiciones establecidos en esa ley".

Seguidamente, en el artículo 2 se enuncian las hipótesis en que la inmunidad de jurisdicción no puede ser invocada:

"*a*) Cuando consientan expresamente a través de un tratado internacional, de un contrato escrito o de una declaración en un caso determinado, que los tribunales argentinos ejerzan jurisdicción sobre ellos;

"*b*) cuando fuere objeto de una reconvención directamente ligada a la demanda principal que el Estado extranjero hubiere iniciado;

"*c*) cuando la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales extranjeros surgiere del contrato invocado o del derecho internacional;

"*d*) cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional;

"*e*) cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio;

"*f*) cuando se tratare de acciones sobre bienes inmuebles que se encuentren en territorio nacional;

"*g*) cuando se tratare de acciones basadas en la calidad del Estado extranjero como heredero o legatario de bienes que se encuentren en el territorio nacional;

"*h*) cuando, habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiese invocar la inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedimiento relativo a la validez o a la interpretación del convenio arbitral, del procedimiento arbitral o referida a la anulación del laudo, a menos que el convenio disponga lo contrario".

La ley 24.488 terminó con una serie de corrientes doctrinales divergentes que se manifestaron en la evolución doctrinal de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros.

El caso MANAUTA [24].

La sentencia fue dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 22 de diciembre de 1994, causa 46.366, M 817.XXV.

Los demandantes, que se habían desempeñado en la Oficina de Prensa de la Embajada de la Unión Soviética trabajando en la revista "Novedades de la Unión Soviética", promovieron acción contra la Embajada de la Federación Rusa como continuadora de la anterior Unión Soviética, por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones en materia de aportes previsionales, sindicales y asignaciones familiares.

El juez de primera instancia libró oficios a la Cancillería solicitando "un pronunciamiento expreso por parte de la Embajada de la Federación Rusa, del que surja la aceptación de la competencia del juzgado para entender en la cuestión suscitada". Ante la falta de contestación por parte de la Embajada, el juez se limita a ordenar nuevo oficio.

En segunda instancia, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirma la decisión del *a quo* por entender que el silencio ante el requerimiento sólo podía ser interpretado como negativa tácita.

Los actores apelan la decisión e interponen recurso extraordinario federal, que fue concedido por la Cámara.

La parte actora señala que el artículo 24, inciso 1, segundo párrafo, del decreto-ley 1285/58 no incluye el término expreso al referirse a la conformidad que deben prestar los Estados extranjeros para estar sujetos a juicio ante los tribunales de la República Argentina. A mayor abundamiento, sostienen que la extensión analógica interpretativa carece de sustento legal y transforma la norma en inconstitucional, pues el privilegio de inmunidad no debe transformarse en impunidad. De forma tal que no puede alegarse inmunidad de jurisdicción en cuanto a las materias que son motivo de la litis.

En este sentido, la Corte, en su extenso y meduloso fallo, se decide por hacer lugar al recurso extraordinario, dejando sin efecto la resolución recurrida y, en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 16, segunda parte, de la ley 48, declara que el señor juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal nº 2 es competente para entender en las actuaciones.

[24] Ver el fallo con el comentario del doctor Germán BIDART CAMPOS: *Un notable avance en la jurisprudencia de la Corte sobre inmunidad de los Estados extranjeros*, en Rev. "E.D.", 18/4/95. Puede consultarse el trabajo citado en nota 20, así como el artículo de LEONARDI DE HERBÓN, Hebe, y FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Demandas contra el Estado extranjero*, Rev. "E.D.", 14/11/95, separata "Temas de Derecho Internacional".

Como advertirá el lector, el caso precedentemente analizado fue el disparador para la reforma introducida por la ley 24.488 en la materia [25].

Los Tratados de Montevideo.

El artículo 3 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional dice: "El Estado en el carácter de persona jurídica, tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de otro Estado, de conformidad a las leyes de este último".

En el artículo 3 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 se establece que "los Estados y las demás personas jurídicas de derecho público extranjeras, podrán ejercer su capacidad en el territorio de otro Estado, de conformidad con las leyes de este último".

Si bien es verdad que la precisión de los instrumentos nos exime de mayores comentarios, no es menos cierto que conviene señalar que la versión de 1940 resulta más abarcativa. En efecto, el texto mencionado incluye, además del Estado, a las demás personas jurídicas de derecho público extranjero.

Seguidamente nos dedicaremos a examinar las denominadas personas jurídicas de carácter privado, el régimen de las asociaciones, de las fundaciones, de las sociedades, de las simples asociaciones, de los cultos disidentes y de las órdenes religiosas.

[25] La anterior legislación, el decreto-ley 9015/63, tuvo su origen en el célebre caso "Gronda". La República Argentina fue demandada ante los tribunales italianos por estafa calificada que habrían cometido argentinos, entre ellos un alto funcionario, contra Franco Gronda. El tribunal admitió la demanda considerando que la Argentina había realizado un acto de gestión. El Estado argentino opuso al Estado italiano la doctrina clásica y devolvió la demanda a la Embajada italiana defendiendo la doctrina que venía sosteniendo respecto de la inmunidad absoluta, alcanzando un acuerdo llamado "Acuerdo Mónaco/Goldschmidt". Se trata de un caso dudoso porque no resulta claro atribuir ese carácter a una estafa, aun cuando fuera llevada a cabo por funcionarios de un Estado extranjero. Ver los interesantes comentarios de BOGGIANO, Antonio: *Derecho Internacional Privado*, Ed. Depalma, Bs. As., 1989, ps. 1393 y ss.

b) Personas jurídicas de carácter privado: asociaciones, fundaciones, sociedades, simples asociaciones, cultos disidentes, órdenes religiosas. Reconocimiento y capacidad de actuación extraterritorial. El Código Civil y las convenciones internacionales. Régimen de los Tratados de Montevideo. Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado. CIDIP III. Proyectos de Reforma al Código Civil argentino. Crítica de las disposiciones pertinentes. Tendencias modernas.

1) Asociaciones, fundaciones, simples asociaciones, cultos disidentes, órdenes religiosas.

El artículo 33 del Código Civil, segunda parte, procede a enumerar las personas jurídicas de carácter privado, distinguiendo dos categorías: por un lado, las asociaciones y fundaciones y, por el otro, las sociedades civiles y comerciales o entidades. El inciso 1 del artículo se refiere a la primera categoría, como aquellas que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adqurir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, previa autorización para funcionar. De modo que para que esas entidades puedan gozar de personalidad jurídica deben cumplir con los requisitos precedentemente mencionados. En el inciso 2 se contempla la segunda categoría, estableciendo que tales personas jurídicas tienen carácter privado aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.

El panorama se completa con el artículo 46 del Código Civil, cuando establece que "las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto. Son sujetos de derecho, siempre que la constitución o designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público. De lo contrario, todos los miembros fundadores de la asociación y sus administradores asumen responsabilidad solidaria por los actos de ésta. Supletoriamente regirán a las asociaciones a que este artículo se refiere las normas sobre sociedad civil".

2) Reconocimiento y capacidad de actuación extraterritorial.

Las personas jurídicas de carácter privado legisladas en el artículo 33 del Código Civil bien pueden haber sido constituidas en el extranjero. La primera cuestión que corresponde discernir, que reviste singular importancia en esta materia, consiste en saber si ellas tienen capacidad para actuar extraterritorialmente.

En este sentido, para dar respuesta al planteo inicial, corresponde distinguir las categorías. Respecto de las primeras, es decir, con relación al reconocimiento de las asociaciones y fundaciones, resulta pertinente completar el cuadro con lo establecido en el artículo 1 de la ley 19.836, relativo a las fundaciones a las que se refiere el artículo 33 del Código Civil. Esta disposición establece que "son personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posible sus fines".

Sin embargo, de la simple lectura de las disposiciones mencionadas surge el interrogante acerca de si la autorización para funcionar de que se trata es la que obtuvieron en el lugar de su constitución, o bien si será la que obtengan en el territorio argentino. Obviamente, no estamos ante un tema menor.

Lamentablemente, la exégesis no alcanza para dar respuesta a este interrogante ya que el artículo 34 —al decir que "son también personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus provincias o municipios, corporaciones, o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior"— solamente enfoca en su texto la cuestión atinente a la existencia pero no contempla la actuación en la República Argentina.

Esta singular situación ha llevado a que la doctrina argentina procurara hallar la respuesta por la vía de la interpretación analógica. En este sentido, hay quienes participan de la línea de pensamiento de que se debe recurrir para llenar la laguna a la aplicación del artículo 4 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, o bien quienes entienden que las reglas más apropiadas son las que surgen del artículo 118 de la Ley de Sociedades.

El artículo 4 del Tratado dice: "La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por las leyes del país de su domicilio.

"El carácter que revisten, las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les corresponde. Mas, para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de su institución se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos. La misma regla se aplicará a las sociedades civiles".

A su turno, el artículo 118 de la Ley de Sociedades dispone: "La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de su constitución.

"*Actos aislados*. Se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio.

"*Ejercicio habitual*. Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra

especie de representación permanente, debe: 1. Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país. 2. Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República. 3. Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo estará. Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales" [26].

Mas, tal como surge del propio texto del artículo 33 y de lo preceptuado por el artículo 34 del Código Civil, la segunda categoría goza de un amplio reconocimiento bastando que la ley que rija su capacidad, existencia y forma las considere capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Coincidimos con la línea interpretativa que defiende la aplicación analógica de los Tratados de Montevideo. Ello por cuanto: 1) el artículo 4 contempla la cuestión específicamente con relación a las personas jurídicas privadas en general, reglándolas de forma abarcativa, lo que parece más ajustado que el mentado artículo 118, que se refiere específicamente a las sociedades comerciales; 2) esta interpretación tiene la virtualidad de producir la *armonización entre las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna y las de fuente convencional*, lo cual no es una cuestión menor, sino todo lo contrario.

3) La existencia, capacidad y forma de las personas jurídicas privadas.

i) *Código Civil.*

El Código Civil no contiene reglas específicas que se ocupen de la regulación de cuestiones de tanta relevancia. Por ello, la doctrina, como la jurisprudencia más prestigiosa, ha recurrido a los principios generales consagrados en los artículos 6 y 7 de dicho texto legal, que sujetan a las personas —sin distinguir entre las personas físicas y jurídicas— a las leyes de su domicilio. Asimismo, en los artículos 44 y 90, inciso 3, se califica lo que es domicilio de la persona jurídica, conforme a los cuales es la sede de su dirección o administración general [27].

[26] KALLER DE ORCHANSKY, Berta, en su obra citada, se inclina por la aplicación de los Tratados de Montevideo, que, según sus propias palabras, receptan el principio de la extraterritorialidad parcial de acuerdo al criterio cualitativo-cuantitativo, el que explica y defiende; PARDO, Gustavo Alberto: *Sobre la ley aplicable a las personas jurídicas de derecho civil*, Rev. "L.L.", 29/10/86.

[27] En el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, realizado en Córdoba en 1969, se debatió la cuestión bajo el título "La extraterritorialidad de las personas jurídicas extranjeras, públicas y privadas". Por un lado, se reflejó la tendencia del doctor Alberto Juan PARDO, que recomendaba la modificación del Código Civil bajo el criterio rector del domicilio, mientras que la otra tendencia propugnaba la

II) *Tratados de Montevideo.*

Las dos versiones de 1889 y de 1940 de los Tratados de Montevideo introducen soluciones distintas.

Así, el artículo 4 del Tratado de 1889, en su primer párrafo, dispone que "la existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales. El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que le correspondan. Mas, para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos".

A su turno, el artículo 4 del Tratado de 1940 establece que "la existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por las leyes del país de su domicilio. El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les correspondan. Mas, para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos. La misma regla se aplicará a las sociedades civiles" [28].

III) *Conferencia Interamericana —CIDIP III—.*

Durante la celebración de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado realizada en La Paz, Bolivia, en 1984, se aprobó la "Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado".

Entre los criterios que adopta este instrumento internacional destacamos los siguientes:

1) La existencia, capacidad, responsabilidad, disolución y fusión de las personas jurídicas se someten a la ley del lugar de constitución.

2) Las personas jurídicas privadas debidamente constituidas en un Estado parte serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados parte.

---

solución que fue incorporada en la Ley de Sociedades, es decir, sujetar la existencia y la capacidad a la ley del lugar de constitución de la persona jurídica. Ver KALLER DE ORCHANSKY, Berta, ob. cit., ps. 231 y 232.

[28] La delegación uruguaya sostuvo la tesis de que era necesario mantener la distinción entre reconocimiento general de la capacidad y la existencia de las personas jurídicas y el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto especial de su institución. Por el contrario, no triunfó la doctrina sustentada por la delegación argentina, que proponía como solución para regir la existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado "la ley del país en el cual existen sus direcciones principales".

3) El reconocimiento no excluye la facultad del Estado para exigir la comprobación de que la persona jurídica existe, conforme a la ley del lugar de su constitución.

4) Si la persona jurídica privada constituida en un Estado pretende establecer la sede efectiva de su administración en otro, podrá exigírsele el cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación de este último.

4) Proyectos de Reforma al Código Civil argentino.

i) *Comisión de 1993.*

El Proyecto de Reforma al Código Civil le dedica el artículo 10, que comprende cinco párrafos.

El primer párrafo dispone que las personas jurídicas de derecho privado se rigen, en cuanto a su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución, por el derecho del lugar de su constitución.

El segundo párrafo establece que las personas jurídicas constituidas en el extranjero se hallan habilitadas para realizar en el país actos aislados y para estar en juicio. Para el ejercicio habitual en el país de su actividad deberán registrarse ante la autoridad pertinente, ante la cual deberán acreditar su existencia de acuerdo a la ley del lugar de su constitución, fijar un domicilio en la República y designar la persona que las representará en caso de crear una representación permanente en el país.

El tercer párrafo prescribe que las personas jurídicas constituidas en el extranjero que establezcan su sede o ejerzan en el país de manera exclusiva su objeto social, serán consideradas a todos los efectos legales como personas jurídicas locales y quedarán sometidas como tales a las leyes de la República.

El cuarto párrafo señala que las personas jurídicas constituidas en el extranjero no pueden invocar restricciones al poder de representación de un órgano o de un representante resultantes de su estatuto personal que sean desconocidas en la República si también se encuentra en ésta el establecimiento o la residencia habitual de la otra parte, a menos que esta última haya conocido la restricción o hubiera debido conocerla.

Finalmente, el quinto y último párrafo sujeta los derechos societarios al derecho del lugar de constitución de la sociedad [29].

ii) *Proyecto de 1998/1999.*

En el Capítulo III, que consta de un único artículo, la Comisión designada para redactar el Libro Octavo del Código Civil se dedica a la reglamentación de las "personas jurídicas".

[29] Puede verse el análisis y la crítica al Proyecto en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia: *Derecho Internacional Privado* cit., vol. 18.

"*Art. 56. Personas jurídicas.*

"*a*) Las personas jurídicas privadas se rigen en cuanto a su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución, por el derecho del lugar de su constitución.

"*b*) Se entiende por lugar de constitución, aquel en donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.

"*c*) Las personas jurídicas constituidas en el extranjero se hallan habilitadas para realizar en el país actos aislados y comparecer en juicio. Para el ejercicio habitual en el país de su actividad deben registrarse ante la autoridad pertinente, ante la cual deben acreditar su existencia de acuerdo a la ley del lugar de su constitución, fijar un domicilio en la República y designar la persona que las representa.

"*d*) Las personas jurídicas constituidas en el extranjero que establezcan en el país su sede o ejerzan en el país de manera exclusiva su objeto social, son consideradas a todos los efectos legales como personas jurídicas locales y quedan sometidas como tales a las leyes de la República.

"*e*) Las personas jurídicas constituidas en el extranjero no pueden invocar restricciones al poder de representación de un órgano o de un representante resultantes de su estatuto personal que sean desconocidas en la República si también se encuentra en ésta el establecimiento o residencia habitual de la otra parte, a menos que esta última conozca la restricción o haya debido conocerla.

"*f*) Los derechos societarios se rigen por el derecho del lugar de constitución de la sociedad".

Cabe observar, en primer lugar, que en esta materia, para la regulación de la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución, se emplea como criterio de conexión el lugar de constitución de las personas jurídicas, punto de conexión al que se lo califica autárquicamente. En este sentido, se siguen los lineamientos de la ley italiana de 1995 (art. 25) y las soluciones brindadas por la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles, CIDIP II.

Asimismo, como habrá advertido el lector, una primera mirada sobre los Proyectos de Reforma denota una marcada coincidencia en la formulación legislativa. En efecto, como la fuente inspiradora ha sido precisamente el artículo 10 de la Comisión Redactora de 1993 que hemos criticado, diremos que sigue resultándonos insatisfactoria.

Así, pues, nos pareció y nos parece aún sumamente inapropiado el criterio elegido de sujeción a la ley del lugar de constitución de las personas jurídicas de carácter privado. Ello, por cuanto lo juzgamos de ingenua y peligrosa latitud. Sin embargo, las soluciones propiciadas nos parecen viables, aptas, cuando se trata de encarar la regulación específica dentro de los espacios integrados.

El legislador de la Reforma ha tomado textualmente la redacción del art. 2 de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, aunque sin introducir dentro del tipo legal de la norma la cuestión, para nada menor, de la fusión de las personas jurídicas.

Hemos de llegar a la conclusión de que en este tema el legislador opta por mantenerse formal y sustancialmente atado al régimen vigente en la materia, con el que singularmente nos hallamos en desacuerdo.

Según nuestra opinión, bien pudo contemplarse la aplicación de criterios reguladores diversos para regir la existencia, por un lado, y el grado de aptitud, por el otro. En efecto, una autorizada línea de pensamiento de la doctrina argentina especializada, si bien no ha objetado la sujeción de la existencia a la ley del lugar de constitución, ha propiciado someter la capacidad específica, el grado de aptitud de la persona jurídica privada, a la ley territorial [30].

Para terminar diremos que, desde nuestra perspectiva, la solución del legislador se compadece más con una formulación legislativa destinada a regular la materia dentro de las áreas integradas que dentro del ámbito universal.

5) Tendencias actuales destacables.

En este apartado introducimos algunas de las más modernas realizaciones en el plano legislativo que pueden resultar esclarecedoras para mostrar las tendencias en la materia. Hemos seleccionado tres marcos legislativos entre los variados modelos existentes, por entender que ellos —por proceder de sistemas jurídicos diversos— son los que marcan y representan las principales orientaciones en la materia.

Así, pues, destacamos las soluciones de la *Ley de Derecho Internacional Privado venezolana* de 1998, que le dedica al régimen internacional de las personas jurídicas el artículo 20. Este precepto establece que "la existencia, la capacidad, el funcionamiento y la disolución de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por el derecho del lugar de su constitución. Por lugar de constitución se entiende aquel en donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas".

Observamos que, por un lado, la ley establece el régimen de las personas jurídicas de carácter privado excluyendo de su ámbito de aplicación a las personas de carácter público. Por otro lado, la ley introduce, para facilitar la interpretación, una calificación autárquica del punto de conexión "lugar de constitución".

[30] BIOCCA, Stella M.: *Sociedades multinacionales y extranacionales*, Ed. de Zavalía, p. 9, 1974.

El examen realizado nos permite afirmar que el legislador venezolano, como él mismo lo reconoce, adopta —si bien parcialmente— algunas de las soluciones establecidas en la "Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado", a cuyo comentario nos dedicamos precedentemente.

Desde nuestro punto de mira, esta modalidad nos parece acertada. Ello, por cuanto entendemos que cumple con los propios objetivos primordiales propuestos para sancionar la ley, cual es adaptar las soluciones internas a los avances consagrados en la codificación convencional, especialmente las convenciones interamericanas sobre Derecho Internacional Privado. Es más, creemos que el legislador interno, a la hora de formular los marcos normativos en materia de Derecho Internacional Privado, debería procurar siempre conciliar el plano interno con el plano convencional.

La técnica empleada por esta orientación legislativa es digna de imitar, ya que contribuye significativamente a la armonización legislativa y a la definición del sistema de Derecho Internacional Privado.

En una concepción más abarcadora se encuentra la solución de la denominada *Ley de Reforma del Sistema Italiano de Derecho Internacional Privado* de 1995.

El legislador italiano les dedica a las personas jurídicas el capítulo III, que consta de un único artículo, dividido en tres partes.

En la primera parte, la norma correspondiente establece que "las sociedades, las asociaciones, las fundaciones y toda otra persona jurídica pública o privada, incluso desprovista de naturaleza asociativa, se rigen por la ley del Estado en cuyo territorio haya sido cumplido el proceso de constitución". Esta es la regla general.

Seguidamente se establece la excepción a la regla, diciendo que "sin embargo, la ley italiana se aplica si la sede de la administración está situada en Italia, o si el objeto principal de tales personas jurídicas se encuentra en Italia".

Interesa destacar que el último apartado del artículo 25 contempla el régimen en materia de los traslados de sede estatutaria a otros Estados y las fusiones de personas jurídicas con sede en Estados diversos, estableciendo que serán eficaces si son realizados de conformidad con las leyes de dichos Estados interesados.

Acotamos que el legislador italiano consagra en una única disposición el régimen de las personas jurídicas, denotando una técnica reveladora por un lado, de un extraordinario poder de síntesis. Este es desde ya un importante mérito. Sin embargo, por el otro, atiende de manera cuidadosa materias tales como los traslados de sede y fusiones de personas jurídicas.

Los comentaristas de la ley aclaran que se habla de traslado cuando la sociedad prosigue la propia vida al pasar de uno a otro

Estado, mientras que la fusión se verifica cuando la sociedad es sustituida por una entidad social nueva, por incorporación o por unión [31].

En este aspecto, se puede advertir fácilmente que la finalidad del legislador al consagrar esta norma es evitar mediante el empleo de puntos de conexión acumulativos el nacimiento, el funcionamiento, la transformación de personas jurídicas *claudicantes*, una cuestión que presenta delicadas repercusiones prácticas en el comercio jurídico internacional [32].

Finalmente, como prometimos, el tercer modelo elegido es el que proviene del *Código Civil yemenita* de 1992. En este caso, el legislador dedica la segunda parte del artículo 25 a la regulación de las que denomina *"personas morales extranjeras, sociedades, asociaciones u otras"*. Así, dispone que "el estatuto jurídico de tales entidades queda sometido a la ley del Estado sobre el cual se encuentre la sede principal y efectiva de su administración. Sin embargo, si esta persona ejerce su actividad principal en la República, la ley yemenita será aplicada". El texto analizado indica como aplicable la ley del lugar donde la persona jurídica tiene la sede principal y efectiva de su administración. Esta es la regla. Pero se aclara que cuando la persona jurídica, si bien tiene la sede principal y efectiva de su administración en el extranjero, desarrolla su actividad principal en la República del Yemen, se le aplicará la ley de ese Estado [33].

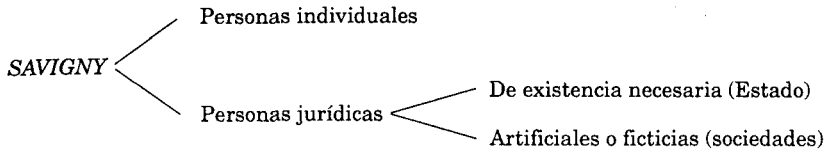
En el siguiente capítulo nos detendremos en el estudio pormenorizado de un tema que reviste singular delicadeza y particular trascendencia en el área de nuestra disciplina, como es el referido al que denominamos "régimen internacional del matrimonio".

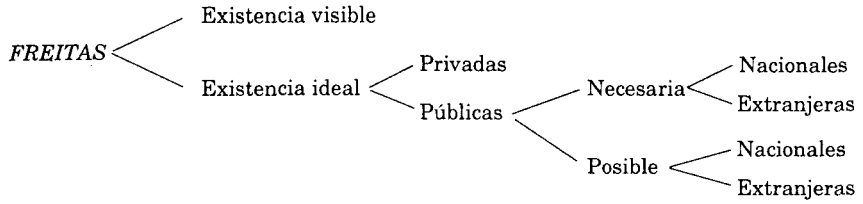
[31] BALLARINI, Tino: *I Codici Esplicati*, Diritto Internazionale Privato, p. 53.

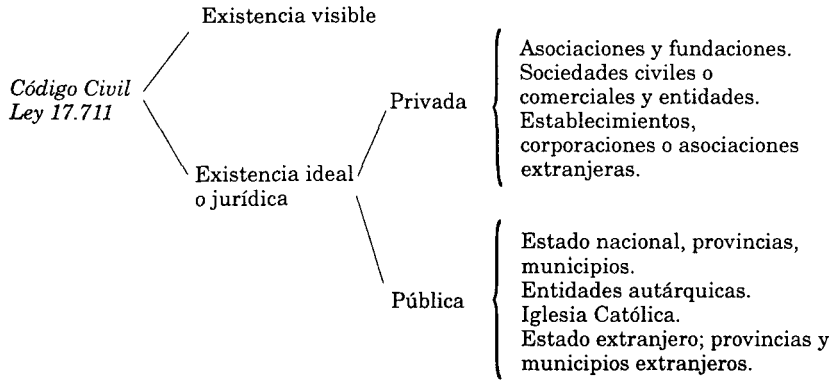
[32] La expresión *claudicante* la tomamos de GOLDSCHMIDT, quien la emplea para explicar la técnica utilizada por el artículo 23 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 en materia de adopción.

[33] Conviene comparar en el sistema de Derecho Internacional Privado argentino lo dispuesto por los artículos 118 y 124 de la Ley de Sociedades, que denota una marcada similitud con las leyes analizadas en cuanto a la regla general y a las excepciones allí establecidas en relación a la determinación de la ley aplicable.

CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS







Capítulo IV

EL DERECHO DE FAMILIA

RÉGIMEN INTERNACIONAL DEL MATRIMONIO

Sección Primera

EL MATRIMONIO

1. El matrimonio. Importancia. Calificación.

La especial naturaleza del matrimonio y las relaciones personales y patrimoniales que de él se derivan han llevado a que las legislaciones lo hayan colocado en una categoría especial. En todos los tiempos, en todas las legislaciones, el hombre lo ha revestido de ciertas características que revelan la intención de elevarlo, en ocasiones, hasta erigirlo en la piedra angular de todas las relaciones de familia. Esta peculiar circunstancia justifica que, guiados por su importancia, por sus implicancias, por sus proyecciones, nos detengamos para realizar en cuanto nos sea posible un cuidadoso y serio estudio del régimen internacional matrimonial.

Destacada la delicada relevancia del tema, habremos de convenir en que cuando se encara el análisis del matrimonio debemos reconocer la dificultad acerca de hallar una noción, una definición, una calificación autónoma y universal de su alcance y su significación jurídica. Por ello, una verdadera tarea inicial, por cierto nada fácil, consiste en aclarar que dentro de la noción de matrimonio se ha intentado englobar, entre otras, las uniones temporales, las uniones revocables, las uniones de hecho y las uniones de personas de idéntico sexo.

Sin embargo, hay una razón que nos impulsa a respetar en principio la aplicación de la teoría de la *lex causae*, si bien somos conscientes de las dificultades que esta decisión acarrea. Pero también sabemos que, bajo ciertas circunstancias, esas uniones calificadas como matrimonios por la ley extranjera pueden llegar a conculcar gravemente el núcleo básico de la legislación argentina. En esta hipó-

tesis, el intérprete podrá recurrir al empleo del remedio del orden público internacional argentino, para lograr restablecer la comunidad jurídica quebrada. Precisamente, cabe recordar que en el área del Derecho Internacional Privado en general, pero en el campo del Derecho de Familia en particular, puede conducir al denominado *conflicto de civilizaciones*.

En esta ocasión, nos basta señalar que este tipo de conflicto se añade a los que viene padeciendo y afortunadamente superando desde su aparición la disciplina del Derecho Internacional Privado. Se manifiesta fundamentalmente como resultado de las migraciones laborales y la facilidad de los transportes en el nivel internacional, que estimula los casamientos entre personas provenientes de sistemas jurídicos diversos [1].

2. La validez del matrimonio. Requisitos de fondo. La capacidad para contraer matrimonio. Impedimentos. Requisitos de forma del matrimonio. La prueba del matrimonio.

Comenzaremos por señalar que en este capítulo empleamos la expresión *validez* del matrimonio en una concepción abarcadora, que incluye tanto la validez *íntrínseca* como la validez *extrínseca* del matrimonio. Ante tal concepto, bien claro por cierto, parece necesario analizar la cuestión de la capacidad para contraer matrimonio de los futuros contrayentes así como la forma del matrimonio.

a) La capacidad para contraer matrimonio. Impedimentos.

Para la solución de la cuestión relativa a la determinación de la ley aplicable en materia de capacidad para contraer matrimonio, han aparecido diversos criterios que se han disputado con pareja solidez de fundamentos el monopolio de su regulación. En este sentido, el planteo radica en saber si, en el campo internacional, la capacidad ha de ser

[1] Ver la rica bibliografía española sobre el tema, especialmente: GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, y otros: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Eurolex, Madrid, 1993, y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. Civitas, 1993; ver también DÉPREZ, J.: *Droit International Privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques*, "Recueil des Cours", t. 211-1988-IV, ps. 9 a 372, y MERCIER, P.: *Conflits de civilisations et Droit International Privé*, Ed. Droz, Ginebra, 1972. También puede verse *El conflicto de civilizaciones. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*, de FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., "Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires", 1997.

regida por la misma ley que gobierna la capacidad general de las personas físicas, o bien lo ha de ser por una ley específica teniendo en cuenta su particular perfil jurídico.

El primer criterio, el de la ley personal, somete la capacidad para contraer matrimonio de los futuros cónyuges a su respectiva ley personal. Sus defensores sostienen la conveniencia de la adopción de este sistema para garantizar la plenitud del matrimonio como manifestación de un acto de la vida destinado a afectar sustancialmente a la persona misma.

Esta corriente se ha subdividido a su turno entre quienes se inclinan por seguir la ley de la nacionalidad, o bien, la ley del domicilio. El primero, el de la ley de la nacionalidad, es el sistema seguido por casi todos los países europeos. El segundo, el de la ley del domicilio, es el adoptado por los países escandinavos y por algunos países americanos.

Observamos que cada una de las vertientes de esta línea de pensamiento cuenta con la adhesión de juristas de gran autoridad y prestigio [2].

El segundo criterio, de raigambre anglosajona, sujeta este aspecto a la ley del lugar de celebración del matrimonio. Quienes abogan en su favor sostienen, por un lado, la conveniencia de su adopción por facilitar la celebración del matrimonio y, por el otro, el logro de la certeza inicial en la determinación de la ley aplicable. En efecto, el lugar de celebración es único, mientras que cuando se sigue el sistema de la nacionalidad o del domicilio la ley puede resultar diversa, si son distintas las nacionalidades y los domicilios de los futuros contrayentes [3].

La capacidad de las personas que desean contraer matrimonio está relacionada íntimamente con la ausencia de impedimentos. En este sentido, diremos que en las legislaciones existen coincidencias respecto de los impedimentos, como la falta de edad, el ligamen, el parentesco en grado prohibido, la demencia, el crimen. En otros, como en el caso de los impedimentos raciales, religiosos o políticos, las legislaciones no resultan concordantes. De manera que llegamos a la conclusión de que la misma ley que regula la capacidad determina los

[2] Entre los escritores que han adherido a esta concepción, sea en una o en otra vertiente, se destacan, entre otros: FOELIX, DEMOLOMBE, BAR, ZACHARIAE, PHILLIMORE, WARTON, FIORE, ESPERSON, BROCHER, FREITAS y otros. Una peculiar perspectiva es la formulada por SAVIGNY, quien se inclina por la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio. La ley de la nacionalidad es seguida por las legislaciones francesa, austríaca, alemana, española, italiana, portuguesa, griega, belga y holandesa, entre otras. La del domicilio, por Dinamarca, Uruguay y Venezuela, entre otras.

[3] Solución tradicionalmente apoyada por autores como MEYER, KENT, BURGE, STORY, HALLECK, LAWRENCE, DUDLEY, BISHOP y PARSON, entre otros.

impedimentos para contraer el vínculo. En este sentido, las soluciones son las mismas enunciadas anteriormente.

Ahora bien, los impedimentos que suelen afectar la capacidad de las personas para contraer matrimonio deben ser observados por quienes lo celebran con arreglo a esa ley. Se trata de una limitación a la autonomía de la voluntad que afecta al denominado *orden público interno.* Pero, en ciertas ocasiones, los Estados estiman que, por su entidad, por su relevancia, ciertos impedimentos no solamente afectan a quienes los contraen en su territorio, sino que afectan a los matrimonios celebrados en el extranjero. Se trata de una limitación a la aplicación de la ley extranjera que atañe al *orden público internacional* [4].

Entre las realizaciones modernas se destaca la solución de la "Convención sobre la Celebración y el Reconocimiento de la Validez de los Matrimonios", de La Haya, 1978. Este instrumento jurídico internacional consagra, en el artículo 9, el principio general de sumisión a la ley del lugar de celebración del matrimonio. Sin embargo, permite que cada Estado contratante rechace la validez del matrimonio cuando existan impedimentos de ligamen, de parentesco, de falta de edad o de locura [5].

b) Las formas del matrimonio.

En los sistemas jurídicos comparados imperan las más variadas formas de celebración del matrimonio. Desde las solemnes hasta las desprovistas de toda solemnidad. Si bien es cierto que las legislaciones han rodeado a la celebración del matrimonio de características formales distintas, no es menos cierto que todas ellas coinciden en tratar de fijarlas en las conciencias de quienes las adoptan.

En relación a la validez extrínseca del matrimonio, se encuentra consagrado el criterio de la ley del lugar de celebración del matrimonio. La famosa máxima *locus regit actum* es la que impera casi universalmente en la materia. En efecto, acertadamente lo destaca la doctrina argentina más prestigiosa cuando dice que "...respecto a las formas mismas del matrimonio no existe cuestión alguna fundamental: pues la doctrina y la legislación están en pleno acuerdo en admitir que ellas deben ajustarse a la ley del lugar donde el acto se celebra, de suerte que, por esa misma ley, deben decidirse todas las contestaciones referentes a la existencia y validez del matrimonio" [6].

[4] En este sentido seguimos a KALLER DE ORCHANSKY, Berta, ob. cit., ps. 238 y 239.

[5] Por razones prácticas, empleo las expresiones parentesco, ligamen, crimen, falta de edad, locura, que no le pertenecen al legislador convencional, sino a nuestro doctor Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD.

[6] El texto pertenece al doctor Manuel QUINTANA, como miembro informante de la Comisión de Derecho Civil Internacional en el Congreso de Montevideo de 1889.

La idea subyacente en esta solución es que si el matrimonio ha cumplido con las formas impuestas por la ley del lugar de su celebración, la validez del matrimonio debe ser reconocida en cualquier lugar del mundo.

Ahora bien, la consagración de la ley del lugar de celebración del matrimonio para reglar la validez formal no impide el debate acerca de su carácter imperativo o facultativo. En este sentido, la tendencia restrictiva y la tendencia liberal se disputan la solución de tan delicado planteo. Por nuestra parte, guardamos serias dudas respecto de los fundamentos de la tendencia que considera que en esta materia se encuentran involucrados principios de tal envergadura que conllevan necesariamente a predicar el rigor imperativo de la ley del lugar de celebración en materia de formas del matrimonio [7].

c) La prueba del matrimonio.

En materia de prueba del matrimonio, el principio rector es regirla por la ley del lugar de su celebración. Razones de diversa índole han decidido que tanto la doctrina como la legislación optaran por este criterio. Por cierto, la prueba desde el punto de vista procesal puede tornarse más o menos dificultosa por ciertas motivaciones. Entre ellas se encuentran las debidas a la inexistencia o a la desaparición de registros como consecuencia de guerras o de otros siniestros similares. Sin embargo, conviene destacar que en estos casos extremos la mayoría de las legislaciones suele contar con un sistema reconocido de prueba supletoria, que permite flexibilizar las exigencias para alcanzar la corroboración del matrimonio. Muchas veces la jurisprudencia argentina, por la vía de la alegada falta de la prueba del matrimonio, ha logrado desconocer matrimonios celebrados válidamente en el extranjero.

3. Las relaciones personales derivadas del matrimonio.

Los efectos personales son el conjunto de derechos y de deberes propios de los cónyuges derivados del matrimonio. Estas relaciones, por sus implicancias, revisten en la mayoría de las legislaciones el carácter de orden público. Es decir, no están libradas a la autonomía de la voluntad de los contrayentes, sino que se encuentran en el área de lo indisponible para las partes.

Respecto de la determinación de la ley competente que debe regir las relaciones personales, se han señalado sistemas diversos, entre los que destacamos tres de los más importantes criterios:

[7] Ver el desarrollo de BOGGIANO, Antonio: *Curso de Derecho Internacional Privado* cit., ps. 320 y 321.

1) La sumisión a la ley de la nacionalidad, con la variante de la nacionalidad del marido o la nacionalidad común.

2) La sujeción a la ley del domicilio del marido o a la ley del domicilio efectivo de los cónyuges.

3) El sometimiento a la ley del lugar de la residencia común de los esposos, entre otras posibles.

En este sentido, ésta no es una cuestión menor, sino todo lo contrario. Ante las discrepancias existentes y las variedades que presentan las distintas legislaciones positivas, resulta de especial relevancia la determinación de la ley aplicable, porque, por un lado, de ello dependen la naturaleza y el alcance de los derechos y deberes derivados del matrimonio, y, por el otro, la efectividad de las medidas destinadas a garantizar su cumplimiento.

Si bien es cierto que persisten ciertas disparidades ocasionadas por el llamado *conflicto de civilizaciones*, no lo es menos que existen coincidencias en la enunciación de los derechos y deberes en los distintos sistemas jurídicos comparados. Así sucede con el derecho-deber de fidelidad, el derecho-deber de asistencia y el derecho-deber de cohabitación, entre los más importantes.

4. Las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio.

Esta cuestión, que ha sido definida como la "vedette" de nuestra disciplina [8], tiene la virtualidad de invitar al debate, a la discusión, ante las relevantes proyecciones que presenta su estudio. Sin embargo, el interés permanente del tema queda demostrado si se atiende a que el origen del examen de la ley aplicable en materia de régimen patrimonial matrimonial se remonta hasta el célebre caso *Ganey*.

Se denomina régimen matrimonial patrimonial a las reglas que, en virtud de una convención expresa o tácita de la ley, gobiernan desde la celebración del matrimonio los bienes de uno o ambos cónyuges, desde el triple punto de vista de la propiedad, del goce y de la administración [9].

Ahora bien, conviene que nos centremos en el análisis de las soluciones propuestas desde la doctrina y desde los sistemas de Derecho Internacional Privado de fuente interna y convencional.

En esta materia se siguen, en las legislaciones positivas, dos tendencias extremas. Un criterio, de tendencia liberal, opta por permitir, con ciertos matices, que los consortes, ejercitando su autonomía de

[8] Así lo hace DROZ, George, en *Les régimes matrimoniaux en Droit International Privé*, "Recueil des Cours", 1974, t. III, p. 11.

[9] Conforme con la definición de WEISS: *Derecho Internacional Privado*, p. 172.

la voluntad, elijan el régimen patrimonial matrimonial que consideren conveniente a sus intereses. Frente a este criterio, la tendencia restrictiva se inclina por sujetar el régimen patrimonial matrimonial a la ley que el legislador entienda como más conveniente a los intereses de los cónyuges. Las variantes que se presentan admiten dos vertientes, una personal y otra real. La primera se inclina por la adopción de la ley personal, sea la nacionalidad, sea el domicilio. La segunda opta por la ley del lugar de situación de los bienes que integran la sociedad conyugal.

La elección del criterio apropiado depende fundamentalmente de las aspiraciones de las tendencias de política legislativa imperantes en un momento histórico y dentro de un contexto internacional determinados.

Quizá, en un clima propicio para el desarrollo de la libertad, dentro de un terreno fecundo para el ejercicio de la autonomía de la voluntad, prospere el criterio que opta por dejar en manos de los propios consortes la regulación de las delicadas relaciones patrimoniales. Ello, sin perjuicio de asistirlas mediante el empleo de criterios sucedáneos, cuando ellas deliberada o involuntariamente no han elegido la ley aplicable [10].

Asimismo, las variantes abiertas permiten sujetar el régimen patrimonial del matrimonio a un punto de conexión mutable o inmutable. Si el legislador opta por el primer criterio, elegirá el punto de conexión domicilio o nacionalidad o residencia habitual efectiva de los cónyuges, permitiendo la modificación del régimen aplicable. En tanto que si se decide por el segundo criterio, optará por sujetar las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio a la ley del primer domicilio conyugal, a la ley de la nacionalidad común de los cónyuges al momento de celebración del matrimonio, o a la ley de la primera residencia común de los cónyuges, que no admiten el cambio en el régimen legal.

[10] En este sentido se expide la Convención de La Haya de 1978 sobre "Ley aplicable al régimen patrimonial matrimonial". Ver un desarrollo profundizado en BATIFFOL, Henri: *La treizième session de la Conférence de La Haye de Droit International Privé*, "Revue Critique du Droit International Privé", 1977, p. 451; PÉREZ VERA, Elisa: *El Convenio de La Haya sobre ley aplicable a las regímenes económicos matrimoniales*, en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a Adolfo Miaja de la Muela*, Madrid, 1979, t. II, p. 1167, y NAJURIETA, María Susana: *La Convención de La Haya de 1978 sobre regímenes matrimoniales y la reforma del Derecho Internacional Privado de fuente interna*, "L.L.", t. 1984-D, ps. 1316 y ss., entre otros.

5. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: soluciones según la ley 23.515. Soluciones a nivel convencional en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. Doctrina. Jurisprudencia.

a) El sistema de Derecho Internacional Privado argentino.

Partiendo de la afirmación que reconoce que el sistema de Derecho Internacional Privado de cada Estado conforma el reflejo del espíritu que anima al sistema material respectivo [11], o bien entendiendo por sistema el eslabonamiento ordenado de razones que conducen a la solución en uno u otro sentido [12], intentaremos desentrañar la estructura del sistema de Derecho Internacional Privado argentino en materia de matrimonio, de fuente interna y de fuente convencional.

Emplearemos el siguiente plan. Al tiempo que analizaremos tanto las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna como las normas de Derecho Internacional Privado de fuente convencional, iremos haciendo las referencias internas imprescindibles a los antecedentes doctrinales, legislativos y jurisprudenciales relevantes. En cada ámbito, sea en el nivel interno o en el nivel internacional, desarrollaremos en lo posible la misma metodología empleada por los legisladores.

b) Las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna.

En materia de régimen internacional del matrimonio, desde el punto de vista legislativo, se han sucedido tres etapas. La primera, a partir de 1869, se inicia con la sanción del Código Civil argentino en la formulación legislativa original perteneciente a su autor, el doctor Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD. La segunda comienza en 1888 con la vigencia de la ley 2393. La tercera etapa, que es la actual, empieza con la aprobación de la ley 23.515, desde 1988 hasta la fecha.

La reforma, en primer lugar, produjo alteraciones sustanciales en la legislación argentina, entre las que se destaca restaurar en la República Argentina el "divorcio vincular como causal de disolución del matrimonio". En segundo lugar se introducen cambios en el régimen internacional del matrimonio procurando la armonización de las

[11] QUADRI, Rolando: *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, Nápoles, 1969, p. 203.

[12] CALANDRELLI, Alcides: *Cuestiones de Derecho Internacional Privado* cit.

normas de fuente interna con las normas de fuente convencional vigentes [13].

La ley que comentaremos a continuación, si bien ofrece un marco regulador apropiado, no por ello deja de contener algunas lamentables deficiencias. Para muestra basta mencionar que la ley no introduce normas especiales de derecho transitorio [14].

c) El Código Civil argentino y la ley 23.515.

1) La validez del matrimonio [15].

El artículo 159 somete este aspecto a la *lex loci celebrationis*.

Así establece que "las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen".

Esta disposición aclara la redacción anterior de la ley 2393, que por emplear el vocablo "validez" dio motivo a los ardientes debates interpretativos sobre si el artículo incluía también las condiciones de fondo, como la capacidad matrimonial, o solamente comprendía las formas matrimoniales. En las II Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado, en la ponencia que compartimos con la doctora Victoria BASZ en 1988, reparamos en que las modificaciones introducidas eran, algunas, de carácter terminológico y, otras, de cuestiones de fondo. Dijimos en esa oportunidad académica que en el primer aspecto el nuevo texto esclarece la expresión empleada por VÉLEZ SARSFIELD y por la ley 2393, y que en la nueva redacción se logran superar las

[13] La ley 14.394, que introducía el divorcio vincular en la República Argentina, fue suspendida en su vigor por otra ley, al poco tiempo de su sanción. Este caso curioso, si bien no es el único en la historia legislativa, motivó un amplio debate dentro de la doctrina argentina.

[14] BOGGIANO, Antonio: *Derecho Internacional Privado* cit., t. I, p. 964, quien sostiene que la validez del matrimonio se rige por las normas de derecho internacional vigentes al tiempo del acto.

[15] Seguimos, en lo posible, la terminología y el orden empleados por el legislador. Entre la extensa bibliografía argentina se destacan: BOGGIANO, Antonio: *Derecho Internacional Privado* cit., t. III, p. 47, y *Curso de Derecho Internacional Privado* cit.; CIURO CALDANI, Miguel A.: *Nuevo Derecho Internacional Privado de fuente interna*, "Juris", 1987, t. I, p. 36; NAJURIETA, María Susana, nota en "Revue Critique du Droit International Privé", 1989, ps. 427 y ss.; PALLARÉS, Beatriz: *Derecho Internacional Privado matrimonial*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 113 y ss.; PARDO, Alberto Juan: *Régimen internacional del matrimonio*, "L.L.", t. 1989-C, p. 908; SOSA, Gualberto: *El matrimonio y el divorcio en el Derecho Internacional Privado argentino*, "J.A.", t. 1987-III, ps. 702 y ss., y ZANNONI, Eduardo: *Las partidas de matrimonios extranjeros y la discusión de su validez legal en la acción de alimentos*, "L.L.", 134-409, entre otros.

dificultades hermenéuticas que la doctrina advirtiera, llevando a discusión si el término "validez" era comprensivo de la validez intrínseca y extrínseca o si, por el contrario, se excluían una a otra, con las implicancias que de ello se derivan desde el punto de vista de la ley aplicable. Asimismo, notamos el reemplazo de los términos "leyes y formas" por "normas", expresión esta última abarcativa tanto del aspecto referido al fondo como a la forma [16]. Despejadas las objeciones terminológicas del texto normativo, ante estos conceptos, bien claros por cierto, no parece inútil insistir en que el criterio rector de la validez del matrimonio es la ley del lugar de su celebración.

Es decir, y esto debe quedar claro, que si la validez del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración, la invalidez también se rige por ese criterio rector; ello, como principio general. Sin embargo, quizás una lectura superficial de este artículo nos lleve por caminos equivocados. En efecto, para lograr la comprensión cabal del sistema de Derecho Internacional Privado argentino, el intérprete debe atender necesariamente lo establecido en la siguiente disposición.

El artículo 160 dice: "No se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si mediaren algunos de los impedimentos de los incisos 1, 2, 3, 4, 6 ó 7 del artículo 166". En estas ocasiones, la aplicación extraterritorial de la ley del lugar de celebración del acto debe ceder cuando se encuentra en juego el orden público internacional.

Se trata de los siguientes impedimentos:

1) "La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación".

2) "La consanguinidad entre hermanos o medio hermanos".

3) "El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1, 2 y 4. El derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí, y adoptado e hijo del adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada". La reforma introduce la regulación de los impedimentos dirimentes en materia de adopción, que con anterioridad se encontraban insertos en la ley de adopción. Por cierto que el legislador ha distinguido entre la adopción simple y la adopción plena. En el primer caso, dado que la adopción no crea un vínculo de parentesco entre el adoptado y la familia de sangre del adoptante, sino que queda limitado al estado del adoptado, los impedimentos son más limitados en su alcance. En cambio, cuando se trata de la adopción plena, que provoca una filiación que sustituye a la de origen, la extensión es de mayor amplitud.

[16] Esta ponencia fue publicada en la Revista "Síntesis Forense" del Colegio de Abogados de San Isidro en 1994.

4) "La afinidad en línea recta en todos los grados".
5) "El matrimonio anterior mientras subsista".
6) "Haber sido autor, cómplice o instigador de homicilio doloso...".

Quedan, como limitaciones de orden público interno, es decir que restringen la capacidad de los contrayentes cuando el matrimonio se celebra en la República, los impedimentos impedientes restantes. Así, el impedimento de edad —*tener la mujer menos de 16 años y el hombre 18 años*—; el de sordomudez —*cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera*—, y el de enfermedad mental —*la privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere*— [17].

Queremos señalar que la técnica legislativa empleada por el legislador cuando expresa que "no se reconocerá ningún matrimonio..." parece haber reavivado un viejo debate doctrinal.

Nos detendremos brevemente en esta interesante cuestión. En la doctrina argentina hubo quienes sostuvieron que el "no reconocimiento" no connota una tercera especie al lado de inexistencia y de nulidad [18]. Otra no menos autorizada parte de los autores dice que "ambas nociones adquieren efectiva autonomía cuando deba procederse al reconocimiento en el foro de una situación jurídica formalmente extranjera, pues si la misma no satisface los requerimientos de validez internacional, aquélla será inválida desde esta primera perspectiva, aun cuando sea válida y eficaz en el seno de un ordenamiento extranjero"; para seguir afirmando que "de especial relevancia son las consecuencias que se derivan de uno u otro tipo de invalidez. Cuando se tratare de una situación formalmente extranjera afectada de una invalidez de carácter internacional privatístico, la misma deviene inoponible al foro y por ende insusceptible de reconocimiento. La invalidez interna acarrea, por el contrario, la inexistencia, nulidad o anulabilidad de la situación jurídica, según las disposiciones del régimen que en concreto ha sido aplicado a la misma"; concluyendo que "tal disposición contempla obviamente una hipótesis no ya de invalidez interna —en cuyo caso la norma debiera reputar a la nueva unión afectada de una invalidez radical y por lo tanto nula— ...sino de invalidez internacional privatística, pues conduce al mero no reconocimiento de una situación formalmente extranjera" [19].

[17] Sin embargo, la consideración del impedimento de falta de edad es distinta dentro del ámbito de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, que lo consideran de orden público internacional.

[18] GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado* cit., p. 291.

[19] Ver el desarrollo completo en RADZYMINSKI, Alejandro P.: *La capacidad matrimonial en el derecho argentino*, Rev. "L.L.", 23/4/90.

A nuestro juicio, ninguna de las tesis expuestas alcanza a convencernos suficientemente. De lo que sí estamos seguros, ante las dificultades interpretativas provocadas, es de lo inapropiado del lenguaje empleado por el artículo 160 del Código Civil.

Hecha esta breve reseña, conviene que nos acerquemos a nuestro tema central retomando el hilo conductor de nuestra exposición.

En suma, la referencia interna explicada hace un llamado a los impedimentos denominados dirimentes. Fácilmente se advierte el tratamiento diferenciado que el legislador ha querido brindarle a los matrimonios celebrados en el extranjero cuando adolecen de ciertos impedimentos que por su naturaleza conllevan a su invalidez. La entidad de tales impedimentos llega a desplazar la aplicación de la ley extranjera del lugar de celebración, desplegándose una de las aplicaciones del orden público internacional.

2) La prueba del matrimonio.

El artículo 161 establece: "La prueba del matrimonio celebrado en el extranjero se rige por el derecho del lugar de celebración".

Esta disposición, no por ello menos acertada, consagra en el apartado primero, de manera expresa, lo que anticiparan tanto la doctrina como la práctica jurisdiccional mayoritaria argentinas. Así nos expresamos en la oportunidad académica que mencionamos, cuando señalamos que el artículo cubre un "vacío al introducir en forma expresa el régimen probatorio del matrimonio, sometiéndolo, si fue celebrado en el extranjero, al derecho del lugar de celebración". Por cierto, conviene recordar que ante la imposibilidad de probar el matrimonio conforme a la ley del lugar de la celebración, no habrá otra alternativa que recurrir a la prueba supletoria establecida por la *lex fori* [20].

Para concluir con el análisis de este aspecto, diremos que las partidas extranjeras pueden, de conformidad con lo dispuesto por el decreto-ley 8204/63, ser registradas, así como las certificaciones correspondientes, debiendo autorizarlo un magistrado. La documentación pertinente deberá ser legalizada conforme a la ley del país de donde proceda y visada por la autoridad consular argentina pertinente. Sin embargo, si la documentación proviene de un Estado vinculado a la Convención de La Haya de 1961 sobre "Supresión de la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros", aprobada por la República Argentina por ley 23.548 del 1 de diciembre de 1986, solamente será necesaria la certificación diplomática o consular del país donde se intente hacer valer.

[20] Así lo tiene decidido tradicionalmente la jurisprudencia argentina. Ver fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala B, "J.A.", 1957, t. I, p. 215, con nota de Víctor ROMERO DEL PRADO, y Sala C, "E.D.", t. 71, p. 170, con nota de Werner GOLDSCHMIDT.

3) Conversión de la separación personal extranjera en divorcio vincular.

En el apartado segundo del artículo 161, el Código Civil dispone: "...El matrimonio celebrado en la República cuya separación personal haya sido legalmente decretada en el extranjero, podrá ser disuelto en el país en las condiciones establecidas en el artículo 216, aunque el divorcio vincular no fuera aceptado por la ley del Estado donde se decretó la separación. Para ello cualquiera de los cónyuges deberá presentar ante el juez de su actual domicilio la documentación debidamente legalizada".

Este artículo ya nos había llamado a la reflexión en ocasiones anteriores. Así, sostuvimos que, coherente con la introducción del divorcio vincular, haciéndose eco de una realidad arrolladora que así lo imponía, y apartándose de una línea interpretativa doctrinal y jurisprudencial en torno al artículo 7 de la ley 2393, plasmó legislativamente la correcta doctrina, y así faculta, a quien haya celebrado matrimonio en la República y logrado la separación personal en el extranjero, a obtener la conversión en divorcio vincular, siendo competente a tales efectos el juez del actual domicilio de cualquiera de los cónyuges. Este último apartado nos sugirió en 1988 un interrogante sobre si el alcance del apartado segundo de esta norma sólo debe entenderse limitado a los matrimonios celebrados en la República o si se extendería por vía interpretativa, según se entienda como uni u omnilateral la disposición en examen a los matrimonios contraídos en el extranjero [21].

El paso del tiempo parece habernos convencido aún más de los fundamentos de nuestra tesis. Sin embargo, no compartimos la interpretación que doctrina muy prestigiosa realiza en torno de la expresión "legalmente decretada en el extranjero". En este sentido, se dice que "tal legalidad" se acredita mediante la satisfacción de los requisitos previstos por el artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [22].

Por nuestra parte, creemos que la "legalidad" a que alude el apartado segundo del artículo 161 no encierra una cuestión de forma sino una cuestión de fondo. Para que la separación personal decretada en el extranjero habilite su conversión en territorio argentino debe haber sido decretada de conformidad y por aplicación de la ley del último domicilio conyugal (doctrina del artículo 164 del Código Civil). Esta interpretación nos parece la más ajustada, por favorecer la armonización legislativa.

[21] Transcribimos el texto de la ponencia citada en la nota 16.
[22] En este sentido se manifiesta el autor citado en la nota 19.

4) Las relaciones personales derivadas del matrimonio.

La cuestión atinente a la regulación internacional del conjunto de derechos y deberes que se derivan del matrimonio se encuentra regulada en el artículo 162, que abarca tres apartados que iremos analizando y comentando separadamente.

La primera parte de la norma establece: "Las relaciones personales de los cónyuges serán regidas por la ley del domicilio efectivo, entendiéndose por tal el lugar donde los mismos viven de consuno. En caso de duda o desconocimiento de éste, se aplicará la ley de la última residencia".

La lectura del texto muestra que el criterio principal adoptado por el legislador es el de la ley del domicilio efectivo de los esposos. Sin embargo, incorpora como punto de conexión subsidiario a la última residencia [23]. La modalidad se compadece con la importancia del tema y se percibe fácilmente que lo que se persigue es agotar todas las posibilidades para captar acabadamente la total regulación de cuestión tan delicada como es la relativa al régimen de las relaciones personales de los cónyuges.

Resulta plausible, y por ello lo destacamos especialmente, que el precepto incorpore una definición, una calificación autárquica de domicilio efectivo. Desde luego que estas calificaciones, además de resultar esclarecedoras, son imprescindibles a la hora de la interpretación de la ley [24].

En el segundo apartado, que consta a su vez de dos partes, el legislador, en el artículo 162, atiende a un derecho-deber al que ha decidido prestarle dedicada y especial atención: la prestación de los alimentos.

En efecto, la norma establece: "El derecho a percibir alimentos y la admisibilidad, oportunidad y alcance del convenio alimentario, si lo hubiera, se regirán por el derecho del domicilio conyugal. El monto alimentario se regulará por el derecho del domicilio del demandado si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario".

En primer lugar, cabe señalar que el derecho a percibir alimentos y la admisibilidad, la oportunidad y el alcance del convenio alimentario si lo hubiere, se sujetan al criterio rector de la ley del lugar del

[23] Propiciamos una interpretación de la última residencia, entendida como última residencia común de los cónyuges.

[24] Cabe observar que el criterio elegido coincide con el criterio contenido en el Código Civil en la versión del doctor Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD, que luego diera paso a la ley 2393 con un conexión sumamente frágil como la de la residencia mientras el matrimonio permaneciera en la República. La actual norma vuelve a aquella fuente y resulta armonizadora por coincidir con lo dispuesto en el nivel convencional de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, respectivamente.

domicilio conyugal efectivo. Pero en una cuestión tan delicada como la del monto alimentario, con un evidente afán tuitivo, el legislador permite acudir sucedáneamente a la ley del domicilio del obligado si resultara más beneficiosa para el peticionario de los alimentos.

El tercer y último apartado del artículo en análisis se refiere a las medidas urgentes. En este sentido, se establece que "las medidas urgentes se rigen por el derecho del país del juez que entiende en la causa". Con buen tino, se asume seriamente el peligro que puede acarrear la demora en materias de tanta trascendencia. Así, pues, esta circunstancia lleva al legislador a consagrar la aplicación de la mentada *lex fori*.

5) Las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio. Convenciones matrimoniales e inexistencia de convenciones matrimoniales.

La doctrina argentina [25], ante la debilidad del sistema de Derecho Internacional Privado argentino en materia de régimen patrimonial matrimonial, venía clamando por la reforma.

En este sentido se destacan, entre otras manifestaciones, la VI Conferencia Nacional de Abogados, celebrada en 1959 en La Plata, provincia de Buenos Aires, que en su primera sesión plenaria declaró la conveniencia de unificar los regímenes matrimoniales de Argentina, Uruguay, Chile y Paraguay como un anticipo de la unificación del Derecho Privado. El miembro informante culminó su discurso diciendo: "La unificación de los regímenes matrimoniales es entonces una etapa de una composición unitaria, un capítulo de la obra mayor de la unificación del Derecho Privado. Aspiramos a que se reúna esa comisión y a que ella logre salvar las asperezas que nos puedan separar desde el punto de vista normativo-jurídico, desde el punto de vista de la interpretación trascendente de las instituciones, para poder así unificar los regímenes matrimoniales de los cuatro países implicados..." [26].

Simétricamente, en las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional de Rosario, en 1971, se debatió

[25] La mayoría de los autores argentinos criticaron en este aspecto la ley 2393 hoy derogada. Ver BIOCCA, Stella M.: *Estudios de Derecho Internacional Privado*, tema "Matrimonio en Derecho Internacional Privado", ps. 49 a 115, Bs. As., 1969; BOGGIANO, Antonio: *Derecho Internacional Privado* cit., t. II, p. 418; GOLDSCHMIDT, Werner, ob. cit., p. 313; KALLER DE ORCHANSKY, Berta, ob. cit., p. 278; PARDO, Antonio Juan, ob. cit., p. 615; SMITH, Juan Carlos: *Convenciones matrimoniales hechas en el extranjero*, "Doctrina Jurídica", t. 2, nº 40, y *Convenciones matrimoniales y acuerdos disolutorios de la sociedad conyugal*, "E.D.", 74-775; VICO, Carlos M., ob. cit., p. 319.

[26] El miembro informante fue el doctor Julio LÓPEZ DEL CARRIL, según la publicación de la Conferencia editada por Perrot, Bs. As., ps. 47 y ss.

la cuestión bajo el título "Efectos en la República de las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero". Precisamente, el segundo punto de las conclusiones de la comisión dedicada al Derecho Internacional Privado incluyó las siguientes recomendaciones:

"1) Las convenciones matrimoniales integran el régimen matrimonial y no deben ser asimiladas a los contratos. Por esta razón debe derogarse el artículo 1220 del Código Civil.

.....

"4) Incorporar al Derecho Internacional Privado argentino interno una norma que disponga: «Las convenciones matrimoniales se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que sobre materia de estricto carácter real no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes». Esta recomendación lleva implícita la derogación del artículo 6 de la Ley de Matrimonio Civil.

"5) Primer domicilio conyugal es el primer lugar en que, después de la celebración del matrimonio, los cónyuges residen de manera habitual de consuno.

"6) Los matrimonios cuyos domicilios se trasladen a la República deberán inscribir sus convenciones matrimoniales en un registro especial, conforme a las reglamentaciones internas" [27].

Así, pues, como respuesta a los reclamos de la doctrina especializada, se establece en el artículo 163 lo siguiente: "Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio".

En torno a lo dispuesto en este precepto nos permitimos realizar algunas reflexiones.

Por cierto que quedan derogados los artículos 5 y 6 de la ley 2393 de Matrimonio Civil y el artículo 1220 del Código Civil.

Resulta indudable que el sistema actual somete el régimen patrimonial matrimonial, sea legal o convencional, a la ley del primer domicilio conyugal, siendo sus características: *a*) la unidad, y *b*) la inmutabilidad del régimen [28].

[27] *El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos treinta años*, publicación de la Universidad Notarial Argentina, p. 32, 1991.

[28] El régimen derogado, en ausencia de convención matrimonial, distinguía según la naturaleza mueble o inmueble de los bienes. Los primeros, sujetos a la ley del lugar de celebración del matrimonio y sucesivos domicilios; los segundos, al lugar de su situación. Asimismo, el régimen era mutable en la medida en que a la ley del lugar del nuevo domicilio estaban sometidos los bienes adquiridos después del cambio, y al antiguo domicilio, los adquiridos con anterioridad.

Recordamos que, desde la sanción de la reforma, estuvimos de acuerdo con la elección del punto de conexión "primer domicilio conyugal" por el legislador. No obstante, si bien el criterio elegido otorga certeza a las relaciones jurídicas internacionales, nos induce a reflexionar si no debió preverse el supuesto de cambios prolongados de domicilio efectivo, que implican una suerte de sumisión voluntaria a la legislación del nuevo domicilio por parte de los cónyuges [29].

Repensando aquella vieja reflexión, debemos decir que nos mantenemos en aquella idea inicial. Ello por cuanto, en ocasiones, el primer domicilio puede carecer de vinculación actual y efectiva con el centro de los intereses patrimoniales de los cónyuges; este tema no es menor.

El legislador bien pudo, ante la rigidez del sistema establecido, contemplar una cláusula de escape que permitiera, en y ante determinadas circunstancias, admitir la aplicación de la ley del domicilio efectivo. Compartimos en este aspecto la orientación de la doctrina argentina, cuando destaca: "...La ley argentina será aplicada a especies en las cuales no posee interés, mas su aplicación será vedada en otras tantas en las cuales su interés es manifiesto; el ordenamiento patrio no esgrime interés alguno por que se ventilen ante sus estrados cuestiones derivadas de las relaciones patrimoniales entre consortes cuyo primer domicilio conyugal se emplaza en el país" [30]. Por cierto que el *principio de proximidad* palpita en la propuesta de aplicación de la ley del Estado con la que las relaciones guarden un vínculo más estrecho.

Ahora bien, en cuanto a las convenciones matrimoniales, la ley del primer domicilio conyugal rige las formas —es decir, las solemnidades exigidas en el otorgamiento de la convención en su caso—, así como la admisibilidad de las convenciones prematrimoniales y posmatrimoniales, su contenido y objeto, excepto en las *materias de estricto carácter real*.

Nos detendremos brevemente sobre la expresión "materia de estricto carácter real" empleada por la disposición del artículo 163 del Código Civil argentino. En este sentido, hay una razón que nos determina a pensar que, sea el que fuere el alcance que se le dé a estos vocablos, tendrá mayor cabida la aplicación de la ley del lugar del primer domicilio conyugal o la ley territorial.

[29] En oportunidad de la ponencia antes mencionada presentada juntamente con la doctora Victoria BASZ, dijimos en este sentido que la reforma supera así la pluralidad y la mutabilidad del régimen anterior, establecido tanto en el Código Civil (artículos 161 a 163) como en la ley 2393 (artículos 4 a 6).

[30] RADZYMINSKI, Alejandro P.: *La ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio en el Derecho Internacional Privado argentino*, "E.D.", t. 156, p. 863; Rev. "E.D.", 8/3/94.

Por nuestra parte propiciamos una interpretación restrictiva del giro empleado por la ley, el que entendemos se refiere exclusivamente al régimen de creación de derechos reales, calificación de bienes y su inclusión en diversas categorías, la publicidad y la registración de los derechos sobre los bienes.

d) Las soluciones en el nivel convencional.

En el nivel convencional se destacan los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940. Iremos analizando sus soluciones.

1) El Tratado de Montevideo de 1889 [31].

I) *Validez del matrimonio.*

Artículo 11: "La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en que se celebra".

II) *Las relaciones personales.*

Artículo 12: "Los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto afecta sus relaciones personales se rigen por las leyes del domicilio matrimonial. Si los cónyuges mudaren de domicilio, dichos derechos y deberes se regirán por las leyes del nuevo domicilio".

III) *Las medidas urgentes.*

Artículo 24: "Las medidas urgentes que conciernen a las relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y a la tutela y curatela, se rigen por la ley del lugar en que residan los cónyuges, padres de familia, tutores y curadores".

IV) *Las relaciones patrimoniales.*

Artículo 40: "Las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes que tengan al tiempo de celebrarlas y de los que adquieran posteriormente, en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de situación".

Artículo 41: "En defecto de capitulaciones especiales, en todo lo que ellas no hayan previsto, y en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes, las relaciones de los esposos sobre dichos bienes se rigen por la ley del domicilio conyugal que hubieren fijado de común acuerdo, antes de la celebración del matrimonio".

[31] En vigor entre Argentina, Bolivia, Colombia y Perú.

Artículo 42: "Si no hubiesen fijado de antemano un domicilio conyugal, las mencionadas relaciones se rigen por la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio".

Artículo 43: "El cambio de domicilio no altera las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio".

2) El Tratado de Montevideo de 1940 [32].

i) *Calificación de domicilio conyugal.*

El artículo 8 establece que el domicilio conyugal es el lugar donde los cónyuges viven de consuno. En su defecto, se reputa como tal el del marido. Nos parece que se trata de una disposición dictada para un contexto distinto del actual. En efecto, reputar como domicilio conyugal el del marido se explica en 1940 pero no en la actualidad. Compartimos la opinión de quienes acertadamente han dicho que se trata de una disposición que importa un trato discriminatorio para la mujer y que contraría frontalmente el principio de igualdad jurídica de los cónyuges consagrado por las declaraciones, tratados y convenios sobre Derechos Humanos a los que nuestra Constitución otorgó rango constitucional [33].

Conviene recordar el punto 3 de las Recomendaciones de las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario de 1971 antes comentadas.

ii) *Validez del matrimonio.*

El *artículo 13* dice: "La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en donde se celebra".

iii) *Las relaciones personales.*

El *artículo 14* establece: "Los derechos y deberes en todo cuanto se refiere a sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio conyugal".

El *artículo 30* dispone: "Las medidas urgentes que conciernen a las relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad, y al de la tutela o curatela, se rigen, en cada caso, por la ley del lugar en donde residen los cónyuges, padres de familia, y tutores o curadores".

[32] En vigor entre Argentina, Paraguay y Uruguay.

[33] Ver el interesante desarrollo y las propuestas de URIONDO DE MARTINOLI, Amalia: *Régimen patrimonial del matrimonio. Conflicto móvil*, Rev. "E.D.", 25/3/98.

IV) *Las relaciones patrimoniales matrimoniales.*

Artículo 16: "Las convenciones matrimoniales y las relaciones entre los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes".

Artículo 17: "El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio".

3) Análisis comparativo.

Desde ya diremos que las similitudes son notables. Las únicas diferencias son las referidas a la precisión en la técnica legislativa.

Ambos Tratados establecen que la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo se rigen por la ley del lugar en donde se celebra. Sin embargo, los Estados no se encuentran obligados a reconocer el matrimonio que se hubiese celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de alguno de los siguientes impedimentos:

— Falta de edad mínima, catorce años el varón y doce para la mujer.

— Parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítima o ilegítima.

— Parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos.

— Haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o como cómplice.

— El matrimonio anterior mientras subsista [34].

Ambos Tratados siguen idénticos criterios en materia de relaciones personales y de relaciones patrimoniales matrimoniales. Los criterios reguladores son los mismos. En materia de relaciones patrimoniales, el sistema de Derecho Internacional Privado argentino, en los dos niveles normativos que lo conforman, establece una congelación, una inmutabilidad de la ley aplicable del primer domicilio conyugal.

La doctrina y la jurisprudencia argentina se hicieron cargo de algunas implicancias de la mentada petrificación derivada del artículo 17 del Tratado de Montevideo de 1940 [35].

Para terminar añadimos que las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna y de fuente convencional, por guardar

[34] Nótese que el impedimento de falta de edad es de orden público internacional para los Tratados, mientras que para el Código Civil argentino es de orden público interno. Asimismo, entre los impedimentos, ninguno de los Tratados incorpora en la nómina el derivado de la adopción, mientras que el Código Civil lo contempla expresamente.

[35] Ver fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala I, causa "M. S. s/sucesión *ab intestato*", 20/4/95, "E.D.", 162-593.

marcadas similitudes en cuanto a las soluciones, permiten comprender, aprehender e interpretar acabadamente el sistema de Derecho Internacional Privado argentino en las materias examinadas.

6. Tendencias modernas.

En este apartado nos dedicaremos sucintamente a examinar y comentar algunas de las soluciones que en los aspectos analizados resultan de las más recientes realizaciones legislativas en los sistemas jurídicos comparados. Para ello hemos elegido, por parecernos ilustrativos, tres modelos legislativos que provienen de la República del Yemen, de la República de Venezuela y de la República de Italia, repitiendo la modalidad empleada en capítulos anteriores.

El *Código Civil yemenita*, promulgado el 29 de marzo de 1992, solamente introduce una disposición específica, el artículo 26 de la Sección II, "Conflictos de leyes en el espacio". Dispone que "en caso de procesos referidos al matrimonio, a su repudiación, a su disolución y a las obligaciones alimentarias se someterán a la ley yemenita si las dos partes lo consienten". Aunque realizamos serios esfuerzos para comprender las razones de política legislativa del legislador yemenita para la adopción de los criterios precedentemente mencionados, debemos manifestar tres razones por las que consideramos que el texto no nos convence.

En primer lugar, advertimos que adolece de deficiencias en la técnica legislativa que conspiran contra su deseable precisión, si bien reconocemos que esta situación puede atribuirse a un defecto en la traducción. En segundo lugar, anticipamos que hasta no nos sorprende, por tratarse de una institución de raigambre y permanencia en muchos países, que incluya dentro del tipo legal de la norma de colisión lo relacionado con la repudiación. En tercer lugar, y para concluir, notamos que el precepto solamente se refiere al criterio regulador cuando las partes consienten la aplicación de la ley yemenita. De manera que cabe preguntarse cuál es el factor de conexión cuando las partes no consienten en la aplicación de aquella ley. Estamos convencidos de que nos hallamos ante una laguna legislativa. Sin embargo, de lo que no estamos seguros es de si ello es el resultado de un acto deliberado o inconsciente del legislador yemenita, lo que entrañará, en este específico aspecto, serias dificultades para comprender el sistema de Derecho Internacional Privado.

La *Ley italiana de Derecho Internacional Privado* de 1995 establece el régimen internacional del matrimonio en el Capítulo IV, titulado "Relaciones de familia". Se ocupa en el artículo 26 de los esponsales, sometiendo la promesa de matrimonio y las consecuencias de su violación a la ley nacional común de los futuros contrayentes o, en su defecto, a la ley italiana.

El artículo 27, "Condiciones para contraer matrimonio", en el inciso primero, somete la capacidad matrimonial y las otras condiciones para contraer matrimonio a la ley nacional de cada uno de los futuros contrayentes al momento del matrimonio. Esta solución implica la adopción del criterio del factor de conexión de la nacionalidad en la materia, de forma rígida. Seguidamente, sin embargo, en el artículo 28, en materia de forma del matrimonio se incorporan criterios de flexibilidad, cuando se establece que un matrimonio será válido, en cuanto a la forma, si es considerado como tal por la ley del lugar de celebración o por la ley nacional de, al menos, uno de los cónyuges al momento de la celebración o por la ley del Estado de la común residencia en ese momento. Se advierte claramente que en esta disposición el legislador italiano se inclina por la consolidación del antiguo pero siempre valioso *principio del "favor matrimonii"*.

En el artículo 29 somete las relaciones personales a la ley de la nacionalidad común. Para el supuesto de nacionalidades distintas de los cónyuges, se rigen por la ley del Estado en el cual la vida conyugal se localiza de manera preponderante.

En el artículo 30, en materia de relaciones patrimoniales, luego de establecer que ellas se rigen por la misma ley que las relaciones personales, agrega que sin embargo los cónyuges pueden convenir por escrito que sus relaciones patrimoniales sean regidas por la ley del Estado del cual uno de ellos, al menos, es nacional, o en aquel donde, al menos, uno de ellos tiene su residencia.

En este sentido, cabe observar en primer lugar cómo el legislador ha decidido otorgarles un campo de acción relevante a los cónyuges, permitiéndoles el ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia de convenciones matrimoniales. Sin embargo, siguiendo la modalidad adoptada en el nivel convencional por la Convención de La Haya de 1978 en materia de Régimen Patrimonial Matrimonial, ofrece un catálogo de posibilidades dentro de las que los cónyuges pueden elegir sujetarse.

Así, la *Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela*, del 6 de agosto de 1998, trata el régimen internacional del matrimonio en el Capítulo IV, denominado "De la familia". Dedica a las cuestiones hasta ahora examinadas dos disposiciones, los artículos 21 y 22.

La primera de las disposiciones mencionadas establece que la *capacidad para contraer matrimonio y los requisitos de fondo* del matrimonio, para cada uno de los contrayentes, se rigen por el derecho de su respectivo domicilio.

Cabe observar que, al adoptarse el criterio de conexión del domicilio, se abandona la tradicional posición venezolana vigente desde 1862 que regía las cuestiones derivadas del estatuto personal por la ley de la nacionalidad.

Los *efectos personales cuanto los patrimoniales* derivados del matrimonio se rigen por el derecho del domicilio común de los cónyu-

ges. Si tuviesen domicilios distintos, se aplicará el derecho del último domicilio común. Asimismo, se introduce la posibilidad de que las capitulaciones matrimoniales válidas de acuerdo con un derecho extranjero competente puedan ser inscriptas en cualquier momento en el registro venezolano, cuando se pretenda que produzcan efectos respecto de terceras personas de buena fe, sobre bienes inmuebles situados en el territorio.

En este sentido, el legislador venezolano, en primer lugar, opta por someter tanto las relaciones personales como las patrimoniales a un único e idéntico factor de conexión [36].

Esto parece tender a la armonización legislativa deseable. En segundo término, la ley establece la facultad de registro y no la exigencia cuando se pretende que las convenciones matrimoniales tengan efectos respecto de terceras personas de buena fe sobre bienes situados en Venezuela. Por nuestra parte pensamos que es una disposición ajustada en la medida en que contribuye a brindar la transparencia exterior deseable a la sociedad conyugal.

7. Jurisprudencia argentina. Evolución.

El desarrollo de la jurisprudencia argentina en materia de régimen matrimonial denota vastedad y riqueza inusitadas. Para no agotar al lector, debimos seleccionar algunos casos emblemáticos entre la multiplicidad de fallos dictados. Quizá la lectura de las decisiones reseñadas contribuya a vislumbrar el sistema argentino en los aspectos analizados.

a) Formas matrimoniales.

El caso HING TENG TANG [37].

Debe tenerse por existente el vínculo matrimonial, desde el punto de vista de la validez extrínseca, si se ha probado que el matrimonio se celebró con sujeción a formalidades particulares en la República de China en época en que no existía el Registro Civil, y en consecuencia corresponde condenar al marido al pago de una pensión alimentaria mensual. Se tuvo en cuenta que antes de 1912 los matrimonios, como las defunciones, ante la ausencia de registros civiles, eran anotados por el miembro más antiguo de la familia y que, cuando las personas

[36] Ver en igual sentido el artículo 19 de la Ley austríaca de Derecho Internacional Privado de 1978; el artículo 15, inciso 1, de la Ley alemana de Derecho Internacional Privado de 1986; el artículo 48 de la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, entre las más destacables.

[37] "Gaceta del Foro", año IX, nº 2439, 29/5/24, p. 216.

se casaban, cambiaban entre sí unos papeles colorados con sus respectivas firmas y luego comunicaban el acto a sus familias, con lo que quedaba perfeccionado.

El caso SMART DE PARSONS, ELIZABETH [38].

Probado que el matrimonio se celebró en Escocia de conformidad con el *Common Law*, matrimonio *per verba de praesenti*, dicha unión es válida en la República Argentina. Esta decisión se fundó en el artículo 2 de la ley 2393 de Matrimonio Civil, admitiéndose que la posesión de estado es admitida para probar la existencia de los matrimonios extranjeros cuando la ley que los rige, o sea, la del lugar de celebración, le reconoce eficacia y validez a dicha posesión de estado.

b) Prueba del matrimonio.

El caso NOGUÉS DE MERITENS [39].

La Cámara 1ª de Apelaciones de La Plata en 1940 estableció que "la imposibilidad de traer a juicio la partida de matrimonio de la causante que se dice celebrado en España, en razón del estado de guerra civil en que se encontraba esa nación, unida a las circunstancias de la guerra actual, que impide las comunicaciones de éste con el continente europeo, no puede ser obstáculo para la producción de la prueba supletoria que autoriza el artículo 179 del Código Civil".

El caso PUENTE, MANUEL C/STOLEMAN, DAVID [40].

En este fallo, la Cámara Civil 1ª de la Capital Federal dispuso que "el acreedor puede valerse de todos los medios a que se refiere el artículo 97 de la Ley de Matrimonio Civil para probar que son casados su deudor y la mujer con la que habita, a fin de que se declare que es bien ganancial comprado por el marido el inmueble que en la respectiva escritura figura como adquirido por la mujer con fondos provenientes de su trabajo personal, si existe imposibilidad de traer la partida de casamiento por tratarse de un matrimonio celebrado en Rusia, según el pasaporte de ambos cónyuges, país con el cual la Argentina no mantiene relaciones diplomáticas y que además se halla en estado de guerra. Constituye prueba suficiente acerca de la existencia del matrimonio el que las partes se hayan dado trato de esposos y que figuren como casados en el prontuario policial, donde aparece traducido el pasaporte extendido por un consulado ruso y visado por un cónsul argentino".

[38] "Gaceta del Foro", t. 80, 28/5/29, p. 191.
[39] "L.L.", t. 22, p. 400, fallo 11.313.
[40] "L.L.", t. 30, p. 225, fallo 15.099.

El caso PALEO DE ROCHI, MARIANA [41].

La Cámara Nacional en lo Civil, Sala F, con fecha 4 de agosto de 1988, sostuvo: "Mientras que los aspectos formales de la celebración del matrimonio se rigen por la ley del lugar del acto, lo que determina la existencia es la expresión del consentimiento de ambos contrayentes ante el ministro religioso o funcionario que tenga a su cargo la celebración.

"Admitido en el régimen español el matrimonio celebrado en la forma religiosa y también la forma civil, es en el instante de la celebración, bajo una de esas formas, que el matrimonio nace, debiendo agregarse, al matrimonio religioso que ya existe, la posterior inscripción ante el Registro Civil español. La no inscripción aludida dentro de los plazos legales, afectará los derechos que en el lapso de demora se hubiesen podido constituir en beneficio de terceros, en virtud de la publicidad que la inscripción en el Registro Civil implica, y que al no cumplimentarse coloca a los terceros que negocian con los contrayentes en la fundada convicción de que son solteros; lo que no significa, de ningún modo, que el matrimonio no exista.

"Celebrado un matrimonio en España bajo la forma religiosa, la inscripción realizada en el Registro Civil español un mes después de aquel acto, no altera los derechos que por el vínculo de parentesco nacen de una sucesión abierta cien años después".

c) Validez del matrimonio.

El caso M. J. M. c/E. N. S. [42].

En este fallo se discutía la validez del matrimonio celebrado en Uruguay en el que la Cámara Nacional en lo Civil, Sala L, el 28 de abril de 1995, sostuvo que "la validez del matrimonio se rige por la ley del lugar de celebración", principio que constituye una clara aplicación de las normas contenidas en el Código Civil y los Tratados de Montevideo.

d) Régimen patrimonial matrimonial.

El caso M. S. s/SUCESIÓN [43].

El presente caso es mixto, argentino-uruguayo, dado que se está ante un matrimonio celebrado en el Uruguay, donde igualmente se

[41] Rev. "L.L.", 6/3/89.

[42] "L.L.", t. 1996-A, ps. 329 a 333, con nota de Jorge Adolfo MAZZINGHI: *Determinación de la buena fe en un matrimonio nulo.*

[43] Fallo publicado en "E.D.", t. 162, ps. 593 a 603.

llevaron a cabo capitulaciones matrimoniales, matrimonio cuyo primer domicilio conyugal se determina en el proceso y donde se discutió lo relacionado con un bien adquirido e inscripto a nombre del causante, situado en la República Argentina.

La Cámara Nacional en lo Civil, Sala I, el 20 de abril de 1995, en un fallo que destaca por su claridad expositiva, en lo principal dijo que "...a los efectos de los artículos 16 y 17 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, puede presumirse *iuris tantum* que el primer domicilio conyugal está en el país en el que los cónyuges contrajeron el matrimonio, si de la partida resulta que ellos se domiciliaron en él al momento de la celebración. Si los contrayentes denunciaron en la partida de matrimonio estar domiciliados en países distintos, puede presumirse *iuris tantum* que el actual domicilio conyugal fue el primero, es decir que no ha existido cambio de domicilio.

"Hay sobradas razones para considerar que el primer domicilio conyugal de los esposos cuyo matrimonio se celebrara en la República Oriental del Uruguay estaba en dicho país, si la contrayente era de nacionalidad uruguaya y el contrayente, rumano y naturalizado uruguayo, había enviudado de un matrimonio también celebrado en el Uruguay, donde nacieron sus hijos y donde ambos contrayentes tenían domicilio al concertar las capitulaciones matrimoniales, pocos días antes de la celebración de su matrimonio. Por ende, para juzgar sobre la validez de tales capitulaciones en la sucesión que se discute en relación con un bien situado en la República Argentina, adquirido e inscripto a nombre del causante, debe aplicarse de oficio por parte del tribunal interviniente, el derecho de la República Oriental del Uruguay.

"La aplicación del primer domicilio conyugal a la validez de las capitulaciones matrimoniales y al régimen de bienes de los esposos deja a salvo lo que pudiera estar prohibido, en materia de estricto carácter real, por la ley del lugar de situación de los bienes. Tal salvedad está referida con absoluta estrictez a las cuestiones que se relacionan sólo con el estatuto real sometido al imperio de la *lex situs*, sin confundir el régimen patrimonial del matrimonio con el régimen de los bienes, razón por la cual la determinación de si un bien es propio de uno de los cónyuges o ganancial, es cuestión totalmente distinta y ajena al régimen real sujeto a la ley del lugar de situación del bien.

"Si bien la ley 23.515 no innovó en materia del régimen patrimonial del matrimonio, es evidente que dista de existir, tras el régimen de la ley argentina, un ideal principio que imponga desconocer los alcances extraterritoriales de un sistema de separación contenido en leyes extranjeras.

"La separación de bienes como régimen patrimonial del matrimonio no contradice de manera manifiesta el orden público internacional argentino. Tal afirmación se ve reforzada por el hecho de que nuestro

propio sistema jurídico previó la separación de bienes como supuesto de excepción de ciertos casos, como, por ejemplo, el de interdicción, el de mala administración o concurso del marido.

"Nada hay en las capitulaciones matrimoniales celebradas en el Uruguay entre contrayentes de nacionalidad y con domicilio uruguayo pocos días antes de la celebración del matrimonio, que afecte el orden público internacional argentino si no se renuncia a una ganancialidad ya asegurada o existente, como tampoco se trata de una adquisición anterior a la modificación introducida por la ley 23.515, pues se aplican los Tratados de Montevideo.

"No es en los matrimonios que celebran contratos matrimoniales donde existe disparidad de fuerzas que merezca una protección especial, sino en la gran mayoría de los matrimonios que nunca se plantearon el tema de sus relaciones pecuniarias y que pueden verse defraudados por un derecho desconocido".

e) Epílogo.

Los parágrafos precedentes nos permitieron mostrar que el sistema de Derecho Internacional Privado en las materias examinadas ha evolucionado mediante una política legislativa tendiente al logro de la consistencia y armonización legislativa de la fuente interna y convencional.

8. Proyecto de Reforma al Código Civil 1998/1999. Las soluciones.

El Proyecto de 1993 no encara la Reforma del Código Civil en materia de matrimonio. Sin embargo, el legislador de 1998/1999, con una línea de pensamiento distinta, ha optado por encararla en el Libro Octavo del Código Civil. Veamos.

El Capítulo IV, denominado "Relaciones de familia", abarca la regulación del matrimonio en los artículos 57 a 64 inclusive.

"*Art. 57. Condiciones para contraer matrimonio.* — La prueba del matrimonio y las condiciones de validez intrínseca y extrínseca se rigen por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen".

"*Art. 58. Matrimonio en país extranjero.* — No se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si mediaren algunos de los impedimentos de los incisos *a, b, c, d, f* y *g* del art. 405 del Código Civil y de Comercio unificado".

"*Art. 59. Conversión de separación judicial extranjera en divorcio argentino.* — El matrimonio celebrado en la República cuya separa-

ción personal haya sido legalmente decretada en el extranjero, podrá ser disuelto en el país en las condiciones del art. 528, aunque el divorcio vincular no sea aceptado por la ley del Estado donde se decretó la separación. Para ello, cualquiera de los cónyuges deberá presentar ante el juez de su actual domicilio la documentación debidamente legalizada".

"*Art. 60. Relaciones personales entre los cónyuges.* — Las relaciones personales entre los cónyuges son regidas por la ley del domicilio efectivo, entendiéndose por tal el lugar donde viven de consuno. En caso de duda o desconocimiento de éste, se aplica la ley de la última residencia".

"*Art. 61. Alimentos.* — El derecho a percibir alimentos y la admisibilidad, oportunidad y alcance del convenio alimentario, si lo hubiere, se rigen por la ley del domicilio conyugal. El monto alimentario se regulará por el derecho del domicilio del demandado si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario".

"*Art. 62. Relaciones patrimoniales.* — Las convenciones matrimoniales y, a falta de convenciones, las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable a las relaciones de los esposos en cuanto los bienes, hayan sido adquiridos antes o después del cambio.

"Transcurridos cinco años del traslado del domicilio conyugal a la República, los cónyuges de común acuerdo podrán optar por la aplicación de esta ley. El ejercicio de esta facultad no afectará los derechos de terceros".

"*Art. 63. Medidas urgentes.* — Las medidas urgentes se rigen por la ley del país del tribunal que entiende en la causa".

"*Art. 64. Separación personal y divorcio.* — La separación personal y el divorcio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59".

Tal como surge de la lectura de las disposiciones transcriptas, y de las propias del legislador, para la elaboración del Proyecto se ha optado por no introducir alteraciones, ya que se reproducen en general las soluciones de la ley 23.515.

Sin embargo, como se advierte al comparar los textos normativos, al tratar el régimen patrimonial se autoriza a los cónyuges después de transcurridos cinco años de domicilio efectivo en la República a adoptar el sistema legal argentino.

De este modo se atenúa el rigor del principio de la inmutabilidad, permitiendo a los cónyuges optar por el sistema legal argentino, cuando se cumplen ciertos requisitos tales como:

a) El transcurso del plazo de cinco años con domicilio efectivo del matrimonio en la República Argentina, y

b) la no afectación de los derechos de los terceros.

Esta última posibilidad fue la que precisamente sostuvimos en una ponencia elaborada juntamente con la doctora Victoria BASZ, presentada en las Jornadas realizadas en 1987 en la Universidad del Litoral. En ese importante encuentro académico nos permitimos reflexionar sobre el particular diciendo que "...la elección del punto de conexión primer domicilio conyugal si bien otorga certeza a las relaciones jurídicas internacionales, nos llama a la reflexión si el legislador no debió prever el supuesto de cambios prolongados de domicilio efectivo, que importan una suerte de sumisión voluntaria a la legislación de ese nuevo domicilio por parte de los cónyuges y guardarían la protección respecto de terceros con una debida publicidad..." [44].

Para concluir, solamente mencionaremos dos aspectos que nos parecen destacables, uno desde el punto de vista de la técnica legislativa y el otro de carácter sustancial. En el primer aspecto, nos parece adecuado el empleo de la expresión "condiciones para contraer matrimonio", por resultar de una gran precisión terminológica. En el segundo aspecto, nos parece necesario apoyar, por compartir esta línea de pensamiento, la incorporación de la atenuación, de la excepción al principio de inmutabilidad, cuando se reúnen ciertas condiciones en materia de régimen patrimonial matrimonial.

Sin embargo, no podemos desconocer que no se aprovechó la oportunidad de introducir en el texto del nuevo artículo 60 una modificación que juzgamos necesaria. En efecto, hubiera sido el momento oportuno para incorporar luego de las palabras "última residencia" el vocablo "común". Ello, porque pensamos que esta alteración contribuiría a lograr precisión tanto terminológica como metodológica.

Hasta ahora analizamos el régimen internacional del matrimonio, abarcando desde la ley aplicable a la capacidad de los futuros esposos para contraer el matrimonio, y los efectos que desde su celebración provoca en materia de las relaciones personales y de las relaciones patrimoniales matrimoniales. Sin embargo, por distintas motivaciones los consortes pueden verse involucrados en una crisis que determine hasta la ruptura del vínculo matrimonial. Cuando esas desafortunadas cuestiones se plantean en la esfera internacional, el recurso a nuestra disciplina resulta inexorable. Pero para ello iremos a la segunda parte de este capítulo.

[44] BASZ, Victoria, y FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia: *El Derecho Internacional Privado y la ley 23.515*, Revista "Síntesis Forense" del Colegio de Abogados de San Isidro, nº 76, que reproduce la ponencia presentada por las autoras en las Jornadas celebradas en la Ciudad de Santa Fe, ya mencionada.

SECCIÓN SEGUNDA

EL DIVORCIO Y LA SEPARACIÓN PERSONAL

1. El divorcio y la separación personal. Calificación. Evolución contemporánea.

El tema del divorcio, enlazado con cuestiones de carácter religioso y moral, tuvo la virtualidad de generar a nivel universal un profundo debate al que la República Argentina no pudo permanecer ajena.

Esta delicada cuestión suscitó históricamente, antes de la sanción de la ley 23.515 que restauró el divorcio vincular en la República Argentina, posiciones doctrinales divergentes que, según manifestamos oportunamente, llegaron a extender considerablemente el ámbito del derecho local acudiendo más veces que las necesarias al arbitrio del orden público internacional en resguardo de caros principios jurídicos [45].

Cuánta razón tienen las palabras que desde España defendían a quienes entendían que "el divorcio pronunciado por un tribunal normalmente competente sobre la base de la ley aplicable según las reglas de conflicto en vigor en un país debe ser válido en todas las partes y decidir lo contrario en nombre del carácter de orden público es hacer gala de imperialismo jurídico y multiplicar las situaciones cojas y las bigamias migratorias que hacen la vida impracticable a sus víctimas" [46].

Así, pues, transitando desde la concepción del divorcio-sanción hacia la concepción del divorcio-remedio, después de largos años de debate se modifica la legislación argentina hasta entonces vigente. Ello permite a quienes así lo deseen, por cierto que reunidos los recaudos establecidos por la ley, divorciarse vincularmente.

No puede negarse que en un primer momento la sanción de la ley produjo en muchos una sensación de estupor, porque se temía que quedarían irremediable y profundamente socavados los principios fundamentales del derecho argentino y que, por si esto fuera poco, la

[45] BASZ, Victoria, y FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia: *El Derecho Internacional Privado y la ley 23.515*, cit. en nota anterior.

[46] SIMO SANTOJA, Vicente L.: *Divorcio y separación*, Ed. Tecnos, Madrid, 1973, p. 347.

avalancha de reclamos de los justiciables no podría ser debidamente atendida por los tribunales estatales argentinos. Afortunadamente, ni una cosa ni otra sucedieron.

Quiere decir que el derecho argentino goza, tras las reformas llevadas a cabo en nuestro ordenamiento jurídico, de una regulación que ha sido sustancialmente modificada por la ley 23.515, operándose una profunda transformación en el régimen internacional del divorcio.

Así, pues, la República Argentina, al admitir el divorcio vincular como causal de disolución del vínculo matrimonial, se inserta —desde una perspectiva de la evolución contemporánea en la materia— en la tendencia seguida por la casi totalidad de los sistemas jurídicos.

Sin embargo, las distintas concepciones que impregnan las legislaciones pueden conllevar que la expresión *divorcio* pueda plantear un conflicto de calificaciones. En efecto, con esa designación se alude en algunas legislaciones a la separación que no disuelve el vínculo. Precisamente, ésta fue la situación de la República Argentina hasta la sanción de la ley 23.515. Sin embargo, afortundamente la mayoría de los ordenamientos jurídicos comparados emplean el término divorcio para indicar la modalidad por la que se disuelve el vínculo matrimonial. El divorcio puede plantear un conflicto de calificaciones, ya que con esa designación se alude en algunas legislaciones a la separación que no disuelve el vínculo, como fue el caso de la República Argentina hasta la sanción de la ley 23.515, o bien esa denominación abarca el divorcio vincular.

De todas maneras, la respuesta a la cuestión la encontramos en la teoría general del Derecho Internacional Privado. En efecto, para solucionar el mentado conflicto de calificaciones habrá que recurrir a las calificaciones brindadas por la *lex fori* o bien por la *lex causae*, o bien a las *autárquicas*. Somos conscientes de que la política legislativa imperante en determinado momento histórico es la que determina a los intérpretes del derecho a inclinarse, en ausencia de una calificación autónoma brindada por el legislador, por una calificación acorde a la propia legislación del juez o en consonancia con las respetables consideraciones contenidas en la legislación extranjera aplicable. Esta cuestión no es menor, ya que no existe unanimidad en materia de divorcio y, aún más, en el supuesto de que aquélla existiera, las legislaciones pueden mostrar matices diversos.

Por cierto que ello puede depender de las concepciones que cada una de ellas tenga del divorcio, en una ya clásica distinción entre divorcio-remedio o divorcio-sanción. El primero es aquel en el que el divorcio lo concibe el propio legislador con la extensión de que es una sanción contra aquel cónyuge que no ha atendido debidamente sus deberes matrimoniales. Ello implica la posibilidad de que, decretada la culpabilidad, se aplique contra el culpable una sanción. Por el contrario, la concepción del divorcio-remedio supone que la ley hubie-

ra aceptado como causa de divorcio ciertas circunstancias que no implican ni la culpa ni el dolo sobre quien pesa tal causa. Ello conduce a la aceptación de la simple separación de hecho o bien a la finalización de la comunidad matrimonial [47].

De manera que nos permitimos pensar, y ello para comprender el sistema de Derecho Internacional Privado argentino, que se advierten por lo menos dos tendencias en el derecho contemporáneo, que son:

1) El primer grupo está representado por aquellas legislaciones que prevén tanto la separación personal como el divorcio vincular. Esta circunstancia provoca que el legislador permita que, decretada la separación personal bajo ciertas circunstancias, pueda convertirse en divorcio vincular.

2) El segundo grupo está conformado por las legislaciones que no permiten nada más que la separación personal, ya que no tienen incorporado el divorcio vincular como causal de disolución del matrimonio.

2. Criterios atributivos de ley aplicable al divorcio.

Desde el punto de mira de la ley aplicable, se destacan, entre los principales, los siguientes criterios:

1) La ley personal, sea la ley de nacionalidad de los cónyuges o la ley del domicilio conyugal.

2) La ley del lugar de celebración del matrimonio.

3) La ley del tribunal ante el cual se solicita el divorcio.

El primer criterio atributivo se funda en que debe seguirse la ley personal dado que el divorcio influye en el estado y capacidad de las personas. A su turno, el segundo criterio, por asimilar al matrimonio con el contrato, considera que deben seguirse las reglas admitidas en materia contractual. Mientras que el tercer criterio sostiene que, dado que el divorcio se encuentra íntimamente vinculado a una cuestión de orden público, corresponde la aplicación de la *lex fori*.

Por nuestra parte, en cuanto a la aplicación de la ley de la nacionalidad, diremos que a primera vista parece de sencilla aplicación. Sin embargo, a poco de andar se advierte que su adopción puede generar complicaciones cuando los esposos tienen distinta nacionalidad.

El caso RIVIÈRE c/ROUMIANTZEFF.

Los hechos del caso fueron los siguientes: una emigrante rusa naturalizada francesa, Lydia Roumiantzeff, se casó en 1934 en Fran-

[47] Ver el desarrollo del tema de las calificaciones en BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ: *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General*, Ed. Universidad, Bs. As., 1987.

cia con un emigrante ruso no naturalizado, Dimitri Petrov. Los esposos trasladan su domicilio a Ecuador en 1936 y obtienen la disolución del matrimonio por consentimiento mutuo por aplicación de la ley ecuatoriana.

Al poco tiempo, la señora Roumiantzeff se vuelve a casar en Marruecos en 1939 con un francés, el señor Rivière. Transcurridos seis años, la señora, deseosa de recuperar su libertad, inicia una demanda de divorcio ante los tribunales de Casablanca, en esa época bajo jurisdicción francesa. Para escapar al pago de una prestación alimentaria, el segundo marido contesta la demanda alegando su nulidad dado que el primer matrimonio no había sido válidamente disuelto, ya que el divorcio por mutuo consentimiento pronunciado en Ecuador no podía ser reconocido en Francia.

El caso planteaba delicadas cuestiones vinculadas a la ley aplicable al divorcio en el supuesto de esposos de distinta nacionalidad, el juego del orden público y los derechos adquiridos por extranjeros en Francia.

La Corte de Casación francesa, con fecha 17 de abril de 1953, en lo atinente a la ley aplicable al divorcio sentó la siguiente doctrina: "Tratándose de esposos de distinta nacionalidad, es de buen criterio que la Corte de Apelación haya decidido que el divorcio se rige por la ley del domicilio que además resulta idéntica a la ley personal del marido y a la ley del foro..." [48].

El segundo, el del domicilio conyugal, cuenta con la ventaja de posibilitar la coincidencia entre la ley aplicable y la jurisdicción competente.

El otro criterio, el del lugar de celebración, resulta débil en la medida en que generalmente la elección del lugar de celebración no guarda necesariamente relación con el lugar donde tiene el centro de vida, el centro de los intereses del matrimonio y, de guardarla, puede tratarse de una vinculación fugaz.

El último criterio, el de la *lex fori*, si bien resulta de mayor flexibilidad que los sistemas anteriores, en ocasiones deviene inadecuado porque se presta a abusos por parte de los cónyuges.

Cabe observar que las legislaciones suelen emplear en sus normas de Derecho Internacional Privado el arbitrio de punto de conexión principal y subsidiarios, o bien la combinación de un punto de conexión rígido con factores de conexión flexibles. Las soluciones mixtas constituyen una de las principales tendencias contemporáneas, cuya finalidad es dar la flexibilidad deseable al sistema de Derecho Internacional Privado.

[48] ANCEL, Bertrand, y LEQUETTE, Ives: *Grands arrêts de la jurisprudence français de Droit International Privé*, ps. 217 a 226, Ed. Sirey, Francia, 1994; "Rev. Critique", 1953/412, con nota de Batiffol; "Clunet", 1953, 860, note Plaisant; "J.C.P.", 1953, note Buchet; "Rabels Zeitschrift", 1955, 520, note Francescakis.

En este sentido, destacamos en el nivel convencional, dentro del continente europeo, el sistema de la Convención de La Haya de 1902, que en el artículo 1 opta por el sistema de la acumulación entre la ley nacional de los cónyuges y la *lex fori*. El sistema de la acumulación entre la ley del domicilio conyugal y de la ley del lugar de celebración del matrimonio, en el continente americano, se sigue en el artículo 13 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 [49].

3. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: soluciones según la ley 23.515. Soluciones a nivel convencional en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. Jurisprudencia argentina.

Atendiendo no ya a las pautas que brinda la filosofía del derecho sino al simple recurso de la Real Academia Española, entenderemos por sistema en su primera acepción el "conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí". Para exponerlo debemos recurir a las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna y de fuente convencional. En este sentido, nos plantearemos si las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna y de fuente convencional se hallan coordinadas, si guardan armonía que permita aprehender el sistema con vistas al futuro.

Y en la medida en que lo hagamos, el resultado nos permitirá apuntar algunas reflexiones acerca de la visión global y de la caracterización del sistema de Derecho Internacional Privado argentino en materia de divorcio.

a) Soluciones según la ley 23.515.

Señalamos que, con anterioridad al régimen vigente, las soluciones eran diametralmente opuestas a las reformas introducidas por la ley 23.515. En efecto, el artículo 81 de la ley 2393 establecía que el matrimonio válido se disolvía solamente por la muerte de uno de los cónyuges, y el artículo 31 de la ley 14.394 disponía que la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento autorizaba al otro cónyuge a contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el vínculo matrimonial al celebrarse las nupcias. En materia de divorcio, el artículo 64 de la ley 2393 establecía que el divorcio que el Código Civil autorizaba consistía únicamente en la separación de los esposos, sin que se disolviera el vínculo matrimonial.

[49] Pueden verse los desarrollos en SMITH, Juan Carlos: *Acerca del régimen internacional del divorcio*, "Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires", nº 800, p. 19.

1) Eficacia extraterritorial del divorcio vincular decretado en el extranjero.

En la actualidad, la consagración en el derecho argentino del divorcio vincular por la ley 23.515, de Reforma al Código Civil, implica una alteración sustancial.

El artículo 213 del Código Civil dice: "El vínculo matrimonial se disuelve:

"1) Por la muerte de uno de los esposos.

"2) Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento.

"3) Por sentencia de divorcio vincular".

Ahora bien, reaparece en el sistema de fuente interna una tercera causal derivada de la sentencia de divorcio vincular.

El artículo 164 establece que "la disolución del matrimonio se rige por la ley del último domicilio de los cónyuges...". Esto, en materia de ley aplicable.

En materia de jurisdicción internacional, resulta claro que se alude a las autoridades del Estado que tienen competencia para decretar el divorcio, sean religiosas, administrativas o judiciales.

En este aspecto, el artículo 227 de la ley 23.515, en el Capítulo XVI, titulado "De las acciones", dispone que "las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deben intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del demandado".

Esta disposición encuentra sus raíces en la interpretación que del derogado artículo 104 de la ley 2393 hiciera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Vlasov" [50].

Para conocer la calificación de domicilio efectivo hay que recurrir, dentro del sistema de Derecho Internacional Privado de fuente interna, a la definición contenida en el artículo 162, que lo describe como "el lugar en el que los cónyuges viven de consuno". De suerte que el juez competente para decretar el divorcio es a elección del actor:

1) El juez del último domicilio conyugal en el que los cónyuges vivieron de consuno, o bien

2) El juez del domicilio del demandado, que es el tribunal del domicilio actual del cónyuge demandado.

[50] De fecha 25 de marzo de 1960, publicado en "L.L.", t. 98, p. 287. El fallo estableció que en materia de jurisdicción internacional el domicilio conyugal se halla en el último lugar de convivencia de los cónyuges. Esta doctrina evitó que el marido eligiese la jurisdicción a su arbitrio mediante el empleo del artículo 90, inciso 9, del Código Civil, según el cual la esposa tenía el domicilio de su marido aunque se hallase en otro lugar con permiso suyo, y el artículo 53 de la ley 2393, que obligaba a la esposa a vivir con el cónyuge donde quiera que éste fijare el domicilio. Estos textos han sido derogados por la ley 23.515.

2) Eficacia extraterritorial de la separación personal decretada en el extranjero.

El artículo 164 del Código Civil dispone que "la separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 161".

Este último precepto, en su apartado segundo, establece que "el matrimonio celebrado en la República cuya separación personal haya sido legalmente decretada en el extranjero, podrá ser disuelto en el país en las condiciones establecidas en el artículo 216, aunque el divorcio vincular no fuere aceptado por la ley del Estado donde se decretó la separación. Para ello cualquiera de los cónyuges deberá presentar ante el juez de su actual domicilio la documentación debidamente legalizada". Para su adecuado examen, la disposición transcripta debe ser dividida en dos partes. Una primera parte referida a la hipótesis de separación personal de *matrimonios celebrados en la República Argentina o fuera de ella, que es regida por la ley del último domicilio conyugal*. La segunda parte se relaciona con *matrimonios que, celebrados, hubiesen solicitado y logrado la separación personal en el extranjero*. En este último supuesto, cualquiera de los cónyuges podrá —siempre que la separación personal haya sido legalmente decretada— solicitar la conversión en divorcio vincular, aun cuando esta última causal no fuera aceptada por la ley del Estado donde se decretó la separación. Esta explicación nos exime de mayores comentarios porque en el capítulo precedente nos explayamos sobre el tema.

b) Soluciones a nivel convencional en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940.

1) Tratado de Montevideo de 1889 [51].

El artículo 13 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 establece:

"La ley del domicilio matrimonial rige:

"*a*) la separación personal;

"*b*) la disolubilidad del matrimonio siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró".

2) Tratado de Montevideo de 1940.

El artículo 15 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 establece:

"La ley del domicilio conyugal rige:

"*a*) la separación conyugal;

[51] En vigor entre la Argentina, Bolivia, Colombia y Perú.

"*b*) la disolubilidad del matrimonio, pero su reconocimiento no será obligatorio para el Estado en donde el matrimonio se celebró si la causal de disolución invocada fue el divorcio y las leyes locales no la admiten como tal. En ningún caso, la celebración del subsiguiente matrimonio, realizado de acuerdo con las leyes de otro Estado, puede dar lugar al delito de bigamia".

La inflexibilidad de la norma quedó superada. Esta disposición implica que solamente el Estado donde el matrimonio se celebró podrá —no deberá— desconocer la disolución invocada. De manera que el divorcio decretado podrá no tener efectos solamente para el país del lugar de celebración del matrimonio, pero, sin lugar a dudas, tiene validez en los demás Estados ratificantes del Tratado.

En conclusión, diremos que el sistema de normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna y de fuente internacional argentino en materia de divorcio exhiben una coherencia y armonías deseables. Ello se profundiza si atendemos a las realizaciones de la ley 23.515 y al Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.

c) Jurisprudencia argentina.

Dividimos el examen de la jurisprudencia argentina en una primera sección dedicada a aquella que resulta de la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna. En esta sección nos ocuparemos de la jurisprudencia anterior y posterior a la sanción de la ley 23.515.

La segunda sección estará dirigida al análisis de los fallos recaídos dentro del ámbito de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940.

En ambos casos nos vimos exigidos a seleccionar algunos de los más importantes entre los numerosos fallos dictados sobre la materia.

1) La aplicación de las normas de fuente interna.

i) *Antes de la ley 23.515.*

El caso L. J.

La Cámara Civil 1ª de la Capital Federal, con fecha 20 de noviembre de 1942, estableció que "corresponde acordar el *exequatur* a la sentencia alemana de divorcio absoluto tramitado por poder, que disuelve el matrimonio celebrado en país que admite la disolución, si no surge de los autos que el último domicilio conyugal esté en la Argentina; y, contrariamente, de aquella sentencia se desprende que el marido se domiciliaría en Montevideo y la esposa en nuestro país" [52].

[52] "L.L.", t. 29, p. 308, fallo 14.761.

El caso AUBERT, LUIS FRANCISCO c/MARÍA LUISA HILERET DE AUBERT.

La Cámara Civil 2ª de la Capital Federal, el 5 de julio de 1940, sostuvo que "el divorcio obtenido en México, país que no era el del domicilio de los cónyuges, de un matrimonio celebrado en Francia, no habilita para contraer un nuevo matrimonio en la Argentina y, así, procede declarar nulo el celebrado en esas condiciones..." [53].

El caso ROJO DE LOO c/A. G. LOO.

La Cámara Civil 1ª de la Capital Federal, el 9 de octubre de 1933, estableció que "aun cuando el marido se haya ausentado del país, no acreditado el cambio de su domicilio, es competente para entender en el juicio por separación de bienes iniciado contra él por su mujer de quien se encuentra separado, el juez del último domicilio conyugal. El domicilio conyugal no es el del marido después del abandono, sino el que tenía el matrimonio antes de producirse la separación de hecho. La ley 2393, en su artículo 104, prescribe que las acciones de divorcio y nulidad de matrimonio deben intentarse en el domicilio de los cónyuges" [54].

El caso ROGGI DE ASQUIER c/F. ASQUIER.

La Cámara Civil 1ª de la Capital Federal, el 13 de diciembre de 1933, dijo: "Demostrado que los esposos establecieron su domicilio en Buenos Aires, son los jueces de esta ciudad los competentes para entender en el juicio de divorcio y separación de bienes entablado por la esposa contra el marido que se había ausentado para Francia, lugar de la celebración del matrimonio, pues esta ausencia no puede determinar el cambio de domicilio, cualquiera fuera la intención del esposo, por lo que subsiste el último domicilio conyugal" [55].

El caso B. G. V.

La Cámara Nacional en lo Civil, Sala C, con fecha 14 de diciembre de 1982, se expidió con relación a un matrimonio celebrado en la Argentina, que luego mudó su domicilio al extranjero. En el extranjero se divorcia vincularmente por mutuo acuerdo. Finalmente se solicita la inscripción de la sentencia extranjera como nota marginal en el Registro Civil. El tribunal dijo: "El orden público internacional no es un conjunto de disposiciones, sino de principios subyacentes y se manifiesta a través de las normas imperativas, que regulan intereses generales de la comunidad.

[53] "L.L.", t. 19, p. 245, fallo 9696.
[54] "Gaceta del Foro", t. 107, p. 299.
[55] "Gaceta del Foro", t. 107, p. 339.

"No cuadra examinar si los interesados hubieran logrado en nuestro país igual resolución favorable a su petición, sino si lo solicitado conculca los principios que contienen nuestras disposiciones en materia de familia (se ordenó inscribir en el Registro Civil una sentencia extranjera de divorcio con el alcance previsto por el artículo 64 de la ley 2393).

"Del artículo 67 bis de la ley 2393 se infiere que no es fundamental para nuestro orden público internacional que la separación de cuerpos y de bienes sea decretada en virtud de un hecho imputable a alguno de los cónyuges.

"Cualquiera fuese el criterio que se adoptase en el orden interno acerca del alcance del artículo 67 bis de la ley 2393 para tornar procedente el divorcio por esa vía, en cuanto a la exigencia o no de las causales del artículo 67 de la misma ley, lo cierto es que no cabe considerar que conculque nuestro orden público internacional la sentencia dictada por el juez competente extranjero sobre la base de las leyes del país respectivo que regulan la separación de cuerpos y de bienes por mutuo consentimiento de los cónyuges, mientras no se aparte de los principios consagrados por los artículos 7 y 64 de la Ley de Matrimonio Civil...

"En la doctrina del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras referentes al fin del matrimonio, se enseña que en un país divorcista se admite la conversión de una sentencia extranjera de separación en sentencia de divorcio vincular, así como a la inversa en un país antidivorcista se estila mantener una sentencia extranjera de divorcio vincular como sentencia de separación..." [56].

El caso Z. T. M. M. G. c/S., C. J. F.

La actora demandó la nulidad del matrimonio que celebró en Buenos Aires el 27 de enero de 1955 con C. J. F. S. Se funda en sostener que, al tiempo de dicha celebración e ignorándolo ella, por cuanto dijo ser soltero, el señor C. J. F. S. tenía impedimento de ligamen pues se había casado en Nueva York en 1942 con V. C. En carácter de tercero se presentó E. H. de N., quien agregó copia certificada de la sentencia de divorcio dictada en México en 1944 respecto del matrimonio de V. C. y C. J. F. S., y sostuvo que se acreditaba así un hecho extintivo de la acción.

La Corte Suprema de la Nación, con fecha 3 de noviembre de 1988, sostuvo en lo pertinente que "...el régimen de las causales de divorcio de nuestra legislación atañe al orden público interno, pero no puede condicionarse el reconocimiento de las sentencias extranjeras

[56] "L.L.", t. 1983-C, ps. 121 y 122, con comentario de Werner GOLDSCHMIDT: *De nuevo el artículo 67 bis de la ley 2393 y el orden público internacional.*

que han disuelto vínculos matrimoniales, a que haya una absoluta identidad entre las de ambos países, ni la legislación argentina puede erigirse en norma universal sobre el tema, pues basta sólo con que la causal admitida no sea contraria de alguna manera a las disposiciones constitucionales vigentes. Desde la incorporación del divorcio en los términos del artículo 67 bis a la Ley de Matrimonio Civil por la ley 17.711, mantenido por la ley del régimen del matrimonio en ciertos aspectos, se ha atenuado el ámbito de la prohibición que contenía dicha ley en sus orígenes en su artículo 70..." [57].

II) *Después de la ley 23.515.*

El caso V., N. M.

La Cámara Nacional en lo Civil, Sala B, sostuvo, el 4 de agosto de 1989, que "en lo concerniente a la ejecución de sentencias extranjeras es menester diferenciar los ordenamientos normativos que regulen por un lado la situación jurídica objeto de la decisión judicial y, por el otro, los efectos propios de dicho acto jurisdiccional.

"Tanto la normativa contenida en la derogada ley 2393 de Matrimonio Civil como la vigente ley 23.515 consagran a la *lex domicilii* como la llamada a regular la disolución del vínculo matrimonial contraído en la República (conf. arts. 7, 81 y 82 de la ley 2393 o aplicación analógica de los Tratados de Montevideo, y art. 164, ley 23.515). En materia matrimonial el orden público ha sufrido una gran variación, desde que el principio fundamental de la indisolubilidad del vínculo ha pasado ahora a ser el de la disolubilidad; ello lleva a que los jueces se ocupen de éste, no obstante haber sostenido lo contrario con anterioridad. Esto es consecuencia de la naturaleza de este instituto excepcional, absolutamente dependiente de la evolución en una sociedad, y por lo tanto variable; y es por esta variabilidad que su contenido debe analizarse ineludiblemente al momento de resolver la petición de que se trate y no conforme a los principios que nutrían el ordenamiento social al tiempo de sucederse los hechos relevantes del caso. Por ello, se sostiene que la actualidad del orden público es el resultado indefectible de su variabilidad; en consecuencia, no existe impedimento a la aplicación —en la especie— de la ley norteamericana, en tanto confiere efectos vinculares a la sentencia que se pretende reconocer" [58].

El caso SACCONE, ROMEO A. c/RODRÍGUEZ, ELISA.

En abril de 1990, el actor inicia acción contra la demandada narrando que estuvo casado muchos años con Lidia Yolanda Arro, de

[57] Rev. "J.A.", 22/2/89; "J.A.", t. I, p. 641; "Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", t. 311, ps. 2247 a 2263.

[58] Rev. "L.L.", 19/1/90.

quien se separó judicialmente en 1951 con los alcances previstos en la ley 2393.

En 1960 se inició la convivencia con la demandada, con quien tuvo una hija.

Ante la imposibilidad de celebrar matrimonio válido en nuestro país por la inexistencia de divorcio vincular por aquel entonces, contrajo nupcias con la demandada en Uruguay, conociendo ambos que ese acto carecía de efectos en la Argentina.

A mediados de 1965 cesó la convivencia con la demandada, quien se mudó a Santa Fe.

Después de más de veinticinco años de vivir separados, la Sra. Rodríguez le inició un juicio por alimentos, en el que fue condenado a pasar el 40 % de su magra jubilación y en el que no pudo discutir la nulidad ni la validez de la segunda unión.

Sostuvo la Suprema Corte de Justicia, Sala 1ª, de Mendoza, con fecha 5 de septiembre de 1994, que: "1. Si el hecho de la disolución en el extranjero de un matrimonio celebrado en la Argentina antes de la ley 23.515 no integró la litis, es válida la sentencia que resuelve que no puede declararse en nuestro país la ineficacia del segundo matrimonio celebrado en Uruguay en fraude a la ley argentina, si la cuestión fue planteada con posterioridad a que el primer matrimonio se disolvió en Argentina de conformidad con el trámite de conversión previsto en la mencionada ley.

"2. En materia matrimonial la vulneración al orden público interno debe valorarse al momento de resolver la petición de que se trate y no al tiempo de sucederse los hechos relevantes" [59].

Para comprender la decisión recaída debemos destacar que, como el propio tribunal lo reconoce, no integró la litis una cuestión relevante, cual era saber si existía una sentencia de divorcio dictada en Uruguay o si, por el contrario, las partes de ese proceso celebraron un nuevo matrimonio en ese país sin haber disuelto el primer vínculo en un país divorcista. Y tal vez de mayor importancia resulta cuando dice que "...es lamentable que la ley 23.515, al igual que la ley 14.394, cuando estableció el divorcio vincular en la Argentina, no haya introducido normas especiales de derecho transitorio, aumentando de ese modo la complejidad que el caso en sí mismo presenta".

2) La aplicación de las normas de fuente convencional.

El caso NATALE DE DEVOTO c/CARLOS DEVOTO.

La Cámara Civil 1ª de la Capital Federal sostuvo, con fecha 21 de julio de 1936, que, "tratándose de un matrimonio celebrado en Montevideo, el divorcio decretado allí es válido y no tiene en nuestro país la

[59] Rev. "J.A.", 8/2/95, nº 5919; "L.L.", t. 1995-I, ps. 492 a 498.

limitación del artículo 64 de la ley 2393 que establece que «el divorcio que este Código autoriza, consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo» [60].

El caso M. F. J. c/E. E. I. y otros.

La Cámara 2ª CC La Plata, Sala I, sostuvo con fecha 11 de junio de 1993: "...El matrimonio celebrado en el Uruguay carece de efectos en la República porque si bien las condiciones extrínsecas e intrínsecas se rigen por la ley del lugar de celebración, el mismo tiene efectos únicamente en Uruguay y Paraguay, que son los países que ratificaron el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, mas en modo alguno lo tiene en la Argentina, por hallarse viciado ese matrimonio por el impedimento dirimente del vínculo no disuelto legalmente" [61].

El caso Solá, Jorge Vicente s/sucesión "ab intestato".

La mujer que contrajo matrimonio con el causante en la República del Paraguay sin que se hubiera disuelto el celebrado anteriormente en nuestro país promovió juicio sucesorio.

La Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la resolución de primera instancia por la cual se le denegó legitimación para iniciar el referido juicio.

Ante este pronunciamiento, dicha parte dedujo recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja que finalmente fue declarada admisible, declarándose procedente el recurso extraordinario pues los agravios conducen a la interpretación de tratados internacionales —ley suprema de la Nación—, lo que suscita cuestión federal de trascendencia a los efectos de la habilitación de la vía.

En este sentido, entre los considerandos del fallo corresponde destacar en lo pertinente: "...Que, en efecto, la legitimación de la viuda para iniciar la sucesión depende de la celebración válida de su matrimonio con el causante y ésta, a su vez, se supedita a la disolución válida del primer matrimonio contraído por aquél en la República Argentina. En tales condiciones, resulta de aplicación el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, aprobado por el decreto-ley 7771/56, en el que las Repúblicas del Paraguay y Argentina son partes contratantes que, en su artículo 13, sujeta la validez del matrimonio a la ley del lugar en donde se celebre, y, a su vez, faculta a los Estados signatarios a no reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de alguno de los

[60] "L.L.", t. 3, p. 266.
[61] "L.L.B.A.", 1994, ps. 573 a 585.

impedimentos allí enumerados, entre ellos, el matrimonio anterior no disuelto legalmente (inciso *e*).

"Que al tiempo de la celebración en Paraguay del matrimonio de Jorge Vicente Solá con María Cristina Ferrari (3 de julio de 1980) la autoridad judicial argentina había dictado el divorcio del primer matrimonio del causante, en los términos del artículo 67 bis de la ley 2393. Ello significa que el derecho del domicilio conyugal no había disuelto el vínculo al tiempo de la celebración de la segunda unión. De la partida del segundo matrimonio acompañada en estos autos no surge si el señor Solá se declaró soltero o divorciado ante la autoridad habilitada para la celebración de los matrimonios en el Paraguay. Sea que en el país vecino se haya considerado, equivocadamente, que el llamado divorcio por la ley 2393 permita recuperar la aptitud nupcial o, lo que es más probable, se haya ignorado, por ocultamiento del contrayente, la existencia de un vínculo anterior no disuelto legalmente, lo cierto es que Paraguay tampoco admite la bigamia. Sin embargo, la validez de ese segundo matrimonio celebrado en el Paraguay no fue atacada en vida del causante y probablemente se ha consolidado, pues el derecho interno en cuyo seno se ha constituido la situación jurídica no admite —al igual que el derecho interno argentino— la acción de nulidad sino con limitaciones...

"Que en el *sub lite* lo que se trata de verificar según el Derecho Internacional Privado argentino es la satisfacción de los recaudos de validez de una situación creada en el extranjero y que es llamada a desplegar efectos en el foro. Este examen debe efectuarse según las disposiciones del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 que, en el caso de matrimonio celebrado en otro país contratante con impedimento de ligamen, no impone a los otros países contratantes la obligación internacional de desconocerle validez sino que deja librado al orden público internacional del Estado la decisión sobre la reacción que más convenga al espíritu de su legislación.

"Que el artículo 4 del Protocolo adicional al Tratado establece que «las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso. Ello significa que la Argentina puede desconocer o reconocer validez a la segunda unión, según los imperativos del orden público internacional del foro, y en ambos supuestos actuará en fiel cumplimiento del Tratado».

"Que en este orden de ideas, cabe señalar que el orden público internacional no es un concepto inmutable y definitivo sino esencialmente variable, pues expresa los principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una comunidad dada, y su contenido depende en gran medida de las opiniones y creencias que prevalecen en cada momento en un Estado determinado. De allí que la confrontación debe hacerse con un criterio de actualidad, noción que es ampliamente recibida en el derecho comparado...

"Que el principio de la disolubilidad del matrimonio civil por divorcio fue introducido jurisprudencialmente en «Fallos», 308:2268, y fue recogido por la reforma que la ley 23.515 introdujo en el derecho matrimonial positivo argentino. La citada ley adoptó nuevos criterios de valoración sustancial al admitir la disolución del vínculo por divorcio para los matrimonios, los procesos en trámite e incluso para las sentencias de separación pasadas en autoridad de cosa juzgada extranjeras y nacionales que puedan transformarse en sentencias de divorcio.

"Que esta modificación de los principios que informan la legislación matrimonial argentina es relevante para lo que se discute en autos pues, en virtud del criterio de actualidad del orden público internacional, el orden jurídico argentino carece de interés actual de reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero que es invocado en el foro en virtud de los derechos sucesorios reclamados por la cónyuge supérstite..." [62].

El caso G. G. C. c/P. C. S. y otros.

El causante, señor P. V. P., contrajo matrimonio el 27 de septiembre de 1949 en Barcelona, España, habiéndose decretado la separación perpetua de su mujer por adulterio del varón el 11 de marzo de 1964.

Por su parte, la actora C. G., de estado civil soltera, contrajo matrimonio con el causante, de estado civil divorciado, en la localidad de Villazón, República de Bolivia, el 13 de junio de 1973, habiéndose inscripto la respectiva partida en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, según lo dispuesto en la causa "García González, Carmen s/información sumaria".

La Cámara Nacional en lo Civil, Sala C, con fecha 11 de febrero de 1997, sostuvo: "1. Corresponde declarar la invalidez del matrimonio celebrado en Bolivia por la reclamante de la herencia con el causante por existir un matrimonio anterior de éste celebrado en España respecto del cual el Tribunal Eclesiástico dictó sentencia de separación, pues tal pronunciamiento no equivale a su disolución. Por lo tanto, los efectos del mismo no se ven modificados por invocarse la decisión en países que no se rigen por el derecho canónico, pues dicho tribunal no sólo tiene reconocida jurisdicción para decidir la separación del matrimonio, sino que los efectos de la sentencia dictada se encuentran regulados por la ley del lugar en que se dictó.

"2. Corresponde declarar la nulidad del matrimonio celebrado en Bolivia por la reclamante de la herencia y el causante por haber mediado impedimento de ligamen, si para obtener la habilidad nup-

[62] Corte Suprema de Justicia de la Nación, recurso de hecho, sentencia 794, XXIX.

cial en el país de celebración la legislación del mismo exigía que el causante hubiera disuelto el vínculo anterior del celebrado en España. Súmese a ello que tal matrimonio resulta inoponible en el país por quienes tenían aquí su domicilio por haber sido contraído de mala fe en fraude a la ley argentina, ya que a la fecha de la celebración de la unión en Bolivia se encontraba vigente la ley 2393 que, si bien establecía en su artículo 2 la *lex loci celebrationis* para verificar su validez, fijaba su límite en la aplicación de los impedimentos matrimoniales de orden público referidos en su artículo 9, entre los cuales se encontraba el impedimento de ligamen.

"3. Si desde el origen el matrimonio fue ineficaz por haberse celebrado con impedimento de ligamen, la sola reforma de las normas matrimoniales que contemplan el divorcio vincular no lo transforman en acto eficaz.

"4. Al ser nulo el matrimonio, la actora carece de derechos sucesorios en calidad de esposa del causante, por lo que corresponde rechazar la petición de la herencia intentada por ésta. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de ventilar por la vía pertinente las cuestiones relativas a los bienes respecto de los cuales se considere con derecho.

.....

"6. Corresponde tener por subsistente el matrimonio celebrado en España si no se acreditó que, conforme a las normas dictadas con posterioridad al divorcio decretado por los Tribunales Eclesiásticos sin efectos de disolución vincular, se hubiera dictado una sentencia que decidiera el divorcio con tales efectos (del dictamen del fiscal ante la Cámara)".

El examen efectuado nos permite marcar tres etapas en la evolución de la jurisprudencia argentina, que son:

1) *Primera etapa*: la interpretación jurisprudencial mostraba de forma consistente y uniforme una línea de rigidez en materia de divorcio vincular. Con tal propósito, en los fallos se acudía constantemente al arbitrio del orden público internacional y al fraude a la ley para impedir el reconocimiento de los divorcios decretados en el extranjero. La dureza se profundiza cuando se trata de la regulación del divorcio vincular obtenido en el extranjero de matrimonios celebrados en la República Argentina. Resulta indiferente si son de aplicación las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna o convencional. La jurisprudencia argentina, a pesar de la intensa polémica a nivel doctrinal, se mantuvo fiel a una posición rígida en la materia.

2) *Segunda etapa*: la línea de pensamiento de la jurisprudencia en una época cercana a la sanción de la ley 23.515 comenzó a exhibir algunas manifestaciones de cierta flexibilidad con relación a los divorcios extranjeros de matrimonios celebrados en nuestro país.

3) *Tercera etapa*: la jurisprudencia argentina actual, después de la sanción de la ley 23.515, se muestra todavía vacilante. En efecto, tal como lo revela la reseña efectuada, una corriente encabezada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene: "Que en este orden de ideas, cabe señalar que el orden público internacional no es un concepto inmutable y definitivo sino esencialmente variable, pues expresa los principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una comunidad dada, y su contenido depende en gran medida de las opiniones y creencias que prevalecen en cada momento en un estado determinado. De allí que la confrontación debe hacerse con un criterio de actualidad, noción que es ampliamente recibida en el derecho comparado... Que el principio de la disolubilidad del matrimonio civil por divorcio fue introducido jurisprudencialmente en «Fallos», 308:2268, y fue recogido por la reforma que la ley 23.515 introdujo en el derecho matrimonial positivo argentino. La citada ley adoptó nuevos criterios de valoración sustancial al admitir la disolución del vínculo por divorcio para los matrimonios, los procesos en trámite e incluso para las sentencias de separación pasadas en autoridad de cosa juzgada extranjeras y nacionales que puedan transformarse en sentencias de divorcio...".

En cambio, la Cámara Nacional en lo Civil expresó: "...Que corresponde tener por subsistente el matrimonio celebrado en España si no se acreditó que, conforme a las normas dictadas con posterioridad al divorcio decretado por los Tribunales Eclesiásticos sin efectos de disolución vincular, se hubiera dictado una sentencia que decidiera el divorcio con tales efectos (del dictamen del fiscal ante la Cámara)". O bien, cuando antes sostuvo similar postura que la sustentada en el último fallo, en la sentencia dictada por la Sala K de la Cámara Nacional en lo Civil con fecha 15 de diciembre de 1995 [63]. En este último decisorio el tribunal emplea una concepción distinta del orden público internacional, valorándolo al momento de la celebración del segundo matrimonio y no al momento del dictado de la sentencia. Se afirma que "...el matrimonio celebrado en fraude a la ley argentina es aquel que ha sido contraído en el extranjero por personas domiciliadas en la República, cuando subsistía —por lo menos para uno de los contrayentes— un matrimonio anterior no disuelto". "Los jueces están obligados a examinar la idoneidad de los matrimonios cuyos efectos se pretenden hacer valer en su jurisdicción, como consecuencia del elemental deber que les incumbe de impedir que el orden jurídico interno pueda resultar alterado por actos emanados de una autoridad extranjera" y "la

[63] El caso "P. D. s/sucesión", con comentario de Jorge Adolfo MAZZINGHI: *Ineficacia del título con que se pretende acreditar el matrimonio*, en "L.L.", t. 1996-B, ps. 171 a 177.

República Argentina no debe aceptar la extraterritorialidad de aquellos matrimonios que son válidos según las leyes del país en el cual se han celebrado, pero se oponen a sustanciales principios de orden público interno e internacional de nuestro derecho positivo".

El comentarista al fallo expresa su apoyo diciendo: "...Afortunadamente la interpretación judicial es capaz de corregir, aportando su criterio razonable, los errores de un texto sectario, cuyo alcance difiere del que sus autores quisieron, al parecer, asignarle". Para finalmente decir: "La fuerza de la razón, el sentido de la equidad, el respeto por el sistema jurídico vigente, han prevalecido en este caso por sobre las turbias corrientes que se concretaron en el lamentable fallo de la Corte en el caso Sejean («L.L.», t. 1986-E, p. 648) y que finalmente desembocaron en la ley 23.515...".

El panorama muestra cómo:

a) *La jurisprudencia argentina reitera el empleo del arbitrio del orden público internacional.* La corriente se endurece si se emplea una concepción histórica o la línea se ablanda si se acude a una concepción actual. El orden público internacional argentino, ante la introducción del divorcio vincular, ha sido profundamente modificado. El orden público internacional, por expresar los principios esenciales que sostienen la organización jurídica de una comunidad en un momento dado, es esencialmente variable. El principio de la disolubilidad del matrimonio civil por divorcio, que fue introducido jurisprudencialmente y luego recogido por la ley 23.515, integra en la actualidad el orden público internacional argentino.

b) *La jurisprudencia argentina se encuentra en la actualidad en pleno desarrollo, en pleno debate.* Ello es altamente auspicioso. Por cierto que las respuestas abiertas a los interrogantes, las posibilidades hacia la reflexión, las sanas vacilaciones de la interpretación doctrinal y jurisprudencial, quizá sean indicativas de que no estábamos tan errados cuando pensábamos que la incorporación del divorcio vincular en la legislación argentina no iba de forma alguna a apagar el debate doctrinal anterior, que "...continuará, y ello es auspicioso, pero ya aquellas polémicas encontradas se han colocado por obra del propio legislador en posiciones divergentes, pero una de ellas cuenta, ahora sí, con su inobjetable aval..." [64].

Para culminar este apartado y aliviar a nuestro lector, deseamos explicarle que nos detuvimos en el examen de la evolución jurisprudencial por considerarlo absolutamente necesario. En efecto, entendemos que el conocimiento de la práctica de los tribunales esclarece y completa el panorama actual del sistema de Derecho Internacional Privado argentino en materia de divorcio.

[64] Ponencia citada en anteriores notas.

4. Tendencias contemporáneas en los sistemas de Derecho Internacional Privado comparados.

En este apartado procederemos, aunque brevemente, como hicimos en capítulos anteriores a reseñar algunas de las soluciones contempladas por las normas de Derecho Internacional Privado de algunos de los más recientes sistemas de derecho comparado. Ellas son muy variadas:

La *Ley de Introducción al Código Civil alemán* de 1986 establece en el artículo 17, después de señalar que "solamente un tribunal puede decretar el divorcio", que "el divorcio se rige por la ley aplicable a los efectos generales del matrimonio al momento de la interposición de la demanda. Si dicha ley no permite el divorcio, se aplica la ley alemana si el actor es alemán al momento de la celebración del matrimonio o de la interposición de la demanda".

La *Ley de Quebec* de 1991, en el artículo 3090, dispone que "la separación de cuerpos se rige por la ley del domicilio conyugal o residencia habitual común; en su defecto, rige la ley del lugar de la última residencia común o la *lex fori*".

La *Ley italiana de Derecho Internacional Privado* de 1995 dedica dos artículos a la "separación de cuerpos y disolución del matrimonio"; el artículo 31, destinado a reglar la cuestión de la ley aplicable, y el artículo 32, que aborda la jurisdicción competente.

El artículo 31, apartado 1, dice: "La separación de cuerpos y la disolución del matrimonio se rigen por la ley nacional común de los esposos al momento de la demanda de separación o de disolución del matrimonio; en su defecto, se aplica la ley del Estado en el cual la vida conyugal resulta localizada de manera preponderante". El apartado 2 dispone: "Cuando en la ley extranjera que resulta aplicable, no estén previstos la separación de cuerpos y de disolución del matrimonio, tales supuestos se rigen por la ley italiana".

El artículo 32, dedicado a la "Jurisdicción en materia de nulidad, anulación, de separación de cuerpos y de disolución del matrimonio", establece: "En materia de nulidad y de anulación del matrimonio, de separación de cuerpos y de disolución del matrimonio, las autoridades italianas tienen jurisdicción cuando, además de los casos previstos uno de los cónyuges es de nacionalidad italiana, o si el matrimonio ha sido celebrado en Italia".

La *Ley de Derecho Internacional Privado venezolana* de 1998 establece: "El divorcio y la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio del cónyuge que intenta la demanda. El cambio de domicilio del cónyuge demandante sólo produce efectos después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado con el propósito de fijar en él la residencia habitual".

Finalmente, daremos una breve mirada a la evolución en materia de divorcio en el sistema de Derecho Internacional Privado norteamericano.

Desde ahora, conviene señalar que el criterio atributivo es el del domicilio.

En este sentido, el establecimiento del criterio del domicilio data de 1895, cuando se adopta en relación a un inglés casado con una francesa en Inglaterra [65]. La regla del domicilio en materia del derecho aplicable, al tiempo del *Restatement (First) of Conflict of Laws* en 1934, se encontraba establecida en la jurisprudencia. En realidad, con la excepción del personal militar, que en algunas legislaciones estaduales se admite la posibilidad de obtener el divorcio en el lugar en que se encuentra prestando servicios, es la regla dominante. Ahora bien, algunos de los Estados requiere, como en el caso de Arkansas, que la parte actora pruebe que uno de los esposos reside en el Estado por sesenta días antes del comienzo de la acción y por tres meses enteros antes de la finalización del juicio. Otros Estados, como Illinois, si bien obligan a tener residencia en el territorio estadual, no establecen un período determinado, como Nueva York, que requiere que uno de los cónyuges tenga la residencia dentro del Estado; como Indiana, que establece que uno de los cónyuges debe residir por dos años en el Estado, o bien, como Nevada, que solamente establece la necesidad de una cortísima estadía en el Estado dando lugar a la industria turística de los llamados *quicklie divorces*.

Sin embargo, parte de la doctrina norteamericana más autorizada lo cuestiona, por entender que esta regla del domicilio no responde en la actualidad a necesidades tales como la de preservar la soberanía estadual, la de promover la conveniencia de las partes y la de facilitar el acceso a la justicia. Así, pues, se cita, entre los numerosos casos, el de una mujer procedente de la República de Eslovenia que llega a los Estados Unidos con una visa por tres años con posibilidad de extenderla por igual período. A los pocos meses del arribo de la esposa, llegan a Ohio, Estados Unidos, el esposo y la hija. Diecinueve meses después de la llegada, la esposa inicia el divorcio ante la Corte de Ohio. El tribunal decidió denegar su jurisdicción, fundado en que la esposa no tenía domicilio en ese lugar, aun cuando ella trabajaba, alquilaba su departamento, había obtenido su licencia para conducir y pagaba sus impuestos [66].

[65] 1895 App. Cas. 517 (P.C.) (Appeal taken from Ceylon), Privy Council en "Le Mesurier v. Le Mesurier".

[66] Ver el excelente desarrollo del tema en WASSERMAN, Rhonda: *Divorce and Domicile: Time to Sever the Knot*", 39. Wm. and Mary. L. Rev. 1-1997.

5. Proyecto de Reforma de 1998/1999.

En materia de separación personal y divorcio, el Libro Octavo del Proyecto del Código Civil establece:

"*Art. 64. Separación personal y divorcio.* — La separación personal y el divorcio se rigen por la ley del último domicilio conyugal de los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59".

Como se advierte con la lectura de las normas transcriptas, el legislador en materia de divorcio reproduce las soluciones de la ley 23.515. Por ello quedamos eximidos, por considerarlo innecesario, de reiterar el pertinente análisis.

Nos reencontraremos en el próximo capítulo, para abordar el análisis de una de las más fascinantes y delicadas cuestiones de nuestra disciplina, la referida a la protección internacional de menores.

NORMAS APLICABLES

Relaciones	*Ley aplicable*
Acciones personales:	
Separación personal, divorcio. Disolución del matrimonio. Conversión en divorcio de la separación decretada en el extranjero.	Último domicilio conyugal: arts. 164 y 161, ley 23.515. Actual domicilio del cónyuge peticionante.
Validez:	
Intrínseca y extrínseca	Ley lugar de celebración: art. 159, ley 23.515.
Impedimentos dirimentes	Art. 166, ley 23.515: incs. 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, 8° y 9°.
Impedimentos impedientes	Art. 166, ley 23.515: incs. 5° y 7°. Art. 167.
Prueba del matrimonio	Ley lugar de celebración: art. 161.
Relaciones personales:	Domicilio efectivo (donde los cónyuges viven de consuno): art. 162, ley 23.515.
Alimentos	En su defecto, última residencia. Domicilio conyugal o domicilio del demandado. Si es más favorable al acreedor alimentario: art. 162.
Medidas urgentes	*Lex fori*.
Relaciones patrimoniales:	
Convenciones matrimoniales. Régimen patrimonial del matrimonio.	Primer domicilio conyugal: art. 163, ley 23.515.

CAPÍTULO V

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA MINORIDAD

1. Filiación. Calificaciones. Criterios atributivos de ley aplicable. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: normas de fuente interna y de fuente convencional. Doctrina. Jurisprudencia argentina. Reforma al Código Civil. Tendencias contemporáneas.

a) Introducción.

Es el propósito de este capítulo efectuar, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, el análisis de ciertas instituciones tradicionalmente denominadas como conexas al Derecho de Familia. Y en este terreno fecundo de investigaciones no podemos dejar de reconocer que el Derecho de Familia en el orden internacional lejos se encuentra de agotarse en el análisis jurídico e investigación en torno del matrimonio, sino todo lo contrario.

Al emprender la tarea advertimos que el campo jurídico a explorar, más allá de su delicadeza y complejidad, se caracteriza por la existencia de diversidad de soluciones desde la mirada de los ordenamientos jurídicos estaduales, por el empleo de la excepción del orden público internacional y por la aparición de distintas concepciones subyacentes en el tratamiento de las cuestiones.

El conflicto de civilizaciones, vaticinan, "...será el dominante, aunque no excluyente, del escenario mundial suplantando inclusive al ideológico". De tal modo que el eje principal de la política mundial será el de las relaciones entre civilizaciones, particularmente entre Occidente y lo que se denomina el "resto", tales como las culturas de Medio y Extremo Oriente y las africanas [1].

Ausente como está en nuestro ánimo el realizar generalizaciones tan rigurosas como la que antecede, diremos tan sólo que el mentado "conflicto de civilizaciones", si bien puede presentarse en múltiples

[1] HUNTINGTON, Samuel P.: *La tercera ola*, Ed. Acme, Argentina, 1994.

áreas de nuestra disciplina, parece reinar dentro del Derecho de Familia [2].

Por cierto, resultará ampliamente justificado detenernos en el tratamiento de esta temática si logramos, como nos proponemos, contribuir al conocimiento y comprensión del sistema argentino de Derecho Internacional Privado de fuente interna y convencional en la materia [3].

b) La filiación.

1) Calificaciones. Orden público internacional.

Puede observarse que el vocablo "filiación" encierra diversas significaciones.

En un primer aspecto, implica el vínculo biológico entre una persona y sus progenitores. En un segundo sentido, desde una noción jurídica, entraña la relación entre el hijo con sus padres, lo que supone el emplazamiento de una persona en un estado civil y el establecimiento de un conjunto de derechos y deberes que nacen en consecuencia.

Ahora bien, en este último aspecto conviene observar qué distinta puede ser la perspectiva si atendemos a la filiación derivada de la procreación o bien a la generada por adopción. La complejidad puede llegar a aumentar considerablemente cuando se abordan temas de alto contenido ético, como la denominada filiación asistida.

Cabe observar que esta diversidad, esta disparidad, tiene la virtualidad de provocar el enfrentamiento entre la ley extranjera llamada por la regla de conflicto del juez involucrando los principios

[2] Puede verse, además de la bibliografía citada en capítulos precedentes, de FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, el ensayo publicado sobre el tema denominado *El conflicto de civilizaciones. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*, Rev. "Plenario" de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 1997.

[3] Entre la numerosa bibliografía pueden consultarse los trabajos de CALDERÓN VICO DE DELLA SAVIA, Lilia María del Carmen: *La filiación en el Derecho Internacional Privado argentino*, Rev. "L.L.", 20/7/90; ANDORNO, Roberto: *Fecundación in vitro y valor de la vida humana*, Rev. "E.D.", 24/10/86, y *La procreación artificial: actual problemática jurídica en Francia*, Rev. "E.D.", 6/1/92; MAAS, Noel, y DANIELIAN, Miguel: *Prohibido experimentar con el hombre*, Rev. "E.D.", 23/10/86; ANDRUET, Armando: *La eticidad en las ciencias médicas en general y en la fecundación in vitro en particular*, Rev. "E.D.", 19/4/88 y 20/4/88; BARBERO, Omar U.: *Aspectos éticos de la biotecnología y manipulación de la vida humana*, Rev. "L.L.", 29/8/88; HOOFT, Pedro Federico: *Bioética y derecho*, Rev. "E.D.", 30/6/89; BORRILLO, Daniel: *La procreación artificial: su incidencia en el Derecho de Familia*, Rev. "Ideas en Ciencias Sociales", nº 10, Universidad de Belgrano, 1989, y RAFFO MAGNASCO, Osvaldo: *Técnicas genéticas de fecundación en las personas de existencia visible*, Rev. "Prudentia Iuris", diciembre de 1981, nº V, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

esenciales del orden público internacional. Quizás un claro ejemplo de las mentadas disparidades y la evidente delicadeza del tema lo ofrece la legislación de Francia. Así, el decreto 98-216 del 24 de marzo de 1998, sobre técnicas de diagnóstico preimplantatorio efectuado a partir de células sobre el embrión *in vitro*, reglamenta la legislación relativa a las denominadas técnicas de fecundación asistida, 94-254, sancionada en 1994. El texto normativo determina los casos en que podrá hacerse la investigación sobre embriones. Si bien se trata de casos excepcionales, como cuando alguno de los padres tenga una enfermedad genética transmisible e incurable, en que el objeto de la investigación debe ser exclusivamente la búsqueda de esa enfermedad y en su caso su cura, no es menos cierto que las consecuencias de ese diagnóstico implican la posibilidad de los padres de elegir los embriones a ser implantados y de descartar los enfermos. Recuérdese que la Corte de Casación francesa se expidió en la materia sosteniendo que el derecho al respeto de la vida desde la concepción no rige para los embriones no implantados [4].

Asimismo, la ausencia de uniformidad en los sistemas jurídicos comparados puede provocar la aparición del *conflicto de calificaciones*, ya que resulta hasta de toda obviedad destacar qué distinta puede ser la solución si se atiende a la calificación proporcionada por el Derecho Civil del juez que entiende en la causa, o bien si se atiende a la definición ofrecida por el derecho extranjero llamado por la norma de Derecho Internacional Privado.

2) Criterios atributivos de ley aplicable.

Encaminándonos hacia la cuestión central diremos que en esta materia se han presentado por lo menos tres criterios básicos atributivos de ley aplicable. El primer criterio, el personal, se bifurca en la adopción de la ley de la nacionalidad o de la ley del domicilio. Ahora bien, en uno u otro caso, el criterio personal permite la aplicación de la ley personal del padre o bien la ley personal del hijo. Otro criterio rector resulta de sujetar la filiación a la ley que rige la celebración del matrimonio. Finalmente, el criterio de la *lex fori* implica someter la filiación a la ley del tribunal interviniente.

Sin embargo, con acierto, un destacado jurista español resalta algunas de las tendencias recientes en las codificaciones de Derecho Internacional Privado. En este sentido, es cierto que asistimos a una tendencia encaminada a "sustituir la ley personal del padre por la ley personal del hijo", si bien, como en ocasiones, las diversidades en las concepciones subyacentes provocan que las normas estaduales no permitan garantizar debidamente que la ley del hijo o la de la madre favorezcan el establecimiento del vínculo de la filiación o respeten el

[4] "La Semaine Juridique", 6 de mayo de 1998.

principio de igualdad de todos los hijos en mayor medida que la ley del padre. Esta especial circunstancia, de imposibilitar la aplicación del *favor filii*, ha llevado a que "algunos ordenamientos jurídicos hayan dado un paso más allá al incorporar directamente a la norma de conflicto el resultado material que se pretende alcanzar". Ello, a través de puntos de conexión alternativos, hasta dejar en manos del juez la elección de la ley más favorable al hijo [5].

c) *Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: normas de fuente interna y de fuente convencional* [6].

1) Las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna.

El Derecho Internacional Privado de fuente interna no contiene normas que expresamente capten las cuestiones atinentes a la filiación con elementos extranjeros.

La ley 23.264, sancionada el 25 de septiembre de 1985, en el artículo 18 derogó los artículos 312 a 315 del Código Civil, sobre ley aplicable a la legitimación. Es cierto que no se trataba de normas de conflicto específicas dedicadas a la filiación. El artículo 21 de la ley, a su turno, establece que "siempre que en el Código Civil, leyes complementarias u otras disposiciones legales se aluda a los hijos naturales extramatrimoniales o ilegítimos en contraposición o para discriminar derechos o deberes respecto a los hijos legítimos, la situación de aquéllos deberá ser equiparada a la de éstos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 del Código Civil...". El artículo 2 de dicho texto legal establece que "la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones del Código Civil".

De manera que, según se extrae de las disposiciones reseñadas, el derecho sustancial argentino equipara los efectos de la filiación matrimonial, extramatrimonial y adoptiva.

[5] MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, p. 483, 10ª ed. revisada, Ed. Atlas, Madrid, 1987, y la bibliografía citada. Ver, en igual sentido, BOGGIANO, Antonio: *Curso de Derecho Internacional Privado* cit., ps. 399 y 400.

[6] Entre los numerosos trabajos realizados por la doctrina nacional y extranjera, se destaca por su excelencia el relato de MÁRQUEZ, Graciela M.: *La filiación en el Derecho Internacional Privado*, en *Derecho Internacional en los Congresos Ordinarios*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, ps. 71 a 86, Universidad Nacional de Córdoba, 1981.

2) La filiación y los Tratados sobre Derechos Humanos. La Constitución argentina.

El artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina, superando el debate doctrinal y jurisprudencial anterior a su sanción, consagra los principios de:

a) La superioridad jerárquica del tratado sobre la ley interna, y

b) el rango constitucional de ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Entre los instrumentos jurídicos mencionados expresamente por el texto constitucional precisamente figuran, entre otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la Convención sobre los Derechos del Niño, suscripta en la ciudad de Nueva York en noviembre de 1989.

La Convención Americana consagra en el artículo 17 la equiparación de derechos de los hijos matrimoniales y no matrimoniales. Así, establece: "La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".

Cabe recordar que en nuestro derecho, con anterioridad a la Constitución reformada en 1994, se planteó la cuestión acerca del carácter operativo o programático de la disposición que establece la aludida equiparación de los hijos en el Pacto de San José de Costa Rica.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "E. F. E. s/sucesión", siguiendo la doctrina marcada por el entonces procurador general de la Nación, doctor Juan Octavio Gauna, se inclinó por considerarla programática. En este fallo sostuvo la Corte [7] que "la atribución de derechos sucesorios derivados del fallecimiento del causante está referida al momento de apertura de la sucesión. Por ello, como la muerte, la apertura y la transmisión de la herencia se causa jurídicamente en el mismo instante (artículo 3282, Código Civil), la vocación hereditaria de sus sucesores queda fijada por la ley vigente al tiempo del deceso del *de cujus* (conf. Cámara Nacional Civil, Sala B, R. 21.974 del 22/5/86). La Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica (B. O. 27/3/84, ley 23.054), en su artículo 2 establece que si el ejercicio de los derechos y libertades garantizados en el artículo 1 no estuvieren ya protegidos por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos, pero la vigencia de ese Tratado internacional al tiempo del fallecimiento del causante no es motivo suficiente para pretender que los derechos sucesorios se rijan de un modo distinto, ya que ese ordenamiento legal no crea por sí mismo un nuevo sistema de transmisión *mortis causa* en

[7] Corte Suprema, fallo del 9/6/87, Rev. "E.D.", 4/11/87.

la República, sino que, únicamente, compromete la sanción de normas que se adapten a ese Tratado. La ley 23.264 no es retroactiva, y antes de ella tenía vigencia un régimen sucesorio que diferenciaba los derechos de los hijos matrimoniales de los extramatrimoniales". Sin embargo, nos es singularmente sensible estar en desacuerdo con la solución arribada, inclinándonos por entender que se trata de un precepto de neto corte operativo [8].

La Convención sobre los Derechos del Niño, además de los otros instrumentos jurídicos mencionados, pertenece al denominado por la doctrina bloque constitucional. Su regla de oro es la consagración y la tutela del interés superior del niño.

Por cierto que la incorporación de las convenciones de derechos humanos precedentemente mencionadas al derecho argentino, entre otras cuestiones, tiene suficiente virtualidad como para, por un lado, impedir la aplicación de la ley extranjera que llamada por la regla de conflicto contraríe los principios esenciales en ellas consagrados. Dicho de otro modo, resulta evidente la presencia del orden público internacional argentino. Y, por el otro lado, servir de marco normativo aplicable, de fundamento de derecho positivo directamente aplicable en las decisiones judiciales.

3) Las normas de Derecho Internacional Privado de fuente convencional.

Los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional, tanto de 1889 como de 1940, coinciden en señalar soluciones idénticas en los artículos 16, 17 y 18, y 20, 21 y 22, respectivamente.

Arts. 16 y 20: "La ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio".

Arts. 17 y 21: "Las cuestiones sobre legitimidad de la filiación, ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal al momento del nacimiento del hijo".

Arts. 18 y 22: "Los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima, se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos".

Las normas reseñadas captan tanto la filiación legítima como la ilegítima. Ello puede plantear la duda sobre si esta calificación ha quedado desplazada en el derecho argentino ante la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, como ninguno de los Tratados contiene una calificación autárquica de las denominadas filiación legítima e ilegítima, puede pensarse, como lo hace una autora argentina con acierto, que se produce una identi-

[8] Ver los trabajos publicados en "L.L.", t. 1987-C, ps. 645 y ss., y 974 y ss.; t. 1987-B, p. 1039.

ficación entre la filiación legítima y la filiación matrimonial y, por el otro lado, entre la filiación ilegítima y la filiación extramatrimonial. Ello se deduce por el empleo de los puntos de conexión elegidos por las disposiciones mencionadas, que se refieren al lugar de celebración del matrimonio y al domicilio conyugal [9].

La doctrina argentina se plantea:

a) Si corresponde recurrir a la aplicación extensiva de los Tratados de Derecho Civil de Montevideo sobre la materia, o bien

b) si no corresponde una aplicación analógica mecánica, sino, por el contrario, si resulta más plausible adecuar las normas a las realidades actuales y a las nuevas valoraciones materiales prevalecientes en el derecho de filiación. En materia de filiación matrimonial, esta doctrina preconiza la armonización entre el *favor matrimonii* y el *favor filiationis*. En caso de filiación extramatrimonial, la doctrina argentina más calificada postula la coordinación de los principios anteriormente señalados y la sujeción al derecho más favorable a su reconocimiento [10].

El caso SOLER, ADOLFO R.

"Establecido en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo que los derechos y obligaciones concernientes a la filiación natural y legítima se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos —artículo 18—, no procede la aceptación por parte de los tribunales argentinos de una declaratoria de filiación natural hecha en país extranjero (Paraguay) con referencia a una sucesión iniciada en nuestro país, lugar del último domicilio del causante, artículo 3284 del Código Civil, que correspondía al juez de la sucesión argentino conocer en las cuestiones relativas a los derechos pretendidos por el recurrente como hijo natural del causante" [11].

4) Armonización legislativa deseable.

El análisis realizado demuestra que en el derecho argentino existe cierta complicación en el área de las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna y no en las de fuente convencional.

Y bien, ante la laguna en las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna, participamos de la corriente interpretativa que entiende que para construir el sistema de Derecho Internacional Privado de fuente interna corresponde recurrir a los Tratados de Montevideo. Sin embargo, ante la jerarquía de los principios del *favor matrimonii* y *favor filiationis*, convendría la adaptación deseable en-

[9] Ver el trabajo de MÁRQUEZ cit. en nota 6, p. 77.
[10] BOGGIANO, Antonio: *Curso de Derecho Internacional Privado* cit., p. 402.
[11] "Gaceta del Foro", nº 3461, p. 84.

tre los instrumentos y estos principios que constituyen un elemento interpretativo inexorable que impregna la legislación argentina en la materia.

Si alguna duda quedara, diremos que nuestra perspectiva se orienta más hacia la flexibilización de las soluciones que hacia la aplicación ciega de algunos criterios atributivos en materia de ley aplicable. Esta línea resulta justificada por aspirar a la armonización entre las soluciones normativas y la concreción de caros objetivos de política legislativa. Concretamente, ante la mentada laguna o insuficiencia legislativa, propiciamos la posibilidad de recurrir a la aplicación directa de las convenciones de derechos humanos precedentemente analizadas.

5) La doctrina argentina.

Para la acabada comprensión del sistema de Derecho Internacional Privado argentino debemos detenernos en las opiniones vertidas por la más autorizada doctrina argentina. La Comisión nº 7, en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 1989, dedicada a la "Filiación de referencia biológica en el Derecho Internacional Privado", llegó, luego de un interesante debate, a las siguientes conclusiones. Aclaramos que el despacho de la mayoría con relación al tema de la ley aplicable fue el siguiente:

"*De lege ferenda*:

"II. Ley aplicable.

"1. La filiación matrimonial, si depende de la validez del matrimonio, se rige por el derecho que regula esta última. Las cuestiones ajenas a la validez del matrimonio se rigen por la ley del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo.

"2. El reconocimiento de la filiación extramatrimonial se rige por el régimen más favorable al vínculo, eligiendo entre los derechos de: *a*) el lugar de concepción en cuanto sea claramente determinable; *b*) el lugar de nacimiento, y *c*) el domicilio del posible progenitor en los momentos referidos.

"3. La indagación de la filiación de los expósitos se regula por la ley del lugar donde han sido expuestos.

"4. Los derechos y obligaciones correspondientes a la filiación extramatrimonial se rige por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos.

"III. En virtud del espíritu que inspira la ley 23.264, tanto la inseminación artificial como la fecundación *in vitro* y el desarrollo del embrión en el útero de la mujer distinta de la que aportó el óvulo, realizados en otros países, no conculca el orden público argentino".

Este último aspecto ameritó un dictamen en disidencia que denota la diversidad de criterios, cuando sostuvo que "...ante tales consideraciones no es dable aducir que el orden público, ya sea interno o

internacional, no se encuentra conculcado, por ser el derecho a la vida y dignidad del ser humano el bien jurídico protegido. Por el contrario, éste se encuentra ampliamente soslayado en cuanto viola los artículos 4 y 5 del Pacto de San José de Costa Rica y artículos 10, *in fine*, y 12, apartado 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" [12].

6) Proyecto de Reforma de 1998/1999.

El Proyecto presentado por la Comisión de 1993 no incorporó normas relacionadas con las cuestiones analizadas en este capítulo. Por el contrario, la Comisión encargada de la elaboración del Libro Octavo del Código Civil se dedicó a sistematizar las normas que regulan los casos con elementos extranjeros con una concepción abarcativa. Precisamente, a fin de cubrir el denominado vacío existente en materia de filiación se le dedica una expresa disposición.

"*Artículo 65. Filiación.* — El establecimiento, la determinación y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del Estado de la residencia habitual del hijo.

"La indagación de la filiación de los expósitos, se regulará por el derecho del lugar donde han sido expuestos".

De manera que, conforme surge del texto transcripto, las condiciones de la filiación se rigen por el derecho del Estado de la residencia habitual del hijo, siguiendo como fuente de inspiración las normas introducidas por la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, artículo 68. Asimismo, se establece que la indagación de la filiación de los expósitos se regirá por el derecho del lugar donde han sido expuestos. En el siguiente precepto, el artículo 66 legisla acerca del reconocimiento del hijo extramatrimonial.

"*Artículo 66. Reconocimiento del hijo extramatrimonial.* — Las condiciones para el reconocimiento del hijo extramatrimonial serán reguladas por la ley de la residencia del hijo al tiempo del nacimiento o, en el caso que sean más favorables, por la ley domiciliaria de la persona que efectúa el reconocimiento, al tiempo de efectuarlo.

"La capacidad del progenitor para realizar el reconocimiento será regulada por la ley de su domicilio.

"La forma del reconocimiento será regulada por la ley del Estado en el que se realiza, o por la que regula el fondo".

[12] El lector puede consultar las opiniones de parte de la doctrina argentina en la Revista "Temas de Derecho Privado" del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, que recoge lo tratado en las Mesas Redondas Preparatorias de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, tema: "La filiación de referencia biológica en el Derecho Internacional Privado" (relatores: doctores Alberto Juan Pardo, Antonio Boggiano y Ricardo Balestra), ps. 135 a 151, 1989.

Finalmente, el artículo 67 se ocupa de la regulación de la legitimación por subsiguiente matrimonio que queda sometida a la ley de la residencia habitual del hijo al tiempo de la celebración.

"*Artículo 67. Legitimación.* — La legitimación por subsiguiente matrimonio será regulada por el derecho de la residencia habitual del hijo al tiempo de la celebración".

Cabe observar que la introducción de la primera de las disposiciones transcriptas en el sistema de Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna puede contribuir a despejar las deficiencias de que adolece el Código Civil. Por cierto que el legislador se ha inclinado por seguir uno de los modelos existentes en la materia, por lo que en el apartado siguiente nos detendremos para darle una mirada abarcativa de las tendencias que se observan en el derecho extranjero.

Las normas sobre reconocimiento del hijo extramatrimonial, así como la capacidad del progenitor para realizarlo, son sometidas a la ley de la residencia del hijo al tiempo del nacimiento o, en su caso, a la ley del domicilio de quien lo efectúa si fuera más favorable al momento de la realización del acto.

Cabe señalar, para concluir este apartado, que este artículo y el dedicado a la regulación de la legitimación por subsiguiente matrimonio reconocen sus fuentes de inspiración en los modelos ofrecidos por la ley italiana de 1995 (arts. 35 y 36) y la ley suiza (arts. 72 y 82). El empleo de los criterios atributivos de ley aplicable en la materia, de la residencia habitual y del domicilio resulta una opción que juzgamos acertada por parte del legislador de la Reforma.

7) Tendencias contemporáneas.

En este apartado nos dedicaremos, en primer lugar, a mencionar brevemente algunos de los fallos más importantes de la jurisprudencia extranjera y, en segundo término, a comentar algunas de las soluciones que brindan las recientes realizaciones en materia de codificación de Derecho Internacional Privado. Empezaremos por algunas de las recientes decisiones en el derecho francés.

El caso RIVIÈRE.

La Corte de Casación francesa, en este fallo del 17 de abril de 1953, declaró que el divorcio de esposos de nacionalidades distintas se rige por la ley del domicilio común. En este caso, conviene recordar que el marido era español, la mujer francesa y el hijo francés. La Corte decidió la sumisión de negación de la paternidad a la ley del domicilio común de los esposos ante las nacionalidades diferentes de los cónyuges.

Esta decisión fue seguida por la Cámara de la Corte de París del 21 de junio de 1955, específicamente en materia de filiación. La

decisión fue criticada por la doctrina más autorizada por entender que la ley aplicable a la filiación legítima debe ser la ley nacional del hijo y no la ley que rige el vínculo matrimonial [13].

El caso MME. FABRE [14].

En este caso, la Corte de Casación francesa, con fecha 12 de mayo de 1987, confirmó la evolución del rol del orden público en materia de estatuto personal. Así, sostuvo que "el principio de legitimación por matrimonio de los hijos naturales, incluso de origen adulterino, traduce una concepción fundamental actual del derecho francés, arrastrando, por efecto del orden público, la prohibición de la ley extranjera que impide la legitimación de hijos adulterinos". En el caso se descartó la aplicación de la ley belga. En efecto, la excepción del orden público permitió al tribunal consagrar el derecho para todo niño de su legitimación por subsiguiente matrimonio, sin perjuicio del origen adulterino de su filiación. En este tema se sostuvo que resulta posible admitir la regla de actualidad del orden público para convalidar retroactivamente una situación originariamente nula conforme a la concepción histórica del orden público. Vemos cómo palpita en la decisión el *favor filiationis*.

La regla de conflicto de leyes en materia de establecimiento de la filiación privilegia la ley personal de la madre (art. 311-14, Código Civil). En efecto, a partir de la ley francesa del 3 de enero de 1972, el criterio consiste en sujetar la filiación a la ley personal de la madre en el momento del nacimiento del hijo y solamente si la madre no es conocida se estará a la ley personal del hijo. La Corte de Casación ha declarado en sentencias recientes que la ley extranjera que prohíbe el establecimiento de la filiación natural es contraria a la concepción francesa del orden público internacional. En las dos sentencias, una a propósito de la ley argelina y la otra de la ley tunecina, la Corte sostuvo que la ley extranjera no se aplicará cuando tenga por efecto privar a un niño francés o residente habitual en Francia del derecho de establecer su filiación natural [15].

[13] FRANCESCAKIS, P. H.: *Una extensión discutible de la jurisprudencia Rivière. La aplicación de la ley del domicilio común a la filiación legítima*, París, año 83, nº 2, abril-junio de 1956, p. 254, cita extraída de ROMERO DEL PRADO, Víctor, ob. cit., t. II, p. 378.

[14] "Journal du Droit International", enero-febrero-marzo, París, Éditions Techniques S.A., 1988; Cour de Cassation, 18/11/92, "Makhlouf c/Benali", "Revue Critique de Droit International Privé", t. 82, ps. 223 a 400, 1993, Ed. Sirey, París.

[15] BATIFFOL, H., y LAGARDE, P. L.: *Improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation*, Rev. "Critique", 1972, ps. 1 a 26; MONÉGER, Françoise: *Les musulmans devant le juge français*, "Journal du Droit International", Ed. Clunet, 1994, abril-junio, ps. 346 a 374.

El caso MLLE. CINAR [16].

Una joven soltera, llamada Cinar, de nacionalidad turca, tenía una carta de residencia desde hacía diez años en Francia. En 1994 llevó clandestinamente desde Turquía a un hijo de cuatro años. Mlle. Cinar solicitó la admisión de la residencia de su hijo en virtud del reagrupamiento familiar.

El prefecto le denegó el pedido, basándose en el texto del artículo 29, 1, 5, de la ordenanza de 1945, que establecía que el reagrupamiento debe ser solicitado ante las autoridades en el país de origen y que el niño había entrado ilegalmente en Francia, condenándolo a enviarlo a su país natal en el plazo de un mes.

El Consejo de Estado francés revocó la decisión por entender que contrariaba el interés superior del niño. En efecto, tomó en consideración acertadamente que el niño no conocía a su padre y no tenía parientes que pudieran mantenerlo en Turquía. Ante tal situación aplicó directamente la Convención sobre los Derechos del Niño.

El fallo se inclinó por la aplicación directa del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto establece que en todas las decisiones concernientes a los niños, tomadas por instituciones públicas o privadas, debe primar el interés superior del niño.

La decisión tomada resulta relevante, ya que, por un lado, deja sin efecto la línea jurisprudencial anterior de la Corte de Casación francesa, que desde 1993 sostuvo la tesis contraria. Asimismo, por el otro lado, la importancia revela el apartamiento de la jurisprudencia que impide que el reagrupamiento familiar sea solicitado en Francia.

El artículo 35 de la ley checoeslovaca de 1963 admite el reenvío de primer y segundo grado en materia de filiación si ello supone una "solución razonable y equitativa". El principio de *favor filii* palpita en el artículo 46 de la ley húngara de 1979, en el artículo 25 de la ley austríaca de 1978 y en el artículo 19 de la ley polaca de 1965, entre otras.

En el derecho español, el artículo 9, apartado 4, brinda la respuesta en la materia. Así dispone que "el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva... se regirán por la ley personal del hijo". En efecto, aludir al *carácter* de la filiación implica referirse a la distinción entre matrimonial y no matrimonial, distinción que opera para el establecimiento de diferentes cauces o determinación de la filiación por naturaleza, aunque —como destaca el autor que seguimos— una y otra produzcan iguales efectos jurídicos. El *contenido* es el conjunto de derechos derivados del *status filii* o los efectos jurídicos que la atribución de la filiación produce, tales como nombre, alimen-

[16] Consejo de Estado, 22/9/97, "Mlle. Cinar", "La Semaine Juridique", I-4-98, nº 14, II, 1052.

tos, derechos sucesorios, entre otros. De modo que la doctrina española más autorizada entiende que esta disposición suscita un problema interpretativo, ya que en la norma se tratan dos cuestiones particulares, pero no existe una regulación expresa de la más general e importante, como es la determinación de la filiación partiendo del hecho biológico de la procreación [17].

El *Código Civil yemenita* de 1992 establece en el artículo 27 que "las reglas de fondo en materia de administración legal, tutela, curatela y otras instituciones de protección de menores, incapaces y ausentes serán determinadas por la ley yemenita". De manera que el legislador yemenita opta por el criterio de la ley territorial, sin aditamentos.

La *Ley italiana de Derecho Internacional Privado* de 1995 dedica a la filiación el artículo 33. En el apartado 1 dice: "La filiación está determinada por la ley nacional del hijo al momento de su nacimiento". Estamos en presencia de la adopción del criterio personal del hijo. En el apartado 2 establece, a su turno, que "es legítimo el hijo considerado como tal por la ley del Estado del cual uno de los padres es nacional al momento del nacimiento del menor". En el texto se advierte la preocupación del legislador italiano por favorecer el establecimiento de la filiación legítima. Finalmente, en el último apartado dispone que "la ley nacional del hijo al momento del nacimiento rige los supuestos y los efectos de la determinación y del desconocimiento del estado de hijo. El estado de hijo legítimo adquirido en base a la ley nacional de uno de los padres, no puede ser impugnado sino conforme a tal ley". Este tema se completa con lo dispuesto por el artículo 37 sobre "jurisdicción en materia de filiación", que preceptúa que "en materia de filiación y de relaciones personales entre padres e hijos, las autoridades italianas tienen jurisdicción cuando, además de los casos previstos en los artículos 3 y 9, uno de los padres o el hijo tienen nacionalidad italiana, o residen en Italia".

La *Ley de Derecho Internacional Privado venezolana* de 1998, en el artículo 24 del Capítulo IV, "De la familia", prevé que "el establecimiento de la filiación, así como las relaciones entre padres e hijos, se rige por el derecho del domicilio del hijo". El criterio atributivo de ley aplicable en materia de filiación es el del domicilio del hijo.

En el próximo apartado, siguiendo con nuestro itinerario inicialmente marcado, nos dedicaremos al análisis de la delicada cuestión atinente al régimen internacional de la patria potestad y al sistema del Derecho Internacional Privado argentino en la materia.

[17] Ver el profundo desarrollo en GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., y otros: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial* cit., ps. 498 a 506.

2. Patria potestad. Noción. Criterios atributivos de ley aplicable. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: las normas de fuente interna. Reforma al Código Civil de 1998/1999. Las normas de fuente convencional. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. Jurisprudencia. Tendencias en los sistemas jurídicos comparados.

a) Patria potestad. Noción. Criterios atributivos de ley aplicable.

Este tema, por sus matices de relevancia y delicadeza, permite que nos detengamos para contemplarlo. Se trata de un campo del Derecho Internacional Privado que atiende a una institución como la patria potestad, que constituye el eje de las relaciones entre padres e hijos.

Por cierto que cuando se aborda esta materia, como en todo lo referido a la cuestión de la protección internacional de menores, advertimos que estamos en presencia de una cuestión donde se encuentran amalgamados los intereses públicos y privados. En efecto, estamos transitando un área donde resulta no solamente difícil sino hasta contraproducente asirse de la tan tradicional como ineficaz, si bien afortunadamente superada, división entre Derecho Público y Privado.

Empezamos por señalar que el contenido de la patria potestad está constituido por un conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres respecto de la persona y bienes de los hijos en relación con su tutela, cuidado y educación.

Al abordar esta cuestión, el primer planteo que ha de hacerse es el referido a la ley rectora del conjunto de derechos y deberes que nacen con motivo de las relaciones paterno-filiales.

Desde ya, resulta necesario señalar que la mayor parte de las legislaciones a nivel interno o convencional se deciden por el denominado estatuto personal.

Entre los criterios atributivos en la materia destacamos los dos que pueden ser calificados como extremos entre los varios que han sido llamados para regular la cuestión. Aquel que se inclina por la aceptación de una conexión personal, sea que el acento se ponga en la persona del hijo o bien en la persona del padre o madre o de los padres conjuntamente, que ejerzan la patria potestad. Este criterio admite, a su turno, el desdoblamiento en la aplicación de la ley de la nacionalidad o de la ley del domicilio.

Desde otra mirada, el legislador, dentro de un criterio territorial, puede sujetar la patria potestad a la ley del lugar donde se encuentren los bienes o a la ley del lugar de su ejercicio.

Ahora bien, dentro del primer criterio, si se opta por la ley personal, sea en su vertiente de la ley de la nacionalidad o de la del

domicilio o residencia habitual del hijo, no se plantea en principio ninguna complicación.

En cambio, estas complicaciones pueden aparecer si se elige entre la ley personal de uno de los padres en desmedro del otro. Esta situación puede dar lugar a ciertas críticas por resultar discriminatoria, sea que se elija uno u otro progenitor. Por cierto que esta decisión legislativa conspira contra el principio de la igualdad de sexos, que en la mayor parte de los sistemas jurídicos ha adquirido rango constitucional. Entre los argumentos a favor de la ley personal del hijo puede aducirse que, por un lado, pone el acento en quien constituye el centro de gravedad de la institución, que es el hijo, y, por el otro, tiene la ventaja de evitar las complicaciones cuando los padres tienen distintos domicilios o distintas nacionalidades.

En nuestra opinión, nos inclinamos por la ley personal, específicamente la ley del domicilio o residencia habitual del hijo. Ello por cuanto precisamente el centro de gravedad de la institución es el hijo. En este binomio de padres e hijos, en un lenguaje que puede claramente calificarse de savigniano, diremos que esa ley es la que mejor se compadece con la naturaleza y esencia de la relación paterno-filial.

Por tanto, en ese lugar es donde el hijo tiene su centro de vida, donde se encuentran sus afectos, donde se halla integrado. Se trata de un criterio que no solamente asegura la aplicación de la ley más ajustada al interés superior del niño, sino que, de aceptarse en materia jurisdiccional en virtud del principio de proximidad entre el magistrado y el hijo, garantiza convenientemente la tutela jurisdiccional más rápida y efectiva.

b) Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: las normas de fuente interna. Las normas de fuente convencional. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

El sistema de Derecho Internacional Privado argentino carece de normas específicas de fuente interna destinadas a la regulación internacional de la patria potestad.

Sin embargo, si se trata de la construcción del sistema de Derecho Internacional Privado argentino, no puede perderse de vista que el Código Civil, a partir de la reforma por la ley 23.264, ha introducido disposiciones como la del artículo 264, que asigna a la patria potestad una finalidad de protección y de formación de los hijos, desde la concepción en el seno materno hasta su mayoría de edad o emancipación, y el artículo 265, que privilegia la aplicación del derecho argentino si es más favorable al hijo.

Por ello, estas normas materiales, los principios en ellas reconocidos, pueden constituirse en una vía para contribuir a colmar la ausencia de normas expresas en el derecho de fuente interna.

Asimismo, transitando un camino distinto marcado por las fuentes convencionales, el intérprete puede compartir la línea de quienes consideran oportuno recurrir a la aplicación analógica de las soluciones incorporadas en las reglas de conflicto de los célebres Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 [18], o bien emplear la Convención sobre los Derechos del Niño que establece el deber de atender prioritariamente a los intereses superiores de aquél.

El último texto indicado, en sus artículos 3, 4, 24, incisos *a*, *b*, *c*, *d* y *e*, y 27, impone a los Estados Partes la obligación de asegurar la protección y el cuidado necesarios para el bienestar del menor, teniendo en cuenta en primer término la protección de la familia y los deberes de los padres, las instituciones asistenciales y demás personas responsables de los menores, quienes deberán adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias dentro del marco de cooperación internacional.

Dicho instrumento jurídico se refiere a la salud, al bienestar material y espiritual de los niños, a la asistencia a las madres antes y después del parto, y a todo lo relacionado con la obligación alimentaria. No obstante, cabe apuntar que, si bien reconoce que la regulación jurídica de la prestación alimentaria encuentra su ámbito más próximo en las relaciones familiares, la Convención admite que ella excede el marco de la patria potestad y la tutela, erigiéndose en una suerte de obligación autónoma de aquéllas.

Nos resulta grato compartir la opinión de la doctrina española más autorizada que, refiriéndose a la prestación alimentaria, acertadamente ha señalado: "...Inserta tradicionalmente en el Derecho de Familia, la función social que cumple en la protección de los indigentes hace que en muchos ordenamientos se haya producido su desplazamiento del ámbito familiar hacia concepciones humanitarias en que la principal obligada a proporcionar los alimentos es la sociedad y no las personas vinculadas por lazos de sangre con el acreedor alimentario..." [19].

Por cierto que conviene resaltar, aunque parezca de toda obviedad, que cuando aludimos a la prestación alimentaria no solamente nos estamos refiriendo a las relaciones patrimoniales sino a las relaciones personales. Asimismo, señalamos que en el ámbito universal, durante la década de los cincuenta, destaca la intensa labor codificadora de la Conferencia de La Haya, ya que la problemática de los alimentos ha sido objeto de una especial consideración.

Entre los instrumentos dedicados al tema se encuentran la Convención de las Naciones Unidas sobre Obtención de Alimentos en el

[18] GOLDSCHMIDT, Werner, ob. cit.

[19] PÉREZ VERA, Elisa: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, vol. II, p. 183, 4ª ed. revisada, 1993, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.

Extranjero (Nueva York, 1956), que fue ratificada por la República Argentina; la Convención de La Haya, sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias para Menores, del 24 de octubre de 1956; la Convención de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimentarias para Menores, del 15 de abril de 1958, y el Convenio de La Haya sobre Protección de Menores, de 1960 [20].

En el ámbito interamericano no se puede dejar de mencionar, aunque sucintamente, la obra codificadora de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado. En efecto, la Cuarta Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo en 1989, aprobó un instrumento jurídico internacional dedicado a regular la materia, como es la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.

Si bien es cierto que se trata de un texto normativo que aún no ha sido ratificado por la República Argentina, no obsta a que nos detengamos para conocer sus rasgos y lineamientos fundamentales.

Este Convenio tiene por objeto:

1) La determinación de la ley aplicable;

2) el establecimiento de la competencia en la esfera internacional, y

3) la regulación de la cooperación judicial internacional en materia de prestación alimentaria.

Resulta fácil advertir que abarca en un amplio espectro las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado.

En primer lugar, vemos que el Convenio dedica una norma directa específica a la calificación autárquica del menor. Así, dispone que se considerará menor a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años, si bien a renglón seguido establece que los beneficios de esta Convención se extenderán a quienes habiendo cumplido dicha edad puedan resultar acreedores de prestaciones alimentarias de conformidad a la legislación aplicable.

En segundo lugar, en materia de ley aplicable, si bien la Convención gira en torno del criterio de la ley del domicilio o de la residencia habitual, establece que la regulación concreta recaerá en aquella que, a juicio de la autoridad competente, resultara más favorable al interés del acreedor.

La ley aplicable podrá recaer en:

1) La ley del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor, o bien

[20] La República Argentina ha ratificado la Convención sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero por leyes 17.156 y 19.739. Puede verse entre la bibliografía el trabajo de UZAL, María Elsa: *La protección de menores en el Derecho Internacional Privado. Reflexiones en torno a la Convención de La Haya de 1960 sobre Protección de Menores*, Rev. "E.D.", 2/6/88.

2) la ley del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor.

Otra de las reglas introducidas que también merece destacarse es la del artículo 4, cuando establece que "toda persona, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación, tiene derecho a recibir alimentos".

Quizá sea oportuno afirmar que esta valiosa disposición está claramente encaminada a iluminar la interpretación, no solamente de la propia Convención sino de los derechos estaduales involucrados.

Ahora bien, retomando el rumbo anunciado hacia la construcción del sistema de Derecho Internacional Privado argentino, nos dedicaremos a las disposiciones insertas en los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940.

Estos Tratados, a diferencia de lo que ocurre en el nivel interno, contienen normas específicas referidas a la ley aplicable y a la jurisdicción competente en materia de patria potestad.

El artículo 14 del primer texto mencionado somete los derechos y deberes personales emergentes de la patria potestad a la ley del lugar en que se ejecuta. El artículo 15 contempla las relaciones patrimoniales derivadas de la patria potestad sujetándolas a la ley del lugar de situación de los bienes.

El Tratado de 1940 dedica dos disposiciones a la patria potestad, los artículos 18 y 19. El primer precepto establece que las relaciones personales se rigen por la ley del domicilio de quien la ejercita, y según el segundo, las relaciones patrimoniales derivadas de la patria potestad se encuentran sujetas a la ley del domicilio del progenitor que ejerce la patria potestad, en todo lo que sobre materia de estricto carácter real no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes.

Observamos que los Tratados contienen soluciones distintas en sus dos versiones: mientras el primero de los instrumentos jurídicos somete las relaciones personales derivadas de la patria potestad a la ley del lugar donde se ejecuta y las relaciones patrimoniales al lugar de situación de los bienes, el segundo Tratado sujeta las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la patria potestad a la ley del domicilio del progenitor que la ejerce. Así, pues, el segundo texto normativo introduce una alteración sustancial en el sentido de que somete la patria potestad a una única ley, la del domicilio.

Para completar el sistema conviene repasar la lectura de los artículos 24, 25 y 64 del Tratado de 1889, y 30 y 61 del Tratado de 1940.

Estos preceptos son similares y respectivamente disponen que "las medidas urgentes que conciernen al ejercicio de la patria potestad, se rigen por la ley del lugar en que residan los padres"; que "la

remuneración que las leyes acuerdan a los padres, y la forma de la misma, se rige y determina por la ley del Estado en el cual se ejerce la patria potestad", y que "los jueces del lugar de la residencia de las personas, son competentes para conocer de las medidas a que se refiere el artículo 24".

c) Jurisprudencia argentina.

El caso FERNÁNDEZ DE RODRÍGUEZ C/BLANCO DEL VALL [21].

La actora y su cónyuge estaban radicados en Chile, donde nació una hija y donde con posterioridad falleció el padre de la menor. El juez de dicho país designó tutora de la niña a la madre y guardador de la menor al señor Román Blanco. Radicadas en la Argentina la madre y la hija, el juez chileno exhorta al juez argentino pidiendo la entrega de la menor al guardador, quien había sido designado guardador definitivo por el tribunal chileno.

El juez exhortado decide no cumplir con la rogatoria sosteniendo que la madre y la menor se hallaban domiciliadas en la República Argentina y por lo tanto sometidas a la ley argentina. El principal argumento giró en torno de que la menor, como incapaz, tenía el domicilio de la madre que lo había cambiado a la Argentina, por lo que no podía entenderse que su propia incapacidad la imposibilitaba para cambiar o para extinguir el domicilio en el que fue diferida la tutela, y el mismo tutor lo había trasladado también a la República Argentina.

Se sostuvo que "radicada en la República Argentina una menor y su madre viuda, la que por sus leyes tiene la patria potestad, no procede la entrega de aquélla al guardador nombrado por un juez de la República de Chile, por más que en ésta hubiere muerto el padre".

El caso B. DE G. C/G., N. M. [22].

Se trata de un fallo de la Sala D de la Cámara Nacional en lo Civil de fecha 6 de noviembre de 1956.

El origen de la cuestión es el exhorto que librara el juez letrado de menores de Montevideo, Uruguay, en el juicio que la señora B. de G. iniciara contra su esposo para reclamar la guarda y restitución de la menor hija del matrimonio que había sido sacada del hogar por el padre y trasladada a Buenos Aires. El demandado se opone al curso de la rogatoria aduciendo que el domicilio conyugal en la República Argentina excluye la jurisdicción del tribunal uruguayo.

[21] "Gaceta del Foro", nº 2389, p. 169.

[22] Rev. "L.L.", t. 86, suplemento diario 25/4/57, fallo 40.358, con nota de Carlos Alberto LAZCANO: *Medidas urgentes sobre patria potestad en el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940.*

La norma aplicable rectora del caso es el Tratado de Montevideo de 1940. En este sentido, cabe señalar que el artículo 61 establece que "los jueces del lugar de la residencia de las personas son competentes para conocer de las medidas urgentes que conciernen a las relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y al de la tutela o curatela".

En el fallo se sostuvo que "...el reintegro de la menor al hogar es una medida de urgencia, regida, por lo tanto, según el precepto transcripto, por la ley de la residencia de la actora en la ciudad de Montevideo.

"De manera que, tratándose de medidas urgentes que conciernen a las relaciones de familia, carece de importancia el domicilio conyugal, pues lo que interesa es la «residencia de las personas».

"Que, de cualquier modo, el demandado ha reconocido que después de tres años de convivencia en Montevideo se trasladó a Buenos Aires, acompañado por la hija menor, dejando a la esposa en aquella capital, circunstancia que autoriza a afirmar que allí estaba el domicilio conyugal, o sea, el lugar donde los esposos viven de consuno (art. 8 del Tratado)".

La doctrina argentina más autorizada, comentando el fallo, sostuvo que "en la litis entablada en el Uruguay se reclaman la guarda y la restitución de una menor, sacada por el padre del hogar en Montevideo y trasladada a Buenos Aires, y no se ha discutido la residencia de la actora en la capital vecina. En el supuesto de que el artículo 61 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo hubiera previsto la residencia conjunta de los padres y no los casos en que residen en lugares distintos, la competencia del juez exhortante resultaría de estar en su jurisdicción la última residencia de los progenitores... En un conflicto de intereses entre un guardador que tenía la guarda efectiva y aquel que pretende modificar la situación existente por su propia determinación, la solución no es dudosa por más que en cada residencia de los padres pueda invocarse jurisdicción internacional. Lo que ya ha comenzado a funcionar, con derecho a hacerlo, debe prevalecer sobre la otra, pues, de lo contrario, en hipótesis como la contemplada, fallaría por su base la posibilidad de asistencia judicial y la patria potestad en materia de medidas urgentes caería en el caos" [23].

El caso S. M., M. R. c/A., P. C. [24].

En este caso, la actora promueve incidente por reintegro de sus hijos menores y por fijación de un régimen de visitas. La parte deman-

[23] Véase, además del autor citado en nota anterior, a ROMERO DEL PRADO, Víctor: *Derecho Internacional Privado* cit., t. II, ps. 343 a 351.

[24] "L.L.", t. 1998-D, ps. 144 a 149.

dada opuso excepciones de incompetencia y litispendencia. La primera, señalando que el actor aceptó voluntariamente la intervención de la jurisdicción uruguaya en materia de tenencia y régimen de vistas de los menores firmando el acuerdo. Adujo que este pacto que fuera homologado judicialmente le permitió ejercer su derecho de efectuar los reclamos que entendía pertinentes, lo que dio lugar a la resolución del 16 de mayo de 1988 que estableció el respectivo régimen de visitas.

Asimismo, la demandada alega que ella vive con los menores en la República Oriental del Uruguay y desde hace más de seis años tienen constituido el domicilio, donde conformaron su grupo de pertenencia, donde se encuentra la escuela, donde los niños tienen sus amigos y donde realizan todo tipo de actividades acordes con su edad. Se funda en lo establecido en los artículos 61 y 64 de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, respectivamente, acerca de la competencia de los jueces del lugar de la residencia de las personas para conocer de las medidas urgentes, relativas a las relaciones personales entre cónyuges concernientes al ejercicio de la patria potestad y al de la tutela y curatela. Asimismo, menciona en apoyo de su posición lo establecido en los artículos 14 y 18 de los mismos cuerpos normativos nombrados.

En lo que atañe a la excepción de litispendencia, destaca que existe un proceso pendiente entre las mismas partes, en virtud de la misma causa y por el mismo objeto, cumpliéndose los requisitos fundamentales de defensa. Aclara que opone esta excepción y no la de cosa juzgada por cuanto por su propia naturaleza lo decidido en materia de tenencia y régimen de visitas puede ser objeto de revisión por la jurisdicción correspondiente.

La Cámara Nacional en lo Civil, Sala I, con fecha 26 de diciembre de 1997, en un fallo que transcribimos sostuvo la siguiente doctrina:

"1) La jurisdicción internacional es el poder que tiene un país derivado de su soberanía para resolver un caso de Derecho Privado con elementos extranjeros, o un caso mixto con el cual el Estado que se atribuye aquélla considera que tiene un relación relevante a esos efectos.

"2) La determinación de la jurisdicción internacional exige prudencia para evitar la posible asunción de la misma sobre bases endebles y para no prescindir del eventual examen de aquélla que pudiera reclamar el Estado requerido, a fin de no dejar de lado el principio de efectividad, clave en la resolución de casos de Derecho Internacional Privado.

"3) Para determinar el tribunal competente —a fin de resolver el régimen de visitas del menor cuyos padres separados de hecho residen en distintos Estados—, el derecho de visita de los hijos no debe considerarse como un efecto del divorcio, si bien las leyes, en general, lo abordan así al reglar el contenido de la sentencia que se dicta en tal

proceso, sino que debe encuadrarse dentro de su sede natural, que es la patria potestad.

"4) El régimen de visitas no debe ser considerado como una cuestión consustancial con el juicio de separación o divorcio, pues sólo constituye una eventual repercusión del aflojamiento o de la disolución del vínculo sobre otras relaciones jurídicas. Por tanto, el Estado con jurisdicción internacional sobre el divorcio no está dotado, por esa sola razón, de jurisdicción internacional para entender en tal incidente, salvo que esa jurisdicción le corresponda por otras circunstancias y con fundamento en las normas de Derecho Internacional Privado.

"5) La patria potestad se rige por la ley del lugar de su ejercicio. Tal lugar es la residencia habitual del hijo, pues no puede ejercerse aquel poder sino en el lugar en donde se encuentra la persona sujeta a la patria potestad. Por tanto, el domicilio de quienes la ejercen está en el lugar de su representación.

"6) El lugar de representación de la patria potestad es el lugar donde está el juez que discierne la tutela o la curatela, que vigila la representación, es la sede del ministerio pupilar. Este criterio sólo sirve de guía para una tutela o curatela discernida, pero no en el caso de padres separados de hecho que viven en distintos Estados, donde no es posible determinar *a priori* si debe considerarse al hijo domiciliado en el país del padre o el de la madre o en ambos, en tanto la patria potestad le corresponde a los dos.

"7) A los efectos de determinar el juez competente para entender en el incidente de régimen de visitas del menor cuyos padres separados de hecho se domicilian en distintos Estados, la postura que considera que la jurisdicción internacional corresponde al lugar de residencia habitual de aquél privilegia la actuación del juez de la comunidad en el cual ese menor tiene su centro de vida. Así, la proximidad entre el magistrado y éste asegura la tutela jurisdiccional más rápida y efectiva, cumpliendo así con el principio de efectividad.

"8) El interés superior del niño debe considerarse no sólo respecto de las soluciones que atañen al fondo de la cuestión —en el caso, determinación del régimen de visitas— sino también en lo atinente a la determinación del juez competente en el orden internacional, pues una de las maneras de protegerlo es mediante la tutela jurisdiccional. Ello permite apartarse de las reglas generales de la competencia para defender el interés derivado del derecho de familia ante el juez de su propio domicilio.

"9) A los efectos de determinar el tribunal competente, para resolver el incidente de régimen de visitas del menor cuyos padres residen en distintos Estados, el juez de la residencia habitual del niño es quien puede satisfacer de mejor modo el derecho de aquél a ser escuchado en todo proceso judicial que lo afecte y de expresar su opinión libremente en función de su edad y madurez.

"10) A los efectos de determinar la jurisdicción competente para resolver el incidente de régimen de visitas del menor cuyos padres residen en distintos Estados —en el caso, Uruguay y Argentina—, más allá de las disposiciones que contemplan la jurisdicción internacional en materia de patria potestad y los derechos y deberes personales que de ella derivan, debe considerarse el principio contenido en el artículo 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.

"11) Conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, debe atenderse prioritariamente a los intereses superiores de aquél. Así, a los efectos de resolver el incidente de régimen de visitas del menor cuyos padres separados de hecho residen en distintos Estados, la tutela de su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular —art. 9.3, Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional según lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional— debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial. Ello así, pues ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de aquél tiene prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda concurrir en el caso. Por tanto, toda decisión debe estar inspirada en la que resulte más conveniente para su protección.

"12) La determinación de la competencia del juez del lugar de residencia habitual del menor a los efectos de determinar su régimen de visitas no implica denegación de justicia para el padre que vive en otro Estado, pues debe atenderse a las circunstancias de tiempo, lugar y personas del caso, más allá de las dificultades materiales que pueda significar a éste acudir ante tal juez. Ello, pues tales dificultades deben ceder ante el interés superior del niño".

Ahora bien, la exposición y el análisis de la decisión nos conducen a realizar las siguientes reflexiones.

En primer término, la sentencia se hace cargo de priorizar el verdadero destinatario de la patria potestad, que es el hijo y no los padres. Resulta notable cómo la sentencia determina el desplazamiento desde el domicilio hacia la residencia habitual, vale decir, hacia el centro de vida del menor. Centrar la cuestión en el hijo y no en los padres pone de relieve el criterio que mejor satisface el mentado interés superior del niño.

En segundo lugar, la decisión reseñada desvincula acertadamente las relaciones derivadas de la patria potestad del divorcio, contribuyendo al fortalecimiento de la endeble situación de quienes, no habiendo participado en su acaecimiento, son quienes más lo padecen.

d) Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998/1999.

El legislador introduce en el sistema de Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna una disposición específica dedica-

da a la reglamentación de las relaciones entre padres e hijos. Por esta única condición podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que se trata de una alteración sustancial en la materia. Dentro del Capítulo IV, una disposición regula las relaciones entre padres e hijos sometiéndolas a la ley de la residencia habitual del hijo. Así, pues, se establece:

"*Art. 68. Relaciones entre padres e hijos.* — Las relaciones personales y patrimoniales entre padres e hijos se rigen por la ley del Estado de la residencia habitual del hijo".

Con relación a esta disposición, nos permitimos reflexionar, por un lado, que esta inclusión resulta sencillamente necesaria ante el vacío legislativo existente en este nivel normativo, y por el otro, estamos de acuerdo en cuanto ella centra en la persona del hijo la regulación. En efecto, esta solución se alinea en la senda marcada por importantes realizaciones ya consagradas en el sistema jurídico comparado, tanto de fuente interna como convencional.

A nuestro juicio, la opción del legislador argentino resulta acertada, porque, dentro de las posibles, es una de las que mejor se ajusta a los requerimientos exigidos por la delicada naturaleza de esta peculiar relación jurídica internacional.

e) Tendencias de los sistemas jurídicos comparados.

En el derecho español la patria potestad se encuentra reglada en el Título VII del Libro I del Código Civil. El artículo 9, inciso 4, es el que regula las relaciones paterno-filiales, si bien no menciona expresamente a la patria potestad. A partir de las reformas posconstitucionales, según la doctrina que seguimos, se ha producido un avance en el tratamiento de las relaciones paterno-filiales. Así:

1) Ejercicio conjunto por ambos progenitores (arts. 154 y 156, Código Civil);

2) ejercicio siempre en beneficio de los hijos (art. 154, párrafo segundo);

3) equiparación en el tratamiento entre las filiaciones por naturaleza y la adopción;

4) protección y control judicial permanente (arts. 156 a 161 del mencionado texto normativo), y

5) incluso en los supuestos de no ejercicio de la patria potestad, los padres tienen derecho a relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o por mandato judicial.

En el derecho español, desde la entrada en vigor de la ley 21/1987 sobre adopción, que le dio una nueva redacción al artículo 9, no es necesario acudir, para la aplicación del principio del *favor filii*, a la labor interpretativa para evitar el tratamiento discriminatorio de la mujer. En efecto, en la actualidad se encuentra expresamente atendi-

do el interés superior del menor en consonancia con los principios constitucionalmente establecidos en los artículos 14, 32 y 39.

La mentada disposición establece, al igual que en materia de filiación, que las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley personal del hijo.

En lo que atañe a la competencia judicial internacional de esta cuestión, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 establece la competencia de los juzgados y tribunales españoles en materia de relaciones paterno-filiales cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda, o el actor sea español o resida habitualmente en España, cuando se trate de medidas de protección de la persona o de los bienes de menores incapacitados que tengan su residencia habitual en España, y cuando se trate de adoptar medidas provisionales respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España [25].

La *Ley italiana de Derecho Internacional Privado* de 1995 regla la cuestión concerniente a las relaciones entre padres e hijos en el artículo 36. Dispone dicho precepto que "las relaciones personales y patrimoniales entre padres e hijos, inclusive la potestad de los padres, se rigen por la ley nacional del hijo".

La *Ley venezolana de Derecho Internacional Privado* de 1998 establece en el artículo 24 que "el establecimiento de la filiación, así como las relaciones entre padres e hijos, se rigen por el derecho del domicilio del hijo".

Como última reflexión, surgida del breve análisis realizado de los sistemas jurídicos contemporáneos, conviene resaltar que la tendencia actual, que cuenta con apoyo doctrinal, jurisprudencial y legislativo, se encamina hacia la consolidación del criterio que centra en la persona del hijo la determinación de la ley aplicable.

En el siguiente apartado nos dedicaremos al estudio de la delicada materia de la adopción internacional desde la mirada del Derecho Internacional Privado.

[25] Ver el desarrollo exhaustivo del tema en PÉREZ VERA, Elisa: *Derecho Internacional Privado*... cit., vol. II, p. 167.

3. La adopción internacional. Aceptación o rechazo de la institución. Determinación del régimen aplicable. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: normas de fuente interna. Antecedentes doctrinales y legislativos en el derecho argentino: Código Civil. Ley 13.252. Ley 19.134. Régimen actual en las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna: ley 24.479. Críticas. Reforma del Código Civil de 1998/1999. El nivel convencional en las obras codificadoras en el continente americano y en el nivel universal. La CIDIP III y la Convención de La Haya de 1993. Doctrina y jurisprudencia. Tendencias de los sistemas jurídicos comparados.

a) La adopción. Noción. Calificaciones.

Cuando se aborda el tema de la adopción internacional conviene reconocer que entramos en el área de una institución que no resulta fácil tratar por la existencia de marcadas diferencias entre los diversos sistemas jurídicos en juego. Por ello, reviste especial interés emprender nuestro camino intentando construir la noción de la adopción internacional.

Una primera mirada nos conduce a entender que una adopción es internacional cuando en su conformación o en su desarrollo aparecen elementos extranjeros.

Pero, a poco de andar, con cierto desaliento observamos que no resulta tarea fácil la búsqueda de una noción universalmente válida de adopción internacional. En efecto, los elementos de internacionalidad que pueden ser considerados relevantes difieren en los distintos ordenamientos jurídicos. La dificultad puede aumentar cuando se advierte que la adopción internacional puede ser mirada por algunos sistemas jurídicos como una institución poco confiable, como ocurre con la mayor parte de los países del continente americano, o bien la dificultad puede aparecer como insuperable cuando ciertos ordenamientos jurídicos llegan a ignorar o a rechazar la institución.

Conviene resaltar que la particularidad más importante en lo que concierne a la institución resulta, ya no de la amplitud con que ella sea reconocida, sino de la situación provocada por los sistemas musulmanes que desconocen la institución de la adopción. Sin embargo, cabe añadir que, no obstante, admiten una institución protectora de la niñez como la *kafala*, que no implica el establecimiento de lazos de filiación [26], con

[26] Esta situación se da en la mayoría de los países islámicos, con la excepción de Túnez, porque el Corán rechaza expresamente la filiación adoptiva. La adopción se encuentra expresamente prohibida, si bien existe la "kafala", que consiste en la obligación asumida por una persona de hacerse cargo de un niño sin que se cree un lazo de filiación.

excepción del Líbano y de Túnez, que ofrecen niños en adopción debido a la importancia de la población cristiana.

Esta delicada cuestión parece enfrentarse con temas de la teoría general del Derecho Internacional Privado, como son, entre otros, el conflicto de calificaciones, el problema del orden público internacional y el mentado conflicto de civilizaciones.

Si bien la tarea no resulta sencilla y sin dejar de reconocer los riesgos que encierra, convendremos en que la adopción es internacional cuando la relación contiene en su conformación o en su desenvolvimiento elementos extranjeros, ostensibles u ocultos, que son relevantes para determinado o determinados ordenamientos jurídicos.

En este sentido, la relevancia puede recaer en la diferente nacionalidad entre el adoptado y el o los adoptantes, o bien en el distinto domicilio o la residencia habitual del adoptado por una parte, y, por otra, del o de los adoptantes.

A nuestro juicio, desde la perspectiva del derecho argentino, podemos calificar como internacional una adopción cuando los domicilios del futuro adoptado por una parte y el domicilio del o de los futuros adoptantes por el otro, se encuentran localizados en Estados distintos. De manera que resulta irrelevante la nacionalidad tanto del menor cuanto de los futuros adoptantes.

b) Aceptación o rechazo de la institución.

En el contexto internacional contemporáneo, por razones de diversa índole, tal como si se tratara de un mercado, parecen enfrentarse los países importadores que propician la adopción internacional de menores con los países exportadores que la miran con resquemor. La realidad demuestra que los niños provenientes de países subdesarrollados son frecuentemente contemplados a los fines de la adopción por padres radicados en los países industrializados. Así, pues, cabe observar que la mitad de la población de América Latina es menor de edad y que debido al debilitamiento de la organización familiar por razones socioeconómicas existe un gran número de niños desamparados y abandonados. Por el otro, en la gran mayoría de los mentados países importadores existe una bajísima tasa de natalidad, lo que configura una pirámide demográfica que carece de población joven. Entre las causas que han determinado que se realizasen, tras la segunda guerra mundial, muchas adopciones internacionales se halla el número de niños huérfanos y abandonados que provocó el conflicto bélico. Entre las causas que han favorecido el aumento de este tipo de adopciones, según lo señalan las investigaciones realizadas en ese campo, se destacan:

1) La disminución del niños susceptibles de ser adoptados, debido al empleo de métodos anticonceptivos, al aborto, a la mayor esteri-

lidad en las parejas, a la aceptación de las madres solteras y a la ayuda ofrecida por los gobiernos a las familias [27];

2) actitudes humanitarias ante los problemas de la infancia abandonada y de solidaridad ante las catástrofes y conflictos mundiales;

3) algunas de las causas que se señalan, que a nuestro modo de ver se encuentran alejadas del espíritu altruista que encierra la adopción de menores, están constituidas por un particular deseo de concretar una atracción con un determinado país, entre otros motivos.

Esta circunstancia ha determinado que la adopción internacional se presente como un fenómeno que tiende a aumentar en los países occidentales, lo que ha acrecentado el interés de los legisladores por su tratamiento, como veremos en la Ley alemana de Reforma del Derecho Internacional Privado de 1986, en la Ley suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, en la Ley española de Reforma de 1987, en la Ley de Derecho Internacional Privado italiana de 1995, entre otras.

Desde ya aclaramos que en este trabajo, aunque ciertamente no nos convence totalmente, empleamos la fórmula del país de origen y del país de recepción del menor.

Esta delicada cuestión plantea un dilema en torno de la aceptación o el rechazo de la institución. Tanto los defensores como los detractores cuentan con argumentos importantes.

En una primera posición se dice que la adopción internacional de un niño proveniente de un país subdesarrollado lo beneficia porque le otorga una mejor oportunidad y calidad de vida.

Desde la otra mirada se cree que la adopción internacional provoca en el niño un profundo desarraigo cuando es trasladado desde y hacia un ámbito social distinto, imposibilita la formación de su identidad y, lo que es más grave, contribuye al tráfico de menores.

Si bien advertimos que las desafortunadas experiencias vividas en los países latinoamericanos parecen reforzar la posición de rechazo de la institución, nos inclinamos por seguir la línea de quienes la aceptan. Pero, como no creemos ser ingenuos, entendemos que los derechos estaduales deben tomar ciertos recaudos para evitar futuras decepciones. Entre ellos mencionamos solamente dos: la necesidad de prohibir la actuación de los intermediarios en cualquier etapa de la adopción y la restricción de la salida de los niños del país sin sus progenitores, salvo autorización otorgada por autoridad competente.

[27] GONZÁLEZ LEÓN, Carmen, en *La adopción internacional en Francia*, "Revista del Derecho de Familia. Lecciones y Ensayos", Ed. Abeledo-Perrot.

c) Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: normas de fuente interna. Antecedentes doctrinales y legislativos en el derecho argentino: Código Civil. Ley 13.252. Ley 19.134 y la reforma en la ley 24.479. Régimen actual en las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna. Críticas.

1) La adopción y el Código Civil.

En cuanto a la consideración de la adopción internacional en el derecho argentino se deben marcar dos etapas: una primera, que abarca desde la sanción del Código Civil hasta la ley 13.252 inclusive, y una segunda etapa, que comienza con la entrada en vigor del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, ratificado por la República Argentina en 1956, pasando por la ley 19.134 hasta la ley actual 24.479.

La institución no fue admitida por el doctor Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD como autor del Código Civil. Expresaba en su nota de elevación del primer libro del Código, de fecha 21 de junio de 1865, que "tampoco está en nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella sino en casos muy singulares". Lacónicamente, el codificador le dedica el artículo 4050 del Código Civil, al disponer que "las adopciones y los derechos de los hijos adoptados, aunque no hay adopción por las nuevas leyes, son regidos por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos", y añade en la nota que "la ley nueva no podría regir las adopciones preexistentes ni anularlas retroactivamente, desde que el Código no reconoce adopción alguna". Según expresa la más autorizada doctrina argentina, el codificador la rechazó mirando más al derecho francés o al derecho prusiano que a los antecedentes provenientes del derecho español o del derecho vigente con anterioridad a la sanción del Código Civil [28].

2) La adopción internacional en la ley 13.252.

El movimiento a favor de la incorporación de la adopción en el derecho argentino logró imponerse con la sanción de la ley 13.252 de septiembre de 1948. Pero lo cierto es que en la ley no se incluyen reglas destinadas a la regulación de la adopción internacional.

[28] Con relación al tema pueden verse los excelentes trabajos producidos dentro del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Entre ellos se destacan los realizados por SEOANE, María Isabel: *Crianza y adopción en el derecho argentino precodificado (1810-1870). Análisis de la legislación y de la praxis bonaerense*, Separata de la "Revista de Historia del Derecho", nº 18, Bs. As., 1990, y *Un capítulo de la historia de la adopción en el derecho argentino (1871-1947)*, Separata de la "Revista de Historia del Derecho", nº 17, Bs. As., 1989.

Durante la vigencia de la ley 13.252 la jurisprudencia argentina tuvo oportunidad de debatir la cuestión en un célebre fallo.

El caso GRIMALDI [29].

En este caso un italiano falleció en Italia donde tuvo su último domicilio. El causante dejó como única y universal heredera a su hija adoptiva domiciliada igualmente en Italia al momento del fallecimiento. El señor Grimaldi dejó en la República Argentina un inmueble y un depósito bancario.

La adopción fue realizada en 1937 de conformidad con las reglas del derecho italiano vigente en aquel momento (arts. 213 y ss., Código Civil italiano de 1865), así como al momento de la muerte del adoptante acaecida el 3 de febrero de 1943, momento en que regía el Código Civil italiano de 1942, que reconocía los derechos sucesorios a los hijos adoptivos en la sucesión de sus padres de adopción (art. 567). La hija adoptiva del causante, Concepción Di Paola Grimaldi, domiciliada en Italia, e hija de Ángel M. Grimaldi, fallecido en Italia en 1943 y con ese lugar como último domicilio, se presenta ante los tribunales argentinos invocando su filiación adoptiva para recibir los bienes relictos. En el proceso se encuentra probado que el acto de adopción fue realizado en 1937, de conformidad con las reglas exigidas por el derecho italiano vigentes en ese momento, así como también con arreglo a las normas del Código Civil en vigor al momento de la muerte del causante.

Según el Código Civil, el derecho sucesorio se rige por la ley del último domicilio del causante (el artículo 3283) y la capacidad sucesoria por la ley del domicilio del heredero al tiempo de la muerte del causante (artículo 3286). El planteo es si resulta válida la adopción conferida en Italia frente al derecho argentino que no la consagraba y, en su caso, si la filiación adoptiva confiere vocación hereditaria sobre bienes situados en la República Argentina.

Se sostuvo que "el hijo adoptado en el extranjero por persona fallecida antes de la sanción de la ley 13.252, con bienes dejados en el país, si bien tiene vocación hereditaria, carece de derecho a recibir inmuebles. La vocación hereditaria del hijo adoptado conforme a una ley extranjera que le reconoce derechos hereditarios más extensos que la ley 13.252, queda limitada a la medida en que ésta la acepta...".

En este sentido, cabe resaltar que la doctrina argentina más saliente se encontraba dividida respecto a considerar a la adopción como contraria al espíritu de la legislación argentina y, por ende, a desconocer la validez de una filiación adoptiva nacida bajo el amparo de una ley extranjera, por ser contraria al orden público internacional

[29] Ver el desarrollo profundizado en ROMERO DEL PRADO, Víctor, ob. cit., t. II, ps. 389 y ss.

argentino. Por un lado, prestigiosos autores sostenían que se trataba de una clara cuestión de orden público internacional que impedía la aplicación de la ley extranjera, por ser la adopción una institución incompatible con el espíritu de la legislación argentina [30]. En cambio, otros no menos destacados exponentes de la doctrina argentina sostuvieron que la adopción no contraría nuestro orden público, pues se trata de una de esas instituciones que no dejan de estar en el ambiente, que pertenece a muchas legislaciones contemporáneas análogas a la nuestra, y que ha sido objeto de proyectos de ley implantándola entre nosotros [31].

Como pretendemos que advierta nuestro lector, en el caso Grimaldi el tribunal no se hace cargo expresamente de la mentada cuestión previa. En efecto, la solución de la Cámara Civil 2ª de la Capital Federal, aunque no lo señala en el fallo, terminó por aplicar a la cuestión previa de la adopción internacional el mismo derecho de fondo aplicable a la cuestión principal de la sucesión internacional [32].

A partir de 1956, ante la ratificación del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 por la República Argentina, nuestro país ingresa en la segunda etapa. En ella se encuentra consagrada y reconocida la adopción internacional. El artículo 23 dice que "la adopción se rige en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a las condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal que el acto conste en instrumento público. La norma consagra la aplicación acumulativa de las leyes del domicilio del adoptante y del adoptado, con el fin de evitar las denominadas «adopciones claudicantes»".

La autorizada doctrina argentina ha resaltado que la sola exigencia de instrumento público resulta insuficiente, siendo preciso que la adopción se acuerde por sentencia judicial [33].

Este instrumento jurídico, que vincula a la República Argentina con la República Oriental del Uruguay y con la República del Paraguay, tiene especial relevancia, ya que ha servido para integrar la laguna normativa existente en el Derecho Internacional Privado de fuente interna hasta la sanción de la ley 19.134.

[30] ALCORTA, Amancio: *Curso de Derecho Internacional Privado*, ed. 1927, t. 2, p. 179, y ZEBALLOS, Estanislao, entre otros.

[31] Las palabras pertenecen al maestro Carlos María VICO, expresadas en Rev. "J.A.", t. 24, sec. Doctrina, p. 24.

[32] Ver un desarrollo más extenso en BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ: *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General* cit.

[33] BIOCCA, Stella M.: *Adopción internacional*, Rev. "Derecho de Familia", nº 6, 1991, Ed. Abeledo-Perrot, p. 11.

3) La adopción internacional en la ley 19.134.

Con relación al cuerpo normativo bajo examen, que data de 1971, permite adelantar dos cuestiones. En primer lugar, que dedica solamente dos preceptos a la adopción con elementos extranjeros los (artículos 32 y 33) y, en segundo lugar, que la regulación resulta incompleta para captar la institución de la adopción internacional.

El artículo 32 establece: "La situación jurídica, los derechos y deberes de adoptantes y adoptados entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado, al tiempo de la adopción cuando ésta hubiere sido conferida en el extranjero". El artículo 33 permite la conversión de una adopción concedida en el extranjero, de conformidad a la ley del domicilio del adoptado, en el régimen de la adopción plena establecida por nuestra ley, bastando que se acredite dicho vínculo y prestando consentimiento los adoptantes y adoptados, quienes deberán ser mayores de edad.

Como vemos, el primer precepto contempla en el antecedente de la norma a las adopciones conferidas en el extranjero. Ahora bien, una interpretación estricta del artículo parece indicar que si se trata de una adopción internacional conferida en nuestro país se rige por el derecho argentino. De manera que compartimos la opinión de la doctrina que estima que el ámbito de la ley es limitado pues, habida cuenta de que el sistema argentino de regularidad de decisiones extranjeras no verifica la norma de conflicto o la ley aplicada por el juez de origen de la sentencia, la utilidad del artículo 32 se revela en los casos de decisión en el foro de una cuestión principal que involucre, como cuestión previa, la validez de una adopción constituida en el extranjero. Y, en suma, como añade la doctrina argentina, la ley no prevé la cuestión del juez competente para constituir una adopción internacional ni el derecho aplicable a la creación de la relación [34].

4) La adopción internacional en la ley 24.479.

La ley 24.479 repite literalmente los artículos 32 y 33 de la ley 19.134.

En efecto, en el Capítulo V, con el título "Efectos de la adopción conferida en el extranjero", mantiene la solución de aquellas reglas en los preceptos 339 y 340 del texto normativo. Sin embargo, la ley vigente muestra acusadamente el disfavor contra la institución de la adopción al exigir, en el artículo 315, como requisito impuesto al adoptante, la residencia mínima de cinco años en el país con anterioridad a la petición de guarda. Así, pues, la ley 24.479, además de

[34] Ver el profundo trabajo sobre el tema en NAJURIETA, María S.: *La adopción internacional.*

arrastrar los serios defectos de técnica legislativa de la ley derogada, agrega un requisito que empeora la adopción internacional.

Se trata de una condición impuesta tanto a los nacionales como a los extranjeros que no tengan residencia habitual en nuestro país durante los períodos establecidos. En verdad, las reglas analizadas revelan la desconfianza con que la República Argentina mira a la adopción internacional.

Desde esta perspectiva, nos parece que resulta peligroso que el derecho positivo pretenda cerrar los ojos ante la realidad que demuestra que la institución de la adopción cumple una función idéntica tanto si se despliega en el campo del derecho interno o en el internacional.

Por cierto que estamos hablando de adopciones internacionales que hayan sido concebidas lícitamente o, dicho de otro modo, que en su conformación o en su desenvolvimiento no oculten elementos espurios, intolerables. En efecto, los delitos que pueden servir de base a la adopción internacional no pueden ser confundidos con el desarrollo de una institución regularmente conformada, que ha sido diseñada como protección y no en desmedro de los menores.

5) La adopción internacional en el Proyecto de Reforma de 1998/1999.

La Comisión Redactora del Libro Octavo del Código Civil, en el Capítulo IV, "Relaciones de familia", dedica a la adopción internacional los tres últimos artículos. Así, dispone:

"*Art. 69. Adopción.* — Las condiciones de la adopción serán reguladas por las leyes del domicilio del adoptante y de la residencia habitual del adoptado, respectivamente. En el supuesto que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes), sean manifiestamente menos estrictos que los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá esta última".

"*Art. 70. Relaciones entre adoptado y familia adoptiva.* — Las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado, inclusive las alimentarias y las del adoptado con la familia del adoptante (o adoptantes), se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante (o adoptantes) con su familia legítima.

"Los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio y los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado.

"Los derechos sucesorios que corresponden al adoptado o adoptante (o adoptantes) se regirán por las normas aplicables a las respectivas sucesiones".

"*Art. 71. Anulación.* — La anulación de la adopción se rige por la ley de su otorgamiento. Sin embargo, una adopción otorgada en el extranjero sólo podrá ser anulada por tribunales argentinos, si ese motivo de anulación existe también en el derecho argentino".

Una primera aproximación a las disposiciones transcriptas nos permite pensar que la regulación realizada trasunta una seria y justificable preocupación de la Comisión por el régimen de la adopción internacional, ya que la aborda regulándola en un espectro abarcativo desde el nacimiento, pasando por el desenvolvimiento hasta su extinción. En este sentido, se observa con nitidez la marcada influencia de las realizaciones convencionales como la Convención Interamericana de La Paz de 1984, sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

Haciéndonos cargo de las normas proyectadas diremos que, si bien concordamos con la necesidad de introducir normas abarcativas en materia de adopción internacional, no es menos cierto que en esta ocasión no suscribimos sus soluciones. Para explicar acabadamente los fundamentos de esta conclusión y no resultar reiterativos, le pedimos al lector que nos acompañe a transitar el próximo apartado.

6) Las realizaciones convencionales.

En el nivel convencional cabe recordar que la República Argentina aprobó por ley 23.849 la Convención sobre los Derechos del Niño, con reservas. La reserva está referida a los incisos *b*, *c*, *d* y *e* del artículo 21 de la Convención, donde manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para implementarlos, resulta necesario contar con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional para impedir el tráfico y la venta. Observamos que simétricamente la Convención obliga en el artículo 3 a velar por el "interés superior del niño".

Una importante doctrina especializada en el derecho de menores se ha inclinado por postular: "1) El rechazo a la Convención sobre Conflicto de Leyes, la Convención de La Haya de 1993; 2) el rechazo a la adopción internacional en la República Argentina, ni siquiera como último recurso, por no resultar necesaria ni razonable en nuestro contexto social, y 3) se propicia, asimismo, el rechazo total al reconocimiento de las agencias locales o extranjeras intermediarias de la adopción internacional" [35].

A su turno, otra línea de pensamiento no menos prestigiosa entiende que la República Argentina no puede prolongar indefinidamente el disfavor hacia la adopción que se infiere de la reserva efectuada a la Convención, sin procurar con toda urgencia mecanismos de protección legal que permitan prevenir y combatir la venta y tráfico de los niños [36].

[35] Es la posición asumida en las distintas jornadas y reuniones académicas en las que participa la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores.

[36] En este sentido se expresa la autora citada en la nota 33.

Puestos en la alternativa de elegir, tal como lo hicimos en apartados anteriores, nos inclinamos cautelosamente por la segunda corriente por ser la que más se adecua a nuestro pensamiento.

d) El nivel convencional en las obras codificadoras en el continente americano. La CIDIP III.

La Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado celebrada en La Paz, Bolivia, en 1984, aprobó la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores. Paralelamente, esta Conferencia aprobó una recomendación sobre "Sanción de personas que sirven como intermediarios o promotores del tráfico internacional de menores".

Nos detendremos a analizar algunas de sus más importantes disposiciones [37].

Cabe observar que el tema fue motivo de la preocupación de los gobiernos de la región, que en 1980 resolvieron incluir en el temario de la CIDIP a la adopción de menores. Entre los considerandos de tal decisión se sostuvo: "Que la institución jurídica de la adopción de menores, en todas sus formas constituye por excelencia un medio de protección de la infancia, particularmente de la que se encuentra en situación de abandono. Que en los últimos años se observa en los países americanos un crecimiento de las adopciones de niños realizadas a nivel internacional e interamericano, lo que suscita con gran frecuencia difíciles problemas de nacionalidad, estado civil, competencia y conflictos de leyes que requieren la sanción y unificación actualizada de normas de Derecho Internacional Privado a nivel de intercambio que contemple las exigencias actuales de esta problemática. Así resuelve recomendar que en el proyecto de temario se incluya el tema relativo a la adopción de menores y apoyar la iniciativa del Instituto Interamericano para llevar a cabo una reunión de expertos sobre la adopción..." [38].

El instrumento jurídico internacional que estamos analizando cuenta con veintinueve artículos.

El artículo 1 establece el ámbito de la Convención, señalando que se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equipa-

[37] Ver el texto y los antecedentes en CHALITA-NOODT TAQUELA: *Unificación del Derecho Internacional Privado. CIDIP I, II, III y IV*, 2ª ed. actualizada, *en prensa*, Ed. Universidad, Bs. As., y en OPERTTI BADÁN, Didier: *Comentarios a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1986.

[38] Sesión plenaria de la Organización de Estados Americanos celebrada el 27 de noviembre de 1980. Ver SILVA RUIZ, Pedro, en "Revista Jurídica Universitaria Interamericana", vol. 15, ps. 84 a 277.

ren al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte. A partir de este artículo, y hasta el artículo 15, se encara el tema de la ley aplicable, mientras que a partir de esa disposición aparecen las cuestiones acerca de la competencia internacional.

Resulta de suma importancia destacar el artículo 19, que establece una importante pauta interpretativa de la Convención cuando dice que "los términos de la presente Convención y las leyes aplicables según ella se interpretarán armónicamente a favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado". Entendemos que se trata de un único principio rector, que acumulativamente vela por la validez de la adopción si ella ha sido establecida en el interés del menor.

En el artículo 3 establece que la ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo. A su turno, el artículo 4 somete a la ley del domicilio del adoptante la capacidad para ser adoptante, los requisitos de edad y estado civil del adoptante, el consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuera el caso, y los demás requisitos para ser adoptante. En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante sean manifiestamente menos estrictos que los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste.

De manera que el legislador opta por sujetar separadamente las condiciones intrínsecas de la adopción de conformidad con las leyes personales de adoptante y adoptado. Sin embargo, permite al intérprete sujetarse a las reglas de la residencia habitual del menor cuando las del domicilio del adoptante sean manifiestamente menos estrictas. Estas reglas no nos merecen ninguna objeción.

El artículo 5 dispone: "Las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán efectos de pleno derecho, en los Estados Partes, sin que pueda invocarse la excepción de la institución desconocida". Esta disposición nos parece realmente sobreabundante a tenor de lo establecido en el artículo 18, cuando establece: "Las autoridades de cada Estado Parte podrán rehusarse a aplicar la ley declarada competente por esta Convención, cuando sus disposiciones sean manifiestamente contrarias a su orden público".

El artículo 7 de la Convención preceptúa: "Se garantizará el secreto de la adopción cuando correspondiere. No obstante, cuando ello fuere posible, se comunicarán a quien legalmente proceda los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores si se los conociere, sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación". Esta disposición ha sido criticada por la doctrina más autorizada.

En este sentido, cabe observar que esta norma resulta pasible de objeción porque al introducir el secreto respecto de la filiación de origen conspira contra el derecho de rango constitucional de conocer su identidad, consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño.

El artículo 8 establece: "En las adopciones regidas por la Convención, las autoridades que otorgaren la adopción podrán exigir que el adoptante acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de instituciones públicas o privadas, cuya finalidad específica se relacione con la protección del menor. Estas instituciones deberán estar autorizadas por algún Estado u organismo internacional".

Nos parece contraproducente la posibilidad que la Convención otorga a la intervención de instituciones privadas, en cuanto reconoce la intermediación de las llamadas agencias de adopción.

Los artículos 9 y 10 están dedicados a regir las relaciones entre adoptante y adoptado, inclusive las alimentarias y las del adoptado con la familia del adoptante, que en la adopción plena se regirán por la misma ley que regula las relaciones del adoptante con su familia legítima, mientras que los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo, añade la disposición, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio.

Si se trata de adopciones distintas de la plena, las relaciones entre el adoptante y el adoptado se rigen por la ley del domicilio del adoptante. Las relaciones del adoptado con su familia de origen se rigen por la ley de su residencia habitual al momento de la adopción.

En los artículos 11 a 14 la Convención regla la ley aplicable de los derechos sucesorios derivados de la adopción, la irrevocabilidad de la adopción plena y la posibilidad de convertir la adopción simple en plena sujetándola a elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o por la del Estado donde tenga su domicilio el adoptante al momento de pedirse la conversión.

En materia de competencia internacional en el otorgamiento de las adopciones, se fija la jurisdicción de las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado. Un importante sector de la doctrina resalta que, si bien resulta correcta la residencia habitual del adoptado como elemento atributivo de competencia, parece desacertada la referencia que el artículo hace a las autoridades del Estado por comprender a las autoridades administrativas [39].

Ahora bien, efectuado el balance reflexivo del texto comentado, nos inclinamos hacia una evaluación negativa. Si bien se trata de un marco.normativo pleno de sanos propósitos, simétricamente introduce

[39] BIOCCA, Stella M.: *Adopción internacional* cit., ps. 7 a 14.

algunos preceptos que conculcan el interés del adoptado. Y ello no es una cuestión menor.

e) El nivel universal en la Convención de La Haya, sobre Protección de Niños y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, del 29 de mayo de 1993.

En 1989, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya propuso elaborar reglas de derecho obligatorias para adopciones internaciones, así como establecer un circuito de comunicación entre los países de origen y de recepción de los menores, y crear un sistema de supervisión de los procedimientos en los Estados involucrados. Las tres reuniones de expertos fueron celebradas con la presencia de representantes de países miembros de la Conferencia, de Estados no miembros, de observadores y de organizaciones internacionales. El anteproyecto elaborado, y que fue sometido a discusión, estuvo precedido por un informe preparado por un prestigioso especialista venezolano.

La Convención fue aprobada durante la decimoséptima sesión de 1993.

El objetivo de la Convención comienza a marcarse en el preámbulo, cuando señala: "Los Estados buscan establecer disposiciones comunes para garantizar que las adopciones internacionales tengan lugar en el interés superior del niño y el respeto de sus derechos fundamentales, y para prevenir el secuestro, la venta o el tráfico de niños".

Entre las normas se destaca, entre otras, el artículo 4, en cuanto impone a las autoridades competentes del país de origen del menor constatar que la adopción internacional responde al interés superior del niño, luego de haber examinado las posibilidades de colocación del niño en aquel país.

Según surge de lo establecido en el artículo 2, el ámbito de aplicación de la adopción se encuentra circunscripto a las adopciones internacionales que importan desplazamiento del menor de su Estado de origen a un Estado de recepción, ya sea que la adopción se haya pronunciado en el país de origen o en el estado de recepción, y que las adopciones se emplacen en un vínculo de filiación o en una relación paterno-filial permanente.

Quedan claras, por lo menos, tres cosas. En primer lugar, que la Convención no se interesa por toda adopción sino solamente por algunas de sus modalidades. En segundo lugar, que quedan excluidas aquellas que no crean un lazo de filiación entre el menor y el adoptante, como las provenientes del derecho musulmán (como la mentada *kafala*). En tercer lugar, que el acento se coloca en la residencia habitual de las personas involucradas y no en su nacionalidad.

El concepto de residencia habitual, según se desprende de lo establecido en los artículos 14 y 16 de la Convención, ha de apreciarse para el menor cuando la autoridad central toma a su cargo los informes sobre la adoptabilidad del niño, y para los adoptantes en el momento de presentar la demanda de adopción. Este es el momento decisivo para determinarla.

La Convención cuenta con una calificación autárquica de menor. En este sentido, tal como surge de los artículos 3 y 17, apartado *b*, el Convenio cesa su aplicación si los acuerdos mencionados en el último de dichos artículos no han sido dados antes que el niño alcance la edad de dieciocho años.

El objetivo fundamental de la Convención no es reglar el conflicto de leyes, sino establecer un sistema de cooperación entre los Estados Partes para asegurar que las salvaguardias destinadas a tutelar el interés superior del niño se cumplan.

El núcleo consiste en responsabilizar a los Estados involucrados en la obligación de cumplir con una serie de requerimientos. En este sentido, cabe observar que una adopción solamente tendrá lugar cuando la autoridad competente del país de origen verifica:

1) El estado de adoptabilidad del niño;

2) la adopción internacional responde al interés superior del niño;

3) los consentimientos necesarios a los fines de la adopción, inclusive la del propio menor.

Con relación a la autoridad competente del país de recepción los obliga a comprobar:

1) El cumplimiento de las condiciones legales y sociopsicológicas para la adopción por los futuros padres adoptivos, habiendo sido debidamente asesorados al respecto, y

2) la autorización para el niño de entrar y residir permanentemente en el país de recepción.

Asimismo, tal como surge de los artículos 6 y 7, para el cumplimiento de las obligaciones establecidas el Convenio impone a cada Estado Parte la designación de una autoridad central. Por cierto que se trata de organismos técnicos especialmente entrenados y dedicados a cumplir con tareas de cooperación específicas en el nivel internacional, con la obligación de instar a la superación de los obstáculos que se presenten para su aplicación.

Las autoridades centrales están habilitadas para tomar, directamente o con la cooperación de autoridades públicas y otros organismos debidamente acreditados, todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación con la adopción. Esta disposición, precisamente, ha sido objetada desde un doble punto de vista. En primer lugar, por permitir la intervención de agencias y, en

segundo lugar, por reconocer el cobro de comisiones por la intermediación. Este tema reclama un tratamiento cauteloso.

En este sentido, conviene dejar esclarecido que el Convenio emplea el vocablo "indebido", que nos parece de una insoportable tibieza. Tampoco resulta suficiente lo establecido en el artículo 13 cuando dispone que tanto la designación de las autoridades centrales como las agencias serán comunicadas por cada Estado a la oficina permanente de la Conferencia de La Haya. En este aspecto, resulta llamativo comprobar que el Convenio se decide por permitir la intermediación de las agencias de adopción en general y, lo que aún resulta más peligroso, admitir que la propia autoridad central sea una de ellas.

Por tanto, consideramos objetables estas disposiciones por entender que contrarían abiertamente lo establecido en el artículo 21, inciso *a*, de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando establece que "las adopciones sólo serán autorizadas por autoridades u organismos competentes de naturaleza constitucional".

El procedimiento instaurado por la Convención consiste en que las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar a un niño que tiene residencia habitual en otro Estado Parte deberán dirigirse a la autoridad central del Estado de su residencia habitual, quien si considera a los adoptantes como adecuados preparará un informe que se transmitirá a la autoridad central del Estado de la residencia del menor.

Si el organismo técnico entiende que el niño es adoptable, preparará un informe especial sobre el niño, que finalmente posibilitará la adopción internacional. Sin embargo, este procedimiento adolece de un serio defecto por no resguardar debidamente el derecho de identidad del niño, ya que durante su desenvolvimiento se procura no revelar datos de los padres biológicos del niño e impedir todo contacto entre los futuros adoptantes con los padres del menor. Ello impide la construcción de la identidad del niño, lo cual, desde nuestra mirada, menoscaba profundamente el resguardo de su interés superior.

Asimismo, se establece que las adopciones certificadas por autoridad competente serán reconocidas de pleno derecho, según surge del artículo 28, en los demás Estados Partes.

Según dispone el artículo 40, los Estados no pueden introducir reservas al Convenio.

Como conclusión, nos parece atinado manifestar que estamos convencidos de que los Estados deben esforzarse para lograr que en el tercer milenio se diseñen instrumentos jurídicos de cooperación en el ámbito internacional, que permitan aunar la concreción de la finalidad altruista de la adopción internacional con el respeto merecido por quien es su principal destinatario, que es el niño.

f) Tendencias de los sistemas jurídicos comparados.

En el *derecho español*, a partir de la ley 21 de 1987, sobre Reforma al Código Civil, y de la ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción, se regula la filiación adoptiva en el artículo 9, inciso 5. En este sentido, se establece que cuando la adopción se pronuncia en España la autoridad española debe aplicar el derecho civil español. Sin embargo, se acepta excepcionalmente la aplicación de la ley de la nacionalidad del niño en materia de capacidad y consentimiento necesarios, si tuviera su residencia habitual fuera de España o si residiera en España pero no adquiriera en virtud de la adopción la nacionalidad española. Estas normas actúan en el nivel de normas de fuente interna.

En el ámbito convencional, cabe señalar que España ratificó el Convenio de La Haya, que entró en vigor en noviembre de 1995.

Ahora bien, si la adopción se pronuncia en país extranjero, el cónsul español se limita a extender un visado de esa decisión extranjera. Pero si adoptante o adoptado se encuentran en territorio español, debe realizarse el pertinente trámite de reconocimiento de la adopción internacional.

El *derecho francés* de fuente interna cuenta con la ley 604 del 5 de julio de 1996, que si bien reformó la legislación en materia de adopción no contiene disposiciones relativas sobre adopciones internacionales. Ello con la salvedad de dos circulares del Ministerio de Justicia relativas a la adopción en Francia de niños extranjeros. Estas circulares se ocupan del tema de la nacionalidad de los niños adoptados e introducen algunas reglas sobre conflictos encaminadas a prever la competencia de la jurisdicción francesa en la materia.

Ante la ausencia de normas específicas, la solución ha tenido que buscarse en la jurisprudencia [40].

La Corte de Casación francesa tuvo oportunidad de expedirse sobre el tema en el caso "Torlet" de 1984. Cabe señalar que se estableció que la ley aplicable para regir las condiciones y efectos de la adopción es la ley nacional del adoptante, mientras que el consentimiento se rige por la ley nacional del adoptado.

En el caso "Pistre", de 1990, el tribunal no hizo lugar al pedido de adopción plena pronunciado por el juez francés, por encontrar que el representante legal del niño brasileño no había prestado su claro consentimiento.

En el caso "Fanthou", en 1995, la Corte se expidió con relación a un menor marroquí que había sido entregado a esposos franceses por la autoridad de un centro de infancia. En su decisión el tribunal sostuvo que, "teniendo en cuenta el artículo 3 del Código Civil y los

[40] Ver los comentarios de GAUDEMET-TALLON en "Journal Clunet", 1985, p. 438.

principios generales en materia de adopción internacional, dos esposos franceses pueden proceder a la adopción de un niño cuya ley personal no conoce o prohíbe esta institución, a condición de que el representante del menor haya dado su consentimiento con plena conciencia de los efectos que otorga la ley francesa a la adopción pertinente". A su turno, la Corte de París, en 1995, negó a una francesa la adopción simple de un niño brasileño, reconocido por su esposo en París, sosteniendo que la ley personal del menor debía ser consultada no solamente con relación a quien consiente la adopción sino también respecto de quienes son las autoridades competentes encargadas de darlo [41].

Vale la pena detenernos para comenzar este recorrido por los sistemas jurídicos comparados, comentando algunos de los aspectos más sobresalientes de la *Ley de adopción de la República Popular China* del 1 de abril de 1992 y del procedimiento para concretar una adopción internacional.

Para poder adoptar según las leyes chinas es necesario contar con treinta y cinco años de edad, no tener hijos propios y adoptar a un solo niño. Estos requisitos no operan cuando el adoptado fuera huérfano o disminuido físico o psíquico.

Los adoptantes deben ser casados o solteros. En este último caso, cuando se adopte una niña y el adoptante sea un hombre que no tenga esposa, la diferencia de edad entre el adoptante y la menor no será inferior a cuarenta años.

Se inicia un trámite en el que, cuando concluye en el país de recepción, los futuros adoptantes viajan a China. En el país de origen del menor suelen formalizar un acuerdo por escrito con la institución que da al menor en adopción, en la oficina del Ministerio de Asuntos Civiles del lugar de residencia del menor (artículo 8 de la ley china). Es en ese momento cuando se realiza la entrega del menor a los padres adoptivos.

Con el acuerdo formalizado, las partes intervinientes en el proceso registran la adopción en el departamento de la administración civil del gobierno popular del lugar de residencia del menor adoptado.

Este organismo tiene un plazo legal para realizar la inscripción de tres días. Una vez registrada la adopción, ella debe ser protocolizada ante la oficina notarial del lugar donde se haya registrado la adopción. El notario entrega a los adoptantes certificado de adopción, certificado de nacimiento, certificado de abandono y certificado médico.

Constituida la adopción y antes de que el adoptado deje su país de origen, los adoptantes deberán aportar ante las autoridades del lugar de la residencia del menor los certificados de registro y

[41] Ver "Critique", "Dalloz", "Journal Clunet", 1996, así como el trabajo de NAJURIETA, María Susana, cit.

protocolización de la adopción, para poder obtener el correspondiente pasaporte chino del niño.

Los adoptantes deberán presentar ante las embajadas de sus países en Pekín la documentación legalizada. De este modo, el procedimiento en China queda concluido y los padres adoptivos pueden regresar con el hijo adoptivo a su país de origen.

Por cierto que el análisis muestra una legislación sumamente abierta a la adopción internacional y que el procedimiento no tarda más de un año. Sin embargo, notamos que no pudimos encontrar antecedentes que lleguen más allá de la entrega del menor a los padres adoptivos y, menos aún, algún elemento que implique la preocupación por el seguimiento de la adopción por parte de las autoridades competentes del país de origen. Finalmente diremos que no nos sorprende este peculiar desentendimiento de las autoridades chinas a partir del otorgamiento de la adopción.

El *Código Civil yemenita* de 1992 no contempla en su texto la adopción, ya que, tal como vimos, la institución es rechazada por el derecho islámico.

Sin embargo, el artículo 27, para no dejar lugar a dudas, establece que "las reglas de fondo en materia de administración legal, tutela, curatela y otras instituciones de protección de menores, incapaces y ausentes serán determinadas por la ley yemenita".

La *Ley italiana de Derecho Internacional Privado* de 1995, en el Capítulo V, "Adopción", le dedica cuatro disposiciones: dos destinadas a la regulación en materia de ley aplicable y dos a la jurisdicción en materia de adopción.

El artículo 38 establece:

"1) Los supuestos, la constitución y la revocación de la adopción se rigen por la ley nacional del adoptante o de los adoptantes, si les es común o, en su defecto, por la ley del Estado en el cual ambos adoptantes tienen su residencia, o bien por la ley del Estado en el cual su vida conyugal se localiza de manera permanente, al momento de la adopción. En todo caso, la ley italiana se aplica cuando es solicitada al juez italiano la adopción de un menor, que sea suficiente para atribuirle el estado de hijo legítimo.

"2) En cada caso, queda a salvo la aplicación de la ley nacional del adoptado mayor de edad para regir los consentimientos que ella eventualmente requiera".

A su turno, el artículo 39 dispone: "Las relaciones personales y patrimoniales entre el adoptado y el adoptante, o los adoptantes, y los parientes de éstos se rigen por la ley nacional del adoptante, o de los adoptantes, si es común o en su defecto, por el derecho del Estado en que ambos adoptantes están radicados, o bien por aquel del Estado en que la vida conyugal se localiza de manera permanente".

El artículo 40 regla la jurisdicción internacional directa, estableciendo:

"1) Los jueces italianos tienen jurisdicción en materia de adopción cuando:

a) los adoptantes o uno de ellos o el futuro adoptado son nacionales italianos o extranjeros residentes en Italia;

b) el futuro adoptado es un menor en estado de abandono en Italia;

c) en materia de relaciones personales o patrimoniales entre el adoptado y el adoptante o los adoptados y los parientes de éstos, los jueces italianos tienen jurisdicción, además de los casos previstos en el artículo 3, cada vez que la adopción haya sido constituida según el derecho italiano".

El artículo 41, referido al reconocimiento de los actos extranjeros en materia de adopción, establece que "los actos extranjeros en materia de adopción son susceptibles de ser reconocidos en Italia, en los términos de los artículos 64, 65 y 66 de la presente ley. Quedan a salvo las disposiciones contenidas en leyes especiales en materia de adopción de menores".

Según se advierte, el espectro de la ley italiana resulta abarcativo tanto de la ley aplicable cuanto de la jurisdicción internacional en materia de adopción. Asimismo, se contemplan adecuadamente situaciones especiales, estableciéndose criterios atributivos de ley aplicable mediante puntos de conexión principales y subsidiarios.

La *Ley venezolana de Derecho Internacional Privado* de 1998 le dedica a la adopción internacional un único precepto, el artículo 25, que dispone: "Al adoptante y al adoptado se les aplicará el derecho de su respectivo domicilio en todo lo concerniente a los requisitos de fondo necesarios para la validez de la adopción".

Podemos explicarnos la actitud del legislador venezolano si convenimos que lo hizo por contar con un instrumento jurídico internacional especialmente diseñado de fuente convencional, como es la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

Para encarar el delicado tema que plantean las conductas de los progenitores, quienes, frente a las desafortunadas desavenencias padecidas, trasladan o bien retienen al menor fuera del centro de sus afectos, entraremos dentro del área de la restitución internacional de menores, que suele afectar profundamente a quienes precisamente son los más vulnerables, los niños. Para conocer la labor realizada, tanto a nivel de los derechos estaduales como en el ámbito convencional, nos encontraremos en el próximo apartado.

4. La restitución internacional de menores. Planteo del tema. Sistemas. Soluciones a nivel estatal y convencional. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: normas de fuente interna y convencional. La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 1980. La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989. CIDIP IV. Jurisprudencia argentina, algunos casos emblemáticos. Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998/1999. Análisis crítico de sus soluciones. Tendencias en los sistemas jurídicos comparados.

a) La restitución internacional de menores. Planteo del tema.

Los niños, por su propia naturaleza, son los seres más vulnerables y desprotegidos de la especie humana. La cotidianeidad demuestra la frecuencia con que las desavenencias matrimoniales derivan en conductas de los propios progenitores en las que los niños suelen ser tratados como meros objetos. Precisamente en quienes habría que confiar, los mayores, son quienes olvidan tutelarlos y quienes más los agreden y los lastiman.

Si bien es verdad que no estamos ante un fenómeno nuevo, no es menos cierto que los frecuentes desplazamientos o retenciones ilícitas de los menores se ven facilitados por la celeridad del transporte internacional e incrementados por las migraciones laborales.

Estamos transitando una problemática en la que se encuentran estrechamente vinculados los intereses públicos y los intereses privados. En tiempos pretéritos, esta cuestión nos convenció de que ante la creciente publicitación del Derecho Privado y la privatización del Derecho Público en la actualidad, ha perdido vigencia la clásica distinción del derecho entre público y privado.

Precisión terminológica.

Anteriormente hemos tomado partido respecto de la que estimamos como la terminología adecuada, es decir, restitución internacional de menores.

De forma que quedan descartadas expresiones tales como secuestro, sustracción o protección, entre otras. La primera por inapropiada, la segunda por apuntar al acto reprochable y la última por excesivamente amplia. Entendemos que la terminología más ajustada es la empleada por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscripta durante la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado celebrada en Montevideo en 1989, que precisamente se refiere a la "resti-

tución". El fundamento de nuestra elección radica en que este texto normativo pone el acento más en la actividad que debe realizar el Estado Parte frente a los traslados o retenciones ilícitas de menores que en los actos ejecutados por los progenitores [42].

Ello, por cuanto entendemos que el objetivo primordial en la materia es lograr la restitución de los menores ilícitamente trasladados o retenidos, por lo que corresponde poner el acento en la actividad de cooperación que se espera deben realizar los Estados.

b) Mecanismos de protección a nivel convencional internacional.

Por mucho tiempo más del deseado la sociedad ha observado perpleja la pugna entre el interés del menor y el bienestar personal de padres desavenidos. Afortunadamente se ha comenzado a comprender que esta lucha de intereses no puede tener como resultado más que el predominio del interés superior del niño.

Para restablecer esta situación, para impedir que estos desplazamientos que tienen en su génesis motivos egoístas resulten exitosos para quienes los han llevado a cabo, los Estados han comprendido que se trata de un problema que precisa soluciones convencionales. Por tanto, se impone la mutua cooperación para efectivizar el pronto retorno del menor al Estado de su residencia habitual, así como también garantizar la protección del derecho de visita. Con tales propósitos los foros internacionales se han preocupado por elaborar distintos mecanismos de protección, entre los que se destacan los implementados en convenios internacionales, sean bilaterales o multilaterales.

Los instrumentos internacionales pueden sustentarse en una decisión, cuyo reconocimiento y ejecución hará efectiva la restitución de aquellos menores que han sido trasladados ilícitamente. Se trata del empleo de los procedimientos tradicionales del *exequatur*.

Sin embargo, en otros convenios internacionales el procedimiento implementado para el logro de la restitución es propio, autónomo, distinto del usado en materia de ejecución de sentencias extranjeras. Su objetivo primordial es evitar las innecesarias demoras y las inútiles tramitaciones que retardan las soluciones.

[42] BASZ, Victoria, y FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *El Derecho Internacional Privado y la restitución internacional de menores*, Rev. "L.L.", 22/5/96.

c) *Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: normas de fuente interna y convencional. La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 1980.*

La República Argentina carece de normas de fuente interna especialmente dedicadas a la restitución internacional de menores.

En este apartado, en un primer estadio examinaremos las realizaciones tanto de la jurisprudencia como de la doctrina argentina, que han debido recurrir a las fuentes convencionales disponibles, como el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional o bien algunos tratados bilaterales ratificados; en segundo término, aunque brevemente, nos detendremos en el análisis de los Proyectos de Reforma que han abordado esta delicada cuestión.

Los primeros instrumentos internacionales fueron empleados analógicamente, pero no debe olvidarse que no fueron diseñados para regular específicamente una problemática que se agudizó con posterioridad a su elaboración. Los segundos tampoco resultan adecuados, porque fueron creados para atender aspectos de mayor amplitud.

En el sistema argentino de Derecho Internacional Privado de fuente convencional encontramos:

1) Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, Montevideo, 31 de julio de 1981, ley 22.546 del 1 de marzo de 1982.

2) Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 1980, ratificada por ley 23.857.

1) Convenio argentino-uruguayo [43].

Por este Convenio los Estados se obligan a restituir a los menores que se encuentren indebidamente fuera de su "residencia habitual" y en el territorio de otro Estado Parte.

Los legitimados para solicitar el reclamo son quienes ejercen la patria potestad, la tutela o la guarda judicial, o quien es privado de un régimen de visitas.

i) *Residencia habitual.*

El instrumento internacional en su artículo 4 define, califica, que entiende por "residencia habitual" el lugar donde el menor tiene su centro de vida. Cabe señalar que resulta sumamente importante referirse a la residencia del menor y no al domicilio de sus representantes legales, centrando acertadamente la atención en el niño. Ahora bien, explicamos en capítulos anteriores el significado y alcance del punto

[43] Ver el trabajo presentado por KALLER DE ORCHANSKY, Berta, en las Segundas Jornadas Argentinas de Derecho y Relaciones Internacionales de 1983.

de conexión, la residencia habitual. Esta calificación cumple una doble función, por servir dentro del marco normativo del convenio argentino-uruguayo como también fuera de su ámbito, cuando otros instrumentos jurídicos internacionales carecen de una definición al respecto.

II) *Procedimiento.*

El reclamante se presenta ante el juez competente de la residencia habitual del menor para dar comienzo a un proceso de características peculiares, autónomo. El juez exhortante elevará al otro Estado la petición de restitución por intermedio del Ministerio de Justicia.

Entre los requisitos que deben acreditarse en la rogatoria figuran:

a) La legitimación procesal del peticionario;
b) la fecha de iniciación de la acción;
c) suministrar los datos sobre la ubicación del menor.

El juez exhortado, después de controlar el cumplimiento de los extremos mencionados:

a) Tomará conocimiento *de visu* del menor;
b) adoptará las medidas necesarias para asegurar su guarda;
c) dispondrá la restitución, a menos que existan graves riesgos para la salud del niño.

Conviene destacar en primer lugar que este Convenio no toma en cuenta el traslado o retención ilícitos, sino que se refiere directamente al hecho de encontrarse el menor en un lugar distinto de su residencia. Asimismo, y en segundo lugar, tampoco figuran en su texto calificaciones de derecho de custodia y de derecho de visita.

2) Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 1980 [44].

I) *Aspectos atendidos por la Convención.*

Este instrumento internacional atiende los aspectos civiles del traslado o la retención ilícita de menores, dejando fuera del marco

[44] Adoptada por la Conferencia de La Haya en su decimocuarta reunión celebrada el 25 de octubre de 1980 y que fuera ratificada por la República Argentina por la ley 23.857 (publicada en el Boletín Oficial el 31/10/90; fecha de depósito del instrumento de adhesión, 20/3/91; en vigor desde el 1/6/91). Los países ratificantes son: Argentina, Australia, Botswana, Burkina Faso, Canadá, Dinamarca, Inglaterra, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hong Kong, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Luxemburgo, Mónaco, Holanda, Noruega, Escocia, Eslovenia, España, Suiza, Suecia, Gran Bretaña, Estados Unidos, Venezuela. Los países adherentes son: Bahamas, Belice, Bosnia-Herzegovina, Chile, Croacia, Colombia, Chipre, Ecuador, Georgia, Honduras, Islandia, Macedonia, Mauricio, México, Moldavia, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Filipinas, Polonia, Rumania, Sudáfrica, Zimbabwe.

regulatorio todo lo referido a traslados o retenciones delictuosas, tales como el secuestro y el tráfico internacional de menores.

II) *Estructura normativa. Finalidad. Demandas.*

El Convenio de La Haya consta de cuarenta y cinco artículos divididos en seis capítulos.

Capítulo I (arts. 1 a 5): Ámbito de aplicación.
Capítulo II (arts. 6 y 7): Autoridades centrales.
Capítulo III (arts. 8 a 20): Restitución de menores.
Capítulo IV (art. 21): Derecho de visita.
Capítulo V (arts. 22 a 36): Disposiciones generales.
Capítulo VI (arts. 37 a 45): Cláusulas finales.

Tal como surge del artículo 1, la finalidad del instrumento internacional es:

1) Asegurar el retorno inmediato de los menores desplazados o retenidos ilícitamente en cualquiera de los Estados contratantes, y

2) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás.

Simétricamente, el Convenio de La Haya organiza:

1) Una demanda para "lograr la restitución del menor", y

2) una demanda para "garantizar el efectivo ejercicio del derecho de visita".

III) *Derecho de custodia. Derecho de visita.*

Prolijamente el Convenio establece, en el artículo 5, apartado *a*, que el *derecho de custodia* comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. Ello supone una suerte de calificación autárquica flexible. El derecho de custodia puede resultar, según el último párrafo del artículo 3 de la Convención, de:

1) Una atribución de pleno derecho;

2) una decisión judicial o administrativa;

3) un acuerdo vigente, según el derecho en vigor en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.

A su turno, el derecho de visita comprenderá, según surge del artículo 5, apartado *b*, el derecho de llevar al menor, por un período limitado, a otro lugar diferente de aquel en que tiene su residencia habitual.

IV) *Residencia habitual del menor. Calificación de menor.*

El Convenio de La Haya gira en torno del concepto de residencia habitual del menor. El legislador convencional marca un verdadero hito en la materia, desplazando el centro de atención desde los padres hacia el niño. Ello resulta acertado porque es ajustado centrar el criterio regulatorio en torno de quien merece la protección.

La expresión "residencia habitual" no ha sido calificada en el texto en estudio, lo cual no empece que sepamos su significado, por cuanto ella indica "el lugar donde el menor tiene su centro de vida", "el lugar donde se encuentra integrado afectivamente" [45].

El Convenio considera como *menor* a toda persona que no haya cumplido los dieciséis años. Como advertirá el lector, se descarta la regulación a través de reglas de conflicto, procurando obtener mayor certeza mediante una regulación directa.

v) *Traslado o retención ilícita.*

Se considera que el traslado o la retención del menor es ilícita:

1) Cuando se hayan producido, conculcando un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una institución, o a cualquier organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención;

2) cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado, o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

vi) *Personas legitimadas para efectuar las reclamaciones.*

El Convenio brinda amplia legitimación a las personas que pueden estimular su aplicación: padres, tutores, guardadores y cualquier otra institución u organismo que ejercía el derecho de custodia inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos. Por cierto que la legitimación resulta determinada con arreglo a la ley de la residencia habitual del menor.

vii) *Procedencia de la restitución. Excepciones.*

El pedido de restitución procede siempre:

1) Que exista un derecho de custodia atribuido de conformidad con la ley de residencia del menor;

2) que ese derecho de custodia haya sido ejercido de manera efectiva al momento del traslado o la retención del menor;

3) que el menor tenga la residencia habitual, su centro de vida en el Estado requirente de la restitución;

4) que el traslado o retención sean ilícitos, es decir, en violación de un derecho de custodia atribuido conforme a la ley de residencia del menor.

[45] El intérprete puede recurrir, de resultar necesario, a las calificaciones autárquicas contenidas en otros textos normativos, como los artículos 4 y 5 del Convenio Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, suscripto en Montevideo en 1981, ratificado por la República Argentina por ley 22.546 del 24 de marzo de 1982.

La obligación de los Estados requeridos cesa, según surge del artículo 13 del Convenio, cuando se compruebe:

1) Que el reclamante no haya ejercido efectivamente los derechos de custodia o haya consentido el traslado o retención;

2) que exista grave riesgo de que la restitución exponga al menor a peligro físico o psíquico o a una situación intolerable;

3) que el menor que ha alcanzado un cierto grado de madurez se oponga a la restitución;

4) que no hayan transcurrido los plazos establecidos que demuestran que el menor se encuentra integrado al medio al cual fue llevado. Esta última excepción que impide la restitución tiene lugar por el juego armónico de dos requisitos. En primer lugar, cuando los procedimientos de restitución se hubieran iniciado luego del vencimiento del plazo de un año del acto de traslado o retención, y en segundo lugar, simétricamente, en tanto y en cuanto el niño se haya integrado a su nuevo centro de vida. Se trata de la búsqueda, a través del instrumento internacional, de un delicado y justificado equilibrio.

VIII) *Papel de las autoridades centrales. Procedimientos.*

Las autoridades centrales son organismos técnicos, especializados, dedicados a la delicada labor de la cooperación internacional. El Convenio de La Haya delega en ellas un desempeño esencial en el cumplimiento de sus objetivos primordiales. Por cierto que su intervención no es novedosa, ya que tanto en el nivel universal como en el continental y hasta en el regional, se les asigna un papel altamente significativo. Así, pues, se les encarga su colaboración con los reclamantes y con las autoridades competentes judiciales o administrativas intervinientes.

Si bien el Convenio no excluye la posible intervención de las autoridades judiciales o administrativas, deja expedita la vía directa para las reclamaciones ante las autoridades centrales del Estado de la residencia del menor o bien ante la de cualquier Estado Parte.

El procedimiento comienza por una solicitud presentada por la persona legitimada, que tratará de suministrar la mayor información con la que cuente. La autoridad central analiza el pedido y, si lo cree apropiado, inicia los trámites de lo que se denomina "fase voluntaria". En este período el organismo técnico, en primer lugar, procederá a localizar al menor; en segundo lugar, a tomar las medidas de precaución destinadas a evitarle al menor mayores daños y, en tercer lugar, buscará llegar a una solución amigable.

Si no se produce la restitución voluntaria, se abre la llamada segunda "fase judicial". En esta etapa, la autoridad debe cumplir con las funciones asignadas por el Convenio, como las de:

1) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo con el fin de conseguir la restitución del menor;

2) conceder o facilitar la obtención de asistencia judicial y jurídica;

3) requerir que se le expliquen las razones de demora si los procedimientos se extendieran más de seis semanas;

4) informar acerca de la situación social del menor a través de la autoridad central del lugar de su residencia;

5) garantizar la restitución del menor.

IX) *Cuestiones de fondo.*

Uno de los principios rectores del Convenio surge del artículo 19, cuando establece que "las decisiones tomadas por su aplicación no afectan la cuestión de fondo del derecho de custodia". En efecto, no se ocupa de analizar los méritos de una decisión tomada sobre la custodia, por presumirse que el traslado es ilícito cuando el niño es arrancado del lugar donde tiene su centro de vida.

Desde nuestra perspectiva, el instrumento internacional analizado constituye una regulación apropiada para resolver la tan delicada, como desafortunada, cuestión de la restitución internacional de menores. Su mayor inconveniente es que hay una larga lista de países que no la han ratificado.

Para finalizar, cabe observar que en el ámbito interamericano se cuenta con la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989, que organiza un procedimiento ágil y moderno tendiente a asegurar el retorno del menor al lugar donde tiene su centro de vida. Tampoco se detiene a analizar las cuestiones de fondo, sino que procura devolver sin demora al niño al lugar de donde fue arrancado.

Las soluciones establecidas en los marcos normativos mencionados, así como en cualquier instrumento de idéntica naturaleza, se encaminan a persuadir a quienes cometen las violaciones que ellos sancionan, a convencer a sus autores de que tales actos son sancionados y de que las autoridades actuarán con absoluta imparcialidad.

La sociedad ha comenzado a comprender que resulta contrario al interés superior del niño, que le produce daño, arrastrarlo como si se tratara de un objeto. Los niños deben ser respetados como lo que son, los tesoros más preciados, los seres humanos de cuyo futuro depende el porvenir.

X) *Jurisprudencia. Algunos casos emblemáticos.*

El caso M. O. R. [46].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 19 de abril de 1983, decidió en virtud de su competencia originaria el juicio

[46] "L.L.", t. 1983-C, p. 51.

promovido por un diplomático extranjero para lograr la restitución de la guarda de su hijo menor, trasladado clandestinamente fuera del territorio nacional. El padre del menor argumentó ser diplomático, que se encontraba radicado en nuestro país desde 1979, que convivió con su esposa hasta que ella hizo abandono del hogar, dejando al menor de tres años a su cargo. Asimismo, sostuvo que al tiempo de la separación los padres del menor acordaron que el padre tendría la tenencia, estableciéndose un régimen de visitas a favor de la madre.

Hallándose gozando del derecho de visitas, la madre traslada a España al menor, comunicándole al padre que no pensaba restituirlo, circunstancia que reiteró cuando regresó sin el hijo a la República Argentina.

El tribunal, luego de establecer la aptitud jurisdiccional argentina, señala que, con relación a la regulación legal del caso, la ley positiva interna carece de previsión expresa internacional en lo que se refiere a medidas de la naturaleza de la pretendida.

De manera que siendo necesario integrar el orden normativo, admite como criterio el acudir a la aplicación analógica de principios semejantes a los contenidos en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940. En este sentido, señaló que "el artículo 18 somete las cuestiones vinculadas a la patria potestad en lo referente a derechos y obligaciones personales, a la ley del domicilio y que, más específicamente, su artículo 30, al referirse a las medidas urgentes, y la aquí requerida participa de ese carácter, concernientes a las relaciones personales entre cónyuges como las derivadas de aquel instituto, las rige por la ley del lugar donde residen. A su vez, y corroborando tal criterio, el artículo 61 resuelve concordantemente el punto en lo atinente a la jurisdicción".

En el siguiente apartado nos referiremos a algunos de los más importantes casos resueltos por los tribunales argentinos por aplicación del Convenio de La Haya.

El primero fue pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Wilner, Eduardo Mario c/Oswald, María Gabriela", también conocido como el caso "Daniela" [47].

Los padres de la menor se casaron en Buenos Aires en 1985 y luego viajaron a Canadá en 1986. La niña nació en 1990, en Guelph, provincia de Ontario, Canadá. La menor vivía en una residencia universitaria con sus padres y asistía al jardín de infantes.

A fines de 1993, la madre de la menor decidió viajar a la Argentina para pasar las Fiestas con su familia con el consentimiento del padre. Sin embargo, la decisión tomada por la madre fue no regresar al Canadá y permanecer con la niña en la República Argentina.

[47] "L.L.", t. 1996-A, ps. 257 a 273.

En 1994, el padre de la menor inició la reclamación ante la autoridad central correspondiente a la provincia de Ontario, solicitando la restitución internacional de la menor en los términos de la Convención de La Haya de 1980.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 14 de junio de 1995, en virtud del recurso extraordinario de inconstitucionalidad (art. 14, ley 48), estableció, previa determinación, que existían agravios en materia federal:

a) Se está ante un proceso autónomo respecto de la cuestión contenciosa sobre el fondo incoado ante las autoridades centrales (arts. 6, 8 y 10 del Convenio). Este procedimiento queda circunscripto a restablecer el *statu quo*, es decir, disponer el retorno inmediato de la menor retenida ilícitamente al lugar de su residencia habitual, de su centro de vida;

b) la solicitud ante la autoridad central no precisa una acción judicial precedente. El derecho del padre a obtener el regreso de la menor al lugar de su residencia habitual anterior a la retención ilícita es preexistente a toda decisión judicial, siendo innecesaria la intervención de autoridad judicial alguna;

c) se encuentra en juego el interés superior del niño, según lo establecido por el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño;

d) la República Argentina se encuentra obligada internacionalmente a adoptar las medidas pertinentes para luchar contra los traslados y las retenciones ilícitas de los menores;

e) resulta de fundamental importancia para el logro de tales objetivos primordiales la rapidez que se imprima a los trámites respectivos, a fin de evitar que el transcurso del tiempo consolide la integración de la menor a un nuevo centro de vida;

f) en suma, la Corte Suprema, en un fallo dictado por mayoría, confirmó la sentencia haciendo lugar al pedido de restitución internacional instaurado por el padre de la menor.

Así, en lo principal, sostuvo: "El pedido de retorno de un menor al lugar de su residencia habitual mediante el procedimiento establecido en la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores no configura la ejecución de una medida cautelar dictada en un proceso judicial, sino un procedimiento autónomo respecto del contencioso de fondo, que se instaura a través de las denominadas autoridades centrales de los Estados contratantes. En consecuencia, el fallo pronunciado por la Corte del lugar de residencia del menor es irrelevante para decidir el conflicto, pues sólo demuestra una práctica común de los jueces consistente en otorgar automáticamente la custodia provisoria del menor al progenitor que reclama protección frente al que ha desplazado o retenido indebidamente al hijo. El derecho del padre de obtener el regreso del menor al

lugar de la residencia habitual preexiste a toda decisión judicial y no necesita la intervención de un magistrado...

"La expresión residencia habitual utilizada por la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los mismos. Por tanto, es equivocada la interpretación que hace depender la residencia del menor del domicilio real de sus padres...

"La residencia habitual de un niño, en el sentido del art. 3, *a*, de la Convención de La Haya, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia, en fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho...".

El caso A. L. A. [48].

El segundo caso que queremos comentar fue dictado por la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil el 2 de marzo de 1995.

La madre sustrajo a su hija alejándola del padre en ocasión en que debía permanecer bajo la custodia de éste en cumplimiento del régimen de visitas establecido y, en especial, de las vacaciones de verano. La niña fue traída desde España a la República Argentina por la madre, quien manifestó que se fugaba con su hija para no tener que entregársela para pasar vacaciones con el padre, pues temía por la niña. Asimismo, cabe señalar que la madre tenía expresa prohibición de los tribunales judiciales, por sentencia del 8 de junio de 1992, de ausentarse de España. La jueza interviniente, ante la posibilidad de que la niña fuera sacada del territorio español, retuvo los pasaportes, no obstante lo cual la madre pudo burlar esta medida por poseer en forma ilegítima otro pasaporte.

Finalmente, la Corte, de conformidad "...con el dictamen del asesor de Menores de Cámara, teniendo además en consideración el vínculo que la niña establece con su padre, pese a las circunstancias apuntadas, como también a los largos períodos en que permaneció separada de éste, es que, en cumplimiento de la ley 23.857 y del art. 3, inciso 1, art. 5, art. 8, inc. 1, art. 9, incs. 1 y 3, y art. 11, inc. 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, el tribunal resuelve: revocar la decisión de fs. 491; en consecuencia, ordenar la restitución al padre de la menor L. A. A. en los términos de la rogatoria presentada. En atención a que el progenitor se encuentra en el país, procédase a hacer efectiva la restitución en forma inmediata...".

[48] Rev. "L.L.", 22/5/96, con comentario de BASZ, Victoria, y FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *El Derecho Internacional Privado y la restitución internacional de menores.*

El caso S. Z. A. A. [49].

Se trata de una decisión dictada por la Sala I de la Cámara Nacional en lo Civil, en los autos "Shamieh Zuahair Ahmed Abdulhaq c/Arce, Dora Delia s/exhorto", del 14 de septiembre de 1995, decidido por los doctores Eduardo L. Fermé y Julio M. Ojea Quintana.

Se trataba de un matrimonio entre una argentina de religión cristiana y un palestino de religión musulmana celebrado en Londres en 1979.

Con posterioridad, el matrimonio se trasladó a Kuwait, donde en 1989 nació el hijo de ambos.

El padre se encontraba en Londres transitoriamente cuando en 1990 se produjo la invasión de Irak a Kuwait. Por ese motivo, la madre huyó a través del desierto con su hijo, vía Amman, para encontrarse con su esposo.

El marido —activista del movimiento árabe— fue amenazado de muerte, razón por la cual la madre volvió a la Argentina con su hijo menor. El padre reclamó ante la autoridad central de Inglaterra la restitución internacional del menor.

En este caso el tribunal sostuvo que la convivencia del menor con el padre, oponente acérrimo del islamismo, que se hallaba sentenciado a muerte por árabes y musulmanes fanáticos, lo colocaba ante el riesgo grave de sufrir un peligro físico, por cuyo interés correspondía velar (arts. 3, Convención sobre los Derechos del Niño, y 13, *b*, Convención de La Haya). Restituir el menor a su padre, cuando el propio padre reconocía que estaba amenazado por organizaciones extremistas, implicaba exponer al niño a una situación intolerable que justificaba la excepción.

Quizá las palabras más relevantes del fallo dictado por el tribunal sean aquellas destinadas a explicar que con la decisión arribada "la madre no deberá ver un premio a su comportamiento ilegítimo". Todo lo contrario.

d) Reforma al Código Civil de 1998/1999.

Tal como prometimos, dedicaremos la última parte de esta sección a analizar las disposiciones contenidas en el Proyecto de Libro Octavo del Código Civil Unificado relacionadas con las cuestiones tratadas en este apartado. Veamos las disposiciones pertinentes.

"*Art. 72. Desplazamiento o retención ilícitos.* — En caso de desplazamiento o retención ilícitos de menores las autoridades competentes del Estado aplicarán su propia ley.

[49] Ver el fallo publicado en "E.D.", t. 165, p. 499.

"No obstante, en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del menor lo requiera, pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga vínculo estrecho".

Teniendo en cuenta la delicadeza y relevancia que revisten, el legislador prefiere confiar, en primer lugar, en la aplicación del derecho propio de las autoridades competentes llamadas a resolver las disputas pertinentes. Sin embargo, subsidiariamente cederá la aplicación de la *lex fori* ante la ley de otro Estado con el que la situación tenga vínculo estrecho. Esta elección importa la incorporación en el texto normativo de las soluciones que se pronuncian a favor del criterio atributivo de ley aplicable dominado por el principio de la proximidad.

"*Art. 73. Protección de los incapaces.* — La tutela y demás instituciones de protección del incapaz, se rigen por la ley de su residencia habitual".

"*Art. 74. Medidas provisionales o urgentes.* — La autoridad competente aplicará su propia ley interna para adoptar medidas urgentes de protección respecto de los incapaces o de sus bienes cuando se encontraren en territorio argentino".

"*Art. 75. Menores o incapaces abandonados.* — Las medidas de carácter tuitivo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio argentino se rigen por las leyes argentinas".

"*Art. 76. Obligaciones alimentarias.* — La obligación alimentaria se rige por el derecho del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; o del domicilio o de la residencia habitual del deudor, el que a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor".

En el Capítulo V, dedicado de forma abarcativa a la protección internacional de los incapaces y a las obligaciones alimentarias, se aborda la reglamentación de cuestiones antes no consideradas, con soluciones francamente innovadoras.

Una primera aproximación nos permite constatar que se tratan aspectos relacionados con los supuestos de desplazamiento o retención ilícitos de menores, la tutela, demás instituciones de protección del incapaz y la ley aplicable por las autoridades competentes para la adopción de medidas urgentes en resguardo de los incapaces. Asimismo, el legislador brinda especial atención jurídica a materias de alta sensibilidad, como las obligaciones alimentarias, posibilitando al tribunal argentino optar por el derecho que sea más favorable a las pretensiones del acreedor alimentario. Como observará el lector, este principio rector se halla reconocido en materia de relaciones personales de los cónyuges, por lo que, si bien no resulta novedoso, abre el espectro considerablemente a otras relaciones jurídicas internacionales de especial relevancia.

Desde nuestro análisis, con la firme promesa de volver sobre estas disposiciones en un futuro cercano, diremos que consideramos acertada la inclusión normativa de aspectos antes no abordados en el sistema de Derecho Internacional Privado de fuente interna. Tampoco podemos dejar de alentar el reconocimiento en el derecho argentino del principio mencionado, de tan fundamental trascendencia en el campo de las relaciones jurídicas familiares. A nuestro entender, la doctrina podrá ser objetada por reivindicar para sí la aplicación por parte de las autoridades competentes de su ley interna, gesto que si bien puede ser justificable, no deja de encerrar cierta desconfianza por el derecho extranjero. Una cuestión que resulta interesante es la que abordaremos en el próximo apartado.

5. El tráfico de menores. Planteo del tema. Sistemas. Soluciones a nivel convencional. Convención Interamericana sobre Tráfico de Menores. CIDIP V. Otras convenciones internacionales. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: algunas tendencias actuales en la doctrina y legislación de los sistemas de Derecho Internacional Privado extranjeros.

Los niños no solamente pueden resultar el objeto de agresión de sus progenitores, sino que desde el mismo momento de su concepción se ven involucrados como víctimas de numerosos delitos. Así, pues, encontramos aquellos que atacan su integridad física, los que afectan su identidad o los que lo privan de su libertad sexual.

La delicadeza y la relevancia de la problemática del tráfico de niños la hacen sumamente compleja por estar inserta en una realidad donde no aparece un solo delito sino el concurso de varios delitos, y donde las conductas reprochables penalmente se dan en distintos niveles. Así, el traslado o la retención ilícitos pueden encadenarse con los denominados delitos medios, tales como la sustracción, la falsificación de documentos, generalmente cometidos en el lugar de residencia del menor, y hasta la comisión de los llamados delitos-fines, tales como corrupción, proxenetismo, lesiones u homicidio para trasplante de órganos, explotación laboral, entre otros, y donde también suelen aparecer involucradas organizaciones criminales de carácter internacional.

En este apartado nos hacemos cargo de enfocar una de las cuestiones más delicadas en el campo del Derecho Internacional Privado, como es el tráfico internacional de menores. No obstante, lo hacemos a sabiendas de que este fenómeno oculta la explotación del trabajo infantil, la explotación sexual y la venta de los niños.

Convendremos con nuestro lector en dos cosas: una, que se está en presencia de fenómenos intrínsecamente patológicos con connota-

ciones civiles y penales; y otra, que somos conscientes de que el tema merece un tratamiento más profundo, más exhaustivo, que el que podemos brindarle. No obstante ello, procuraremos fundamentalmente mostrar los importantes logros que, ante lo intolerable del panorama, exhiben tanto el nivel convencional como los sistemas jurídicos estaduales destinados a prevenir e instaurar mecanismos de cooperación en la lucha contra el tráfico de niños.

Entre los múltiples factores que han contribuido a su incremento, se destacan, entre otros, el deterioro de las formas de vida y la existencia de sectores marginados, y la facilidad de los transportes, que permite el desplazamiento por medios rápidos, accesibles y eficaces [50].

En el comienzo de nuestro itinerario ponemos la mirada en la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, que a partir de la reforma de la Constitución del 1994 figura entre los Tratados que tienen jerarquía constitucional. Este instrumento jurídico internacional, en el artículo 35, compromete la acción de los legisladores en el nivel internacional disponiendo que "los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma" [51].

La obra codificadora en el nivel continental ha convertido a la protección de la minoridad en el centro de su preocupación, ocupándose de la regulación relativa a los derechos de los niños en diversas realizaciones:

1) La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores de La Paz, Bolivia, 1984;

2) la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de Montevideo, Uruguay, 1989;

3) la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo, 1989, y

4) la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de México, 1994.

En la Quinta Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, celebrada en México el 19 de marzo de

[50] Según un estudio realizado por CEPAL (diario "Clarín", 17/7/97), "en América Latina hay más de doscientos millones de pobres".

[51] Entre los trabajos realizados sobre el tema destacan los de CIURO CALDANI, Miguel Ángel: *Convención Interamericana de los Derechos del Niño. Su aplicación en el Derecho interno argentino*, Revista "Investigación y Docencia", Fundación para las Investigaciones Jurídicas, nº 22, 1994, p. 5; URIONDO DE MARTINOLI, Amalia: *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V, México, 1994)*, en Rev. "E.D.", 22/11/94, y TELECHEA BERGMAN, Eduardo, en "Anuario Argentino de Derecho Internacional", número extraordinario, p. 164, Córdoba, 1996.

1994, fue aprobada a nivel continental la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. El antecedente de este marco normativo lo constituye el Proyecto de Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores preparado por el Grupo de Expertos reunidos en Oaxtepec, México, desde el 13 al 16 de octubre de 1993 [52].

Los objetivos planteados fueron señalados en el siguiente orden:

1) Efectuar un estudio detenido del tema de tráfico de niños, de sus connotaciones civiles y penales, para arribar a conclusiones que posean el máximo rigor técnico;

2) sugerir bases para la elaboración de un sistema convencional de Derecho Internacional con el objeto de prevenir el tráfico de niños instaurando mecanismos de cooperación para facilitar la lucha contra dicho tráfico por parte de los Estados Miembros, y

3) identificar medidas que pudiesen ser adoptadas por los gobiernos a fin de prevenir y sancionar en el ámbito interno el tráfico ilícito de menores.

Entre los antecedentes de la reunión y los documentos de trabajo, cabe mencionar, según surge de la documentación de la reunión:

1) El mandato resultante de los artículos 34 (Explotación y abusos sexuales) y 35 (Venta, tráfico y trata de niños) de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta que "estas situaciones no fueron totalmente regladas por los textos supranacionales existentes tanto a nivel continental cuanto a nivel mundial, que básicamente prevén casos originados en traslados o retenciones internacionales de niños llevadas a cabo por familiares cercanos a los mismos y generalmente por uno de sus padres";

2) los trabajos de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, que trató el tema en 1992 bajo el título "Derechos del niño-Venta de niños";

3) la recomendación efectuada durante la Cuarta Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado, que sostuvo la necesidad de "solicitar a la Asamblea General que, con fundamento en las resoluciones aprobadas en esta Conferencia disponga la consideración prioritaria del tema «Aspectos civiles del tráfico internacional de menores»". En cumplimiento de lo cual, la Asamblea General, por resolución aprobada en sesión plenaria el 18 de noviembre de 1989, resolvió "...encargar al Consejo Permanente apruebe el proyecto de temario de la CIDIP V y disponga la consideración

[52] Reunión de Expertos sobre Tráfico de Niños preparatoria de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, Oaxtepec, Morelos, México, 13 al 16 de octubre de 1993, e Informe Final Unidad de Asuntos Jurídicos Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, 1994, publicados en "Universo Jurídico del Menor", Anexo IV, ps. 529 a 561.

prioritaria de los temas mencionados". Más tarde, se resolvió incluir los aspectos penales del tráfico de menores;

4) entre otros documentos de trabajo figuraron: Bases para un Proyecto de Convención, por Marco Gerardo MONROY CABRA de Colombia; Aspectos penales del tráfico de menores y aspectos civiles, de Didier OPPERTI BADÁN de Uruguay; Proyecto de Convención Interamericana sobre Aspectos Civiles de la Sustracción, Retención Ilícita y Tráfico Internacional de Menores, por Eduardo TELLECHEA BERGMAN; Exposición de Motivos y Proyecto de Convención Interamericana sobre Aspectos Penales de la Sustracción, Retención Ilegal y Tráfico de Menores, propuesto por el gobierno de México.

Durante la primera reunión se dispuso, en relación a la metodología para abordar el trabajo, la creación de dos grupos de trabajo que funcionarían en estrecho contacto: una comisión dedicada a los *aspectos penales* y otra a los *aspectos civiles*. En cada Comisión se designó al doctor Marco Gerardo MONROY CABRA como coordinador y al licenciado Hermes NAVARRO DEL VALLE, como relator, para la primera, y al doctor Didier OPPERTI BADÁN como coordinador y a los doctores Alicia PERUGINI y Eduardo TELECHEA BERGMAN como relatores, en la segunda.

a) La Convención Interamericana [53].

1) El vocablo "tráfico".

Desde el inicio de las reuniones, los expertos se ocuparon de precisar los términos de una definición de *tráfico* que pudiera ser empleada para un enfoque civil y penal de sus efectos. Si bien se advirtió que en muchos de los instrumentos internacionales adoptados universalmente los términos *tráfico* y *trata* son utilizados como sinónimos, se optó por la expresión *tráfico* para evitar erróneas interpretaciones en cuanto a que son diferentes [54].

Se adoptó la expresión *tráfico* por entender que la preocupación debía concentrarse en aquellos traslados de menores que constituyen un verdadero comercio; es así que la definición se integró con la referencia a una conducta —el traslado de un menor de un país a otro— con una finalidad ilícita y ánimo de lucro. Asimismo, durante los trabajos en las comisiones respectivas se aclaró que se buscaba contemplar las diversas hipótesis del traslado ilícito, que concurre normalmente con delitos-medios que se consuman en el país de la residencia del menor (sustracción de menores, falsificación de documentos, entre otros) y delitos-fines (corrupción de menores, proxene-

[53] La República Argentina ha aprobado la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores mediante la ley 25.179, con fecha 22 de septiembre de 1999, publicada en el Boletín Oficial el 26 de octubre de 1999.

[54] Informe mencionado en nota 52, p. 539.

tismo, explotación laboral, lesiones u homicidios para obtener órganos destinados a trasplantes, entre otros) que se cometen en el país de destino del menor.

2) Estructura normativa.

El instrumento internacional consta de un preámbulo y de treinta y cinco artículos divididos en cuatro capítulos. En el preámbulo se destaca la importancia que reviste abordar la regulación, tanto desde sus aspectos civiles como penales, de un tema de preocupación universal como es el tráfico internacional de menores, señalando además que la aspiración es garantizar el respeto de los derechos del menor a través de una protección integral y efectiva, y remarcando la relevancia de la cooperación internacional en este ámbito.

El Capítulo I aborda las "Normas generales"; el Capítulo II está dedicado a los "Aspectos penales"; el Capítulo III se ocupa de los "Aspectos civiles" y en el Capítulo Cuarto figuran las "Cláusulas finales".

3) Objeto de la Convención.

Según surge del artículo 1 del texto normativo, el instrumento internacional tiene por objeto la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de sus aspectos civiles y penales. De tal modo, los Estados se comprometen a:

1) Asegurar la protección de los derechos fundamentales y el interés prevaleciente del menor en consideración de su interés superior;

2) instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados, y

3) adoptar las disposiciones legales que sean necesarias, así como asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional de menores al Estado de su residencia.

En síntesis, el Convenio persigue comprometer a los Estados en una lucha solidaria, a cuyos efectos impone la obligación de colaborar en todo lo que signifique la captura y castigo de los delincuentes, y de informar acerca de las características y alcance del fenómeno del tráfico internacional de menores. Asimismo, se impone a los Estados Partes la obligación de modificar aquellas disposiciones de su derecho interno que pudieran obstaculizar la obtención de pruebas para la determinación de la existencia del delito.

4) Ámbito de la Convención.

Los artículos 2 y 3 del marco normativo, respectivamente, expresan que ella se aplicará a "cualquier menor que se encuentre o resida habitualmente en un Estado Parte al tiempo de la comisión de un acto

de tráfico internacional contra dicho menor", abarcando los "aspectos civiles de la sustracción, el traslado y la retención ilícitos de los menores en el ámbito internacional no previstos por otras convenciones internacionales sobre la materia".

5) Calificaciones: propósitos ilícitos. Medios ilícitos.

La Convención introduce, por un lado, una enumeración de los propósitos ilícitos, entre los que figuran la prostitución, la explotación sexual, la servidumbre o cualquier otro ilícito considerado tal según la ley de residencia habitual del menor o bien en el país donde éste se halle localizado y, por el otro, de los medios ilícitos, esto es, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, añadiendo que será considerado como medio ilícito el que lo sea en virtud de la ley de la residencia habitual del menor o del Estado Parte donde se encuentre.

6) Menor.

Entre las calificaciones autárquicas que brinda la Convención figura la de *menor*, siguiendo en ese aspecto el criterio de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. En este sentido, se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciocho años.

Como advertirá el lector, el límite es superior al impuesto por la Convención sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989 y por la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980, que lo fijan en dieciséis años.

7) Residencia habitual.

La Convención opta por el criterio regulatorio principal de la residencia habitual del menor, apartándose de los puntos de conexión tradicionales del domicilio y de la nacionalidad.

Se atiende, más que a los aspectos jurídicos, a los elementos fácticos, focalizando el centro de vida del menor, es decir, el lugar donde vive realmente, donde tiene sus afectos, su familia, su entorno.

Por nuestra parte, entendemos que la residencia habitual del menor es la conexión por excelencia en la materia. Este punto de conexión resulta el más adecuado para atender al interés superior del niño, para brindarle la protección integral y efectiva necesaria.

8) Autoridad central.

El Convenio adopta el sistema de la autoridad central por entender que facilita y agiliza toda tramitación vinculada a su objeto.

Ya hemos explicado las delicadas funciones de estos organismos técnicos especializados en la asistencia y cooperación internacional. Solamente añadiremos como particularidad que la Convención prevé la posibilidad, en el artículo 5, párrafo segundo, de que los Estados federales puedan designar más de una autoridad central.

9) Confidencialidad de los procedimientos.

El artículo 6 del Capítulo I insta a la confidencialidad de los procedimientos. Esta medida, por explicarse por sí misma, nos exime de mayores comentarios.

10) Aspectos penales.

Según lo disponen los artículos 7 y 8 del Capítulo II de la Convención, los Estados se comprometen a adoptar medidas eficaces conforme a sus derechos estaduales para prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores, y a prestarse asistencia y cooperación pronta y mutua por intermedio de sus autoridades centrales. Asimismo, se obligan a establecer mecanismos de intercambio y de información sobre legislaciones nacionales, jurisprudencia, prácticas administrativas y estadísticas, entre otros.

El segundo precepto establece las normas de jurisdicción internacional directa en materia de delitos relativos al tráfico internacional de menores. Así, determina que será competente el juez de:

a) El Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita;

b) el Estado Parte de residencia habitual del menor;

c) el Estado Parte donde se hallare el presunto delincuente si éste no fuera extraditado, y

d) el Estado Parte donde se hallare el menor víctima de dicho tráfico.

El abanico de posibilidades abierto y el amplio espectro de los foros disponibles en la materia dan cuenta de una acertada política legislativa destinada a facilitar el acceso a la jurisdicción para lograr la mayor efectividad.

11) Aspectos civiles.

En el artículo 12 la Convención dispone quiénes tienen legitimación activa para solicitar la localización y restitución del menor, colocando su determinación en la ley del Estado de la residencia habitual del menor.

Asimismo, el artículo siguiente faculta a que las reclamaciones se inicien ante las autoridades competentes, sean judiciales o adminis-

trativas, del Estado Parte de residencia habitual del menor, o bien ante las del Estado Parte donde se encontrara o se presuma que el menor se encuentra retenido.

Sin embargo, a renglón seguido, tratándose de razones de urgencia, se puede acudir ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito.

No obstante, debemos preguntarnos qué quiso decir el legislador cuando empleó el vocablo "urgencia". Dicho de otro modo, no podemos imaginarnos una situación que en la materia que estamos examinando no revista el carácter de urgencia. Por lo tanto, pensamos que este último criterio atributivo de jurisdicción internacional debió introducirse como alternativa de forma concurrente con las señaladas anteriormente.

Si bien se establece que el procedimiento puede iniciarse indistintamente ante las autoridades centrales o ante las autoridades competentes administrativas o judiciales anteriormente mencionadas, no es menos cierto que si no se realiza la reclamación ante la autoridad central ello no implica que éstas no deban coadyuvar y facilitar los procedimientos.

En efecto, la autoridad del lugar de localización del menor debe llevar a cabo todas las medidas a fin de velar por la salud física y moral, asegurando su cuidado, custodia o guarda provisional.

Desde el punto de vista de los requisitos formales, se advierte el cumplimiento de los requisitos mínimos para no impedir que se efectivicen las reclamaciones pertinentes. Entre otras facilidades, se suprime la exigencia de la legalización cuando el aviso se realiza mediante las autoridades centrales o las autoridades judiciales de las zonas fronterizas. Debido a la naturaleza de las cuestiones involucradas, la Convención hace recaer los gastos de diligenciamiento de la localización del menor y su restitución sobre los agentes del tráfico internacional.

El Capítulo III ofrece la posibilidad de la anulación de la adopción internacional y la revocación de la guarda o custodia cuando cualquiera de ellas tuviera su origen o fin en el tráfico internacional de menores. La anulación y la revocación quedan sujetas a las respectivas leyes que rigen la constitución u otorgamiento de la adopción y a aquellas que regulan los títulos de la patria potestad o la guarda del menor.

El último Capítulo, sobre "Cláusulas finales", se dedica a lo relacionado con la adhesión, las reservas, las cláusulas de compatibilidad y de entrada en vigor de la Convención. Asimismo, se contempla un aspecto de especial relevancia como es la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, consagrándose la obligación de reconocer y ejecutar las sentencias penales de otro Estado Parte en lo relativo a los daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores.

Afortunadamente, como respuesta ante la manera inquietante con que han crecido en los últimos años estas situaciones, la República Argentina ha ratificado esta Convención [55]. Nos reencontraremos con nuestro lector en el capítulo siguiente, donde nos ocuparemos del tema del régimen internacional en materia de bienes.

[55] Entre la bibliografía dedicada al tema puede verse: ARCAGNI, José Carlos: *La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores y el Derecho Internacional Privado tuitivo*, Rev. "L.L.", 10/8/95; DREYSIN DE KLOR, Adriana: *La protección internacional de menores*, obra colectiva coordinada, "Advocatus", Córdoba, 1996; PÉREZ VERA, Elisa: *Derecho Internacional Privado...* cit., vol. II; SOSA, Gualberto Lucas: *La Convención Internacional sobre Restitución Internacional de Menores*, "J.A.", nº 5656, 1990; TELECHEA BERGMAN, Eduardo: *Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay*", Instituto Interamericano del Niño, Unidad de Asuntos Jurídicos, Montevideo, 1985, y *Convención Internacional de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores*, "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", año XXXI, enero-junio de 1990, nº 1-2, ps. 110 a 164; MIRALLES SANGRO, Pedro: *La protección jurídica internacional de los menores en el ámbito de la CIDIP. España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado*, Eurolex, Madrid, 1993, p. 323; OPPERTI BADÁN, Didier: *Restitución internacional de menores. Aspectos civiles*, documento preparado para la reunión del Grupo de Expertos sobre Secuestro y Restitución de Menores y Obligaciones de Alimentos, OEA, San José de Costa Rica, 22 al 26 de mayo de 1989; UZAL, María Elsa: *La protección de menores en el Derecho Internacional Privado...* cit.; GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., y otros: *Derecho Internacional Privado...* cit., p. 137; WEINBERG DE ROCA, Inés M.: *Sustracción internacional de menores*, Rev. "L.L.", 21/7/95; BASZ, Victoria, y FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara: *El Derecho Internacional Privado y la restitución internacional de menores*, Rev. "L.L.", 22/5/96. De FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, ver los siguientes trabajos: *El Derecho Internacional Privado y la restitución internacional de menores*, "Revista de Doctrina y Práctica Procesal", año 1, nº 1, 1998, Ed. Ad-Hoc, ps. 151 a 176; *En el nombre del niño*, Rev. "Plenario", junio de 1997, año 4, nº 31, Asociación de Abogados de Buenos Aires, p. 6; *El conflicto de civilizaciones: una nueva mirada al Derecho Internacional Privado*, Rev. "Plenario", octubre de 1997, año 4, nº 35, y *El divorcio y la restitución internacional de menores: o sobre quién defiende a los niños*, Rev. "Derecho de Familia", Ed. Abeledo-Perrot, 1999, entre otros.

Capítulo VI

RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LOS BIENES

1. Principios aplicables al régimen de los bienes en el orden internacional.

a) Introducción.

El estudio del régimen de los bienes en el orden internacional comprende tanto a las entidades corpóreas o materiales que ocupan un lugar en el espacio, que tienen aptitud para cambiarlo como los "muebles" o que permanecen inmutables como los "inmuebles".

Centraremos nuestro análisis en aquellas entidades corpóreas o materiales, ya que los bienes inmateriales o incorpóreos o las también llamadas propiedades especiales serán objeto de una ulterior apreciación.

Los bienes pueden ser objeto de regulación desde una doble perspectiva: considerados en forma aislada o bien como integrantes de un patrimonio, esto es, de forma *uti singulis* o *uti universitas*. Esta distinción conlleva criterios reguladores diversos: el de *pluralidad*, conforme con el cual habrán de aplicarse tantas leyes como lugares ocupen los bienes, o bien, el de *unidad*, según el cual se aplicará una única ley, tal como ocurre con la sucesión *mortis causa*, la quiebra o el régimen patrimonial matrimonial, entre otros.

b) Interés de la soberanía de los Estados.

Resulta incuestionable el interés estatal en el régimen a aplicar en materia de bienes, sean éstos inmuebles o muebles. Los primeros, debido a que los territorios estatales sobre los cuales ejercen los Estados su dominio eminente y su poder soberano están constituidos por el conjunto de los bienes inmuebles, y los segundos, dada su creciente importancia e incidencia en las economías nacionales, regionales e internacionales.

c) Criterios reguladores.

Dos son los criterios que se dividen la hegemonía de la regulación en materia de bienes; por un lado, la llamada *teoría territorialista* y, por el otro, la *teoría personalista*. La primera doctrina propicia la aplicación del estatuto real o de la realidad, y la segunda línea se inclina por la sujeción de los bienes al estatuto personal o de la personalidad. Así:

1) *Estatuto real* o de la *realidad*, o bien
2) *Estatuto personal* o de la *personalidad*.

En el siguiente apartado nos detendremos, aunque brevemente, a analizar los fundamentos esgrimidos por las doctrinas precedentemente mencionadas.

2. Doctrina del estatuto real o de la realidad.

Propugna la aplicación de la ley territorial, de modo que los derechos sobre los bienes son regidos por la *lex situs*, *lex rei sitae*. Este principio es desde todos los tiempos universalmente admitido. En virtud de este principio es la ley de la situación que decide si un bien es mueble o inmueble; si está o no en el comercio; si es susceptible de ser adquirido, transmitido o perdido, así como las condiciones requeridas para la prescripción adquisitiva; las servidumbres, los privilegios, los derechos reales de los que son susceptibles los bienes, entre otros aspectos [1].

Sin embargo, la cuestión relativa a si una persona es capaz de adquirir o enajenar un bien es regida por la ley personal, sea la del domicilio o la de la nacionalidad.

Se basa en razones de diversa índole que constituyen su justificación, como los denominados fundamentos histórico, político, económico y jurídico del estatuto real.

a) Fundamento histórico.

La denominación de estatuto real indica el conjunto de leyes generales aplicables dentro de cada Estado a todas las cosas ubicadas dentro de su territorio.

Este criterio, de gran prosapia, tiene una larga tradición histórica. Básicamente responde a la íntima vinculación entre el régimen de

[1] Ver obras citadas de BARTOLO; D'ARGENTRÉ; SAVIGNY, parágs. 366 a 368; SCHAFFNER, parágs. 54 a 68; FOELIX, parágs. 56 a 66; LAURENT, t. VII, parágs. 111 a 126, entre otros.

los bienes con la organización política y los intereses económicos estaduales, cuyo legislador reclama la exclusiva regulación.

Este fundamento hunde sus raíces en el *strictum jus*, como consecuencia del cual todo lo relacionado con los bienes inmuebles estaba incluido dentro del estatuto real, constituyendo la aplicación territorial de la ley su natural derivación.

b) Fundamento político.

Su fundamentación obedece a la estrecha amalgama entre la riqueza y el poder político. Así, durante el feudalismo se produce la confusión entre la propiedad y la soberanía, de forma tal que quien detenta el dominio de la tierra ejerce el poder político sobre el feudo. Esto último revela la marcada subsunción del Derecho Privado en el Derecho Público.

Durante el imperio de este régimen político los juristas centraron sus preferencias en los bienes inmuebles, menospreciando los bienes muebles. En esta etapa, como puede comprenderse fácilmente, alcanza su esplendor el célebre aforismo *mobilis vilis possessio*. El régimen feudal es el que más hizo por favorecer la tendencia encaminada hacia la aplicación de la ley territorial en materia de bienes.

Los estatutarios formularon un tratamiento regulador diverso para los bienes según fueran inmuebles o muebles. En tal sentido, se convino que los primeros quedaran sujetos a la ley del lugar de su situación, a la *lex rei sitae*, como principio exigido en interés de la soberanía. Mientras que los segundos fueron sometidos a la ley del domicilio del propietario, que se tradujo en las no menos famosas máximas *immobilia reguntur lege loci* y *mobilia personam sequuntur, mobilia ossibus inhaerent*.

El principio de la territorialidad ejerció tal poder de atracción que bastaba que una ley, por un aspecto cualquiera, produjera algún efecto sobre un inmueble para que entrara en acción reclamando su aplicación. Así, pues, se llegó hasta a sujetar la capacidad para adquirir los bienes a la ley territorial, como sostuvo uno de los más conspicuos representantes de la llamada primera escuela estatutaria francesa del siglo XVI [2], tendencia que recién fue moderada por los estatutarios franceses de la llamada segunda escuela del siglo XVIII. A ellos se debe la consideración de las universalidades, en las que los bienes como integrantes del patrimonio les sugirieron la aplicación, no ya del estatuto real, sino del estatuto personal del domicilio.

[2] Tesis de Bertrand D'ARGENTRÉ. Puede verse BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ: *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General* cit.

c) Fundamento económico.

Existe una íntima relación entre el régimen de los derechos reales y los sistemas económicos estaduales que lleva a visualizar a la propiedad como fundamento de la constitución económica. De este modo, fácilmente pueden advertirse los intereses que los Estados tienen en controlar el régimen jurídico de los bienes que se encuentran en su territorio. La aplicación de la *lex rei sitae* se erige en uno de los instrumentos jurídicos que sirven para efectivizar aquellos intereses, por garantizar a dicho Estado el control sobre lo que se llama "dominación de los bienes económicos".

d) Fundamento jurídico.

El jurista que enuncia el fundamento jurídico del estatuto real es Federico Carlos DE SAVIGNY, afirmando que la ley de situación debe ser aplicada tanto a los bienes muebles como a los inmuebles. Con anterioridad al pensamiento de este autor, las razones justificativas fueron de índole política e histórica, pero no tuvieron explicación desde el punto de vista estrictamente jurídico.

Así, pues, sostuvo que toda persona que quiere adquirir o ejercer un derecho real sobre un bien cualquiera se traslada con esa intención al lugar que aquélla ocupa y, para esa especial relación jurídica, se somete voluntariamente al derecho de esa localidad. Cuando se dice que los derechos reales se juzgan según el derecho del lugar en que la cosa se encuentra —*lex rei sitae*—, se parte del mismo principio que cuando se aplica al estado de las personas la *lex domicilii*; este principio es el de la sumisión voluntaria. Otra razón de ser tiene el estatuto real, ya que se trata aquí de cosas visibles sometidas a la acción de los sentidos y siendo, por consiguiente, "fácil de conocer el asiento de la relación jurídica, lo es asimismo averiguar la ley local que debe regirla...".

Sin embargo, nuestro autor se vio en la necesidad de distinguir entre los muebles destinados a estarlo de manera permanente, tal es el caso de los muebles de una mansión, y aquellos bienes muebles que cambian constantemente de lugar, como el equipaje del viajero o las mercaderías en tránsito. De manera que, como existen numerosas categorías intermedias, los bienes tienen que ser tratados según las circunstancias. Cuando las cosas se encuentren destinadas a permanecer de forma más o menos prolongada en el mismo lugar, se aplicará la ley del lugar de su situación; cuando esa finalidad no pueda ser conocida, se aplicará la ley del domicilio del propietario, pero con carácter excepcional [3].

[3] Ver SAVIGNY: *Sistema de Derecho Romano actual* cit., t. VIII, p. 366, quien explica que estas connotaciones, referidas a los bienes muebles, son mencionadas

El fundamento jurídico de la aplicación de la *lex situs* está basado en la presunción de la voluntad del titular de los bienes o del que desea vincularse jurídicamente con la cosa, de ajustarse a aquélla.

Esta explicación mereció las críticas de quienes no encuentran satisfactoria la construcción savigniana y niegan que la necesidad objetiva de ponerse en contacto con la cosa implique una sumisión voluntaria, toda vez que bastaría hacer, de ser ello cierto, una manifestación en contrario para sustraerse a la aplicación de la ley del lugar de situación. Se aduce que las mismas consideraciones que hacen someter a la persona al lugar del domicilio justifican el sometimiento de los bienes inmuebles a la ley de situación, por lo que resulta aplicable a los inmuebles el símil de una persona que no hubiese cambiado nunca de domicilio; concluyen afirmando que todo inmueble está domiciliado permanentemente en el lugar de su situación, de modo tal que el fundamento jurídico no es la sumisión voluntaria sino la necesidad de la permanencia en un régimen jurídico determinado.

La competencia de la *lex rei sitae*, principalmente en materia de bienes inmuebles, es la consagración de un principio tradicional e indiscutible, conforme con el cual se encuentran sujetos a la ley del lugar de su ubicación.

Desde nuestra perspectiva, no es preciso hallar una justificación, una fundamentación única, dado que este criterio se impone por sí mismo como estatuto, como ley aplicable en materia inmobiliaria. Sin embargo, ello responde no solamente a evidentes consideraciones de índole jurídica, sino a una necesidad vinculada al interés político de los Estados, como se corresponde con la relevancia de los indudables intereses económicos involucrados.

Luego, se produce una suerte de concurrencia de justificaciones, de amalgama de fundamentos que determinan la aplicación de la regla lex rei sitae en materia de bienes. En efecto, resulta innegable, desde variadas perspectivas, políticas, económicas y sociales, el interés justificado de los Estados para reservarse la aplicación de su ley y en muchas ocasiones su exclusiva jurisdicción. También es incuestionable que el régimen de la propiedad y de los derechos reales sobre los bienes, sean muebles o inmuebles, por formar el núcleo de la actividad económica, repercute en la asignación de los recursos, su disfrute y su explotación. Finalmente, cabe observar, como destaca un prestigioso

---

por los jurisconsultos romanos. Asimismo, cabe señalar que esta solución abarcadora ha sido seguida por autores como WHARTON, quien se pronuncia categóricamente a favor de la ley de la situación en materia de bienes muebles ("Southern Law Review", t. VI, enero de 1881). WESTLAKE adhiere a esa posición ("Revue du Droit Internationale", t. XIV, p. 287).

autor español, que la *lex situs* es la que mejor responde a los principios básicos del derecho material de las cosas, tales como el principio de tipicidad, el principio de certeza y el principio de publicidad [4].

e) Precisión del lugar de situación de los bienes.

El lugar que ocupa o donde está ubicado el bien no plantea en principio problemas de determinación cuando de inmuebles se trata; es una sencilla cuestión fáctica. Sin embargo, en ocasiones la doctrina describe algunas situaciones que pueden tornarse de difícil o dificultosa solución.

Esto sucede, entre otros casos, con las naves y aeronaves en alta mar, con los cables submarinos terrestres o aéreos y con los satélites en el espacio, o con los denominados bienes en tránsito a través del transporte internacional, también llamadas cosas en viaje, es decir, mercaderías que se encuentran en curso del transporte y son vendidas durante el viaje a otra persona distinta de la primitiva adquirente o, en general, cuando el bien transportado es objeto de disposición en favor de un tercero.

Precisamente, para evitar los inconvenientes de un continuo desplazamiento, las legislaciones han optado por sujetarlas a la ley del pabellón o registración, o a la ley del lugar de expedición o de destino de las cosas que se encuentran a bordo. En favor del criterio del lugar de la expedición se ha aducido que se trata del lugar de la última localización relevante del bien. En contra se ha dicho que se trata de una conexión pasada, por lo que conviene sujetarlos a una ley como la del destino.

Sin embargo, nos permitimos pensar que al legislador de Derecho Internacional Privado no debe escapársele que la determinación debe compadecerse a aquellos criterios adecuados a la realidad socioeconómica imperante.

3. Los bienes "uti singuli".

La distinción entre bienes muebles e inmuebles es propia de una consideración en forma aislada y no como integrantes de una universalidad jurídica. Esta diferenciación, que parece provenir del Derecho Romano, ha sido motivo de preocupación desde los mismos orígenes de nuestra disciplina.

Basta recordar que los juristas de las escuelas estatutarias propugnaron un régimen diverso, según la naturaleza mueble o inmueble

[4] GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., y otros: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial* cit., p. 340.

de los bienes, desde el punto de vista de la ley aplicable: sea la ley del domicilio del propietario, sea la ley del lugar de su situación, respectivamente.

La ley del lugar de radicación ha sido una constante en materia de bienes inmuebles, mientras que con relación a los muebles ha habido una evolución que se ha movido desde la sujeción a la ley del domicilio del propietario hacia la aplicación de la *lex situs*.

Esta última tendencia culmina, desde el punto de vista doctrinal, con SAVIGNY, quien halló injustificado jurídicamente el régimen diferenciado, erigiéndose en el defensor de la tesis unitaria de la vigencia de la ley del lugar de situación, tanto para los inmuebles como para los muebles. Es cierto que se vio obligado a reconocer excepciones al principio dada la indeterminación del lugar de situación, como cuando se trata de mercaderías en tránsito, como son el equipaje del viajero o aquellas enviadas por un comerciante, circunstancias que imponen la aplicación de la ley del domicilio del propietario.

La influencia de la doctrina enunciada ha sido decisiva para la elaboración de las obras codificadoras americanas, tanto de los Tratados de Montevideo cuanto del Código Bustamante. Es más, como veremos oportunamente, es la línea de pensamiento seguida por las realizaciones contemporáneas en las Leyes de Derecho Internacional Privado.

Dentro de la escuela angloamericana, uno de sus más prestigiosos exponentes admite la distinción desde el punto de vista de la ley aplicable, entre los bienes muebles e inmuebles, para sujetar los primeros a la ley del domicilio del dueño y los segundos a la *lex rei sitae*. Sin embargo, establece excepciones al principio general:

a) Cuando los muebles anexos a los inmuebles están de tal modo fijos por efecto de la ley o por determinación expresa del dueño, en cuyo caso habrán de sujetarse a la ley del *situs* y no a la ley local del domicilio del dueño, y

b) cuando por alguna ley positiva o consuetudinaria del país de situación provea en estos casos especiales, que por la naturaleza de la propiedad tenga necesariamente una localidad implícita, tal como ocurre con las acciones de bancos, seguros, fondos públicos o títulos de renta, sujetos a la *lex rei sitae* [5].

Las referencias a las doctrinas precedentemente mencionadas son inexorables, ya que resultan imprescindibles para la interpretación de la legislación argentina, específicamente de las normas del Código Civil; ambos autores son tomados por el codificador Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD como fuentes de inspiración.

[5] Esta es la posición de STORY, Joseph, en *Commentaries on the Conflicts of Law*, 1835.

4. Doctrina del estatuto personal o de la personalidad.

Esta teoría propicia la sujeción de los derechos reales sobre los bienes, cualquiera sea su naturaleza, a la ley personal del propietario, sea la del domicilio o la de la nacionalidad. Esta tesis sustentada por la doctrina sostiene:

a) Que la soberanía nacional se extiende tanto a las personas como al territorio;

b) que el estatuto real es solamente tradición y categoría histórica;

c) que el Estado y la soberanía se ocupan directamente de las personas, que son lo principal; los bienes son lo accesorio;

d) que todo estatuto es personal cuando sólo concierne a intereses privados; es real cuando concierne a los intereses sociales, y los bienes inmuebles objeto de transacciones particulares no afectan al orden público ni al interés público, entre sus principales argumentaciones. Sin embargo, reconoce excepciones al principio para el supuesto de que esté comprometido el orden social [6].

Desde la cátedra, la doctrina argentina ha criticado esta posición replicando que:

a) El Estado protege al hombre, no al ciudadano o súbdito;

b) no debe mirarse sólo a la soberanía, sino también al orden social y económico;

c) el derecho a veces contempla a la persona con prescindencia de la cosa; otras a ésta con prescindencia de aquélla, y generalmente a ambas con predominio oscilante, ora de una, ora de otra;

d) las leyes no son ni personales ni reales; deben aplicarse leyes del tribunal, del acto, en relaciones que conciernen tanto a la persona como a la cosa;

e) pueden presentarse casos sin *lex personae* determinada, como en el condominio de personas de diversas nacionalidades, o en el que se ignora quién es dueño o su patria.

Opina el autor cuyas ideas seguimos que "toda relación jurídica que afecte al régimen de los bienes exigirá la aplicación de la ley del lugar de la situación de éstos, quedando la capacidad de la persona para adquirirlos, transferirlos, sometida siempre a su ley personal" [7]. En este sentido, compartimos las críticas que se le han formulado, por dos razones:

a) Que en materia de bienes, sobre todo de los inmuebles, casi siempre se encuentra comprometido el orden social, y

[6] Es la posición asumida desde la doctrina por LAURENT, WEISS y FIORE, entre otros.

[7] CALANDRELLI, Alcides: *Cuestiones de Derecho Internacional Privado* cit., t. II, p. 153.

b) que la ley de la nacionalidad o la del domicilio, como criterios rectores, puede resultar controvertida cuando no es única.

Quiere decir que, puestos en la alternativa de optar, nos inclinamos decididamente por la ley del lugar de situación.

Además de ser el principio rector universalmente aceptado en materia de bienes, es el que mejor se adapta a la finalidad del Derecho Internacional Privado, esto es, el logro de seguridad jurídica en materia de relaciones jurídicas privadas internacionales, inclusive en sus implicancias prácticas.

El alcance de la "lex rei sitae".

El denominado estatuto real o ley de situación como criterio regulador en materia de bienes precisa ser marcado, delimitado, conocido.

Es el legislador quien establece el contenido y el alcance de la *lex rei sitae* cuando regula el régimen de los bienes. Por tanto, le corresponde diseñar su clasificación en muebles e inmuebles, o dentro o fuera del comercio, así como la enumeración de los derechos de que pueden ser objeto y las formas de publicidad de que se rodea la adquisición, modificación y extinción de los bienes.

Así, pues, el estatuto real determinará los bienes que pueden ser objeto de derechos reales y su régimen jurídico; regulará la creación, modificación, transmisión y extinción de los derechos reales, y hasta fijará los modos de adquisición originarios como derivados, las condiciones, contenido, efectos y exigencias de publicidad de los derechos reales.

En el derecho argentino están comprendidas las instituciones sujetas al ámbito del estatuto real o *lex rei sitae*; entre otras:

a) Derechos reales que pueden constituirse sobre los bienes (arts. 2502 y 2503, Código Civil);

b) en materia de propiedad, su concepto y caracteres (arts. 2506 y ss., Código Civil);

c) modos de adquirir el dominio (arts. 2524, 2525, 2527, 2540, 2550, 2556, 2567, 2571, 2581, 2584, 2587, 2594 y 2597, Código Civil);

d) restricciones y límites al dominio (arts. 2611 y ss., Código Civil);

e) transmisión del dominio: forma (arts. 1211, tradición 577, 2601 y ss., 2373 y 2388, Código Civil), y

f) derechos reales: usufructo (art. 2807); uso y habitación (arts. 2948 y ss.); servidumbre (arts. 2970 y ss.); hipoteca (arts. 3129 y ss.); prenda (art. 3204); anticresis (art. 3239), entre otros.

5. Los bienes "uti universitas".

La universalidad jurídica está referida al conjunto de bienes en los que no se tiene en cuenta la naturaleza particular de cada uno de ellos, sino que se atiende a su consideración como unidad patrimonial. Ello sucede en las sucesiones, en la sociedad conyugal o en las quiebras, donde adquiere preeminencia la regulación por la ley personal, sea la del domicilio o la de la nacionalidad.

En el derecho argentino, como ocurre en otros sistemas de Derecho Internacional Privado comparado, encontramos tal consideración en materia de sucesiones en los artículos 3283 y 3612 del Código Civil, donde se acude al criterio regulador del domicilio del causante, o en materia de régimen patrimonial matrimonial, en el artículo 163 del Código Civil y en el artículo 16 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, donde se lo sujeta a la ley del primer domicilio conyugal.

6. Sistema argentino de Derecho Internacional Privado.

a) Fuente interna.

1) El Código Civil.

El codificador argentino, siguiendo un criterio regulador *ut singulis*, regula los bienes en el orden internacional en las disposiciones de los artículos 10 y 11 del Código Civil.

Establece un régimen diferenciado desde el punto de vista de la ley aplicable, con arreglo al cual:

a) Aplica la *lex rei sitae* para los inmuebles y los muebles de radicación permanente, o los denominados muebles inmóviles;

b) aplica la *lex domicilii del propietario* para los muebles de situación no permanente o móviles [8].

La primera de las disposiciones nombradas, el artículo 10, constituye una norma de Derecho Internacional Privado indirecta unilateral, dado que solamente se ocupa de los bienes inmuebles situados en la República Argentina [9]. La segunda norma, el artículo 11, establece el régimen de los bienes muebles a través de una norma de Derecho Internacional Privado indirecta omnilateral.

[8] Desde nuestra perspectiva propiciamos la denominación de muebles en sentido amplio, o bien muebles en sentido estricto.

[9] En cambio, BOGGIANO (*Curso*... cit., p. 423) considera que se trata de una norma de aplicación exclusiva o norma de policía.

2) Bienes inmuebles.

"*Artículo 10.* — Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad para adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar estos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República".

En la nota, el doctor VÉLEZ SARSFIELD cita como fuentes: la Ley 15, Título 14, Partida 3ª; STORY, párrafo 224, y SAVIGNY, párrafo 366 del Tomo VIII del *Sistema de Derecho Romano actual.*

Antes de encarar el análisis exhaustivo de la disposición transcripta, consideramos imprescindible, para una acabada comprensión, aclarar una serie de controversias respecto de las citas y el alcance del precepto legal.

1) *Primera cuestión.*

La cita referida en la nota al artículo a la Ley 15, Título 14, Partida 3ª, que sujeta los bienes raíces a la *lex rei sitae*, es correcta y, por ende, no trae ningún problema interpretativo.

En cambio, las otras citas, que son SAVIGNY y STORY, sí provocan discusiones, por dos razones:

1) Porque VÉLEZ SARSFIELD indica como fuente el párrafo 224 de *Comentarios sobre conflictos de leyes* de Joseph STORY, el cual está incluido en el Título VIII, t. I, dedicado al divorcio, y por tanto ajeno al régimen de bienes;

2) porque cita como sustento del precepto a los juristas que, según vimos, establecen reglas opuestas en la materia.

— *Controversia sobre la cita de Story.*

El debate doctrinal gira en torno de aquellos que entienden que la cita correcta es el párrafo 430 de la obra del autor norteamericano, mientras que otros entienden que la referencia es al párrafo 424 y que el error debe ser atribuido a una errata de impresión no existente en los originales del Código.

En la primera posición se colocan quienes piensan que el codificador ha querido referirse al párrafo 430, donde STORY se muestra partidario de la aplicación de la *lex rei sitae* en materia de capacidad para adquirir o transferir bienes raíces, siguiendo a D'ARGENTRÉ [10].

En la otra tesis se hallan quienes consideran que la cita verdadera corresponde al párrafo 424, que dice: "El principio general de la ley común es que las leyes del lugar donde tal propiedad está situada

[10] Es la seguida por el doctor Estanislao ZEBALLOS.

rigen exclusivamente respecto de los derechos de las partes, los modos de transferencia y las solemnidades que deben acompañarlos. Por consiguiente, el título a una propiedad real puede adquirirse, transferirse o perderse solamente con arreglo a la *lex rei sitae*" [11].

Comparando nuestro artículo 10 con el párrafo 424 transcripto, ante la sorprendente analogía entre ambos textos, nos inclinamos por entender que es el pertinente.

— *Controversia sobre los criterios opuestos de los autores citados.*

Tal como vimos, SAVIGNY y STORY sostienen criterios contrapuestos en esta materia. El primero somete todos los bienes, sin distinción de naturaleza mueble o inmueble, a la ley del lugar de situación, con la excepción de los bienes muebles en tránsito. El segundo adopta la *lex rei sitae* para los inmuebles, así como para los muebles anexos y los denominados con localidad implícita, mientras que los muebles los somete a la ley del domicilio del propietario.

Sin embargo, cabe observar que si bien ambos juristas parten de principios generales diversos, al admitir ciertas excepciones se reduce el margen de la divergencia [12].

II) *Segunda cuestión.*

La otra cuestión que plantea el artículo 10 del Código Civil está referida a su real alcance.

Así, pues, su lectura parece indicar que todas las situaciones jurídicas que derivan de los bienes inmuebles están sujetas a la *lex rei sitae*, lo cual contradice principios establecidos en otras normas del mismo cuerpo legislativo, como en materia de capacidad (arts. 6, 7, 948 y 949) y respecto de la forma (arts. 12, 950 y 1180).

3) Análisis del artículo 10.

Establece que "los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto...":

a) *"A su calidad de tales"*: el precepto enfrenta en esta frase el problema de las calificaciones dentro de nuestra disciplina, resolviéndolo por aplicación de la *lex causae*. Por tanto, la ley del lugar de situación del bien es la competente para dirimir la cuestión acerca de la naturaleza inmueble o no de los bienes.

b) *"Derechos de las partes"*: aquí la disposición somete al derecho del lugar de situación la determinación de los derechos reales de

[11] Tesis seguida por Alcides CALANDRELLI, Amancio ALCORTA y Víctor ROMERO DEL PRADO. El último autor argentino mencionado llega a esa conclusión luego de cotejar los borradores del Código Civil.

[12] Puede verse un análisis profundizado en KALLER DE ORCHANSKY, Berta, ob. cit., ps. 308 y ss.

que pueden ser objeto los bienes inmuebles. En tal sentido, conforme con el *numerus clausus* establecido en el artículo 2503 del Código Civil, los derechos reales sobre inmuebles sitos en nuestro país son los allí enumerados taxativamente. Quizás el codificador no debió emplear, según nuestro criterio, el vocablo "partes", que parece indicar como única fuente generadora a los contratos, y sí emplear el término "titulares", por resultar abarcativo y preciso lingüísticamente.

c) *"Capacidad de adquirirlos"*: esta es la frase que mayores controversias interpretativas ha generado, ya que, como dijimos, su aplicación estricta no se compadece con los principios generales establecidos en materia de capacidad en los artículos 6, 7, 948 y 949 del Código Civil. De allí lo justificable de la vehemencia del debate que enfrenta a tres corrientes interpretativas: la primera se funda en la influencia decisiva de alguna de las fuentes; la segunda se basa en otras normas del Código buscando una armónica comprensión, y la tercera lo hace desde una perspectiva ciertamente ingeniosa. En la primera posición se ubican aquellos juristas que atribuyen a SAVIGNY y a STORY la influencia decisiva en VÉLEZ SARSFIELD. Consideran unos que el inspirador fue el primero de los autores mencionados, y como en materia de capacidad adopta el criterio de la ley del domicilio, esta es la ley aplicable también para la capacidad para adquirir bienes inmuebles, por ser esta última una especie del género capacidad; otros siguen a STORY, específicamente los párrafos 430 y 432, en los que el autor sujeta la capacidad para adquirir bienes raíces a la ley territorial [13]. Desde la segunda tendencia sostienen que el artículo 10 se refiere a la capacidad de derecho, mientras que la capacidad de hecho se sujeta a la ley del domicilio, de conformidad con lo establecido por los artículos 6, 7 y 949 del Código Civil. En una posición especial se encuentran quienes entienden que la *lex rei sitae* solamente es aplicable respecto de la incapacidad de derecho [14]. Dejamos para el final la tercera de las líneas de pensamiento, que considera que la frase debe ser interpretada como referida a la susceptibilidad de ser o no adquiridos los bienes, vale decir, si están o no dentro del comercio. Ello en virtud de que los bienes no tienen capacidad, lo que revela nada más que una imprecisión terminológica del legislador [15]. Si bien reconocemos el gran esfuerzo interpretativo realizado por la doctrina argentina, no lo es menos que todas las posiciones fuerzan de una u otra forma el texto del artículo 10. Nuestra opinión se inclina más por sostener su reformulación legislativa.

[13] CALANDRELLI sigue esta tesis con apoyo en SAVIGNY. CHAVARRI, en cambio, se basa en STORY.

[14] En esta corriente, encontramos en primer lugar a LLERENA, GUASTAVINO, BIBILONI, COLMO y MACHADO. En segundo lugar, a Carlos María VICO.

[15] En este sentido se expide ROMERO DEL PRADO, Víctor, ob. cit., t. II.

d) "Modos de transferirlos y solemnidades que deben acompañar estos actos": el legislador se refiere aquí a aquellos modos que son exigibles para la constitución de los derechos reales y las formas que deben observarse, cuando de bienes inmuebles situados en la República Argentina se trata, aspectos que los sujeta de forma exclusiva a la ley territorial. La doctrina argentina ha entendido de forma unánime que el precepto alude a la escritura pública, a la tradición, a la inscripción y protocolización sujetos a la *lex rei sitae* (arts. 577 y 1211, Código Civil).

e) "El título, por tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República": en esta parte del artículo aparece claramente la influencia que en la obra del legislador argentino tuvo el párrafo 424 de la obra de STORY. Sin embargo, ante las consideraciones pareciera que favorecería su interpretación si en lugar de emplearse la expresión "el título" se hubiera utilizado el vocablo "el derecho". De ese modo, insistimos seriamente en una futura reformulación legislativa.

4) Bienes muebles.

El artículo 11 dice: "Los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño".

i) *Fuentes.*

El codificador, en la nota del artículo, cita como fuentes a STORY, *Comentarios sobre conflictos de leyes*, párrafos 362 a 376, 380 y 382, y a SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano actual*, páragrafo 366. Tal como vimos, los juristas mencionados defienden principios distintos sobre el particular. En efecto, el primero de los autores somete los muebles a la ley del domicilio del propietario como principio general, salvo para aquellos muebles que se encuentran fijos, por efecto de la ley o de la voluntad del dueño que los somete a la *lex rei sitae*. A su turno, el segundo autor sienta como principio general en materia de bienes el de la sujeción a la ley del lugar de su radicación, sean inmuebles o muebles, pero a las mercaderías en tránsito y al equipaje del viajero los somete excepcionalmente a la ley del domicilio del propietario.

Esta tan particular como curiosa situación hizo que la doctrina argentina polemizara acerca del jurista seguido por el codificador, entendiéndose mayoritariamente que la fuente fue el autor alemán. Desde nuestra perspectiva, las razones dadas nos impulsan a compartir ésta última línea de pensamiento.

II) *Análisis del precepto legal.*

La primera parte del artículo 11 sujeta los bienes muebles de radicación permanente a la *lex rei sitae*, asimilándolos desde el punto de vista de la ley aplicable a los bienes inmuebles. El legislador, como resulta de toda obviedad, alude a los muebles denominados *inmóviles* en sentido amplio. En efecto, son aquellos bienes muebles que, si bien son trasladables, lo son en forma ocasional, porque en general tienen un asiento fijo, permanente.

La segunda parte del texto normativo enfoca a los bienes muebles llamados *móviles* o, como preferimos denominarlos, muebles en sentido estricto. Ante la imposibilidad de situarlos espacialmente, la solución consiste en sujetarlos a la ley del domicilio del propietario.

III) *Controversias sobre la contradicción entre la primera y la segunda partes del artículo.*

Si analizamos detenidamente la disposición, advertiremos que el legislador parece hacer una distinción entre "*muebles que son de uso personal*", y por ello sujetos a la ley del domicilio del propietario, y "*muebles de situación permanente*", regidos por la ley del lugar de su ubicación.

Así, pues, una colección de arte es bien mueble de situación permanente y, por tanto, sujeta a la ley del lugar de situación (según la primera parte del precepto), pero, además, como es de "uso personal del propietario" está sometida a la ley del domicilio del propietario (según lo establecido en la segunda parte del artículo). Si bien la disposición luce francamente contradictoria, creemos que comprende tres hipótesis distintas:

1) Los muebles de situación permanente, sujetos a la *lex rei sitae* (primera parte);

2) los muebles que el propietario lleva consigo que son de su uso personal, regulados por la ley del domicilio del propietario (segunda parte), y

3) los muebles que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, sujetos a la ley del domicilio del dueño.

Esta interpretación tiene, a nuestro criterio, la ventaja de compadecerse con el criterio savigniano citado en la nota al artículo, cuando VÉLEZ SARSFIELD dice enfáticamente que "SAVIGNY sostiene perfectamente la doctrina del artículo".

b) Fuente convencional. Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940.

Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940 consagran la regla de la *lex rei sitae*. Siguen el pensamiento savigniano, que, como vimos, no distingue en materia de

ley aplicable según la naturaleza mueble o inmueble de los bienes. Las diferencias entre los textos de los instrumentos internacionales en estudio están destinadas al logro de una mayor precisión terminológica o a esclarecer, si ello fuera posible, su anterior redacción.

1) El Tratado de 1889.

"*Art. 26.* — Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley donde existen, en cuanto a su calidad, o a su posesión, a su enajenación absoluta o relativa, y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles". Aquí, en primer lugar se establece el principio rector y luego se determina el alcance correspondiente.

"*Art. 27.* — Los buques, en aguas no jurisdiccionales, se reputan situados en el lugar de su matrícula". Esta norma, claramente encaminada a precisar el lugar de situación cuando se trata de bienes de dificultosa fijación espacial, opta por uno de los criterios, que implica radicarlos en el lugar de su matriculación.

"*Art. 28.* — Los cargamentos de los buques, en aguas no jurisdiccionales, se reputan situados en el lugar de destino definitivo de las mercaderías". En este caso se opta por someterlos al lugar del destino de las mercaderías.

"*Art. 29.* — Los derechos creditorios se reputan situados en el lugar en que la obligación de su referencia debe cumplirse". En este supuesto el instrumento internacional se decide por entender que los derechos creditorios están situados en el lugar de su cumplimiento.

"*Art. 30.* — El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo o de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisicón o conservación de los derechos mencionados".

"*Art. 31.* — Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad a la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos, priman sobre el primer adquirente". Estos dos últimos preceptos, de evidente utilidad práctica, procuran dar certeza respecto a la ley aplicable, dando solución a algunos de los supuestos de los denominados *cambios de estatutos*, en la terminología tradicional, o *conflictos móviles*, en la formulación actual [16].

[16] En contra: PARDO, Alberto Juan: *La necesidad de la reforma del régimen internacional de los bienes*, "L.L.", 27/11/69.

2) El Tratado de 1940.

"*Art. 32.* — Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza son exclusivamente regidos por la ley del lugar en donde están situados, en cuanto a su calidad, o su posesión, su enajenabilidad absoluta o relativa, y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles". Tanto la formulación del principio rector como el alcance son mejorados por el convencional, procurándose una redacción más precisa para contribuir a su acabada interpretación.

"*Art. 33.* — Los derechos sobre los créditos se reputan situados en el lugar en donde la obligación de su referencia debe cumplirse. Si este lugar no pudiera determinarse al tiempo del nacimiento de tales derechos, se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor. Los títulos representativos de dichos derechos y transmisibles por simple tradición, se reputan situados en el lugar donde se encuentran". Cabe señalar que en la primera parte de la disposición se reproduce lo establecido en el artículo 29 del Tratado de 1889. Sin embargo, resultan innovadores los principios establecidos en materia de derechos creditorios y de títulos representativos de tales derechos. Ello resulta loable.

"*Art. 34.* — El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar en donde existían al tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley de la nueva situación, para la adquisición o conservación de tales derechos. El cambio de situación de la cosa mueble litigiosa operado después de la promoción de la respectiva acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables".

"*Art. 35.* — Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado, y antes de llenarse los requisitos referidos, priman sobre los del primer adquirente".

c) Jurisprudencia argentina.

El caso ARGEMAR *S.A.*[17].

El 22 de junio de 1959, el mayordomo Laendert Langendoen, al hacer una recorrida por las dependencias del buque de matrícula holandesa Parkhaven anclado en el puerto de Buenos Aires, encontró sobre un escritorio la suma de $ 480.000. Ese importe lo entregó al

[17] "L.L.", t. 112, p. 313, con nota de Werner GOLDSCHMIDT.

capitán, quien, a su turno, al no ser reclamado por ningún miembro de la tripulación, lo entregó a Argemar Compañía Argentina de Agencias Marítimas y de Representaciones Sociedad Anónima, que era la representante de la sociedad propietaria del buque.

Ante los tribunales argentinos se discutió si la suma pertenecía al mayordomo, a la empresa propietaria del buque, o bien a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. La sentencia dictada por la Cámara Nacional Civil, Sala D, con fecha 16 de diciembre de 1963, se inclinó por la última posibilidad, debido a que la moneda extranjera hallada a bordo de un buque mercante en un puerto argentino, por encontrarse situada en el territorio estadual, está sometida al derecho argentino.

El caso TOURN RUSSO, PEDRO c/EXTRADER S.A. s/ORDINARIO [18].

El señor Pablo Tourn Russo, de nacionalidad uruguaya, con domicilio en Montevideo, en 1984 compró a un corredor de cambio domiciliado en esa ciudad bonos externos de la República Argentina, serie 1982, por 75.500 dólares. Posteriormente tomó conocimiento de que Extrader S.A., sociedad constituida y domiciliada en Buenos Aires, había presentado ante el Banco Central de la República Argentina una oposición esgrimiendo que había sufrido una estafa de la mayoría de los títulos adquiridos por Tourn Russo por la suma antes mencionada, lo que provocó la imposibilidad de negociarlos.

Después de un período de negociaciones extrajudiciales, el señor Tourn Russo entabló demanda contra Extrader S.A. en Buenos Aires, para obtener el levantamiento de la oposición y los daños y perjuicios derivados ante su ilegitimidad.

El Juzgado Nacional en lo Comercial n° 7, con fecha 10 de julio de 1987, dictó sentencia conforme a los considerandos que en lo pertinente transcribimos:

"1) Dado que la adquisición de los Bonex ha sido realizada en Uruguay, entre personas domiciliadas en dicho país, se plantea en el presente un caso de Derecho Internacional Privado, que consiste en determinar la ley aplicable a la situación jurídica. Por tratarse de una cuestión con elementos extranjeros provenientes de la República Oriental del Uruguay, debemos acudir a las disposiciones contenidas en los Tratados de Montevideo de 1940, en particular a los de Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Terrestre Internacional, ratificados por ambos países.

"2) No encontramos en dichos Tratados una norma específica que indique la ley aplicable a los títulos de la deuda pública, que es el

[18] Obtuve el fallo completo en NOODT TAQUELA, María Blanca: *Derecho Internacional Privado*, Ed. Astrea, 1992.

caso de los bonos externos de la República Argentina. Ha de destacarse que la doctrina ha propugnado la aplicación de la ley de su emisión; así, PARDO sostiene que los valores mobiliarios son manejados en lo económico y en todo aquello que atañe a su transferencia y canje por la ley de su emisión. Las acciones de una sociedad anónima no tienen otro punto posible de conexión que la sede de la sociedad que las emite, igual que los títulos de la deuda pública o los billetes de banco... A pesar de ello el punto de conexión, el lugar de emisión no tiene una consagración explícita en los Tratados de Montevideo y una interpretación adecuada de sus disposiciones conduce a la misma solución. En efecto, si se califican los títulos públicos entre los bienes, sometidos según el art. 32 del Tratado de Derecho Civil Internacional a la ley del lugar de situación, encontramos que el artítulo siguiente reputa situados a los derechos sobre créditos en el lugar donde la obligación de referencia debe cumplirse. Es decir que, en el caso concreto, el lugar de su cumplimiento se encuentra en la República Argentina, que es el del deudor que los ha expedido; la ley aplicable es la argentina, que es precisamente el lugar de emisión de los títulos. Tampoco se llega a una solución diferente, si encuadramos la cuestión en las normas indirectas referidas a los títulos y papeles al portador del Tratado de Derecho Comercial Terrestre; si bien la transferencia de los títulos y papeles al portador se regula por la ley del Estado en donde el acto se realiza (art. 37 del Tratado), la ley del Estado de emisión rige «las formalidades y los efectos jurídicos de los títulos y papeles al portador» (art. 36) como también las formalidades y requisitos que deben llenarse en caso de transferencia, inclusive los efectos jurídicos que resulten en los casos de robo, extravío, de destrucción o de inutilización material del documento (arts. 38 y 31 del Tratado).

"3) En suma, acudiendo a los arts. 32 y 33 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, y a los arts. 36 a 38 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, o a las enseñanzas de la doctrina moderna, el caso debe regirse por la ley del lugar de emisión de los títulos de la deuda pública, es decir, tratándose de Bonex, por la ley argentina... Juan M. Gutiérrez Cabello".

El caso LEMOS, JORGE c/OBISPADO DE VENADO TUERTO [19].

El 30 de agosto de 1989, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal dictó sentencia confirmatoria del fallo de primera instancia, resolviendo hacer lugar al pedido de levantamiento de embargo respecto de bienes pertenecientes a la Iglesia Católica ante su inembargabilidad. Sostuvo el tribunal:

[19] "L.L.", t. 1991-C, ps. 359 a 368.

"1) La Iglesia Católica es reconocida como persona jurídica de carácter público en el art. 33 del Código Civil, según la reforma introducida por la ley 17.711, norma que tiene un valor principalmente técnico, que reflejó la doctrina más moderna en la clasificación de las personas jurídicas y corrigió algunas deficiencias del texto original.

"2) Tanto en su anterior redacción como en la actual, el art. 33 del Código Civil ha traducido el reconocimiento de un «status» preferencial a la Iglesia Católica, ya exteriorizado en la Constitución Nacional, y que le permite desenvolverse en el ámbito del derecho público, a la vez que en el del Derecho Privado.

"3) La referencia que hace el art. 2345 del Código Civil a las «iglesias o parroquias» importa el reconocimiento no sólo de la Iglesia Católica universal, sino de la pluralidad de personas jurídicas diferenciables en el seno de la propia iglesia, entre las que se halla la Iglesia Católica Nacional, y las diócesis, capítulos, seminarios, parroquias o iglesias, etc., que tengan su personalidad jurídica conforme a las leyes nacionales o eclesiásticas.

"4) La directa remisión que realiza el art. 2345 del Código Civil a la legislación canónica autoriza a fijar el alcance de los términos «templos» y «cosas sagradas o religiosas» conforme a esta última normativa, puesto que si es ella la que ha de determinar el régimen de enajenación de los bienes, ha de estarse a su propia definición para establecer su alcance.

"5) La norma prevista en el art. 2345 del Código Civil alcanza, en términos generales, a todos los bienes eclesiásticos, y entre ellos a los lugares sagrados (iglesias, capillas, oratorios, etc.), los lugares píos y religiosos (conventos, hospitales y seminarios) y los bienes temporales (todos los demás bienes muebles o inmuebles que la iglesia posee), destinados al servicio del culto y a los servicios generales que ella presta.

"6) Tratándose de bienes sagrados, carácter satisfactoriamente probado, sin que se acreditara su desafectación al culto divino, ellos pertenecen al dominio público eclesiástico y resultan —por ende— insusceptibles de embargo y ejecución forzada.

"7) Resultan inembargables las habitaciones adyacentes a la Iglesia, dada su afectación al servicio público eclesiástico (para el despacho de los asuntos parroquiales), lo cual es aplicable a la sede del Obispado, en donde se atienden todas las cuestiones administrativas y eclesiásticas concernientes a la diócesis.

"8) El análisis de lo dispuesto en los arts. 33, 2338 y 2345 del Código Civil y de la legislación canónica a la cual remite esta última norma, conduce al levantamiento del embargo que pesa sobre aquellos bienes que, por su afectación al culto divino o a los fines de la Iglesia Católica, se encuentran fuera del comercio o hallan restringida su circulación. Tratándose de bienes sometidos al dominio público ecle-

siástico, corresponde el cese de las medidas cautelares al comprobarse su afectación, pesando sobre quien pretenda mantenerlas, la demostración de que ya no concurren tales presupuestos.

"9) De conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 del Código Civil, los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. Por ello, la remisión que efectúa el art. 2345 de ese cuerpo legal debe entenderse, en consecuencia, referida a las normas de la Iglesia Católica en cuanto a la enajenación de esos bienes, pero no a la exclusión de los mismos como prenda común de los acreedores, lo que reviste carácter excepcional y, obviamente, sometido a la decisión del tribunal (del voto en disidencia del doctor Guerrero)".

El caso COURTENAY LUCK DE VAN DOMSELAAR, NORAH S/ SUCESIÓN [20].

En esta cuestión el apoderado del señor Juan van Domselaar promovió la sucesión *ab intestato* de Norah Courtenay Luck de van Domselaar, de quien su mandante invoca ser hijo, fallecida en la República de Sudáfrica. En el proceso sucesorio, se denuncia como único bien de la causante un crédito contra el Estado nacional derivado de prestaciones de seguridad social.

El fiscal consideró que, de conformidad con los arts. 10 y 11 del Código Civil, la sucesión debe tramitarse en la República, pero que como de los certificados surge que la causante tenía domicilio en Olivos, provincia de Buenos Aires, lugar de situación de tales bienes, de situación permanente, correspondía declarar la incompetencia de este fuero para entender en el proceso iniciado.

El apelante sostiene que la competencia no la fija, en el caso, el último domicilio del causante y que éste, de todos modos, no estaba en Olivos sino en Sudáfrica. Hace mérito de los arts. 10 y 11 del Código Civil como excepción a lo dispuesto en el art. 3283 del mismo Código.

El fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala I, de fecha 6 de abril de 1995, revoca la sentencia de primera instancia y, por ende, declara la competencia del juez nacional en lo Civil de la Capital Federal, para entender en el proceso sucesorio.

Dice el tribunal, en sus considerandos, que "...la jurisdicción internacional argentina reposa, en el caso, y de modo concurrente, en la existencia de bienes en la República. He aquí lo que ha sido llamado, con acierto, «fuero internacional del patrimonio» y encuentra fundamento en la aplicación analógica del art. 14 de la ley 14.394 tanto como en el principio de efectividad que sostiene la doctrina.

[20] "E.D.", t. 162, ps. 586 a 589.

"...Sentada la jurisdicción internacional argentina sobre la base de la existencia de bienes en el país, resta establecer dónde han de entenderse situados éstos, para establecer debidamente la competencia interna. RIGAUX dice que basta dar su sentido usual a las palabras que designan el punto de conexión, porque la expresión situación de un bien corporal tiene un sentido obvio que excluye cualquier dificultad.

"...En sentido similar, ALFONSÍN expresa que los puntos de conexión de hecho no ofrecen dificultad interpretativa, pues para señalar el derecho aplicable no se valen de conceptos jurídicos (que requieren una definición jurídica). Determinar dónde se encuentra un bien corporal es una norma que sólo requiere para funcionar que sepamos dónde se encuentra el bien.

"...Pues bien, en el caso, si se atendiera a la corporeidad de los bonos de consolidación de deuda previsional, los mismos se encuentran depositados en una cuenta registral a nombre de la causante en Caja de Valores S.A., donde la jurisdicción correspondería a la Capital Federal.

"...A idéntica conclusión se arriba si se considera la cuestión desde el punto de vista de la existencia de un crédito, cuyo deudor fuera el Estado nacional, pues en tal caso habría de estarse al domicilio del deudor (aplicación analógica del art. 33 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940)...".

Esta decisión nos parece sumamente importante, ya que, si bien soluciona una cuestión de jurisdicción internacional, realiza una interpretación tan ajustada como esmerada de los arts. 10 y 11 del Código Civil y 33 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940.

El caso LUIS DE RIDDER LIMITADA S/QUIEBRA INCIDENTE DE EXCLUSIÓN [21].

En 1973, debido a la imposibilidad de cumplir con el acuerdo celebrado con los acreedores, Luis de Ridder Limitada S.A.C. fue declarada en quiebra.

La sociedad constituida en Inglaterra, Knowles and Foster Ltd., por medio de su apoderado recibió las sumas que le correspondían en la distribución de fondos realizada. En 1988, el mencionado representante solicitó reiteradamente instrucciones a su mandante respecto del destino de los importes recibidos sin obtener respuesta. En 1990 el mandatario solicitó instrucciones al juez de la quiebra para evitar la depreciación monetaria de los fondos.

[21] "E.D.", t. 163, ps. 24 a 33, con nota de Alejandro P. RADZYMINSKI: *El régimen de los bienes vacantes en el Derecho Internacional Privado argentino.*

Cursado el traslado pertinente al síndico del concurso, adujo que la sociedad inglesa había caído en cesación de pagos en 1965 y que en 1967 se había designado liquidador en Inglaterra. Razón por la cual, solicitó que era de aplicación la norma del artículo 221 de la L.C. y que se diera intervención al Banco de la Nación Argentina, contra el cual había prosperado una acción de ineficacia concursal que le obligó a restituir fondos que, en parte, fueron entrados a la empresa inglesa. Con arreglo a esta solicitud se formó incidente de exclusión de acreedor y falta de personería.

La acreedora, a través de su representante, acompañó una constancia del liquidador en Inglaterra, en la cual se manifestaba que bajo la ley inglesa —correspondiente al lugar de constitución de la entidad— los bienes de una compañía disuelta, sean bienes de la propia compañía o mantenidos en fideicomiso, pertenecen a la Corona británica.

La personería del representante de la sociedad inglesa fue cuestionada por el síndico y la concursada para recibir el dividendo concursal, debido a que su mandante había cesado de existir antes de la distribución y el mandato se había extinguido. Asimismo, con fundamento en que la ley británica que atribuye los bienes de una sociedad constituida y liquidada en Inglaterra atenta contra el orden público argentino por resultar de mero privilegio.

La sentencia de primera instancia sostuvo que la ley inglesa no conculcaba el orden público argentino en cuanto otorga a la Corona británica los bienes de una sociedad disuelta.

Ante la apelación interpuesta, el fiscal de Cámara consideró que la cuestión debatida era inherente a la ley aplicable en materia de cosas muebles, dictaminando que el derecho creditorio se localiza donde tramita el proceso concursal. Esta apreciación lo condujo a establecer que el dividendo concursal era un bien vacante, perteneciente al dominio privado del Estado, según reza el art. 2342, inc. 3, del Código Civil argentino.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, confirmó la sentencia de primera instancia calificando la cuestión como perteneciente al dominio de la *lex societatis*, y sujeta por ende a la ley del lugar de constitución de la sociedad. Llegada a la Corte Suprema por vía del recurso de queja por recurso extraordinario denegado, la sentencia fue confirmada con fecha 9 de junio de 1994.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo:

"1) La problemática relativa a la pretensión de la Corona británica sobre la titularidad del dividendo concursal correspondiente a una sociedad inglesa —posteriormente disuelta, que ha verificado su crédito en el concurso de una sociedad argentina— fundada en el derecho inglés que considera vacantes y, por tanto, pertenecientes a la Corona, los bienes de una sociedad disuelta, es una cuestión

inherente al derecho societario y no atinente a bienes vacantes, ya que sería un absurdo pretender la aplicación de normas argentinas sobre bienes mostrencos a una situación que nuestra ley no ha comprendido en tal categoría, pues no configuran los presupuestos fácticos previstos por el art. 221 de la ley 19.551 que generarían un derecho a favor del Estado argentino. Por tanto, en virtud de lo dispuesto por el art. 118 de la ley 19.550, cabe aplicar la ley inglesa, estableciéndose que, en el caso, la Corona británica ha sucedido regularmente en los derechos del acreedor originario, lo cual no violenta el espíritu de la legislación argentina (art. 14, inc. 2, Código Civil) ni la voluntad de nuestro legislador expresada positivamente en el segundo párrafo del art. 111 de la Ley de Sociedades, toda vez que no se configuran las circunstancias que darían lugar a alguna pretensión de la autoridad argentina, fundada en el dominio estatal ante el abandono del anterior titular.

"2) Dado que la preferencia de la pretensión soberana del Estado argentino, frente a toda pretensión sucesoria de un Estado extranjero que establece el art. 3588 del Código Civil, presupone la existencia de una herencia vacante, no cabe aplicar dicha norma al caso en que la pretensión de la Corona británica sobre el crédito verificado en el concurso de una sociedad argentina se sustenta en el derecho inglés aplicable a una cuestión societaria, en virtud del cual la Corona sucede a título singular en los derechos de una sociedad disuelta...".

En suma, la jurisprudencia argentina ha realizado una importante labor en la interpretación, tanto de las normas de fuente interna como de las de fuente convencional. De manera que vale la pena detenerse en su evolución para la comprensión acabada del sistema de Derecho Internacional Privado argentino.

7. Tendencias en los sistemas jurídicos de Derecho Internacional Privado comparados.

El *Código Civil yemenita* de 1992 introduce en el Capítulo II, sobre "Conflictos de leyes", Sección II, "Conflictos de leyes en el espacio", en el artículo 29, una única regla destinada a la regulación de los bienes *ut singuli*, que establece: "La posesión, la propiedad, el usufructo y los derechos reales están sometidos, en lo que a los inmuebles se refiere, a la ley de la situación del inmueble, y en lo relativo a los muebles, a la ley del lugar donde se encuentre el mueble al momento en el cual se produce la causa que hace adquirir o perder la posesión, la propiedad, el usufructo o los otros derechos reales".

El legislador yemenita, lacónicamente, siguiendo a SAVIGNY en la disposición transcripta, opta por sujetar a la ley del lugar de situación tanto los bienes muebles como los inmuebles.

A su turno, la *Ley de Derecho Internacional Privado italiana* de 1995 le dedica cinco preceptos a la regulación en materia de derechos reales, desde el art. 51 al 55 inclusive.

"*Art. 51. Posesión y derechos reales*:

"1) La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes muebles e inmuebles se rigen por la ley del Estado en el cual se encuentran los bienes.

"2) La misma ley rige la adquisición y la pérdida, salvo en materia sucesoria y en los casos en que la atribución de un derecho real dependa de una relación de familia o de un contrato".

Esta norma establece el principio general de la *lex situs* para todos los bienes, sean muebles o inmuebles. Sin embargo, el legislador italiano incorpora expresamente tres importantes excepciones a la regla.

"*Art. 52. Derechos reales sobre los bienes en tránsito*:

"1) Los derechos reales sobre los bienes en tránsito se rigen por la ley del lugar de su destino...".

Según vemos en este supuesto, se fija el lugar de situación en el lugar de destino de los bienes en tránsito, optando por uno de los criterios en la materia que ya comentamos precedentemente.

"*Art. 53 Usucapión de bienes muebles*:

"1) La usucapión de los bienes muebles se rige por la ley del Estado en el cual el bien se encuentra al momento de la expiración del término prescripto...".

Sin embargo, con respecto a esta norma, pensamos que es redundante. El tema se encuentra, a nuestro entender, incluido en el artículo 51, cuando alude a la adquisición o pérdida de los derechos reales.

"*Art. 54. Derechos sobre los bienes incorporales*:

"1) Los derechos sobre los bienes incorporales se rigen por la ley del Estado de utilización...".

"*Art. 55. Publicidad de los actos relativos a los derechos reales*:

"1) La publicidad de los actos de constitución, de transferencia y la extinción de los derechos reales se rigen por la ley del Estado en el cual el bien se encuentra en el momento del acto...".

Finalmente, cabe observar que la *Ley de Derecho Internacional Privado venezolana* de 1998 se ocupa de la regulación internacional en materia de bienes en dos artículos solamente.

El art. 27 establece que "la constitución, el contenido y la extensión de los derechos reales sobre los bienes, se rigen por el derecho del lugar de la situación".

El art. 28 dispone que "el desplazamiento de los bienes muebles no influye sobre los derechos que hubieran sido válidamente constituidos bajo el imperio del Derecho anterior. No obstante, tales derechos sólo pueden ser opuestos a terceros, después de cumplidos los requisitos que establezca al respecto el derecho de la nueva situación".

El legislador venezolano establece en una de las disposiciones que le dedica al tema el principio general de la *lex situs,* sin realizar distinción según la naturaleza mueble o inmueble del bien.

En la segunda norma procede a la regulación del denominado conflicto móvil o también llamado cambio de estatutos.

Luego del análisis efectuado se llega a la conclusión de que la tendencia contemporánea en materia de regulación internacional de los bienes es sujetarlos sin distinción a la ley del lugar de su radicación.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar con orgullo que esta tendencia se encuentra consagrada en el Derecho Internacional Privado argentino de fuente convencional desde la ratificación de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889. Estos instrumentos internacionales, de gran lozanía, han sido la fuente de inspiración directa de las normas de fuente interna comentadas en cuanto fijan el principio rector, precisan el lugar de situación y reglan el denominado conflicto móvil.

8. Proyectos de Reforma en la República Argentina [22].

a) Comisión de 1993.

En este apartado nos dedicaremos al análisis del Proyecto de Reformas al Código Civil del Poder Ejecutivo de 1993. Este marco normativo se ocupa del régimen de los bienes en el orden internacional en cuatro artículos, desde el artículo 11 al artículo 14 inclusive.

La primera disposición (el artículo 11) consta de dos partes: en la primera se regulan los que denomina derechos reales sobre inmuebles ubicados en la República, sometiéndolos exclusivamente a la ley argentina. Seguidamente establece que los actos jurídicos otorgados en el extranjero relativos a inmuebles ubicados en la República deberán respetar la forma dispuesta imperativamente en ésta, u otra conocida en el lugar de otogamiento del acto que se estime equivalente. Finalmente, la norma dispone que la calificación del instrumento como público queda librada a la ley del lugar de otorgamiento del acto.

En la segunda parte la norma proyectada se refiere a los inmuebles radicados en el extranjero, regulándolos por el "derecho que aplicarían" los jueces del país de su situación. Culmina el precepto disponiendo que la calificación como inmuebles y el contenido de los derechos sobre ellos se determinan de conformidad con el derecho interno del país de su situación.

[22] Puede verse la obra de FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Derecho Internacional Privado* cit., vol. 18.

El legislador, en la nota puesta al pie de la disposición, expresa que se ha descompuesto un único principio —*lex rei sitae*— en los párrafos primero y segundo, formulando el primero como norma internacionalmente imperativa. Continúa explicando que, como el sistema vigente otorgaba validez a los actos jurídicos otorgados en el extranjero mediante instrumento público, no se ha querido instituir un régimen más severo y se ha optado por una redacción internacionalmente vaga que no dispone sobre las autoridades del país encargadas de efectuar las verificaciones del caso y el juicio de equivalencia.

Concluye la nota aludiendo al segundo párrafo, que tiene el propósito de admitir el sistema de Derecho Internacional Privado del juez extranjero del país de la situación del inmueble, que es la solución que, según expresa el legislador, favorece de manera más efectiva el reconocimiento internacional de decisiones.

Desde nuestra perspectiva, la primera parte de la disposición no nos merece reparo alguno. En cambio, todavía sigue sin conformarnos la introducción de la teoría del uso jurídico en el Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna. Según uno de sus defensores más conspicuo, la norma de conflicto señala como hecho decisivo la sentencia de fondo que con mayor grado de probabilidad dictaría el juez extranjero sobre el particular sometido a su derecho, en la hipótesis de que le hubiera tocado resolverlo [23].

El enunciado de esta tesis lo hemos criticado, al igual que autorizada doctrina extranjera, por entender que el llamado que hace la norma de conflicto es al orden jurídico extranjero y no a la sentencia probable del juez extranjero. Y ello implica desnaturalizar la sentencia, que en tal caso carecería de un presupuesto de validez, cual es estar fundada en derecho [24].

El primer párrafo del artículo 12 regula los derechos reales sobre los bienes muebles, sujetándolos a la regla general del lugar de su situación al momento en que se suceden los hechos que dan lugar a la adquisición o pérdida de aquéllos.

En el segundo párrafo, la disposición se ocupa de reglar lo concerniente a los derechos adquiridos sobre los bienes muebles en caso de traslado. Prevé que el traslado a la República no afecta los derechos adquiridos, de conformidad con el derecho del lugar en el cual se

[23] GOLDSCHMIDT, Werner: *La consecuencia jurídica de la Norma del Derecho Internacional Privado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1935, y *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Ejea, Buenos Aires, 1952.

[24] BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ, ob. cit., p. 141; MAURY, Jacques: *Droit International Privé*, Ed. Sirey, París, 1937, p. 78; WOLFF, Martin: *Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1958, traducción a la 2ª ed. inglesa; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1972, t. I, p. 347, y t. II, p. 345, entre otros destacados autores.

encontraban al tiempo de la adquisición, agregándose que los interesados deben satisfacer los requisitos de forma exigidos por el derecho de la República para la conservación de tales derechos. El precepto concluye estableciendo que los derechos atribuidos a los terceros de buena fe sobre los mismos bienes por el derecho argentino, antes de que sean satisfechos los requisitos pertinentes, privan sobre los del primer adquirente. El legislador argentino del Proyecto de Reformas al Código Civil invoca como fuentes del texto proyectado la Ley de Luisiana, artículo 3536; la Ley suiza, artículo 100; la Ley austríaca, artículo 31.1, párrafo segundo, y el Proyecto Goldschmidt, art. 16.2. Por cierto que en la actualidad debe agregarse la antes comentada *Ley italiana de Derecho Internacional Privado* de 1995 [25].

En el artículo 13 se aborda, en su primera parte, la regulación de los derechos reales sobre muebles registrables sujetándolos al derecho del Estado del registro. En la segunda parte de la disposición se indica que aquellos bienes que no tengan una localización en un lugar determinado están sometidos al derecho del domicilio de su dueño.

De este modo se procede a establecer el régimen de los bienes muebles registrables, situándolos en el lugar del registro. Esto, en la primera parte de la disposición. Seguidamente, se establece una cláusula de escape para el supuesto de que los bienes muebles no tengan una localización, sujetándolos al derecho del domicilio de su dueño.

El artículo 14 dispone que una universalidad de hecho de bienes materiales e inmateriales organizada para cumplir una finalidad económica se rige por el derecho del Estado donde se encuentra su principal localización.

Algunas reflexiones.

Tal como lo anticipamos, el Proyecto mantiene sustancialmente el régimen consagrado en el Código Civil, sin perjuicio de reconocer que introduce algunas precisiones encaminadas a la determinación de la regla general elegida de la ley del lugar de situación de los bienes.

Esta solución no nos merece mayores objeciones, en tanto aspira a la armonización de las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna con el régimen consagrado en los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y de 1940. Sin embargo, permanecemos en desacuerdo con la propuesta proyectada en cuanto propicia la introducción en materia de bienes de la mentada teoría del uso jurídico.

[25] Nosotros nos hemos pronunciado por la necesidad de una Ley de Derecho Internacional Privado argentina. Ver FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia: *La Ley de Derecho Internacional Privado en la República Argentina: ¿mito o realidad?* cit., ps. 12 a 21.

b) Comisión de 1998/1999.

El Proyecto se ocupa de los derechos reales en el Capítulo VII en general, en cinco artículos. Los iremos comentando separadamente.

"*Art. 82. Derechos reales sobre inmuebles.* — Los derechos reales sobre inmuebles ubicados en la República Argentina se rigen exclusivamente por el derecho argentino.

"Los actos jurídicos otorgados en el extranjero relativos a inmuebles ubicados en la República deben respetar la forma dispuesta imperativamente en ésta, u otra conocida en el lugar de otorgamiento del acto que se estime equivalente, La calificación del instrumento como público corresponde a la ley del lugar de otorgamiento.

"Los derechos reales sobre inmuebles ubicados en el extranjero se rigen por el derecho que aplicarían los jueces del país de su situación. La calificación como inmuebles y el contenido de los derechos sobre ellos se determinan de conformidad con el derecho interno del país donde están situados".

En el artículo 82 se regulan, en una primera parte, los que denomina derechos reales sobre inmuebles ubicados en la República sometiéndolos exclusivamente al derecho argentino. Seguidamente, establece que los actos jurídicos otorgados en el extranjero relativos a inmuebles ubicados en la República deberán respetar la forma dispuesta imperativamente en ésta, u otra conocida en el lugar de otorgamiento del acto que se estime equivalente.

Finalmente, dispone que la calificación del instrumento como público queda librada a la ley del lugar de otorgamiento, optando claramente por la aplicación de la teoría de la *lex causae*.

"*Art. 83. Derechos reales sobre muebles no registrables.* — Los derechos reales concernientes a muebles se rigen por el derecho del lugar de su situación al momento en que suceden los hechos que dan lugar a la adquisición, modificación o pérdida de aquéllos.

"El traslado de los bienes a la República no afecta los derechos adquiridos de conformidad con el derecho del lugar en el cual se encontraban al tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a satisfacer los requisitos de forma exigidos por el derecho de la República para la conservación de tales derechos.

"Los derechos atribuidos a los terceros de buena fe sobre los mismos bienes por el derecho argentino, antes de que sean satisfechos los requisitos pertinentes prevalecen sobre los del primer adquirente".

En este precepto, en el primer párrafo del artículo, la Comisión regula lo concerniente a los derechos reales sobre bienes muebles sujetándolos al lugar de su situación al momento en que acaecen los hechos que motivan la adquisición, modificación o pérdida de aquéllos. Esta es la regla general.

En la segunda parte se dispone que el traslado de los bienes a la República no afecta los derechos adquiridos de conformidad con el derecho del lugar en el cual se encontraban al tiempo de la adquisición, agregándose que los interesados están obligados a satisfacer los requisitos extrínsecos exigidos por el derecho argentino para la conservación de tales derechos. Finalmente, la disposición establece que los derechos adquiridos por los terceros de buena fe sobre los mismos bienes por el derecho argentino antes de que sean satisfechos los recaudos relativos a la forma, privan sobre los del primer adquirente.

"*Art. 84. Derechos reales sobre muebles registrables.* — Los derechos reales sobre muebles registrables se rigen por el derecho del Estado del registro".

En este precepto, se regulan de forma expresa los derechos sobre muebles registrables sometiéndolos al criterio rector en la materia.

"*Art. 85. Derechos reales sobre bienes en tránsito.* — Los derechos reales sobre bienes en tránsito se rigen por el derecho del Estado de destino".

En este artículo, dedicado a los bienes en tránsito, se opta por sujetarlos al derecho del Estado de destino, separándose del criterio de sumisión al derecho del domicilio de su dueño.

"*Art. 86. Universalidades.* — Una universalidad de hecho de bienes materiales e inmateriales organizada para cumplir una finalidad económica, se rige por el derecho del Estado donde se encuentra su principal localización".

Este capítulo dedicado a los derechos reales, si bien con la excepción de la solución en materia de bienes en tránsito, sigue los lineamientos del Proyecto de 1993.

Hecha esta breve reseña, concluimos este apartado reiterando que, según nuestra opinión, resulta inapropiada la introducción de la teoría del uso jurídico en el sistema de Derecho Internacional Privado de fuente interna, por tratarse de una doctrina que hemos cuestionado en numerosas ocasiones. Sin embargo, diremos que las normas proyectadas, de resultar aprobadas, no implicarán la inclusión de alteraciones sustanciales ni resultarán innovadoras en la materia.

Cuando nos volvamos a encontrar lo haremos para abordar la cuestión relativa al régimen internacional de las formas de los actos jurídicos.

CAPÍTULO VII

RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LAS FORMAS DE LOS ACTOS JURÍDICOS

1. Noción y objeto de la forma. Clasificación en la teoría antigua y en la contemporánea. Criterios reguladores de la forma de los actos jurídicos.

a) Noción y objeto de la forma.

El acto jurídico se puede desdoblar en dos elementos diversos con caracteres propios; uno, el *elemento intrínseco*, que comprende las condiciones requeridas para que un acto sea válido, aparte de toda manifestación exterior de su existencia, y que se refiere a la capacidad de las personas, el consentimiento, el objeto y la causa. El otro, el *elemento extrínseco*, que abarca todas las circunstancias que tornan visibles y que tienen por objeto constatar su existencia.

El primer elemento constituye la *sustancia* o el fondo del acto jurídico; el segundo, su *forma* [1].

[1] Ver WEISS, André, y ZEBALLOS, E.: *Manual de Derecho Internacional Privado*, 1911 y 1912. Además de la extensa bibliografía sobre la disciplina, pueden consultarse excelentes trabajos como los de ARGÚAS, Margarita: *La regla locus regit actum*, Primera y Segunda Partes, Rev. "Lecciones y Ensayos", nos. 29 y 31, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1965/1966; CALANDRELLI, Alcides: *Cuestiones...* cit., t. II, p. 191; GOLDSCHMIDT, Werner: *El problema de la forma en el Derecho Internacional Privado argentino*, "Revista Jurídica del Perú", Lima, año V, nº II, abril-junio de 1953, p. 103, y *Derecho Internacional Privado*, Ed. Depalma, 1992; ENNIS, Huberto María: *Régimen internacional de la forma de los actos*, en "Revista Notarial", Bs. As., nº 689, enero-febrero de 1953, p. 13; LAINÉ, Armand: *Droit International Privé*, t. II, ps. 328 y ss., París, 1923; MERLIN, M.: *Repertoire de Jurisprudence*, t. X, "Loi", par. VI, nº 7, París, 1827, cita tomada de ARGÚAS, Margarita; PARRA, Gonzalo E.: *La regla locus regit actum y la forma de los testamentos*, Munich, 1955; PERUGINI, Alicia: *Circulabilidad internacional del poder notarial*, "Gaceta del Notariado", Rosario, 1975, nº 66, ps. 47 a 56; *La validez y circulabilidad internacional del poder en representación notarial*, Ed. Depalma, 1988, y *El ejercicio de la fe pública notarial extranjera por un notario público argentino*, "Revista de la O.N.P.I. de la Unión Internacional del Notariado Latino"; SMITH, Juan C.: *Locus regit actum*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVIII, entre otros.

De las numerosas definiciones que se han dado de la forma de los actos jurídicos, hemos de destacar, por su precisión, las formuladas por dos juristas. Según el primero, "la forma es el contenido desde el punto de vista de su visibilidad; éste la supone siempre a aquélla porque no existe forma sin contenido, ni contenido sin forma. Para admitir la existencia de la voluntad jurídica es preciso, ante todo, tener la posibilidad de su reconocimiento y ello sólo podrá obtenerse mediante su manifestación exterior"; a su turno, el segundo dice que "la forma es, por definición, aquello que es inútil a la existencia misma del acto, aquello que se agrega únicamente para revelarlo, para sacarlo del dominio intelectual y hacerlo pasar al de los hechos concretos" [2].

Queda entendido que la forma del acto jurídico consiste en cualquier comportamiento exterior exigido al autor de una manifestación de voluntad jurídica para alcanzar plena eficacia.

Permítasenos por tanto afirmar, siguiendo a los grandes maestros antes citados, que la forma es la envoltura externa, el continente del acto jurídico, su cáscara; la sustancia, el fondo, la materia del acto, el contenido.

Establecida la noción de forma de un acto jurídico, fácilmente advertimos la importancia que reviste este elemento, por lo que corresponde conocer el objeto perseguido por el legislador al instituir para los actos jurídicos ciertas formas.

Desde ya, si bien son múltiples las razones esgrimidas, destacaremos tres de las más relevantes, diciendo que es requerida en protección del autor del acto, colocándolo a cubierto de la precipitación, y evitándole de ese modo probables perjuicios; en interés de los terceros, quienes resultarán amparados, permitiéndoseles conocer, mediante la publicidad, la celebración de actos que pudieran afectarlos; y, asimismo, favorece la validez del acto rodeándolo de ciertos requisitos que permitan constatarlo, asegurando su prueba.

[2] VON IHERING, R.: *Estudio sobre las formas de los actos*, "Journal du Droit International Privé", ps. 461 y ss., 1881, dice con vehemencia: "Enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia, la que dirige la libertad, la continúa y la protege. Las formas fijas son la escuela de la disciplina y del orden y, por consiguiente, de la libertad; son un baluarte contra los ataques exteriores: podrán romperse, pero no plegarse...". Ver también DE BEVOTTE, René: *De la règle locus regit actum et du conflict des lois relatif a la forme des actes en droit maritime*, Introducción, 1895.

b) Clasificación en la teoría antigua y en la contemporánea.

Los antiguos autores distinguían, en general, en primer lugar, las llamadas *formalidades habilitantes*, que eran aquellas que permitían que ciertas personas pudieran intervenir en la celebración de un acto que, sin el cumplimiento de esa formalidad, serían incapaces de realizar, tal como la autorización del tutor al pupilo. En segundo lugar, distinguían las llamadas *formalidades intrínsecas o viscerales*, tales como la capacidad de las partes, el consentimiento, entre otros, elementos que, como vimos, constituyen la sustancia del acto. En tercer lugar, reconocían las *formalidades de ejecución*, que son aquellas que, sin referirse a la validez del acto en sí mismo, son necesarias para que pueda ser ejecutado, tal como la existencia de la fórmula ejecutoria. En cuarto lugar, aparecieron las *formalidades de publicidad*, establecidas en beneficio de los terceros, tales como las inscripciones en los registros públicos. En quinto lugar, las *formalidades procesales*, exigidas para el orden y marcha del proceso. En último lugar, consideraron las *formalidades extrínsecas*, las cuales deben ser observadas al momento de la celebración del acto, sea para asegurar la expresión de la voluntad o bien para facilitar la prueba, tales como la escritura, la firma, la presencia del oficial público, las tallas, entre otras.

En el derecho contemporáneo han aparecido otras clasificaciones. Una de ellas distingue los *actos* en *formales* y en *no formales*. Dentro de los primeros, se diferencia entre las formas de solemnidad o solemnes y las formas simplemente probatorias, denominándolas formas *ad solemnitatem* y formas *ad probationem*, respectivamente. Unas son las indispensables para la existencia misma del acto, ya que su incumplimiento provoca su nulidad; las otras sirven para la constatación del acto, pero su ausencia solamente dificultará la prueba.

Otra clasificación divide los actos en *auténticos* y *no auténticos*, según supongan o no la intervención de un funcionario en su celebración.

Ahora bien, expuestas las principales clasificaciones de las formas, nos planteamos si estas divisiones resultan exactas y necesarias dentro del Derecho Internacional Privado.

La doctrina argentina más autorizada advierte con respecto a las llamadas formas intrínsecas o internas que "...unen términos contradictorios y que las expresiones que confunden nociones jurídicas de naturaleza diferente, por conducir a error, debían desterrarse de la ciencia. Las únicas formalidades verdaderas son las referentes al aspecto extrínseco del acto, a su manifestación exterior y

constatación" [3]. Compartimos esta línea de pensamiento que circunscribe la noción de las formas, por entender que aceptarlas produce innecesarias confusiones. Máxime porque, en ocasiones, la sustancia del acto, en cuanto a su constitución y a las condiciones de su exigencia, puede encontrarse regulada por leyes distintas.

Por tanto, cuando en lo sucesivo digamos forma del acto sabremos que se trata pura y exclusivamente de aquellos requisitos y elementos que sirven para revelarlo, dándole su visibilidad exterior.

En el siguiente apartado, después de haber analizado la noción, el objeto de la forma de los actos jurídicos, su división y clasificación, nos dirigiremos hacia la determinación de la ley aplicable a las formas de los actos jurídicos. Esta delicada cuestión hizo tropezar con dificultades a las primeras escuelas estatutarias, debido a que la forma de los actos no respondía ni a la personalidad ni a la realidad de los estatutos.

Sin embargo, con su peculiar vehemencia, buscaron la solución y creyeron encontrarla en la creación de un tercer estatuto que denominaron mixto, especialmente referido a las formas y solemnidades de los actos [4].

c) Criterios reguladores de la forma de los actos jurídicos.

Casi todos los autores, tanto los antiguos como los contemporáneos, están de acuerdo en sostener que las formas de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde han sido celebrados. Así, pues, hace su entrada triunfal en el escenario del Derecho Internacional Privado la célebre regla *locus regit actum*.

Sin embargo, no es el único criterio rector que se disputa el campo de regulación en este aspecto. En efecto, habrá quienes defiendan la aplicación en materia de forma de la misma ley que rige el fondo de los actos jurídicos.

Sintetizando, las formas del acto jurídico pueden sujetarse:

1) A la ley del lugar del otorgamiento o celebración del acto, que sostendrá que los actos jurídicos son válidos en cuanto a su forma si satisfacen los requisitos formales del derecho del lugar donde se otorgan, ámbito en que impera la regla *locus regit actum*; o bien

2) A la misma ley que rige el fondo del acto jurídico, de modo que los actos jurídicos serán válidos desde el punto de vista formal si reúnen los requisitos establecidos por el derecho que rige en cuanto al fondo la relación de que se trata. Esta tesis de la *lex causae* implica

[3] ARGÚAS, Margarita, ob. cit., nº 29, p. 32.

[4] En este sentido se pronuncia la escuela estatutaria flamenco-holandesa, que puede verse en BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ: *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General* cit.

sujetar al acto desde el punto de vista de su sustancia y de su forma a la misma ley [5], o bien

3) A la ley que favorezca la validez del acto.

2. La regla "locus regit actum". Sentido de sus términos.

Esta máxima revela mediante una expresión abreviada que la ley del lugar de celebración del acto rige las formas extrínsecas, aunque, tal como advertimos, ello no surge de su tenor literal, que parece decir que el lugar rige el acto. Ciertamente, tan lacónica fórmula conspira contra su claridad y exactitud, dificultando el cabal conocimiento tanto de su contenido como de su alcance. Para precisarlo, la doctrina se ha encargado de proponer aquellas modificaciones que ha entendido contribuirán a su comprensión. Así, pues, para algunos la regla debería ser completada *locus actus regit instrumentum ejus*, lo cual significa que "la ley del lugar donde el acto se perfecciona rige el instrumento del mismo" [6].

La doctrina argentina ha advertido con certeza que la ley del lugar donde el acto se perfecciona puede ser la del lugar de celebración o la del lugar de ejecución, por lo cual con mayor propiedad propone la siguiente construcción: *lex loci celebrationis o lex loci actus regit instrumentum ejus*: "la ley del lugar de celebración del acto rige el instrumento del mismo". Nos permitimos pensar que esta última formulación de la regla resulta inobjetable [7].

Quiere decir que la máxima *locus regit actum* se refiere a la ley aplicable a la forma extrínseca del acto, abstracción hecha de su fondo, conforme con la cual la ley del lugar de celebración es la que la gobierna. Esta regla, que hunde sus raíces en el mismo origen del Derecho Internacional Privado, es unánime y universalmente aceptada. Y, para conocerla, los invitamos a seguirnos en el siguiente apartado.

[5] Esta tesis fue defendida por SAVIGNY, Federico C., en *Sistema...* cit. Si bien reconoció que por razones de utilidad práctica la regla *locus regit actum*, conforme con la cual la forma del acto se rige por el lugar de su otorgamiento, es la más adecuada. Ver en este sentido las explicaciones dadas en el informe del doctor Manuel QUINTANA en Actas de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional, cuando señala que las personas que tienen bienes situados en distintas partes están obligadas a conocer las leyes que los rigen en cada nación, y también lo están a conocer las leyes del país donde han de ejercitar los derechos o cumplir las obligaciones procedentes de sus contratos cualquiera que sea el lugar de celebración.

[6] PICARD, Edmond: *Journal du Droit International Privé*, ps. 461 y ss., 1881.

[7] CALANDRELLI, Alcides: *Cuestiones...* cit., t. II.

3. Origen de la regla. Examen de los textos del Derecho Romano. Conceptos de las escuelas estatutarias y contemporáneas.

La regla *locus regit actum* ha gozado de gran prestigio desde los tiempos de los maestros estatutarios, si bien no ha existido uniformidad doctrinal respecto de su verdadero origen. Habrá quienes han querido encontrarlo en el Derecho Romano, mientras que otros lo hallan en la opinión de los glosadores y posglosadores y, por fin, otros que creyeron hallarlo en el siglo XVI.

La gran mayoría de los juristas coinciden en que el origen de la regla no se remonta al Derecho Romano, citándose en apoyo numerosos textos. Se aduce que lo que se ha querido es hacer aparecer la regla, cuando en realidad los mentados textos no se refieren a la forma sino a la sustancia de los actos. Tampoco resulta compartido el criterio que sostiene que el origen se halla en el siglo XVI, tal como lo afirmó un prestigioso autor alemán [8].

En la actualidad unánimemente se atribuye a los posglosadores de la Escuela de Bolonia, específicamente a BÁRTOLO en el siglo XIV, el mérito de la creación de la fórmula en relación con los testamentos, y a ALBERIC DE ROSATE su posterior generalización para todos los demás actos jurídicos.

Se controvertía la cuestión respecto de si un testamento otorgado conforme a la ley del lugar podía tener efectos en otro, y más concretamente allí donde estaban situados los bienes objeto de la herencia. Los posglosadores se pronunciaron en sentido favorable acerca del lugar de celebración, aun cuando estuviera en desacuerdo con la ley del domicilio del autor o con la ley del lugar de la situación de los inmuebles objeto de la disposición testamentaria.

A uno de los exponentes más destacados de la primera escuela estatutaria francesa del siglo XVI, le cupo el honor de imponerla en Francia, siguiendo la huella iniciada por la escuela italiana. En cambio, el otro jurista de la misma escuela consideró que la *lex rei sitae* no debe ceder en ningún caso ante la regla *locus*, controversia que provocó el retroceso de la aceptación del principio [9].

La tesis fue acogida por los estatutarios flamenco-holandeses, que en el siglo XVII reservaron para las leyes relativas a las formas de los actos una categoría específica que llamaron el estatuto mixto. Ello, por su carácter imperativo para todos los súbditos dentro del territorio y extraterritorialmente aun respecto de inmuebles situados en otros

[8] SAVIGNY, Federico C.: *Sistema...* cit.

[9] El primer autor a que aludimos es DUMOULIN, Charles: *Comentarios de la Ley Cunctus Populis*. El otro autor es el no menos conocido Bertrand D'ARGENTRÉ.

Estados. En este sentido, con gran rigor territorialista se pronunciaba el art. 13 del Edicto Perpetuo de 1611, sometiendo a la ley del lugar de situación de los bienes las formas de los actos jurídicos.

La regla ha recorrido un largo camino de casi siete siglos, con períodos de esplendor y de decadencia, hasta terminar imponiéndose a partir de la célebre sentencia pronunciada el 15 de enero de 1721 por la Gran Cámara del Parlamento de París, en el *affaire* "Pommereu".

El caso POMMEREU [10].

M. Pommereu era gobernador de Douai y, siendo original de París, había testado en el lugar de su residencia en forma ológrafa. A su muerte en 1719, herederos y legatarios pleitearon acerca de la validez del testamento. Los herederos sostenían:

1) Que el testamento ológrafo no era admitido en Douai, estando regida esta ciudad por el Edicto Perpetuo de 1611, según el cual los testamentos debían ser firmados por el testador y dos testigos y además recibidos por un notario, un cura o un vicario;

2) que el testador tenía su domicilio en Douai, y

3) que, aun teniendo su domicilio en París, debía seguir la costumbre de Douai para su testamento.

La sentencia de primera instancia anuló el testamento por las segundas razones, pero eludió y dejó sin resolver la tercera de las cuestiones planteadas. En grado de apelación, la Gran Cámara de Apelaciones de París se pronunció en el mismo sentido, es decir, por la nulidad del testamento, pero en virtud de otras consideraciones. Sostuvo que si bien el testador estaba domiciliado en París, al redactar su testamento, conforme con lo planteado por los herederos, debió hacerlo conforme con la ley del lugar de celebración, lo cual implicó introducir la exigencia de la aplicación de la regla *locus regit actum*. Con acierto, esta decisión ha sido calificada como una suerte de acta bautismal de la regla. Seguidamente, en el próximo apartado, nos ocuparemos de analizar la justificación jurídica.

4. El fundamento de la regla "locus regit actum".

Agruparemos las opiniones de los juristas según le hayan encontrado uno o más fundamentos.

[10] Seguimos a ARGÚAS, Margarita, ob. cit., quien destaca que en este caso aparece por primera vez la máxima en su fórmula de términos tan simples y tan abstrusos a la vez. La autora toma el caso de BRILLON, M.: *Dictionnaire des arrets*, París, 1727, y de MERLIN, M., ob. cit., Testament, Sect. II, párrafo 4, arts. 1 y 2. Ver la relación efectuada en KALLER DE ORCHANSKY, Berta, ob. cit.

a) La soberanía territorial.

Quienes pertenecen a esta corriente de opinión fundan la regla en la sumisión voluntaria a la ley del lugar de todos los habitantes del territorio y por lo tanto respecto de los actos que en él se realizan. Como consecuencia del principio de la soberanía, toda persona que realiza un acto en un determinado Estado se encuentra tácitamente aceptando que la ley del lugar en que se halla ejerza acción sobre la forma del acto. "El fundamento es que toda persona que contrata en un país se entiende que se somete a la ley del lugar, y presta en silencio su asentimiento a su acción sobre el contrato, obra sobre él, independientemente de la voluntad de las partes, en virtud de la soberanía general que posee cada nación para reglar a todas las personas, propiedades y transacciones dentro de su territorio. Y al admitir que la ley de un país extranjero rija con respecto a los contratos hechos en él, toda nación reconoce meramente, por un principio de cortesía, que existe en otras naciones el mismo derecho que pide y ejercita para sí" [11].

b) El orden público.

Quienes sostienen esta justificación consideran que las leyes relativas a las formas de los actos jurídicos, por su íntima vinculación con la moral y las buenas costumbres, son de orden público, y éste es precisamente su fundamento. Uno de sus más representativos defensores señala que existe una correspondencia entre las leyes de la forma y las condiciones éticas, económicas y el desarrollo de la civilización de cada pueblo [12].

c) El consenso universal.

Quienes se enrolan en esta línea de pensamiento entienden que la regla carece de fundamentación jurídica, atribuyéndole por base el consentimiento unánime y tradicional de las naciones, constituyendo la máxima una costumbre general aceptada [13].

[11] Tesis de neto corte territorialista, defendida por autores como Pablo VOET, Joseph STORY y Ulrich HUBER, entre otros. La cita es de STORY: *Comentario sobre el conflicto de las leyes*, parágrafo 261.

[12] Tesis sustentada por BUZATTI, A.: *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili.*

[13] VON BAR, *Theorie and Praxis das internationalem Privtrechts*, t. I, punto 9, p. 387, citado por Margarita ARGÚAS.

d) Razones de índole práctica.

Estiman los partidarios de esta corriente que la regla no se deduce de ninguna teoría científica sino que es una excepción sugerida por la práctica, adoptada por el derecho positivo y recomendada sin cesar por grandes razones de utilidad y comodidad. Uno de sus más conspicuos defensores sostiene que "...todas las explicaciones dadas hasta ahora son igualmente insuficientes y aunque la suya pueda parecer temeraria, reflexionando un poco se la encuentra bastante plausible. El derecho positivo viene a llenar las lagunas inevitables que deja toda teoría del Derecho Internacional Privado. Su intervención es necesaria; querer privarse de él y buscar en la ciencia misma solución a las dificultades que quedan fuera de sus principios ordinarios es abrir la vía a controversias infinitas y, para quien ve claro, resignarse por adelantado a elegir entre muchos errores. De manera que es más justo reconocer que la regla *locus regit actum* no es deducida de ninguna teoría científica, sino que es una excepción sugerida por la práctica, adoptada por el derecho positivo y recomendada sin cesar por grandes razones de utilidad..." [14]. Otro prestigioso autor que adhiere a esta corriente sostiene con su claridad meridiana que "la forma del acto jurídico debe ser regulada por el derecho local a que se halla sometido este acto; así, deberían hacerse los contratos según las formas legales exigidas en el lugar de la ejecución, los testamentos según las formas usadas en el domicilio del testador, los matrimonios según las formas prescriptas en el domicilio del marido. La observación de la regla *locus* no ofrece duda ni dificultad alguna cuando el acto jurídico se verifica precisamente en uno de los lugares enumerados; pero frecuentemente sucede que la base del acto jurídico existe en un lugar muy diferente, algunas veces muy apartado, y esta circunstancia puede entrañar las mayores dificultades. En el lugar en que se verifica el acto jurídico es con frecuencia muy difícil conocer seguramente las formas legales de este otro lugar, único regulador, y aun conociéndolas ponerlas en ejecución; esto es a menudo imposible, como lo muestra el siguiente ejemplo. Cuando un prusiano cae enfermo en Francia y quiere hacer un testamento, debería, según la regla expuesta, recurrir a la intervención de un tribunal, puesto que el derecho prusiano no reconoce otros testamentos que los que se hacen en justicia. Pero hallándose en Francia, atribuida exclusivamente esta función a los notarios, no tiene ningún tribunal facultades para intervenir en la confección de un testamento. En su consecuencia, debería renunciar a hacerlo, causando quizás un gran perjuicio a su familia.

[14] PILLET, Antoine, en *Journal du Droit International Privé*, ps. 5 y ss., 1891. Entre otros partidarios, se encuentran los españoles Adolfo YANGÜAS MESSÍA, y Adolfo MIAJA DE LA MUELA.

La consideración de esta excesiva dureza, que algunas veces hace absolutamente imposibles los actos jurídicos, y aun con mayor frecuencia los expone a nulidades de una ejecución defectuosa, todo por consecuencia de formas legales que no han sido ciertamente establecidas para impedir o entorpecer las transacciones civiles, esta consideración ha hecho nacer un derecho consuetudinario cada vez más generalizado, derecho que reemplaza la regla expuesta y destruye las dificultades de que acabo de hablar. Esta nueva regla se expresa del siguiente modo: *locus regit actum*, y significa que es suficiente la forma de un acto jurídico desde el momento en que concuerda con la ley del lugar donde se verifica, por más que en el lugar donde tenga asiento la relación de derecho están establecidas por la ley formas diferentes. Esta regla se reconoce por autores de diversas naciones y tiempos" [15].

e) La necesidad y la utilidad.

La necesidad y la utilidad fundadas en la imposibilidad de observar a veces formas distintas de las corrientes en el lugar del acto, falta de tiempo para averiguar y conocer otras leyes, como las de las naciones de los disponentes o contratantes, del domicilio, de la situación de los bienes o del juez ante el cual el acto debe hacer prueba, justifican la admisión de la regla. Dice uno de sus principales defensores: "Si el derecho de gentes no se compusiera más que de reglas aceptadas por todas las naciones, sin tener asidero en la razón, no merecería el nombre de ciencia. Nuestra disciplina es racional y dejaría de serlo si sólo reposara sobre hechos. Cuando una regla es recibida por todas las naciones, debe suponerse que tiene, por lo menos, una razón de ser; la utilidad sola no es un principio" [16]. Según otro destacado autor, "...parece racional declarar válido todo acto con el cual se han satisfecho las condiciones de forma exigidas por la ley local. Las formas exteriores del acto jurídico tienen por fin proteger a las partes celebrantes contra todo fraude y toda presión. Esas formas varían necesariamente con la situación moral del país, con el carácter de los habitantes. Tal medida de precaución o de desconfianza, absolutamente indispensable aquí, será superflua en el Estado vecino. A la ley territorial sola pertenece apreciar cuáles son las garantías con las cuales deberá rodearse el acto para presumirse su sinceridad... Por otra parte, la regla es de una utilidad, podemos decir todavía, de una necesidad práctica incontestable. Es a menudo imposible observar, realizando un acto sobre un territorio dado, las condiciones de forma establecidas por la ley nacional de las partes. A veces las autoridades

[15] SAVIGNY, Federico C.: *Sistema...*, párr. 381, ob. cit.
[16] LAURENT, F.: *Droit Civil International*, Bruselas-París, t. II, p. 426, 1880.

rehusarán el concurso reclamado por esta última; a veces no existirá, en el lugar donde el acto debe ser realizado, ningún oficial público con atribuciones análogas a la del oficial instituido por la legislación del extranjero. Y en un caso como en el otro, la obligación impuesta a la persona de observar, cualquiera que sea el lugar de su residencia, las condiciones de forma establecidas en su país para los actos jurídicos, equivaldría a una interdicción absoluta. El interés general de los Estados, basado sobre el desarrollo del comercio internacional, protesta, tanto como el de los particulares, contra un régimen tan tiránico..." [17].

f) Un fundamento complejo.

La más destacada doctrina argentina ha escrito lo siguiente: "...Estos singulares fundamentos no alcanzan a dar suficiente razón del dominio y alcance de la fórmula que nos ocupa; pero también se ve sin esfuerzo que en el fondo de la regla *locus regit actum* hay ideas de necesidad, costumbre internacional, consentimiento general y soberanía territorial, que concurren a formar el complejo y sólido fundamento en que se apoya, pudiendo concluirse que, inspirada e impuesta por la necesidad y considerada por las naciones como una derivación de la soberanía territorial, ha logrado, por virtud de la comunidad de derecho que a aquéllas vincula la concesión recíproca de su aplicación" [18].

Nos permitimos pensar, compartiendo la tesis sustentada por nuestra doctrina argentina, que la justificación jurídica de la regla *locus regit actum* no obedece a una única motivación, sino que convergen en ella numerosas razones con idéntica fuerza de convicción.

En el apartado siguiente abordaremos el problema concerniente al carácter facultativo o imperativo de la regla *locus regit actum*.

5. Carácter facultativo e imperativo en la legislación comparada. Doctrinas.

Esta cuestión alude a si la regla es obligatoria o simplemente facultativa, ya que de ello dependerá la validez o nulidad de los actos jurídicos en el orden internacional.

Sin embargo, además de la corriente que le atribuye un carácter obligatorio, o aquella que le asigna un carácter facultativo, aparece una tercera posición que sostiene el carácter mixto de la regla. Iremos analizando los argumentos de cada una de ellas:

[17] WEISS, André, ob. cit., t. III, p. 115.
[18] CALANDRELLI, Alcides: *Cuestiones...* cit., t. II, p. 214.

a) Carácter obligatorio.

Quienes defienden esta doctrina sostienen que la regla se impone por su carácter obligatorio. Las partes en los actos jurídicos no pueden dejar de cumplir con la ley del lugar de celebración. Ésta es la adoptada mayoritariamente por la doctrina, legislación y jurisprudencia del siglo XIX [19].

b) Carácter facultativo.

Esta es la opinión mayoritaria en la actualidad, según la cual las personas en la realización de los actos jurídicos pueden apartarse en materia de formas de la ley del lugar de su celebración. Por cierto que eligiendo una distinta [20].

c) Carácter mixto.

Esta es la tesis ecléctica que procura armonizar las dos posiciones radicales anteriores. Acepta como principio general el carácter imperativo de la regla, pero defiende el carácter facultativo ante algunas excepciones. En primer lugar, cuando todos los que intervienen en el acto son nacionales de un mismo Estado y siguen la ley nacional, y en segundo lugar, perteneciendo a uno o diversos Estados, se acepta la ley del país en que el acto va a tener ejecución [21].

En la actualidad la legislación comparada, la jurisprudencia extranjera y las convenciones internacionales se pronuncian mayoritariamente por el mentado carácter facultativo. De modo que la tendencia se ha movido desde el reconocimiento del carácter obligatorio hasta la consagración del carácter facultativo de la regla.

La doctrina argentina, tal como no podía ser de otro modo, se ha insertado dentro de la controversia acerca del carácter imperativo o facultativo del principio general.

6. Facultades diplomáticas y consulares respecto de la forma de celebración de los actos.

Las facultades concedidas a los agentes diplomáticos y consulares, en cuanto a la celebración de actos jurídicos atinentes al estado

[19] Adhieren a esta tesis STORY, VOET, ASSER, LAURENT, MERLIN y DEMOLOMBE, entre otros.

[20] Entre quienes se han pronunciado por esta doctrina encontramos a SAVIGNY, PILLET, FOELIX, AUBRY ET RAU, BAUDRY LACANTINERIE, BROCHER, DESPAGNET, SURVILLE ET ARTHYS, FIORE, WEISS y BATIFFOL, entre otros.

[21] Tesis sustentada por MANCINI, Pascual, ob. cit.

civil, importan una restricción a la aplicación de la regla *locus regit actum*.

En la legislación comparada se observan, por un lado, aquellos sistemas que les acuerdan facultades muy amplias y, por el otro, aquellos que lo hacen de forma restrictiva. En el primer grupo se ubican las que adoptan en materia de estado y capacidad de las personas físicas el principio de la nacionalidad, facilitando la celebración de los actos a los nacionales cuando se encuentran en el extranjero. En el segundo grupo se encuentran aquellos Estados que observan una posición restringida o negatoria de las facultades delegadas a los agentes diplomáticos y consulares.

La República Argentina lo tiene establecido en el Reglamento Consular del 3 de octubre de 1963, por decreto-ley 8714, que a continuación se transcribe en su parte pertinente:

"*Art. 240.* — Los cónsules llevarán un libro relativo al estado y capacidad de las personas, donde deberán inscribirse, a petición de parte interesada, las partidas otorgadas por los registros civiles de la circunscripción respectiva, siempre que las mismas no contraríen normas de orden público".

"*Art. 245.* — El titular de una oficina consular, exclusivamente, puede autorizar, en el desempeño de funciones notariales, aquellos actos que según las leyes de la Nación y de las provincias corresponden a los escribanos públicos. Estos actos tendrán valor jurídico ante los tribunales de la Nación y de las provincias".

"*Art. 248.* — El funcionario consular titular es el funcionario público instituido en el exterior para recibir, redactar y dar autenticidad, conforme a las leyes, a los actos y contratos que le fueran encomendados y autenticar los hechos, declaraciones y convenciones que ante él se verificaren, formularen o expusieren, cuando para ello fuere requerido su intervención. En consecuencia, toda escritura y demás actos públicos en el exterior para tener validez en la República, sólo podrá ser autorizado por dicho funcionario consular. En el desempeño de tales funciones está facultado a:

"*a*) Extender y registrar poderes, sus rectificaciones, revocaciones, renovaciones y sustituciones;

"*b*) extender escrituras que versen sobre contratos civiles, comerciales o marítimos;

"*c*) consignar declaraciones sobre reconocimiento de hijos naturales;

"*d*) consignar la voluntad de hijos de argentinos nativos, nacidos en el extranjero, de optar por la nacionalidad de sus padres;

"*e*) extender los poderes necesarios para que los hijos de argentinos nativos, nacidos en el extranjero que, al cumplir dieciocho años deseen adoptar la nacionalidad de los padres, puedan autorizar a un mandatario a realizar el trámite pertinente ante los juzgados federales de la República;

"*f*) anotar verificaciones de orden civil y comercial que se otorguen en el Consulado y registrar las que se presenten al efecto;

"*g*) recibir y registrar las declaraciones, protestas y contraprotestas que formulen los capitanes de los buques y los ciudadanos argentinos, en resguardo de los intereses o responsabilidades propias o ajenas;

"*h*) registrar el depósito de testamentos ológrafos;

"*i*) extender y registrar los testamentos por acto público e inscribir en el Registro los redactados en otra forma;

"*j*) otorgar en general los demás actos especificados en las disposiciones legales que regulan las funciones del notariado".

7. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna —Código Civil— y de fuente convencional. Tratados de Montevideo. CIDIP. Convención de La Haya. Doctrina. Jurisprudencia argentina.

a) Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna.

1) Antecedentes.

Con anterioridad a la sanción del Código Civil argentino se invocaban las *Leyes de Partida* (Ley 15, T. 1, P. 1ª y 5ª) y algunas leyes de la *Novísima Recopilación* (Título 11, Libro 6).

La regla VII del Código de Comercio establecía que "la forma de todo acto, es regida siempre por la ley del país o del lugar donde se ha otorgado".

2) Régimen del Código Civil argentino.

El artículo 973, en el Capítulo III del Título II, "De los actos jurídicos", establece que "la forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar" [22].

3) La regla "locus regit actum". El principio general.

En el Código Civil, en lo que respecta al régimen internacional de la forma de los actos jurídicos, el principio general de la regla *locus regit actum* se encuentra contenido en los artículos 12, 950 y 1180, respectivamente.

[22] Recomendamos la lectura de la extensa nota puesta al pie del artículo por el legislador, que por lo ajustada nunca termina de sorprender.

"*Art. 12.* — Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado".

"*Art. 950.* — Respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad, será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se otorgaren".

"*Art. 1180.* — La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido".

Hasta aquí los preceptos legislativos. Haremos dos breves reflexiones en torno a ellos.

En primer lugar, de las disposiciones transcriptas surge claramente que el legislador adopta el criterio de la sujeción de la forma de los actos jurídicos a la ley del lugar de su realización consagrando expresamente la máxima *locus regit actum*. En segundo lugar, la doctrina argentina ha señalado criteriosamente que la ubicación de los artículos desde el punto de vista de la técnica legislativa resulta objetable. En efecto, la mayor amplitud en la formulación del artículo 950 hubiera justificado su inclusión, en lugar del artículo 12, en la parte general del Código Civil.

4) Excepciones a la regla.

El legislador introduce excepciones al principio general, en diversas materias, tales como en el artículo 1211 en cuanto a la transferencia de derechos reales, en el artículo 3129 con relación a la constitución de hipotecas, y en el artículo 3638, respecto de las formas de los testamentos.

"*Art. 1211.* — Los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriere el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente" [23].

"*Art. 3129.* — Puede también constituirse hipoteca sobre inmuebles existentes en el territorio de la República, por instrumentos hechos en países extranjeros, con las condiciones y en las formas dispuestas por el artículo 1211. De la hipoteca así constituida debe tomarse razón en el oficio de hipotecas, en el término de seis días contados desde que el juez ordene la protocolización de la obligación hipotecaria. Pasado ese término la hipoteca no perjudica a terceros. La

[23] Ver la nota explicativa puesta al pie por el codificador, quien, además de aclarar el texto legislativo, llega a vislumbrar la cuestión del conflicto de "calificaciones" decidiéndose por la aplicación de la teoría de la *lex causae*.

hipoteca constituida desde país extranjero debe tener una causa lícita por las leyes de la República".

"*Art. 3638.* — El testamento del que se hallare fuera de su país, sólo tendrá efecto en la República, si fuese hecho en las formas prescriptas por la ley del lugar en que reside, o según las formas que se observan en la nación a que pertenezca, o según las que este Código designa como formas legales".

Como no podía ser de otro modo, la doctrina argentina no pudo permanecer ajena a la controversia desatada acerca del carácter imperativo o facultativo de la regla *locus regit actum* en el derecho positivo argentino. Así, encontramos dos líneas interpretativas distintas: una integrada por quienes se aferran a la denominada tesis de la imperatividad o criterio imperativo de la sujeción en materia de formas a la ley del lugar de celebración u otorgamiento del acto, y otra, por quienes se inclinan por la tesis de la no imperatividad o criterio facultativo de la regla.

Básicamente, los partidarios de la primera de estas corrientes sostienen que los artículos 950 y 12 del Código Civil imponen la regla, lo cual entienden se ve reforzada con la nota al artículo 1211. En cambio, quienes se colocan en la posición contraria aducen que el carácter facultativo de la regla surge del inciso 4 del artículo 14 del mismo cuerpo legislativo, cuando establece que las leyes extranjeras no serán aplicables cuando las leyes de "este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos". Precisamente, esta validez alternativa les permite sostener el carácter facultativo de la sujeción de la forma de los actos jurídicos a la ley del lugar de su celebración.

b) Derecho Internacional Privado argentino de fuente convencional.

El Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 dedica a las formas de los actos jurídicos dos preceptos, el artículo 32 y el artículo 39. A su turno, el Tratado de 1940 les dedica el artículo 36.

1) Tratado de 1889.

"*Art. 32.* — La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente".

"*Art. 39.* — Las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar donde se otorgan. Los instrumentos privados, por la ley del lugar del cumplimiento respectivo".

2) Tratado de 1940.

"*Art. 36.* — La ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y solemnidades de

los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan. Los medios de publicidad, por la ley de cada Estado".

El examen comparativo de los textos transcriptos permite formular algunas reflexiones. Así, pues, el artículo 32 y la segunda parte del Tratado de Montevideo adoptan el sistema de la *lex causae,* sujetando las formas a la misma ley que gobierna la relación jurídica pertinente. Sin embargo, adopta el criterio de la ley del lugar de celebración en materia de instrumentos públicos.

El artículo 36, con una técnica legislativa más depurada, aborda la cuestión de las formas desde un triple punto de mira. Así, distingue, en primer lugar, la ley aplicable a la *calidad del documento*, que la sujeta a la misma ley que rige el acto jurídico; en segundo lugar, las *formas y solemnidades de los actos jurídicos*, que las somete a la ley del lugar de su celebración y, finalmente, los *medios de publicidad*, que se rigen por la ley de cada Estado.

3) Convención de La Haya de 1961.

La República Argentina ha adherido por ley 23.458, sancionada el 29 de octubre de 1986, promulgada el 1 de diciembre de 1986 y en vigor desde el 18 de febrero de 1988, a la "Convención sobre Supresión de la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros", adoptada en La Haya el 5 de octubre de 1961 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Resulta necesario destacar que la finalidad primordial de este instrumento internacional es la abolición de cualquier recaudo de legalización para los documentos públicos provenientes de los Estados contratantes.

El ámbito de aplicación material de la Convención surge del artículo 1, que establece que se aplicará a los documentos públicos que hayan sido extendidos en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante.

Serán considerados documentos públicos:

a) Los documentos emitidos por una autoridad o funcionario perteneciente a un tribunal de un Estado, inclusive los extendidos por un fiscal de justicia, un secretario o un oficial de justicia;

b) los documentos administrativos;

c) las actas notariales;

d) las certificaciones oficiales en documentos firmados por personas privadas, tales como la certificación del registro de un documento o de una fecha determinada y la autenticación de firmas en documentos de carácter privado.

Asimismo, excluye de su ámbito de aplicación a:

a) Los documentos extendidos por funcionarios diplomáticos o consulares;

b) los documentos administrativos relacionados directamente con una operación comercial o aduanera.

El alcance de la supresión de la legalización resulta del artículo 2, que establece: "Cada Estado contratante eximirá de la legalización a los documentos a los que se aplique la presente Convención, y que deban ser presentados en su territorio. La legalización, según la presente Convención, sólo consistirá en la formalidad por la cual los funcionarios diplomáticos o consulares del país en cuyo territorio deba ser presentado el documento, certifican la autenticidad de la firma, el carácter con que actuó el signatario del documento y, de corresponder, la identidad del sello o timbre que lleva el documento".

El artículo 3 dispone que "la única formalidad que podrá ser exigida para certificar la autenticidad de la firma, el carácter con que ha actuado el signatario del documento y, de corresponder, la identidad del sello o del timbre que lleva el documento, será una acotación que deberá ser hecha por la autoridad competente del Estado en el cual se originó el documento".

La transcripción de las disposiciones demuestra que el texto reemplaza la tradicional legalización consular y diplomática por la inserción de un recaudo autónomo y diverso de la legalización, denominado *acotación* o *apostille*. Se trata de una certificación emanada de la autoridad designada al efecto en el Estado en el cual el documento es expedido, que en el caso de nuestro país es la Cancillería, la cual lo canaliza a través de la Dirección de Asuntos Consulares, Departamento de Legalizaciones.

La apostilla debe:

1) Ser hecha en el mismo documento o en una prolongación del mismo, de conformidad con un modelo que figura en el Anexo de la Convención;

2) tener la forma de un cuadrado de nueve centímetros de lado como mínimo, con los ítemes numerados y uniformes que podrán ser redactados en el idioma oficial de la autoridad que lo expida;

3) el título "apostille" (Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961) deberá estar escrito en francés, para facilitar la individualización y por ende el sometimiento al régimen de la Convención.

La Convención establece, entre otras disposiciones, que la certificación es otorgada a pedido del signatario o de cualquier portador del instrumento; que la firma, el sello y timbre, a su vez, estarán exentos de toda otra constancia; que la autenticidad de la certificación podrá ser verificada ya que cada autoridad de aplicación debe llevar un Registro o fichero, donde hace constar el número de orden, el nombre del signatario del documento público y el carácter que reviste, esto si está firmado, y en el supuesto de no estarlo, se deberá consignar el nombre de la autoridad que lo ha sellado o timbrado.

El mundo contemporáneo impone con su vertiginoso ritmo la necesidad de instrumentos jurídicos internacionales como la Convención de La Haya de 1961.

Se trata de un texto normativo especialmente diseñado para otorgar agilidad a la circulación de instrumentos públicos a nivel internacional, destinado a evitar las innecesarias y costosas complicaciones derivadas de la duplicación de certificaciones.

Cabe observar que en la República Argentina coexisten sistemas diversos según que el instrumento provenga o no de un país adherido a la Convención de La Haya de 1961.

Si se trata de un documento que proviene de un país no ratificante del texto legislativo mencionado, habrá que recurrir al régimen establecido en materia de legalización por el Reglamento Consular. Este sistema exige una suerte de doble legalización:

1) La legalización del cónsul destacado en el país de su realización, y

2) la del Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país.

El procedimiento aludido resulta sumamente complejo, además de lento y costoso, aunque necesario para acreditar la autenticidad de instrumentos extranjeros.

De manera que resultan evidentes las facilidades introducidas por los Tratados, cuyo objetivo principal implica el reemplazo de formalidades excesivas en materia de legalización de instrumentos públicos.

4) Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes.

Este instrumento internacional, suscripto en Panamá el 30 de enero de 1975 en la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, fue ratificado por la República Argentina por ley 22.550, encontrándose en vigor.

Durante la Conferencia se formaron dos comisiones para desarrollar el temario, una de las cuales —presidida por el profesor Haroldo VALLADAO— se abocó al régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero.

Esta Convención establece en el artículo 2 la opción a favor del otorgante por la forma del lugar de otorgamiento o el del ejercicio. Sin embargo, añade que "en todo caso", si la ley del cumplimiento exigiera solemnidades esenciales, regirá dicha ley. Asimismo, contempla la hipótesis de que en el Estado donde se otorga el poder se desconozca la solemnidad referida, estableciéndose que se deberá cumplir con exigencias especiales, tales como:

a) El poder contendrá una declaración jurada o aseveración del otorgante de decir verdad sobre: identidad, nacionalidad, edad, domicilio y estado civil;

b) se agregarán copias certificadas u otras pruebas con respecto a representación de personas físicas y jurídicas;

c) autenticación de la firma del otorgante.

Se consagra así:

a) La eficacia extraterritorial del poder otorgado en un Estado Parte en otro Estado Parte, siempre que se ajuste a las reglas establecidas en el texto normativo;

b) la opción en favor del poderdante de elegir entre la ley del lugar del otorgamiento, o la ley del lugar del ejercicio. Esto último en la medida en que no exista una imposición de solemnidades esencial para la validez del poder;

c) la adopción en supuestos especiales de formalidades sustitutivas para asegurar la circulación de los poderes, cuando las exigidas no sean conocidas en el lugar de su otorgamiento;

d) la exigencia de legalización se encuentra librada a la ley del lugar del ejercicio del poder [24].

5) Convención de La Haya sobre Ley Aplicable en la Compraventa Internacional de Mercaderías [25].

La República Argentina ratificó la Convención con la reserva al artículo 21, primer párrafo, letra c, en los siguientes términos: "...En el sentido que no aplicará la Convención sobre Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías en cuanto a la validez formal del contrato, cuando una de las partes tenga su establecimiento comercial en territorio argentino en el momento de celebrarse el contrato".

El artículo 11 de dicho texto normativo establece:

"1) El contrato de venta concertado por personas que se encuentren en el mismo Estado será formalmente válido si cumple con los requisitos establecidos en la ley por la cual se rige con arreglo a la Convención o en la ley del Estado en que se concierte.

"2) El contrato de venta concertado por personas que se encuentren en distintos Estados será formalmente válido si cumple con los requisitos establecidos en la ley por la cual se rige con arreglo a la Convención o en la ley de uno de esos Estados...".

6) Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

La República Argentina ratificó la Convención por ley 22.765, del 30 de marzo de 1983, en los siguientes términos: "Conforme con los artículos 96 y 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la Parte 2 de la misma

[24] Cabe observar que los cuatro países que conforman el Mercosur, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, han ratificado la Convención.

[25] Ratificada por la República Argentina por ley 23.916, no en vigor.

que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en la República Argentina...".

7) Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales [26].

Este instrumento internacional, aborda la cuestión de la forma del contrato en el artículo 13, que establece: "Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de ejecución. Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución".

Cabe observar que la Convención distingue entre contratos celebrados entre partes que se encuentran en un mismo Estado, y partes que se encuentran en distintos Estados.

Esta solución legislativa responde a las disposiciones del Proyecto del doctor José Luis SIQUEIROS, quien se aparta de las bases establecidas en la Cuarta Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo en 1989, que solamente hacen referencia a la regla *locus regit actum*. Así, dispone que "las partes pueden celebrar un contrato válido en la forma, de acuerdo con la ley del lugar de su celebración".

La doctrina sustentada por el Proyecto mencionado se basa en el art. 10 de la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1985 y en la Convención de Roma sobre Ley Aplicable en Materia de Obligaciones Contractuales de 1980.

La Convención se enrola en la tendencia, por un lado, de la distinción entre contratos celebrados entre partes en un mismo Estado y entre partes que se encuentran en distintos Estados y, por el otro, de apertura con relación a las formas. La primera encuentra su fundamento en que en la mayoría de los contratos internacionales las partes casi nunca se encuentran presentes en el mismo lugar al momento de su celebración. En efecto, en la actualidad resultan frecuentes la

[26] Convención que ha sido ratificada por Venezuela y por México, no así por la República Argentina.

conclusión de contratos internacionales a distancia a través del denominado intercambio electrónico de datos mediante el empleo de ordenadores, así como de otros recursos técnicos tales como el correo electrónico o Internet. La segunda abre un abanico de posibilidades de aplicación de la ley del fondo, de la ley del lugar de celebración o de la ley del lugar de ejecución del contrato.

Resulta acertada la disposición favorable de la Convención hacia la vigencia extraterritorial de los contratos en materia de formas, como expresión de la teoría del *favor negotii*.

c) Doctrina [27].

En 1983, en ocasión de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, se abordó la cuestión con el título "La forma de los negocios jurídicos en el Derecho Internacional Privado".

El despacho aprobado por la Comisión sostuvo:

"La ley que rige el fondo del negocio jurídico determina:

"*a*) La exigencia de una forma;

"*b*) las consecuencias de su omisión, y

"*c*) la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada.

La reglamentación de la forma queda librada: a la ley del lugar de la celebración, a la ley de fondo o a otra ley que tenga un contacto razonable con el negocio".

d) Evolución jurisprudencial [28].

1) "Los tribunales argentinos no pueden dar por válido un matrimonio civil celebrado ante un cónsul extranjero, aun cuando a la

[27] Entre la bibliografía dedicada al tema puede verse GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado* cit.; PERUGINI, Alicia: *Circulabilidad internacional del poder notarial* y *La validez y circulabilidad internacional del poder de representación notarial*, ya citados; BOGGIANO, Antonio: *Derecho Internacional Privado* cit.; KALLER DE ORCHANSKY, Berta: *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, 1991; GALLINO, Eduardo: *Poderes internacionales*, "Revista Notarial de Córdoba", nº 49; SMITH, Juan Carlos: *Locus regit actum* cit.; CLARIÁ, Eduardo: *El poder internacional en el Mercosur*, Separata de la "Revista del Notariado", publicada en Rev. "Prudentia Iuris", Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, julio de 1996.

[28] Otros casos, además de los transcriptos, son los siguientes: "Testai c/Papa y otra", "J.A.", t. XLII, p. 1172; "Lever Brothers Ltd. c/Frigorífico Anglo", "Gaceta del Foro", t. 135, p. 6; "Tours Investment S.A. c/Iturraspe, Pedro", "E.D.", t. 45, p. 637; "Heger, Maren c/Christensen de, y otra c/Johansen, Signe Christensen de", "J.A.", t. 1948-IV, p. 542; "Intercomi S.A. c/ICASA", "L.L.", t. 1983-C, p. 530, con comentario de Werner GOLDSCHMIDT; "Kaufman, Julio c/Sociedad General de Autores", "E.D.", t. 150, p. 445.

época de su celebración no existiere autoridad de la religión que profesaban los cónyuges" (sentencia del 28 de junio de 1889, "Fallos", t. 17, p. 357).

2) "La excepción de falta de personería por deficiencias en el poder otorgado en país extranjero debe rechazarse si el excepcionante no justifica la violación de formas establecidas por las leyes del país en que fue otorgado" (5 de diciembre de 1895, "Fallos", t. 77, p. 270).

3) "La ley manda —art. 950 del Código Civil— que respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaron, principio consagrado en el artículo 12 del Código Civil" (25 de agosto de 1921, Cámara Civil 2ª, "Gaceta del Foro", t. 36, p. 199).

4) "La excepción de falta de personería debe ser rechazada si la insuficiencia de representación o los defectos que se atribuyen al poder son subsanados al contestarse el traslado... En cuanto a la forma, no se somete íntegramente a la ley del lugar de otorgamiento, que sólo se aplica a su reglamentación (arts. 950 y 12 del Código Civil). La ley que impone la forma es la *lex causae*, es decir, la ley aplicable a la sustancia del acto, en el caso el poder, es la del lugar de cumplimiento del mismo. Esta misma ley es la que califica si la forma impuesta se encuentra cumplida a través de la reglamentación que se efectúa en el lugar de otorgamiento... El poder presentado por la ejecutante cumple con la forma impuesta por la ley del lugar de ejercicio, que es la argentina. Se trata de un instrumento público, que resulta suficiente... en tanto el acto es otorgado en el extranjero... En cuanto a la reglamentación de la forma, sometida al derecho inglés, se presume que el notario actúa conforme a la ley de su país, como lo ha señalado la abundante jurisprudencia..." [29].

El caso INTERCOMI *S.A. c/ICASA* [30].

La sentencia fue dictada por la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D, con fecha 24 de agosto de 1982. Se trata de la demanda verificatoria iniciada por Intercomi en el concurso de la demandada, invocando el carácter de cesionaria de un crédito de Mercier Frères S.A. emergente del incumplimiento de Compler S.A., también convocataria del pago de ciertas maquinarias que esta última adquiriera de la citada Mercier Frères S.A. La concursada funda su derecho en el art. 1455 del Código Civil alegando la nulidad de la cesión de créditos efectuada a la actora, por no haberse instrumentado en escritura pública. Se sostuvo que:

[29] Fallo tomado de NOODT TAQUELA, María Blanca: *Derecho Internacional Privado* cit.

[30] "L.L.", t. 1983-C, p. 531, con comentario del profesor Werner GOLDSCHMIDT: *El artículo 1455 del Código Civil y el Derecho Internacional Privado.*

1) "Si la cesión de crédito fue otorgada en París, y siendo que el derecho del lugar regula la forma de los actos documentales, debió sustentarse la defensa de la acción en la legislación francesa (arts. 1180, 1205 y argumento de la nota al art. 1211 del Código Civil), razón por la cual no es conducente pretextar un defecto de instrumentación por causa de haber sido omitida la forma pública preceptuada por el art. 1455 del Código Civil argentino para la transmisión de acreencias litigiosas.

2) Si se pretende eludir el principio de que el derecho del lugar regula la forma de los actos documentales arguyendo que el art. 1455 del Código Civil argentino, que exige para la cesión de acciones litigiosas la forma pública, es una norma de orden público internacional e indeclinable para el sistema jurídico nacional, debe sustentarse fundadamente esta circunstancia.

3) A los efectos señalados por el art. 1455, entiéndense por derechos litigiosos aquellos que están sujetos a controversia judicial, siendo insuficiente —en punto a la aplicación del citado precepto— que se trate de un derecho dudoso, en la medida en que no haya sido promovida acción judicial. Ello es así, por cuanto, tratándose de una disposición legal que impone el cumplimiento de requisitos formales de carácter excepcional, su interpretación debe ser restrictiva.

4) Conforme al criterio que ve en la formalidad preceptuada por el art. 1455 del Código Civil un recaudo *ad probationem*, carecería de sustento impetrar la nulidad de un acto sin invocación de perjuicio ni cuestionamiento de la verosimilitud de la cesión.

5) Si los actos enunciados en el art. 1455, al igual que el mencionado art. 1184 del mismo Código Civil, requieren la formalidad de la escritura pública —o el acta judicial por tratarse de derechos litigiosos— con carácter formal no solemne o solemne relativo, la nulidad que podría declararse sería vacua e inoficiosa, pues el defecto de la forma solemne relativa en los arts. 1184 y 1455 del Cód. Civil, no obstante aparejar la nulidad del acto como tal, da pie a que se engendre otro acto jurídico de efectos menores en virtud del fenómeno de «la conversión del acto jurídico». De tal modo que se estaría frente a un contrato de promesa de concretar la formalidad legal.

6) La cesión del crédito no puede empeorar la situación del deudor que ha sido extraña a ella.

7) Si la propia concursada denunció la deuda que mantenía con la cedente, mal puede negarla ulteriormente".

En apoyo de la decisión, en la nota se explica que el problema formal se desdobla en tres problemas diferentes. En primer lugar, hay que preguntarse por el derecho que impone una forma o que exime de tal forma. En segundo término, corresponde interrogarse acerca del derecho que reglamenta la realización de la forma impuesta. En tercer lugar, es preciso plantearse si la forma realizada es o no equivalente a la forma exigida.

El caso MÉNDEZ VALLES, FERNANDO c/ PESCIO S.C.A. s/ EJECUCIÓN DE ALQUILERES [31].

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación aborda y decide dos cuestiones de especial relevancia. Por un lado, si corresponde la concesión del recurso extraordinario por suscitarse cuestión federal, cuando se trata de la interpretación de los tratados internacionales. Por el otro, acerca de la validez de una cesión de créditos efectuada en la República Oriental del Uruguay, mediante instrumento privado con protocolización notarial. El tribunal sostuvo la siguiente doctrina: "En el caso —instrumento privado de cesión suscripto en la República Oriental del Uruguay con efectos en la República Argentina— son de aplicación las normas del Título XI del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo (1940), pues ambos países han ratificado el acuerdo mencionado, máxime si las partes no han incorporado en dicho instrumento normas materiales derogatorias de las normas coactivas del Derecho Privado o han ejercido la facultad de elegir el derecho nacional aplicable.

"De acuerdo a los principios aceptados de Derecho Internacional Privado, el derecho que rige el fondo del negocio es también el derecho aplicable a la forma, en lo referente a su necesidad y a los efectos de su ausencia; en cambio, lo referente a los requisitos reglamentarios de la formalidad exigida por la ley que rige el fondo están sujetos a la regla *locus regit actum*, es decir, a la ley del lugar de celebración del acto.

"El contrato de cesión de créditos celebrado en la República Oriental del Uruguay, cuyo objeto y efectos están localizados en el país, se rige por el derecho argentino en lo relativo a la calidad de la forma que debe revestir y no obsta a dicha conclusión la consensualidad del contrato, ya que aunque pudiera considerarse que se perfeccionó en la República del Uruguay, el cedente debe cumplir con su obligación de transferencia y garantizar el crédito litigioso en la Argentina, en donde se radica el juicio correspondiente.

"La ley argentina rige la oponibilidad de la cesión de créditos celebrada en la República del Uruguay al deudor cedido domiciliado en la Argentina, pues si dicho aspecto del contrato no está contemplado por el Tratado de Montevideo de manera específica, ya que él sólo contiene normas sobre categorías generales de contratos, no puede considerarse que la cuestión sea totalmente ajena a sus reglas en materia de actos jurídicos (art. 37, *in fine*).

"...Al ser indudable el carácter litigioso del crédito que se pretende cedido —lo que surge del mero cotejo de las fechas invocadas en la

[31] Publicado en Rev. "E.D." del 9/4/96 o "E.D.", t. 1996-C, ps. 499 a 507, con sendos comentarios de Alberto Juan PARDO y Raúl Alberto RAMAYO.

cesión y el fallo dictado en el juicio de determinación de valor locativo— no parece irrazonable la decisión del *a quo* que considera aplicables las estrictas formas previstas en el art. 1455 del Cód. Civil, pues por un lado el proceso que confiere carácter litigioso al crédito cedido está radicado ante la justicia civil de la Capital Federal, lo que hace coherente que sea la ley argentina la que determine las modalidades de la transmisión de aquél. Además, no se advierte en el caso cómo la situación del deudor cedido —en cuyo interés también aparecen fijadas las citadas formas del art. 1455 del Cód. Civil— podría empeorar con el mero recurso a una cesión de la que no es parte que se opta por celebrar en el extranjero...".

El fallo recoge las enseñanzas de la doctrina argentina desarrollada por Werner GOLDSCHMIDT, quien enfoca la cuestión de la forma de los actos jurídicos desde una triple perspectiva: la de la ley que impone la forma, la que la reglamenta y la que la califica. En el primer aspecto conviene señalar que es el legislador quien impone para ciertos actos jurídicos formas especiales: la escritura pública, entre otras. El segundo aspecto, se refiere a las diligencias encaminadas, los requisitos formales para el cumplimiento de la exigencia impuesta por la ley. El tercer aspecto, se relaciona con la ley de la que habrán de desprenderse las calificaciones, las definiciones, de ciertas categorías pertinentes. Distinta puede ser la solución si se adopta la teoría de la *lex causae* o de la *lex fori*, entre otras posibles.

8. Tendencias contemporáneas. Sistemas de Derecho Internacional Privado comparados.

El *Código Civil yemenita* de 1992 establece en el Libro I, "Disposiciones generales relativas a las transacciones", Parte I, "La ley y su aplicación", Capítulo II, "Conflictos de leyes", Sección Tercera, "Conflictos de leyes en el espacio", artículo 31, que "la forma de los contratos será sometida a la ley del lugar donde ellos hayan sido celebrados, o a la ley que resulte aplicable en cuanto al fondo, o a la ley del domicilio común o de la nacionalidad común de las partes contratantes".

La *Ley italiana de Derecho Internacional Privado* de 1995 establece:

"*Art. 48.* — El testamento es válido, en cuanto a la forma, si es considerado como tal por la ley del Estado en que el testador ha dispuesto, o bien por la ley del Estado del cual el testador, al momento del testamento o del deceso, era nacional, o por la ley del Estado en que tenía el domicilio o la residencia".

"*Art. 56, apartado 3.* — La donación es válida, en cuanto a la forma, si ella es considerada como tal por la ley que rige su contenido, o bien por la ley del Estado en que el acto se cumple".

"*Art. 60.* — El acto de otorgamiento de los poderes de representación es válido, en cuanto a la forma, si es considerado tal por la ley que regula su contenido, o bien por la ley del Estado en que se realiza el otorgamiento".

Finalmente, cabe señalar que tanto en materia de obligaciones contractuales como en los títulos de crédito, el legislador italiano establece que se rigen, respectivamente, por la Convención de Roma del 19 de junio de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, ratificada por ley 975 del 18 de diciembre de 1984, y por las Convenciones de Ginebra de 1930 y 1931, ratificadas por real decreto-ley n° 1130, del 25 de agosto de 1932, y n° 1077, del 24 de agosto de 1933, y ratificadas por ley 1946 del 22 de diciembre de 1932 y ley 61 del 4 de enero de 1934.

La *Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela* de 1998 dedica al tema el Capítulo VIII, "De la forma y prueba de los actos":

"*Art. 37.* — Los actos jurídicos son válidos, en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos:

"1) El lugar de celebración del acto;

"2) el que rige el contenido del acto, o

"3) el domicilio de su otorgante o del domicilio común de los otorgantes".

"*Art. 38.* — Los medios de prueba, su eficacia y la determinación de la carga de la prueba se rigen por el derecho que regula la relación jurídica correspondiente, sin perjuicio de su sustanciación procesal se ajuste al derecho del tribunal o funcionario ante el cual se efectúa".

El *Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales*, de Roma del 19 de junio de 1980 [32], dedica una disposición a la forma en los siguientes términos:

"*Art. 9. Forma*:

"1) Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en un mismo país será válido en cuanto a la forma, si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Convenio o de la ley del país en el que se haya celebrado.

"2) Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en países diferentes será válido en cuanto a la forma, si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Convenio o de la la ley de uno de esos países.

"3) Cuando se celebre el contrato por medio de un representante, el país en el que se encuentre el representante en el momento de

[32] Ver SACERDOTI, Giorgio, y FRIGO, Manlio: *La Convenzione di Roma sul Diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1993, especialmente "La disciplina della forma e della prova nella convenzione di Roma", por Alessandra LUCCHINI, ps. 33 a 41.

actuar será el que se considere para la aplicación de los apartados 1 y 2.

"4) Un acto jurídico unilateral relativo a un contrato celebrado o por celebrar será válido en cuanto a la forma, si reúne las condiciones de forma de la ley que rija o regirá el fondo del contrato en virtud del presente Convenio o de la ley del país en el que se efectúe dicho acto.

"5) Las disposiciones de los apartados precedentes no se aplicarán a los contratos que entren en el ámbito del art. 5 celebrados en las circunstancias descriptas en su apartado 2. La forma de estos contratos se regirá por la ley del domicilio en el que tenga su residencia habitual el consumidor.

"6) No obstante lo dispuesto en los cuatro primeros apartados del presente artículo, todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas imperativas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre que según esta ley sean aplicables independientemente del lugar de celebración del contrato y de la ley que lo rija en cuanto al fondo".

Cabe observar para concluir, que si bien del texto normativo no surge expresamente una calificación de la forma, la doctrina más autorizada la ha considerado "como cualquier comportamiento externo impuesto al autor de una manifestación de voluntad jurídica, comportamiento ante cuya falta la manifestación de voluntad no puede ser considerada plenamente suficiente" [33].

Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales [34].

El art. 1.2, "Libertad de forma", establece: "Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito. El contrato podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos".

Esta disposición sienta el principio de que la perfección del contrato no requiere la sujeción de ningún requisito de forma. Si bien,

[33] GIULIANO-LAGARDE: *Relazione sulla convenzione alla legge applicabile alle obligazioni contrattuali*, G.U.C.E. C. 282, 31 de octubre de 1980, ps. 29 y ss.

[34] Nos parece atinado detenernos en el análisis de este marco normativo en su aplicación como modelo para el legislador nacional. Así, han sido empleados para la elaboración del Código Civil ruso y del Código chino sobre Derecho de los Contratos, y en los Proyectos de Reforma camboyano, checo, estonio, indonesio, israelí, lituano, tunecino y quince países miembros de la Organización para la Armonización del Derecho de los Negocios en África. En la República Argentina han servido como modelo para los autores del Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998.

como se aclara en el comentario, en el texto se alude a la forma escrita, este principio puede extenderse a cualquier otro requisito.

El sustento de la norma radica en la especial relevancia adquirida, en el contexto de las relaciones del comercio internacional, por la concertación de contratos internacionales, de forma rápida y sin plasmación documental. Ello permite incluir a los registros computarizados, al intercambio de declaraciones de voluntad vía intercambio electrónico de datos y al correo electrónico.

Asimismo, conviene aclarar que la segunda parte del artículo tiene el propósito de precisar que el principio de libertad de las formas abarca la admisibilidad de la prueba oral en el proceso judicial.

En los comentarios se explica, por un lado, que el principio de libertad de formas puede ser dejado de lado en virtud del derecho aplicable y, por el otro, que las partes pueden acordar la necesidad de observar una forma específica para celebrar, modificar o extinguir el contrato.

Finalmente, cabe señalar que los Principios incorporan un marco pleno de flexibilidad en materia de formas en los contratos comerciales internacionales. En este sentido, se aparta de convenciones internacionales como la de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena de 1980, de menor flexibilidad, en cuanto contiene una reserva en este aspecto en el art. 96 de su texto.

El art. 1.10, "Definiciones", se ocupa de aclarar que el vocablo "escrito" incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible. Se trata, como se expresa en el comentario, de una definición de tipo funcional o en "términos funcionales". No solamente incluye un telegrama y un télex, sino también cualquier otra modalidad de comunicación idónea para preservar un documento y ser reproducida en forma tangible. Vale la pena distinguir este texto de lo establecido en el artículo 13 de la Convención de Viena de 1980.

9. Proyectos de Reforma en la República Argentina. Análisis. Crítica.

a) Proyecto de Reforma de 1993.

El Proyecto de Reforma al Código Civil se ocupa de la forma de los actos jurídicos en general en los artículos 710 y 711, y específicamente de los contratos en los artículos 950 y 953.

El artículo 710 dispone que los actos jurídicos son válidos en cuanto a la forma si satisfacen los requisitos formales del derecho que rige en cuanto al fondo la relación de que se trata, o los del derecho del

lugar donde se otorgan, salvo disposición contraria en materias específicas.

La reforma incorpora en la norma de conflicto puntos de conexión alternativos. En efecto, la forma de los actos jurídicos se rige por la misma ley que regula el fondo del acto o bien por el lugar de su celebración u otorgamiento. Se pretende incorporar la teoría de la *lex causae*, que implica sujetar el acto desde el punto de vista de su sustancia y forma por la misma ley, doctrina defendida brillantemente por Federico Carlos DE SAVIGNY. Sin embargo, cabe observar que razones de índole práctica aconsejan no abandonar la regla *locus regit actum*, conforme a la cual la forma del acto se rige por la ley del lugar de su otorgamiento.

El siguiente precepto, el artículo 711 del Proyecto de 1993, se refiere específicamente a los actos jurídicos unilaterales y, en este caso, por sus especiales características, opta por no apartarse de la aplicación de la máxima *locus*.

En el primero de los preceptos dedicados a los contratos, en un primer párrafo, establece que los contratos son válidos en cuanto a la forma si satisfacen los requisitos formales del derecho que los rige respecto del fondo, o los del derecho del Estado en el que han sido celebrados. En el segundo párrafo dispone que la forma de un contrato se rige exclusivamente por el derecho aplicable al fondo cuando, con el fin de proteger a una de las partes, ese derecho prescribe una forma determinada, a menos que admita la aplicación de otro en cuanto a su forma.

En la disposición transcripta, primer párrafo del art. 950, se encuentra consagrado el principio rector en materia de validez extrínseca de los contratos. En el segundo párrafo, referido a los contratos relativos a inmuebles o a su utilización, en cuanto a su validez extrínseca se los sujeta al lugar donde están situados, a menos que ese derecho admita la aplicación de otro. Esta disposición incorpora una de las excepciones al principio rector.

El artículo 953 se refiere a los contratos relativos a inmuebles o a su utilización, disponiéndose que la validez extrínseca queda sujeta al lugar donde está situado el inmueble, a menos que ese derecho admita la aplicación de otro.

El autor del Proyecto menciona como fuentes del art. 950, el art. 9.1 del Convenio de Roma y la ley suiza de Derecho Internacional Privado, artículo 124, párrafos 1 y 3, y del art. 953, los mismos marcos normativos, arts. 4.3 y 119, respectivamente.

Mantenemos nuestra opinión favorable vertida en un trabajo anterior, donde sostuvimos que, de adoptarse las normas proyectadas, se lograría una armonización con tratados vigentes en la República Argentina. Sin embargo, seguimos lamentando la ausencia de normas especialmente dedicadas a las nuevas modalidades de contratación,

que hubieran merecido una expresa y específica regulación por cualquier reforma actual o futura [35].

b) El Proyecto de Reforma de 1998/1999.

El Proyecto de Libro Octavo del Código Civil, referido al Derecho Internacional Privado, le dedica al aspecto extrínseco dos artículos del Capítulo VIII con el título "De los actos jurídicos".

"*Art. 87. Forma.* — Los actos jurídicos son válidos en cuanto a la forma, si satisfacen los requisitos exigidos por el derecho que rige el contenido del acto de que se trata, o los del lugar de celebración, salvo disposición contraria en materias específicas".

"*Art. 88. Acto jurídico unilateral.* — Un acto jurídico unilateral relativo a un contrato celebrado o por celebrar será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que rija o regirá el fondo del contrato en virtud de la presente ley o de la ley del país en el que se efectúe dicho acto".

Desde nuestra perspectiva, el legislador de 1998/1999 no introduce innovaciones profundas con relación al Proyecto de Reforma de 1993, reiterando las soluciones que indican como aplicables a la forma de los actos jurídicos tanto el derecho que rige el fondo del acto jurídico de que se trata como el del lugar de celebración.

Desafortunadamente, en esta oportunidad tampoco se han tomado en consideración nuestras observaciones cuando propiciamos la introducción de una norma específica que reglara las nuevas formas de contratación, tales como las realizadas por ordenador, por correo electrónico, por Internet, entre otras modalidades empleadas con frecuencia en la celebración de actos jurídicos en el área de los negocios internacionales.

En el siguiente Capítulo nos dedicaremos al estudio de otra de las más relevantes cuestiones en el área del Derecho Internacional Privado, como es la referida al régimen internacional de las sucesiones, para cuyo desarrollo invitamos al lector para que nos honre con su inestimable compañía.

[35] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Derecho Internacional Privado* cit., vol. 18.

CAPÍTULO VIII

RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LA SUCESIÓN

1. Introducción. Concepto. Carácter del estatuto de la sucesión. Calificaciones. Evolución del realismo continental. Soluciones doctrinales de carácter general relativas a la sucesión "ab intestato" y a la pluralidad sucesoria. Fundamentos y crítica. Formas y solemnidades de los testamentos. Capacidad del testador, del heredero y del legatario. Soluciones. Sucesión "ab intestato" y sucesión testamentaria.

a) Introducción. Planteo de la cuestión.

El estudio del régimen internacional de la sucesión *ab intestato* y de la testamentaria está referido a la transmisión de los bienes por causa de muerte. En un capítulo anterior hemos abordado la cuestión de la ley aplicable a los bienes considerados en sí mismos, a título particular, *ut singuli*. Ahora, centraremos nuestro examen en los bienes considerados como pertenecientes a una universalidad, a título universal, *ut universiti*. La disciplina sucesoria conforma un área del Derecho Internacional Privado plena de posibilidades, abiertas tanto a la reflexión equilibrada como a la polémica vehemente. En efecto, el tema llama al debate, percibiéndose motivaciones, además de las jurídicas, de índole económica, social, cultural y política. Sin embargo, nos detendremos en esta delicada cuestión no solamente como ejercicio intelectual, sino por resultar insoslayable para lograr identificar y para poder explicar las soluciones en el sistema de Derecho Internacional Privado argentino.

b) Concepto. Carácter del estatuto sucesorio.

La presencia de elementos extranjeros en materia sucesoria, tales como la existencia de un patrimonio internacionalmente disperso o bien la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual del causante, encuentra solución adecuada en la disciplina del Derecho

Internacional Privado. Quizá resulte adecuado partir de la idea de la más prestigiosa doctrina cuando afirma que el derecho sucesorio se integra por "el conjunto de consecuencias patrimoniales derivadas del hecho jurídico de la muerte" [1]. La elección de la ley aplicable competente se vincula íntimamente con la concepción que se tenga del derecho sucesorio. Si se relaciona con el régimen de la tierra, ello conduce a la aplicación de la ley de la situación de los bienes; caso contrario, deriva en la sujeción a la ley personal del causante. Por ello, no puede olvidarse que cuando se aborda el tema sucesorio debe partirse necesariamente de las concepciones elaboradas por los romanos y por los germanos. Para los primeros, la sucesión se presenta inescindiblemente vinculada con la inmortalidad terrenal de la voluntad subjetiva. Los segundos conciben el instituto sucesorio como la vía por excelencia para el reparto del patrimonio familiar [2].

c) Calificaciones.

Las normas de Derecho Internacional Privado emplean conceptos técnico-jurídicos para demarcar su ámbito de aplicación. Incorporan ciertas categorías que denominamos conceptos cuadros, aptos para recibir una multiplicidad de contenidos de variable extensión.

La materia sucesoria, como muchas dentro de la disciplina del Derecho Internacional Privado, tiene suficiente virtualidad como para provocar el llamado conflicto de calificaciones. Dicho de otro modo, puede generarse la cuestión —y hay que darle respuesta— acerca del régimen jurídico del que habrá de desprenderse la definición de la categoría "sucesión internacional". Por cierto que depende del tribunal que entiende en la causa optar por definir, por calificar, conforme lo hace su propio derecho sustancial o bien según surge del derecho extranjero aplicable. Una tercera posibilidad seguida por la doctrina más prestigiosa se basa en la necesidad de construir e interpretar la norma de conflicto en función de todos los sistemas jurídicos cuya aplicación sea susceptible de desencadenar, lo cual se logra a través del recurso al derecho comparado [3].

Quizá lo más atinado, aunque no lo más fácil, sea recurrir a la construcción de una calificación autárquica, que precisamente ha sido pensada para disminuir, hasta evitar, los célebres conflictos. En efecto, esta vía de solución puede resolver las asimetrías existentes entre las familias jurídicas provenientes del *common law* o del *civil law* que,

[1] BATIFFOL, Henri, cita tomada de PÉREZ VERA, Elisa: *Derecho Internacional Privado* cit., vol. II, Capítulo XXII, p. 205.

[2] GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado* cit., p. 366.

[3] FERRER CORREIA, A.: *O problema da qualificação*, "Boletim da Faculdade de Direito", vol. XLIV, ps. 40 a 81, Universidad de Coimbra, Portugal, 1968.

como no se le escapa a nuestro lector, suelen tener una mirada diversa respecto de la concepción misma o de algunos de los aspectos relacionados con la sucesión por causa de muerte. Estamos pensando en la legítima, en el título del Estado para acceder como heredero de las herencias vacantes, en la autonomía de la voluntad, en la posibilidad de elección de la ley aplicable en materia sucesoria, entre otras [4].

En este último aspecto, cabe observar que los ordenamientos jurídicos pueden admitir, además de la sucesión testamentaria y de la sucesión *ab intestato*, una tercera posibilidad, los denominados pactos sucesorios (también llamada sucesión contractual). Solamente nos limitaremos a mencionar, de la mano de la doctrina española más prestigiosa, que los sistemas jurídicos comparados influidos por el Derecho Romano prohíben con carácter general los pactos sucesorios; por el contrario, los sistemas de base germánica, con el actual derecho suizo, los aceptan, para facilitar la conservación y unidad del patrimonio familiar y el amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad [5].

d) Evolución histórica.

Desde la perspectiva histórica, conviene señalar que no existe coincidencia entre la doctrina más autorizada respecto de si en el Derecho Romano se reconocía la territorialidad de las leyes sucesorias o, en cambio, si los textos romanos aceptaban la personalidad de la ley estableciendo que la sucesión se regía por la del domicilio del causante con prescindencia de la radicación de los bienes [6]. Sobre lo que no existen dudas es acerca de que durante el predominio político feudal se denominaba Derecho de Aubana [7] o albinagio al conjunto de restricciones de que era objeto el Derecho Privado de quienes no pertenecían

[4] Ver una propuesta de solución superadora de la denominada antinomia unidad-pluralidad en la herencia internacional a través del recurso del reenvío en BOGGIANO, Antonio: *Curso de Derecho Internacional Privado* cit., ps. 463 a 473; HOOFT, Eduardo: *Sucesión hereditaria. Jurisdicción internacional y ley aplicable*, IV Congreso de la AADI, p. 61, Bs. As., 1981. En contra: RADZYMINSKI, Alejandro F.: *La ley aplicable a las sucesiones en el Derecho Internacional Privado argentino*, quien la recusa con argumentaciones vehemente y prolijamente expuestas.

[5] GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., y otros: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial* cit., p. 546.

[6] Ver la opinión vertida por el doctor Manuel QUINTANA durante la celebración del Congreso de Montevideo (Actas de Montevideo).

[7] NIBOYET, Jean Paul: *Traité de Droit International Privé français*, t. II, p. 225, Ed. Sirey, 2ª ed. "Tout homme qui n'est pas né dans le royaume, pays, terres et seigneuries de l'obéissance du Roy de France est appelé aubein, ou bien étranger, soit qu'il fasse résidence continuelle au royaume, soit qu'il y demeure pour certain temps seulement, soit qu'il soit simple voyageur et passager...".

a un determinado reino. Sin embargo, cabe señalar que el extranjero se encontraba en una situación peculiar, ya que en algunas ciudades gozaba de plena capacidad mientras que en otras carecía de ella [8]. Las prohibiciones, las incapacidades de Aubana, reposan esencialmente sobre una suerte de *capitis diminutio* que recae, principalmente, dentro del terreno de los actos por causa de muerte. Una máxima de la época refleja claramente esta situación cuando expresa "*biens peuvent-ils acquérir et disposer de leyrs bienes entre vifs*". Ellos podrán realizar todos los contratos entre vivos, así como adquirir inmuebles, poseerlos, venderlos, enajenarlos, hipotecarlos, prestarlos, aceptar donaciones entre vivos, realizar el comercio marítimo, ejercer los derechos reales e invocar la prescripción; pero no podrán de manera alguna hacer ninguna disposición por causa de muerte [9].

Con relación a la ley aplicable a las sucesiones, cabe observar que las primeras escuelas estatutarias distinguían según que el estatuto sucesorio se refiriera a la persona o a los bienes, para así considerarlo personal o real. Por cierto que el criterio distintivo empleado en la actualidad puede tildarse de primitivo, de arbitrario, ya que según las palabras con que empezaba el estatuto se lo colocaba dentro de uno o de otro compartimiento. Si bien es cierto que existieron excepciones notables, puede decirse que la mayoría de los juristas de las escuelas estatutarias se inclinaron por entender que la sucesión se debía regir por la ley territorial o, dicho de otro modo, la sucesión pertenece al estatuto real. Es verdad que esta doctrina es la que parece compadecerse con el régimen político imperante, que con la estricta territorialidad lograba mantener indiviso el patrimonio familiar, el poder político [10]. Más tarde, durante la Revolución Francesa las sucesiones inmobiliarias fueron consideradas, sin discusión, como el caso tipo del llamado estatuto real, mientras que para las sucesiones mobiliarias una atenuación permitió sujetarlas ficticiamente en el domicilio del difunto.

De manera que en esta área se enfrentan dos concepciones distintas acerca del patrimonio. Una, que lo entiende como un todo ideal, una abstracción, como atributo de la personalidad, único e indivisible; mientras que la otra lo considera divisible, pueden darse desde una multiplicidad de patrimonios hasta aquellos denominados patrimonios de afectación que carecen de titular.

[8] Respecto de los antecedentes españoles, el Fuero Real en el siglo XIII le reconoció a los extranjeros la *testamenti factio* activa. Asimismo, en la Partida 3, Título XIV, Ley XV, las sucesiones fueron asimiladas a los bienes y sometidas a la ley del lugar de situación de los bienes.

[9] Cita tomada de NIBOYET, Jean P., ob. cit., p. 230.

[10] BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ: *Lecciones de Derecho Internacional Privado* cit.

e) Sistemas básicos. Unidad y pluralidad sucesoria. El criterio mixto.

Desde hace mucho tiempo se ha controvertido vehementemente acerca de la naturaleza del denominado estatuto sucesorio, dando lugar a la aparición de criterios regulatorios distintos, según se le asigne un carácter personal o bien un carácter real; dicho de otro modo, según se escoja la aplicación de la llamada teoría de la unidad o de la personalidad, o bien la denominada teoría de la pluralidad o del fraccionamiento. En síntesis, se abren así los dos sistemas básicos:

1) El sistema de la continuación de la persona del causante por sus herederos concibe a la sucesión como la transmisión de una universalidad jurídica sometida a una ley única, y

2) el sistema de la sucesión en los bienes implica la formación de masas hereditarias distintas según sean distintos los lugares donde se encuentren radicados, con suficiente virtualidad para provocar la aplicación de un abanico legislativo, de una multiplicidad de leyes [11].

En rigor, anticipamos que el tenor de los argumentos vertidos en apoyo de ambas tesis ha construido estructuras que poseen pareja solidez y poder persuasivo. Veamos los fundamentos de cada sistema.

1) Sistema de la unidad. Fundamentos.

Durante el siglo XIX, quizá la más autorizada de las doctrinas argumentaba en favor del *criterio de la unidad*, diciendo:

a) Que el derecho de sucesión consiste en la transmisión del derecho del difunto a otras personas, lo cual constituye una extensión del poder y de la voluntad del hombre más allá del término de la vida, y esta voluntad continúa obrando unas veces expresa (sucesión testamentaria) y otras, tácitamente (sucesión *ab intestato*);

b) que el patrimonio como unidad es un objeto ideal de un contenido indeterminado, en el que la menor parte de los bienes merece ser tomada en cuenta tanto como la mayor. Si abandonamos este criterio, sólo nos resta colocar la sucesión en todas las partes donde se encuentre cada uno de los bienes que la componen. Pero cuando estos bienes se hallen diseminados en diferentes lugares, tendríamos que admitir varias sucesiones independientes unas de otras que pudieran estar sometidas a leyes diferentes, sin contar con que dicho medio sería aplicable solamente a una parte de la sucesión, los derechos reales, y nada decide respecto de la otra parte, las obliga-

[11] Conviene recordar las enseñanzas del maestro Carlos M. VICO, en *Derecho Internacional Privado* cit., t. II, p. 12, 1967, cuando destaca que "la unidad de la ley no excluye la diversidad de juicios. Sin embargo, es lo más común que la ley y la jurisdicción marchen juntas, y en armonía, de tal modo que los sistemas que adoptan la unidad de la ley consagran también la universalidad del juicio".

ciones. Se ve, pues, que este sistema no descansa en nada verdadero ni real, sino en una simple apariencia;

c) que la sucesión *ab intestato* reside en la voluntad presunta, es decir, tácita, del difunto, no porque respecto de esta persona determinada y de sus relaciones individuales pueda considerarse esta voluntad como un hecho cierto, sino porque cada derecho positivo adopta la presunción general que le parece más apropiada a las relaciones de familia. Se concibe muy bien que esta presunción varíe según las diversas legislaciones, pero no se concebiría que en un caso dado se presumieran en el difunto diferentes voluntades para las diversas partes de sus bienes, por ejemplo, que haya querido tener respecto de su casa otro heredero que respecto de su finca rústica o de su dinero en efectivo, cuando no haya hecho aclaración expresa de ello por testamento;

d) que en cuanto a los acreedores, poco les importa la persona del heredero con tal de que sean satisfechos; pero no se los puede satisfacer antes de haber determinado judicialmente el valor de cada inmueble y su relación con el conjunto de los bienes. Además, las deudas tendrían que ser soportadas por personas diferentes y los adversarios pretenden que estas dificultades no deben detenerlos. El patrimonio, entendido como unidad, es la prenda común de los acreedores, y resulta de toda conveniencia para ellos su adopción, ya que en caso contrario sólo podrían recurrir a satisfacer sus créditos localizados en un país sobre los bienes situados en ese mismo lugar, lo cual les provocaría evidentes perjuicios;

e) que de lo que se trata es de saber la ley que debe aplicarse, no sobre tal o cual inmueble individualmente determinado, sino sobre el patrimonio entero, sobre la universalidad de los bienes del difunto, universalidad que constituye un todo puramente ideal que no tiene situación y que no se concibe, sino por un vínculo jurídico e intelectual entre el conjunto de los bienes y de la persona, al cual no podría asignársele como lugar de la situación aquel en que está situada la mayor parte de los bienes, puesto que la menor merece tanta consideración como la mayor [12];

f) que favorece desde la disminución hasta la eliminación de gastos procesales, evitándose las complicaciones, las dilaciones innecesarias; que acelera la efectividad del desarrollo del proceso en el ámbito internacional.

2) Sistema de la pluralidad sucesoria.

El *criterio de la pluralidad*, a su turno, ha sido defendido con similar vehemencia por la doctrina más caracterizada, tanto extranjera como argentina, con los siguientes fundamentos:

[12] SAVIGNY, Federico C.: *Sistema de Derecho Romano actual*, t. VI, p. 288, párrafo CCCLXXV.

a) Que desde que la soberanía es una e indivisible, desde que es todo o nada, es necesario admitir que ella se extiende a todos los bienes de que la sucesión se compone, cualquiera que sea su naturaleza e importancia. Toda ley de sucesión es una ley que interesa al orden público. El Derecho Privado en materia de sucesión se adecua siempre a las exigencias del sistema de gobierno existente. Según que el gobierno fuera autoritario o democrático, la idea del monopolio o de la igualdad domina en las leyes sucesorias. Todas aparecen, en un grado más o menos remarcable, como los instrumentos de que el legislador se sirve para hacer predominar tal o cual principio de organización social o política. Hay, por consiguiente, un positivo interés público en que la ley propia rija toda sucesión acerca de los bienes situados dentro de cada país. El poder de la ley local debe ser el mismo sobre todos los muebles e inmuebles existentes dentro del territorio sujeto a su imperio;

b) que el heredero no es un simple continuador de la persona del causante, sino su verdadero sucesor, mediante un título traslativo de dominio, del mismo modo que cualquier otro causahabiente a título singular, como en la compra, la permuta o la donación entre vivos;

c) que el derecho del fisco a las sucesiones vacantes dentro del país, basado sobre el dominio eminente del Estado y declarado por la legislación universal, es un fundamento en favor de la territorialidad de la ley de las sucesiones; pues ese derecho importaría un verdadero despojo del fisco del país del fallecido, si la herencia hubiera de ser discernida con arreglo a la ley personal del causante [13];

d) que no es exacto que las sucesiones dependan de la voluntad del hombre. No domina en el régimen de las sucesiones dicha voluntad, como domina en el régimen de los contratos. Ella no hace la ley y, por el contrario, se amolda a los principios establecidos por la ley, teniendo en vista razones de alto interés social. Si bien las afecciones naturales y presuntas del hombre son tenidas en consideración, esas afecciones no son ni pueden ser sino secundarias. En los Estados que se forman por inmigración, como los americanos, hay un gran peligro en el carácter personal que se pretende dar a las sucesiones. En tal caso las leyes extranjeras vendrían a disponer de los bienes alterando quizás en gran parte el régimen económico impuesto por la especialidad del suelo y por la organización política dominante. A mayor abundamiento, se agrega en apoyo de esta línea de pensamiento que el sistema de la distinción entre bienes muebles e inmuebles es la opinión dominante en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia, pudiendo decirse también que todos los tratados celebrados espe-

[13] QUINTANA, Manuel, discurso del delegado argentino, miembro informante en 1889 ante el Congreso de Montevideo. Puede consultarse el discurso completo en las Actas del Congreso.

cialmente para estos objetos la han incorporado entre sus cláusulas [14]. Se está en presencia de cuestiones que por su especial naturaleza se hallan dominadas por el orden público;

e) que favorece la inmutabilidad del régimen internacional de los bienes, que continuarán rigiéndose durante la transmisión por actos *mortis causa*, por la misma ley a la que se encontraban sujetos por actos *inter vivos*.

Para concluir diremos que, según nuestra opinión, en la actualidad algunos de los argumentos esgrimidos, otrora válidos, no pueden ser sostenidos por resultar anacrónicos o endebles jurídicamente considerados. Así:

a) El argumento que parte de la idea de que la soberanía es única e indivisible, de que ella se encuentra afectada por la aplicación de la ley extranjera, no resiste el menor análisis a tenor de la confrontación de la tesis contraria en la realidad. Basta para demostrarlo lo que ocurre en el área del Derecho Internacional Privado de la Integración, donde uno de los modelos de espacios integrados más exitoso precisamente funda su estructura jurídica en la llamada supranacionalidad: cesión de soberanía, delegación de competencias, transferencia de jurisdicciones estaduales;

b) el argumento fiscal tampoco parece poder sostenerse, ya que nada impide a los Estados percibir al tiempo de la inscripción los tributos sucesorios respecto de los bienes situados en su territorio;

c) el argumento del orden público tampoco nos convence ya que parece confundir, y ello no resulta viable en la actualidad, leyes de orden público con leyes territoriales. Como hemos visto oportunamente, la doctrina se ha esmerado por diferenciar ambas categorías de leyes [15].

Una mirada atenta permite constatar que, si bien el sistema de la unidad resulta estructurado jurídicamente en forma más satisfactoria, no es un tema menor reparar en que su efectividad puede verse disminuida al enfrentarse en su aplicación con los ordenamientos jurídicos que someten la sucesión a la ley territorial. Precisamente es esta una delicada cuestión que sigue preocupando tanto a la doctrina argentina como extranjera, por consti-

[14] ALCORTA, A., ob. cit., t. II, p. 401. El Código Civil italiano de 1865, en el art. 8, ya estableció que "la ley personal del causante regla la sucesión cualquiera sea la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren", norma reiterada en el art. 16 del Código Civil italiano en 1942 y en la Ley de Derecho Internacional Privado de 1995 por el legislador italiano. La afirmación del texto se contrapone abiertamente con la tendencia legislativa actual a nivel de los sistemas de Derecho Internacional Privado de fuente interna comparados como de fuente convencional.

[15] BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ: *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General* cit.

tuirse en un elemento perturbador de la deseable armonía internacional de las decisiones [16].

3) Sistema mixto.

Este sistema propicia la aplicación en materia sucesoria de la ley personal, sea la del último domicilio o la de la nacionalidad del causante, para los bienes muebles, y la ley del lugar de situación para los bienes inmuebles.

Resulta casi de toda obviedad señalar que el denominado criterio mixto surge de la combinación de las soluciones de los sistemas extremos.

Los fundamentos esgrimidos por los defensores de este criterio merecen ser tomados en consideración, ya que han encontrado adherentes en la jurisprudencia argentina. Sin embargo, sin ignorar que esta tendencia ha sido seguida por algunas realizaciones extranjeras, desde ya anticipamos a nuestro lector que nos encontramos singularmente en desacuerdo con esta línea de pensamiento, permitiéndonos afirmar que en la delicada materia sucesoria resultan apropiados los denominados sistemas puros.

2. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino.

a) El sistema de Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna.

1) La legislación argentina. Código Civil.

Las normas de Derecho Internacional Privado indirectas que contemplan la cuestión del derecho aplicable en materia sucesoria, tanto la sucesión legítima como la sucesión testamentaria, son:

[16] La doctrina argentina mucho ha debatido esta cuestión, destacándose los trabajos de GOLDSCHMIDT, Werner: *Guerra de trincheras (unidad o pluralidad en el derecho sucesorio internacional)*, Rev. "L.L.",13/5/75; RADZYMINSKI, Alejandro: *La ley aplicable a las sucesiones en el Derecho Internacional Privado argentino*, "E.D.", t. 143, ps. 746 a 757; PARDO, Alberto Juan: *La unidad sucesoria en el Código Civil. Reafirmación de un principio*, "L.L.", t. 1982-A, sec. Doctrina; KALLER DE ORCHANSKY, Berta: *Unidad o pluralidad en materia sucesoria*, Rev. "L.L.", 7/5/75; SMITH, Juan Carlos: *Sobre la conveniencia de la pluralidad sucesoria en nuestro Derecho Internacional Privado*, "L.L.", t. 1981-C, sec. Doctrina, ps. 1066 a 1071; PERUGINI, Alicia Mariana: *La teoría de la unidad en una sucesión internacional y cuestiones aledañas*, Rev. "L.L.", 28/5/87; PARDO, Gustavo: *Un análisis de casos de sucesión internacional*, Rev. "L.L.", 9/2/87; ZUCCHERINO, Ricardo M.: *Derecho Internacional Privado*, Ed. Lex, p. 308, entre muchos otros.

"*Art. 3283.* — El derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros".

"*Art. 3612.* — El contenido del testamento, su validez o invalidez legal se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte".

"*Art. 3470.* — En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fueren excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales".

"*Art. 3598.* — El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciere, se tendrán por no escritas".

"*Art. 10.* — Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad para adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República".

Hasta aquí los textos de las normas.

Cabe observar que, tal como surge de la simple lectura de los textos transcriptos, el codificador ha tenido fundamentalmente en los dos primeros, como fuente de inspiración, la doctrina savigniana, que expresamente cita en las notas pertinentes.

En la extensa nota explicativa al artículo 3283, en primer lugar el doctor Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD cita como única fuente a SAVIGNY, *Derecho Romano,* t. VIII, parágrafos 375 y 376 [17].

En la primera parte la nota hace referencia al patrimonio considerado como unidad, un objeto ideal de contenido indeterminado, al cual no se le podría asignar el lugar de situación de los bienes que lo componen. El asiento jurídico del patrimonio se encuentra en el domicilio del causante, ya que si abandonamos el domicilio no nos queda sino colocar el derecho a la sucesión donde se encuentra cada uno de los bienes que lo componen. Pero cuando esos bienes están diseminados en lugares diferentes tendríamos que admitir muchas sucesiones independientes las unas de las otras. En el segundo párrafo de la nota, refiriéndose a las sucesiones *ab intestato*, dice que estas reposan sobre

[17] Según afirma KALLER DE ORCHANSKY, Berta, en *Unidad o pluralidad en materia sucesoria,* ello se ha debido a que "...el Proyecto de Freitas no alcanzó a tratar la parte de sucesiones, y Story no aparece mencionado en las notas que ilustran la reglamentación sucesoria..." (Rev. "L.L.", 7/5/75).

la voluntad presunta del difunto, no porque esa voluntad pueda considerarse como un hecho cierto respecto de una persona determinada, sino porque cada ley positiva, cada código, adopta la presunción general que le parece más apropiada a la naturaleza de las relaciones de familia. No se concibe fácilmente que en un caso dado se presuma que el difunto ha podido tener voluntad diferente para las diversas partes de sus bienes, y que haya querido otro heredero para su casa que para sus dominios rurales o para su dinero, cuando no ha hecho una declaración expresa por testamento. Cuando dicen los códigos que la sucesión se abre en el domicilio del difunto, importa decir que la jurisdicción sobre la sucesión está en el último domicilio del difunto y que la rigen las leyes locales de ese domicilio.

Sin embargo, el codificador agrega en la primera parte de la nota al artículo 3283: "...Puede llamarse una excepción a este principio general, lo que está dispuesto respecto a la transmisión de los bienes raíces que forman parte del territorio del Estado, y cuyo título debe siempre ser transferido en conformidad a las leyes de la República, artículo 10 de este Código".

La otra nota que no debe perderse de vista es la del segundo artículo transcripto, el 3612, cuando luego de citar a SAVIGNY (*Derecho Romano*, t. VIII, parágrafos 377 y 393), establece: "Supóngase que un testador dispusiera gravando la legítima de sus hijos, o disponiendo de sus bienes sin consideración a las legítimas que debe reservar, tal disposición sería nula si no fuese conforme a la ley de su domicilio al tiempo de su muerte, aunque la legítima hubiese sido diferente al hacer el testamento...".

A su turno, la nota al art. 3598 antes transcripto dice: "Cuando en los cinco artículos anteriores hablamos de las porciones legítimas, nos referimos a los bienes que existen en la República. Supóngase que una persona muere en Buenos Aires, dejando cien mil pesos aquí y cien mil pesos en Francia. Los bienes que están en la República se regirán por nuestras leyes, y los que estén en Francia por las de aquel país. Habrá, pues, tantas sucesiones cuantos sean los países en que hubiesen quedado bienes del difunto. Así la máxima común es: *quod sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur*. Véase DEMOLOMBE, tomo 1, número 93".

En la nota al artículo 3470 VÉLEZ SARSFIELD cita como fuente a "...la ley de Francia del 14 de julio de 1819", agregando que "sobre las razones y conceptos del artículo, véase AUBRY Y RAU, párrafo 592".

Las aparentes contradicciones entre las propias normas transcriptas y las notas pertinentes desataron una ardua polémica tanto dentro de la doctrina como de la jurisprudencia argentinas, entre partidarios del sistema de la unidad y del sistema de la pluralidad.

Aunque en forma breve, con el objetivo de comprender el sistema de Derecho Internacional Privado de fuente interna, nos detendremos en el examen crítico.

Finalmente, en un equilibrio reflexivo, compartiremos con nuestro lector la opinión que sobre el particular tenemos formada.

2) La doctrina nacional. "De lege lata" [18].

Los partidarios del *sistema de la pluralidad* se basan:

a) En la nota al artículo 3283 cuando hace mención al artículo 10 como excepción al principio de sujeción a la ley del domicilio establecido en el texto;

b) en el texto del artículo 10, cuando emplea el término "exclusivamente", y en la mención "a los modos de transferir", que los somete a la *lex rei sitae*, a la ley del lugar de su radicación;

c) en la nota del artículo 3598;

d) en el texto del artículo 3470 del Código Civil.

Los defensores del *sistema de la unidad* se fundan en el texto del artículo 3283 y en el concordante artículo 3612, en materia sucesoria *ab intestato* y testamentaria, respectivamente, y en la adopción por parte del codificador de la doctrina savigniana. Asimismo, realizan las siguientes observaciones:

a) El artículo 10 se refiere a los bienes considerados *ut singuli* y no a los bienes considerados *ut universitas*. Ello surge del texto de dicho precepto cuando comienza diciendo "los bienes situados en la República", es decir, determinando los bienes y no considerándolos como formando parte de un patrimonio;

[18] Entre los partidarios de la pluralidad destacamos, entre otros, a: ALCORTA, Amancio: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1887, 1ª ed.; SMITH, Juan Carlos, ob. cit.; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: *El anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina*, Universidad Nacional de Tucumán, 1968, art. 18, p. 53; BORDA-PELTZER: *Tratado de Derecho Civil argentino*, Sucesiones, t. I, ps. 43 y ss., Ed. Abeledo-Perrot, 1958; ALCORTA, Carlos A.: *Curso de Derecho Internacional Privado*, 1927, t. II, p. 387. Entre los defensores de la unidad se destacan, entre otros: RÉBORA, Juan C.: *Derecho de las Sucesiones*, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., t. II, 1952, p. 525; VICO, Carlos M.: *Curso de Derecho Internacional Privado* cit., t. II, p. 162, Biblioteca Jurídica Argentina; LAZCANO, Carlos A.: *Derecho Internacional Privado*, Ed. Platense, 1965, p. 346; ROMERO DEL PRADO, Víctor: *Derecho Internacional Privado*, t. II, 1961, Ed. Assandri, Córdoba; GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado* cit., p. 374; MOLINA, Víctor: *El Derecho Internacional Privado y el Código Civil argentino*, 1882; ZEBALLOS, Estanislao, ob. cit., t. I, p. 345; DE GÁSPERI, Luis: *Tratado de Derecho hereditario*, t. I, p. 93; KALLER DE ORCHANSKY, Berta: *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado* cit., p. 794; FERMÉ, Eduardo L.: *Régimen sucesorio en el Derecho Internacional Privado argentino*, "J.A.", t. 1967-III, sec. Doctrina; BOGGIANO, Antonio: *Calificación de la herencia en el Derecho Internacional Privado argentino*, "J.A.", 12-1971-953.

b) la sucesión no es un modo de transferir sino una causa. En el derecho argentino, los modos de transferir son la tradición y la inscripción;

c) el artículo 3470 contiene un principio conocido en el área del Derecho Internacional como es la retorsión, y su antecedente legislativo se encuentra en la ley francesa del 14 de julio de 1819, sancionada para aplicarlo con relación al derecho inglés. Quiere decir que el precepto no sienta el principio de la pluralidad, sino una excepción para el supuesto en que la ley extranjera discrimine, excluyendo a los argentinos de la herencia, por ser de esa nacionalidad o, siendo extranjeros, por encontrarse domiciliados en la República Argentina;

d) la nota al artículo 3598 referido a las legítimas no debe ser interpretada como un principio general aceptado por el derecho argentino sino como la resultante del régimen plural adoptado por Francia. Se agrega en tal sentido que las legítimas afectan al orden público interno pero no al orden público internacional, siempre que la ley extranjera admita la institución y la diferencia lo sea en la proporción, no en la existencia. Solamente se encontraría afectado el orden público internacional argentino cuando la ley extranjera aplicable no admitiera o desconociera la institución de la legítima.

Si bien es cierto que desde que comenzó a instalarse en la doctrina argentina el debate en torno de las interpretaciones de las disposiciones y las notas complementarias, el interés parece mantenerlo encendido, no lo es menos que desde hace algún tiempo no se vislumbran argumentos que no hayan sido exhaustivamente examinados en el pasado inmediato [19]. Sin embargo, no deseamos abandonar nuestro itinerario, que culminará con nuestro aporte para la construcción jurídica del sistema argentino.

3) "De lege ferenda".

En distintos encuentros académicos celebrados en la Argentina desde 1969, la doctrina argentina se pronunció de manera permanente por la adopción del sistema de la unidad de ley aplicable en materia sucesoria.

No podemos dejar de mencionar que durante las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1981, celebradas en la ciudad de La Plata, Argentina, a pesar de haberse presentado ponencias a favor de la unidad y de la pluralidad, la votación en el plenario arrojó como resultado que no fuera aprobado ninguno de los despachos habidos.

Esta circunstancia, además de ciertamente curiosa, resulta un fuerte indicio y marca una tendencia hacia la permanencia de una discusión bizantina en torno de una temática, que tiene la virtualidad

[19] GOLDSCHMIDT, Werner: *Unidad del régimen internacional*, "E.D.", t. 19, p. 108.

de afectar la sensibilidad de quienes no han encontrado la manera de recomponer sus diferencias.

b) El sistema de Derecho Internacional Privado argentino convencional.

1) Tratado de Montevideo de 1889.

"*Art. 44.* — La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento. Esto no obstante, el testamento otorgado por acto público en cualquiera de los Estados contratantes, será admitido en todos los demás".

"*Art. 45.* — La misma ley de la situación rige:

"*a*) La capacidad de la persona para testar;

"*b*) la del heredero o legatario para suceder;

"*c*) la validez y efectos del testamento;

"*d*) los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite;

"*e*) la existencia y proporción de las legítimas;

"*f*) en suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria".

"*Art. 46.* — Las deudas que deben ser satisfechas en alguno de los Estados contratantes, gozarán de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte del causante".

"*Art. 47.* — Si dichos bienes no alcanzaren para la cancelación de las deudas mencionadas, los acreedores cobrarán sus saldos proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del preferente derecho de los acreedores locales".

"*Art. 48.* — Cuando las deudas deban ser canceladas en algún lugar en el que el causante no haya dejado bienes, los acreedores exigirán su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, con la misma salvedad establecida en el artículo precedente".

"*Art. 49.* — Los legados de bienes determinados por su género y que no tuvieren lugar designado para su pago, se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte, se harán efectivos sobre los bienes que deje en dicho domicilio, y en defecto de ellos o por su saldo, se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes del causante".

"*Art. 50.* — Las obligaciones de colacionar se rigen por la ley de la sucesión en que ella sea exigida. Si la colación consiste en algún bien raíz o mueble, se limitará a la sucesión de que ese bien dependa. Cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a que concurra el heredero que deba la colación proporcionalmente a su haber en cada una de ellas".

2) Tratado de Montevideo de 1940.

Este instrumento jurídico internacional mantiene el sistema de la pluralidad, si bien introduce dos importantes modificaciones que atenúan su rigorismo. Así:

a) En el segundo párrafo del artículo 44 se sustituyen los vocablos "el testamento otorgado por acto público", por los términos "el testamento abierto o cerrado otorgado por acto solemne, en cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás";

b) se suprimió el inciso *a* del art. 45, de modo que la capacidad de la persona para testar que se encontraba sujeta a la ley del lugar de situación de los bienes queda sometida al principio general establecido en los tratados en materia de capacidad, es decir, a la ley del domicilio.

c) Jurisprudencia argentina.

Resulta complejo descubrir, ante la cantidad de los precedentes, el hilo conductor en materia de ley aplicable a las sucesiones en la jurisprudencia argentina. Por cierto que se trata de una circunstancia que no puede apartarnos de nuestra meta.

Sin embargo, para no cansar al lector nos contentamos con comentar los lineamientos fundamentales de los casos que consideramos más significativos a favor de uno u otro sistema.

1) Sistema de la pluralidad.

El caso BIANCARDI DE BIASUTTI [20].

El señor Juan Biancardi, italiano y domiciliado en Italia, casado con Juana Roncagliolo, con quien tuvo seis hijos, murió en 1939 dejando dos bienes inmuebles en la Argentina, que había adquirido mientras era soltero. En el testamento otorgado por acto público en Italia incorporó una cláusula que decía: "Dejo la cuarta parte de cuanto dejare a la época de mi muerte, a mi querida esposa Juana Roncagliolo a condición que la misma siga manteniéndose viuda". Asimismo, nombró herederos a sus hijos por partes iguales del remanente existente.

La señora Ana Biancardi de Biasutti, hija del causante, deduce acción de nulidad del testamento, en virtud de que las cláusulas afectan la legítima de los hijos. Se funda en los artículos 3593, 3608, 3609 y 531 del Código Civil argentino. Los cinco hijos restantes sostienen la validez del testamento al que consideran aplicable en virtud de la remisión del art. 3612 del Código Civil.

[20] "L.L.", t. 25, p. 116.

La Cámara Civil 1ª de la Capital Federal, con fecha 1 de octubre de 1941, sostuvo: "Es nula la cláusula del testamento otorgado en el extranjero por el causante, cuyo acervo hereditario lo forman dos bienes inmuebles existentes en nuestro país, en cuanto dispone de una cuarta parte de la herencia en favor de la cónyuge supérstite, que concurre con seis hijos del matrimonio, pues viola los artículos 3570 y 3593 del Código Civil, aun cuando se encuentre redactada conforme a la ley del lugar del otorgamiento. Otro tanto puede decirse en cuanto se impone por dicha cláusula, a la beneficiaria, la condición de permanecer viuda".

El caso WALTER DE HAHN [21].

La Cámara Nacional en lo Civil, *en pleno*, el 27 de agosto de 1914, sostuvo: "La declaratoria de herederos dictada en país extranjero era suficiente cuando los bienes dejados por el causante consistían en dinero y acciones al portador, que por su naturaleza consumible o fungible están regidas por la segunda parte del art. 11 del Código Civil".

El caso CAMBÓ [22].

"Los valores y acciones emitidas por sociedades extranjeras radicadas físicamente en el exterior y que se conservan sin intención de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados (art. 11, Código Civil), aunque la sociedad que respecto a ellos se desempeña como fiduciaria y mandataria tenga su domicilio en el país.

"Si las acciones emitidas por una sociedad se encuentran depositadas en bancos del exterior, es allí donde se encuentra el lugar de radicación, donde quedó concluido el contrato de depósito y donde deben ejecutarse las obligaciones emergentes del mismo, en cuyo caso los efectos del contrato no son regidos por la ley argentina.

"Cuando el causante deja bienes con asiento permanente, éstos se transmiten de acuerdo a la *lex rei sitae* y es competente el juez del lugar de su situación".

El caso PEER [23].

"Para la determinación de si un testamento contiene o no institución hereditaria, debe aplicarse la ley argentina si se trata de cuotas sociales que el causante tenía en una sociedad de responsabilidad limitada y de fondos existentes en su cuenta particular (art. 11, primera parte, Código Civil)".

[21] "J.A.", t. 5, p. 29.
[22] "L.L.", t. 90, p. 446.
[23] Cámara Nacional en lo Civil, Sala B, 14/11/63.

El caso TARTARONE [24].

La Cámara Civil 2ª de la Capital Federal, en sentencia del 25 de junio de 1943, sostuvo: "La cláusula del testamento otorgado en el extranjero conforme a la ley del lugar del domicilio del causante y de sus herederos, que sólo deja a la esposa parte del usufructo, no es nula; sólo corresponde considerarla ampliada *ministerio legis* hasta la mitad del derecho de dominio de los bienes inmuebles existentes en el país, dejando así cumplimentada su legítima de acuerdo con lo que establece la ley argentina para el caso".

El caso ANDERSEN, PABLO [25].

El señor Pablo Einar Klausen Andersen y la señora Lilian Molgaard de Andersen mueren con último domicilio en Dinamarca, país donde también los herederos del causante se encuentran domiciliados. El apoderado de las hijas de los padres premuertos se presenta ante los tribunales de Mar del Plata solicitando que se declare la apertura del juicio sucesorio pertinente.

Como el causante deja bienes en la República Argentina, los herederos inician la sucesión en nuestro país e invocan la aplicación de la ley danesa. Si bien tanto el juez de primera instancia como la Cámara se declaran incompetentes, la sentencia es revocada ya que encuentra al juez argentino competente en el orden internacional así como aplicable la ley argentina.

La Suprema Corte de Buenos Aires, el 10 de septiembre de 1974, sostuvo:

1) "En materia sucesoria el art. 10 del Código Civil y la consecuente aplicación de la *lex rei sitae* deben tener primacía sobre el principio general del art. 3283 del mismo Código.

2) En lo atinente al régimen sucesorio, una «construcción jurídica» verdaderamente nacional debe, al menos, procurar un estricto contralor inmobiliario, mediante la integral aplicación de las leyes del país.

3) Si en un caso no pueden aplicarse simultáneamente dos normas por ser contradictorias entre sí, la armonía se encuentra dando la preeminencia a aquella que proteja el mayor valor social comprometido, en ese caso.

4) El artículo 10 del Código Civil se refiere muy concretamente a transferencias o transmisiones de bienes inmuebles situados en la República, y la partición y la hijuela no son transmisiones, sino proce-

[24] "L.L.", t. 31, p. 142.

[25] Fallo publicado en Rev. "L.L.", 7/5/75, con comentario de Berta KALLER DE ORCHANSKY. Puede verse también BOGGIANO, Antonio, ob. cit., p. 452, bajo el título "Más allá de la unidad o pluralidad mediante el reenvío".

dimientos y formas establecidas por la ley para incorporar determinadamente lo que al heredero pertenece por sucesión".

2) Sistema de la unidad.

El caso LOJO FABEIRO DE LARIÑO [26].

El fallo dictado por la Cámara 1ª de Bahía Blanca, del 1 de junio de 1938, estableció "que el artículo 10 del Código Civil se refiere a la transmisión *ut singuli* de los bienes inmuebles y el patrimonio constituye una universalidad de conformidad al artículo 2312 y su transmisión no puede ser regulada por el régimen reservado a los bienes *ut singuli...*".

El caso YARZA VIDAOR [27].

La Cámara 1ª de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, sostuvo: "Si el causante tenía su domicilio en España, donde testó y falleció, su sucesión se rige por la ley española, aun respecto de los bienes que tenía en la Argentina. Las disposiciones testamentarias que infringen la garantía de la legítima y el orden de la organización del régimen patrimonial matrimonial que establece nuestra ley, no afectan el orden público nacional".

El caso LEMOS [28].

El señor Daniel Bautista Lemos otorgó testamento por acto público en España. En las cláusulas testamentarias dispuso que los bienes situados en Italia pasasen a los Hermanos de San Juan de Dios de Vigo y que todos los bienes ubicados en territorio argentino, sin excepción alguna, pasasen al Patronato de la Infancia de dicha nación en Bahía Blanca. Asimismo, nombró dos albaceas, uno para ejecutar su testamento en la Argentina y otro en España. Al albacea español le legó, además, la cuarta parte de los bienes situados en la República Argentina. Fallecido el testador con último domicilio en España, se plantea el juicio sucesorio ante los tribunales sitos en Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires.

"La división que hace de sus bienes el testador, atribuyendo los que posee en la República a una persona y los que tiene en España a otras, no significa la creación de dos patrimonios distintos, sino la disposición de los bienes integrantes del único patrimonio del causante, regido por la ley de su domicilio".

[26] "L.L.", t. 4, p. 166, y t. 11, p. 810.
[27] "L.L.", t. 120, p. 101.
[28] "L.L.", t. 141, p. 445.

El caso GÓMEZ, CARLOS L. [29].

El causante, con último domicilio en los Estados Unidos, muere dejando un bien inmueble en la República Argentina.

La doctrina sentada por el fallo afirma que "en el supuesto de que el domicilio del causante haya permanecido fijado en la República, ninguna duda cabe de que el régimen aplicable, en tal caso, será el establecido por el artículo 3283, ss. y concs., del Cód. Civil. En caso contrario, si el domicilio ha sido mudado, resultará de aplicación de conformidad con las mismas reglas el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, es decir, el derecho del Estado de Florida (EE.UU.).

"Tomando las directivas del artículo 16 del Cód. Civil, y su remisión a los principios generales del derecho, son suficientes para aplicar de oficio el derecho del Estado de Florida, si el causante que tiene un bien inmueble en nuestro país vive con su familia en dicho Estado donde también nació el menor de sus hijos, dos años antes de su fallecimiento, habiéndose desempeñado habitualmente en su profesión autónoma de joyero, según constancias del acta de defunción y demás pruebas de autos.

"En esta decisión el señor juez de primera instancia a cargo del Juzgado n° 29, doctor Horacio Ferrer, resuelve:

"*a*) Declararse competente en la esfera internacional en las presentes actuaciones;

"*b*) declarar como último domicilio del causante el de 739 Evergreen Dr., Lake Park, Condado de Palm Beach, Estado de Florida, Estados Unidos de Norteamérica;

"c) aplicar, en consecuencia, la ley del Estado de Florida, Estados Unidos de Norteamérica;

"*d*) investigar de oficio dicha legislación para lo cual se librará oficio a la cancillería para que por su intermedio se hagan llegar a este juzgado el texto vigente y alcance (sentido) de la ley sucesoria aplicable en las presentes actuaciones".

La sentencia exhibe un desarrollo impecable y aleccionador, conteniendo un excelente estudio de la doctrina y de la jurisprudencia nacional y extranjera.

Aborda casi exhaustivamente cuestiones tales como las calificaciones, la cuestión previa, la aplicación del derecho extranjero, la jurisdicción internacional y la ley aplicable en materia sucesoria, advirtiéndose la formación como docente universitario en la disciplina del magistrado.

[29] "L.L.", t. 1987-A, p. 339, con comentario de Gustavo Alberto PARDO: *Un análisis de casos de sucesión internacional.*

Finalmente, y este no es un tema menor, por emanar de un juzgado nacional en lo Civil de la Capital Federal, marca un hito a favor de la tesis de la unidad en un fuero que antes le era hostil.

El caso DURALL PUJOL [30].

La Cámara Civil y Comercial de San Martín, con fecha 8 de julio de 1997, sostuvo la incompetencia de los tribunales argentinos para entender en la sucesión del causante de nacionalidad extranjera y con último domicilio en el exterior, rechazando la vinculación jurisdiccional con la República Argentina dada por la ubicación en el país del único bien inmueble.

En los considerandos, el tribunal *obiter dictum* aborda adecuadamente cuestiones tales como el orden público internacional, el sistema de la unidad de la ley aplicable en materia sucesoria, la tesis del paralelismo en materia jurisdiccional, entre otras [31].

d) Exposición del sistema general.

El sistema de Derecho Internacional Privado argentino exhibe desde el punto de vista normativo notorias diferencias según resulten aplicables, dentro de su ámbito de vigencia, los tratados internacionales o bien el Código Civil. Así:

1) Los Tratados de Montevideo, tanto de 1889 como de 1940, siguen el sistema de la pluralidad, inclinándose por la sujeción a la ley del lugar de situación de los bienes que integran el acervo sucesorio;

2) el Código Civil, por contener disposiciones y notas aclaratorias aparentemente contradictorias, ha permitido a las laboriosas doctrina y jurisprudencia argentinas sostener mediante argumentaciones consistentes indistintamente el sistema de la unidad y el de la pluralidad.

Desde nuestra mirada, las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna no padecen la oscuridad que se les atribuye. Estamos convencidos de que las disposiciones específicas contenidas en los artículos 3283 y 3612 del Código Civil resultan claramente inclinadas a la aceptación del sistema de la unidad en materia sucesoria. Tampoco caben dudas de que, dentro del Derecho Internacional Privado convencional, la República Argentina se ha decidido por la admisión del sistema de la pluralidad [32]. En este sentido, y para

[30] "L.L.", t. 1997-C, ps. 1192 a 1194.

[31] La doctrina del fallo comentado se contrapone con la sentencia dictada por la Cámara Nacional en lo Civil, Sala L, el 24 de abril de 1996, publicada en "E.D.", t. 170, p. 91, *in re* "Cristóforo, Alfredo s/sucesión *ab intestato*".

[32] Ver un desarrollo profundizado del tema en WEISS-ZEBALLOS: *Manual...* cit., t. I, p. 345; CALANDRELLI, Alcides, "Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires", t. III, ps. 275 y ss.; ROMERO DEL PRADO, Víctor: *Derecho Internacional Privado* cit., t. II, p. 408; VICO, Carlos M., ob. cit., t. II, ps. 18 y ss.; KALLER DE ORCHANSKY, Berta: *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado* cit., p. 283.

culminar, diremos que si bien es cierto que la tendencia errática de la jurisprudencia argentina puede oscurecer la visión del sistema argentino, no lo es menos que esos vaivenes no llegan a convencernos, por lo que estamos lejos de compartir la línea de pensamiento de quienes afirman que las soluciones en el Derecho Internacional Privado de fuente interna y en el convencional son idénticas. Todo lo contrario.

3. Tendencias principales en los sistemas de Derecho Internacional Privado comparados. Realizaciones en el nivel nacional y en el convencional. La Convención de La Haya de 1988.

La *Ley federal suiza de Derecho Internacional Privado* de 1987, Capítulo VI, establece:

"*Art. 90.* — La sucesión de una persona con último domicilio en Suiza se rige por la ley suiza. Un extranjero puede someter su sucesión por testamento o pacto sucesorio a la ley nacional. Esta elección queda sin efecto si al momento del fallecimiento hubiere perdido dicha nacionalidad o adquirido la nacionalidad suiza".

"*Art. 91.* — La sucesión de una persona domiciliada en el extranjero es regida por la ley que determine el Derecho Internacional Privado del lugar de su domicilio".

La *Ley de Derecho Internacional Privado italiana* de 1995, Capítulo VII, "Sucesiones", dispone:

"*Art. 46.* —

"1) La sucesión por causa de muerte se rige por la ley nacional del *de cujus* cuya herencia se trata, al momento de su deceso.

"2) El sujeto cuya herencia se trata puede someter, por declaración expresa, en forma testamentaria, toda la sucesión a la ley del Estado en el cual él reside. Esta elección queda sin efecto si, al momento del deceso, el declarante no residía más en ese Estado. En la hipótesis de sucesión de un nacional italiano, la escogencia no perjudica sobre los derechos que la ley italiana atribuye a los herederos residentes en Italia al momento del deceso de la persona de cuya herencia se trata.

.....

"4) La partición se rige por la ley aplicable a la sucesión, a menos que los coparticipantes, de común acuerdo, hayan designado la ley del lugar de la apertura de la sucesión o del lugar en que se encuentran uno o más bienes hereditarios".

"*Art. 47.* — La capacidad de disponer por testamento, de modificarlo o revocarlo se rige por la ley nacional del testador al momento del otorgamiento del testamento, de la modificación o de la revocación".

La *Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela* de 1998, en el Capítulo VII, "De las sucesiones", preceptúa:

"*Art. 34.* — Las sucesiones se rigen por el derecho del domicilio del causante".

"*Art. 35.* — Los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente no separado legalmente de bienes podrán, en todo caso, hacer efectivo sobre los bienes situados en la República el derecho a la legítima que les acuerda el derecho venezolano".

La Convención sobre Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte de La Haya del 20 de octubre de 1988, en el Capítulo 2, sobre "Ley aplicable", establece en el *art. 3*:

"1) La sucesión se regirá por la ley del Estado en el cual el causante tenía su residencia habitual en el momento de su muerte, si fuese entonces nacional de dicho Estado.

"2) La sucesión se regirá, asimismo, por la ley del Estado en el cual el causante tenía su residencia habitual al momento de su muerte, si hubiese residido en dicho Estado durante un período no menor a cinco años inmediatamente anteriores a su muerte. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, si al momento de su muerte el causante hubiera tenido vínculos más estrechos con el Estado cuya nacionalidad poseía entonces, corresponderá aplicar la ley de dicho Estado.

"3) En los demás casos, la sucesión se regirá por la ley del Estado cuya nacionalidad poseía el causante al momento de su muerte, a menos que, en ese momento, hubiese tenido vínculos más estrechos con un tercer Estado, en cuyo caso se aplicará la ley de dicho Estado".

"*Art. 4.* — Cuando la ley aplicable en virtud del artículo 3 sea la de un Estado no contratante y las normas sobre conflicto de leyes de dicho Estado establezcan, para toda o parte de la sucesión, la aplicabilidad de la ley de otro Estado no contratante que aplicaría su propia ley, será aplicable la ley de ese otro Estado".

Cabe observar que se enrolan dentro del sistema de unidad, sometiendo la materia sucesoria a la ley del domicilio, las legislaciones del Brasil (art. 10, Ley de Introducción al Código Civil de 1942); Guatemala (art. 823, Código Civil); El Salvador (art. 956, Código Civil) y Nicaragua (art. 939, Código Civil). A la ley nacional, Cuba (art. 10, Código Civil) y Perú (art. 8, Código Civil). Siguiendo el principio de la nacionalidad se encuentran las legislaciones de Albania (art. 7, Ley de Introducción al Código Civil); China (arts. 20 y 21, Ley de Derecho Internacional Privado); Grecia (art. 28, Código Civil); Japón (art. 25, Ley de Derecho Internacional Privado) y Polonia (art. 28, Ley de Derecho Internacional Privado), entre otras.

Entre las legislaciones que optan por el sistema de la pluralidad se destacan Panamá (art. 631, Código Civil); México (art. 14, Código Civil) y Uruguay (art. 2400, Código Civil).

Si fuéramos llamados a colaborar para construir la tan ansiada Ley de Derecho Internacional Privado para la República Argentina, quizá tomaríamos seriamente, si bien con las adaptaciones necesarias, las tendencias marcadas por las leyes suiza e italiana de Derecho Internacional Privado, así como por la Convención de La Haya de 1988 [33].

4. Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998/1999 [34].

El Libro Octavo del Proyecto de Código dedica el Capítulo VI a las Sucesiones en cuatro preceptos.

Nuestro itinerario será el siguiente: primero los transcribiremos, a continuación los analizaremos y finalmente los comentaremos.

"*Art. 77. Sucesión por causa de muerte.* — La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Exceptúanse los supuestos de sucesión de bienes inmuebles que se rigen por la ley de su situación".

"*Art. 78. Capacidad para testar.* — La capacidad para otorgar testamento, modificarlo o revocarlo se rige por el derecho del domicilio del testador al tiempo de la realización de tales actos".

"*Art. 79. Legítima.* — A fin de determinar la porción disponible se deberán tener en cuenta también los bienes situados en el extranjero. Los herederos legitimarios podrán hacer efectiva su legítima sobre los bienes existentes en el país".

"*Art. 80. Forma del testamento.* — El testamento será válido en cuanto a la forma, si ha sido otorgado de acuerdo al derecho:

"*a*) del lugar de su otorgamiento;

"*b*) del domicilio del testador al tiempo de testar;

"*c*) del último domicilio del causante;

"*d*) respecto de bienes inmuebles el del lugar de su situación".

"*Art. 81. Sucesión del Estado.* — Cuando la ley aplicable a la sucesión, a falta de herederos legales, atribuya la sucesión al Estado, los bienes hereditarios existentes en nuestro país corresponderán al Estado argentino".

En este Capítulo se comienza por mantener el principio de la unidad sucesoria para una determinada calidad de bienes, los denominados muebles. Las fuentes de inspiración legislativa pueden hallarse en el propio Código Civil (artículos 3283 y 3612) y en los arts. 59 del

[33] Sobre el tema puede consultarse FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *La Ley de Derecho Internacional Privado en la República Argentina: ¿Mito o realidad?* cit., ps. 12 a 21.

[34] El Proyecto de 1993 no aborda la materia sucesoria en el área del Derecho Internacional Privado.

Proyecto Goldschmidt, 9.8 del Código Civil de España y 10 de la Ley de Introducción al Código Civil del Brasil. Sin embargo, la Comisión expresa que, tomando en consideración la reiterada jurisprudencia nacional que se ha pronunciado por el sistema del fraccionamiento cuando se trata de bienes inmuebles, y a fin de evitar nuevas contradicciones entre el sistema legal y la interpretación judicial, es que se adopta el criterio mixto.

En materia de capacidad para otorgar testamento, el autor del Proyecto permanece fiel al criterio de sujetarlo a la ley del domicilio del testador al tiempo de la realización.

En cuanto a la determinación de la legítima, se opta por la solución de incluir la totalidad de los bienes del causante cualquiera sea el lugar en que ellos se encuentren.

Respecto de la validez formal del testamento en materia de derecho aplicable, resulta clara la preocupación por parte del legislador de facilitar la validez de este acto jurídico, otorgando un abanico de posibilidades abiertas, que se ha inspirado en ciertas realizaciones tanto de fuente interna como de fuente convencional. En este nivel conviene tener presente el Convenio de La Haya del 5 de diciembre de 1961, sobre Conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. Se trata de una convención que, al ser ratificada por el Estado, resulta de aplicación universal o *erga omnes*. Si bien el Convenio no define, no califica, qué se entiende por cuestiones de forma, indica expresamente su aplicación al denominado testamento mancomunado, así como las circunstancias que deben reunir los testigos para que una disposición testamentaria resulte válida, entre otras cuestiones.

Los principios rectores que impregnan este instrumento jurídico internacional son:

1) El principio del *favor testamenti*.
2) El principio del tratamiento uniforme de la sucesión.

El primero de los principios enunciados está encaminado a facilitar, a favorecer, la validez formal, abriendo un abanico de posibilidades en materia de derecho aplicable.

El segundo principio permite que el testador otorgue un testamento que será formalmente válido o inválido cualquiera sea la autoridad competente que decida sobre el mismo.

De manera que esta solución nos parece ajustada, por lo que decididamente la aprobamos.

Finalmente, el último precepto dedicado a la materia sucesoria aporta una solución a un problema particular, la llamada sucesión del Estado.

Por cierto que en este tema, como en casi todos, pueden plantearse distintas concepciones que pueden originar los célebres conflictos de calificaciones. El planteo se reduce a saber con arreglo a qué ley habrá

de desprenderse la definición, la calificación, acerca del título que ostenta el Estado para apropiarse de los bienes relictos cuando no existen parientes designados por la ley para suceder al causante. Según una línea de pensamiento, el Estado sucede a título universal y como auténtico heredero; otra corriente considera que se apropia no a título de heredero sino en virtud de la soberanía que ejerce sobre el territorio.

La solución adoptada en el artículo 81 parece hallarse en consonancia con el criterio mixto adoptado en el primer precepto comentado. De modo que, cualquiera sea la ley aplicable, en ausencia de herederos con respecto a los bienes situados en nuestro país, le corresponderán al Estado argentino.

Para seguir reflexionando sobre tan delicada cuestión, pensando en una eventual reforma del Derecho Internacional Privado de fuente interna, diremos que el sistema de la unidad y universalidad sucesoria se adapta como un traje a medida a la especial naturaleza y esencia de la relación jurídica internacional. Sin embargo, no podemos desconocer que la eficacia del sistema de la unidad puede resultar cuestionada, debido a la adopción de los ordenamientos jurídicos extranjeros del sistema de la pluralidad sucesoria.

Asimismo, cabe preguntarse si el sistema de la unidad y universalidad sucesoria admite la aplicación del reenvío de retorno que pueda conducir al fraccionamiento y a la pluralidad sucesoria.

Desde nuestra perspectiva, optamos por permanecer fieles al sistema inicialmente señalado. Si bien no podemos desconocer las deficiencias que se le atribuyen, nos inclinamos decididamente por las soluciones que propicia el sistema de la unidad sucesoria.

Prometemos reencontrarnos con nuestro lector en el próximo Capítulo, en el que abordaremos el estudio de una temática que, ante el notable interés que su análisis despierta, justifica su cuidado tratamiento: es la referida al régimen internacional en materia de responsabilidad civil.

CAPÍTULO IX

RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1. Responsabilidad civil internacional: obligaciones "ex lege", "quasi ex contractu", "ex delicti" y "quasi ex delicti". Noción. Naturaleza de estas obligaciones en los órdenes interno e internacional.

a) Introducción.

La cuestión de la responsabilidad civil en la esfera internacional incluye su análisis en una doble perspectiva: la contractual y la extracontractual. Sin embargo, en este Capítulo nos circunscribiremos a la segunda de las nombradas, para abordar el estudio de aquellas obligaciones nacidas al margen de la autonomía de la voluntad de las personas. Por cierto que somos conscientes de que se trata de un ámbito de especial amplitud, que incluye situaciones tales como los daños ocasionados por la elaboración de productos, los acaecidos por competencia desleal, contaminación marítima por hidrocarburos, accidentes de circulación por carretera y hasta los daños provocados por un accidente nuclear, espectro tan abarcativo que solamente permite que nos hagamos cargo de los aspectos más relevantes que impregnan la materia.

Una primera aproximación a la noción de la responsabilidad extracontractual nos lleva a entenderla como la obligación de reparar un daño derivado de un hecho distinto de la inejecución o ejecución defectuosa de una obligación contractual. Nos hemos acercado a una noción entendida por lo que no es; es decir que suele ser explicada en términos negativos, situación que para comenzar puede ser de cierta utilidad, pero que precisa ser acotada para la comprensión acabada de la cuestión [1].

[1] GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., y otros: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial* cit., p. 292.

Resulta casi de toda obviedad destacar que los impactos tecnológicos nos han demostrado que tienen, además de sus aspectos positivos, la virtualidad para generar daños internacionalmente dispersos. Precisamente por ello, corresponde acudir al auxilio de la disciplina del Derecho Internacional Privado para proceder, entre otros aspectos, a la determinación de la ley aplicable en materia de responsabilidad civil internacional generada por las denominadas obligaciones nacidas sin convención, que, como es sabido, pueden provenir de una diversidad de fuentes, tales como la ley, los cuasicontratos y los delitos y cuasidelitos.

No se nos olvida que antes sostuvimos que la clásica distinción dentro de las obligaciones extracontractuales, entre las derivadas de los delitos y de los cuasidelitos, de raigambre romanista, no se adecua a la concepción actual de la responsabilidad civil. Según esta línea de pensamiento que compartimos, la obligación de reparar el daño causado no deriva tanto de la conducta intencional del autor como de la necesidad de proteger a las personas contra los riesgos que conlleva la moderna sociedad industrial. En efecto, parece inexorable afirmar que la realidad del mundo contemporáneo, aunque fascinante, es altamente riesgosa [2].

b) Métodos de codificación del Derecho Internacional Privado. Criterios en materia de ley aplicable. Calificaciones.

La cuestión de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales se ha dividido, fundamentalmente, entre quienes propician la aplicación de la *lex fori* y quienes defienden la *lex loci delicti commissi*.

El primer criterio, que propone la sujeción a la ley del tribunal interviniente, con fundamento en su carácter de orden público internacional o de normas de policía o la relación entre el delito penal con el ilícito civil, fue defendido por prestigiosos autores [3]. Cabe observar que esta solución se encuentra íntimamente ligada a la noción de sanción de los comportamientos intencionales de los agentes, circunstancia que en la actualidad se encuentra en franco retroceso como fundamento de la responsabilidad civil.

[2] ALTERINI, Atilio A.: *Impacto tecnológico y masificación social en el Derecho Privado*, "Temas de Derecho Privado", Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1988. Conviene consultar la "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", dirigida por el autor citado, año 1, nº 4, julio-agosto de 1999, Ed. La Ley, y la obra *Responsabilidad por daños en el tercer milenio (homenaje al profesor doctor Atilio A. Alterini)*, dirigida por Alberto J. BUERES y Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Ed. Abeledo-Perrot, 1997.

[3] ASSER, T. M. C.: *Éléments de Droit International Privé*, p. 40, París, Arthur Rousseau, 1884; KAHN, O.: *Delictual Liability and the Conflict of Law*, "Recueil des Cours", vol. 124, t. 1968-II, ps. 8 a 10; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN: *Derecho Internacional Privado*, t. II, La Habana, 1931, p. 314, entre otros.

El segundo criterio, el de la aplicación de la ley del lugar donde hubiera ocurrido el hecho, implica la consagración del criterio regulador tradicional y clásico en la materia. En apoyo de este criterio se han aducido diversas razones, desde que es el que mejor se compadece con el respeto de los derechos adquiridos, como, por tratarse de un reclamo de la soberanía del Estado que exige se aplique la ley a todos los hechos producidos en su territorio, hasta que es el que permite lograr la previsibilidad del resultado, preservando la seguridad jurídica. Sin embargo, no debemos olvidar que la rigidez de esta regla, que emplea como único punto de conexión para determinar la ley aplicable el lugar donde ha ocurrido el hecho dañoso, ha sido seriamente cuestionada. Recordemos que es en esta área de nuestra disciplina donde se ha centrado la más severa crítica, sobre todo de la doctrina norteamericana, a la técnica empleada por la norma de Derecho Internacional Privado indirecta o regla de conflicto.

Reprochan sus deficiencias básicamente por dos razones: por adolecer de aplicación mecánica y por su carácter abstracto. Asimismo, la crítica estuvo no solamente dirigida a la *lex loci delicti commissi* como punto de conexión clásico en la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada de las obligaciones extracontractuales, sino que, por añadidura, el ataque fue dirigido contra la propia técnica conflictual tradicional. Se llega a preconizar una metodología que propone una pesquisa de los límites del campo de aplicación de las normas materiales; éstas serán analizadas según una noción —llave del sistema—, que es la del interés del Estado (*government interest*). Ante una situación internacional cualquiera, los tribunales deben comenzar por analizar las políticas implícitas de las leyes en concurso y de las circunstancias que pueden tornar deseable la promoción de tales políticas en el caso concreto [4]. Los autores que se enrolaron en esta corriente veían poca utilidad en meditaciones doctrinales sobre derechos adquiridos, sistemas conceptualistas y reglas mecánicas. Así, uno de sus más conspicuos defensores publicó un artículo contra su maestro, sosteniendo que en lugar de aplicar rígidas reglas conflictuales a ciegas, los jueces deberían examinar el contenido de las normas materiales en competencia, tomando en cuenta consideraciones de política jurídica al determinar el alcance de estas normas [5].

[4] CURRIE, Brainerd: *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, 1963; GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *La responsabilidad por daños en el Derecho del Espacio*, Murcia, 1979. En contra de la tendencia norteamericana pueden señalarse autores como LALIVE, Pierre: *Tendances et méthodes en Droit International Privé*, "Recueil des Cours", vol. 155, 1977, ps. 185 a 222 y 360 a 370.

[5] CURRIE, Brainerd: *A Critique of the Choice of Law Problem*, "Harvard Law Review", vol. 47, p. 173, 1933, y *Selected Essays on the Conflict of Laws* cit.; GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *La responsabilidad por daños en el Derecho del Espacio*" cit. En contra de la tendencia norteamericana pueden señalarse autores como LALIVE, Pierre: *Tendances et méthodes en Droit International Privé* cit.

Ahora bien, desde nuestra mirada y sin tomar partido por el momento, la tendencia opta abiertamente por priorizar el desplazamiento desde la norma hacia el juez, consustanciándose claramente con una de las posibles maneras de concebir el derecho; en este caso, propia del *common law*.

El criterio tradicional en materia de ley aplicable de neto corte estatutario, el de la *lex loci delicti commissi*, sufrió un fuerte impacto a partir de un célebre caso registrado por la jurisprudencia norteamericana. A partir de ese momento el criterio entra en una etapa que puede calificarse como crítica, comenzando a perder su privilegiada situación como único punto de conexión en materia de obligaciones extracontractuales.

El caso BABKOK *v.* JAKSON [6].

Se trataba de la responsabilidad del conductor y propietario del vehículo, en ocasión de un accidente de tránsito, por los daños producidos al pasajero transportado gratuitamente. El matrimonio Jakson invitó a la señorita Babcok, todos domiciliados en Nueva York, a una excursión a Ontario, Canadá, donde, al estrellarse el vehículo conducido por el señor Jakson, resultó gravemente herida la ocasional invitada. Conforme al criterio tradicional, la ley aplicable era la de Ontario, por el lugar donde se verificó el daño —*the law of the place injury*—, según la cual el propietario o conductor de un vehículo, que no sea utilizado como transporte remunerado de pasajeros, no responde por los perjuicios sufridos por la persona transportada.

En esta decisión el tribunal dirimió la contienda a favor de la actora, por considerar aplicable la ley del Estado de Nueva York, que obviamente no contenía aquella disposición. Fundó la aplicación de esa ley en que ese era el lugar donde los protagonistas del caso estaban domiciliados, donde se había constituido la relación y donde había tenido principio o debía haber acabado el paseo de fin de semana a Canadá. De tal forma, era Nueva York y no Ontario el lugar de la "*conexión más significativa*", además de ser también la "*más directamente y fuertemente interesada*" en la situación planteada [7].

El Tribunal Supremo sostuvo que "la doctrina del centro de gravedad o del agrupamiento de contactos adoptada por nuestra Corte en materia de contratos nos parece igualmente apropiada para acomodar los intereses en conflicto en casos multiestatales de responsabili-

[6] Sentencia de la Court of Appeals del Estado de Nueva York del 9/5/63.

[7] Ver sobre el tema de responsabilidad civil: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Derecho Internacional Privado* cit., vol. 18, y *Régimen internacional de la responsabilidad civil: necesidad de la reforma*, en la obra dirigida por los doctores Atilio A. ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA: *La responsabilidad (homenaje al profesor doctor Isidoro Goldenberg)*, Ed. Abeledo-Perrot, ps. 903 a 909, 1995.

dad extracontractual. La justicia, la equidad y el mejor resultado práctico se logran más oportunamente dando efecto controlador al derecho del Estado que, por su relación o contacto con el acontecimiento o con las partes, tiene más interés en el punto específico en disputa".

Como destaca la doctrina norteamericana actual más autorizada, este breve párrafo combina tres metodologías distintas: *a*) el principio de proximidad; *b*) el intento unilateralista de determinar el alcance de normas materiales en base a intereses estatales, y *c*) la tentativa teleológica de llegar a resultados deseables en la resolución de problemas causados por el tráfico externo.

No podíamos dejar de mencionar, aunque brevemente, la doctrina que procura explicar que "al examinar brevemente los tres tipos de normas materiales que produjeron la mayor parte de los problemas conflictuales en Estados Unidos, destacan como una de las fuentes principales las leyes sobre el transporte benévolo «*guest statutes*» que existían en más de veinte Estados. Cabildeadas por los aseguradores, esas leyes excluyeron la indemnización por lesiones sufridas por pasajeros transportados gratuitamente a menos que lograran demostrar culpa grave de parte del automovilista. Por otra parte, la jurisprudencia de la mayoría de los Estados no permitía juicios de responsabilidad civil contra miembros de la propia familia. En tercer lugar, las leyes de algunos Estados limitaban la indemnización por la muerte a una cantidad muy baja..."; culmina diciendo que, "después del asunto Babcock, la revolución judicial prendió como reguero de pólvora, en el Tribunal Supremo de Pensilvania siguiendo el ejemplo del de Nueva York en 1964, y en la mayoría de las altas cortes estatales a fines de los años sesenta y principios de los setenta..." [8].

No podemos callar nuestra opinión en un tema tan relevante como el abordado. En efecto, observamos que en este aspecto las enseñanzas de la doctrina norteamericana parecen circular en sentido contrario al desarrollo del mundo actual, caracterizado por el aumento de las transacciones internacionales que parece no compadecerse con una perspectiva aislacionista, casi feudal.

c) Calificación de "lugar de comisión" del acto ilícito. Algunas tendencias.

La elección del criterio de lugar donde hubiera ocurrido el hecho tiene suficiente virtualidad como para entrañar dificultades en su determinación. La situación no plantea muchos inconvenientes, cuando el hecho que causa el daño y los efectos se producen en un espacio

[8] JUENGER, Friedrich K.: *Balance y perspectiva de la década en Estados Unidos*, Cuartas Jornadas de Derecho Internacional Privado, Madrid, 4 y 5 de junio de 1993, Eurolex, ps. 37 a 58.

regido por un ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando ello no sucede, la cuestión puede ser origen de algunas complicaciones.

Así, el elemento de conexión ha sido objetado, entre otras razones, por su carácter fortuito o accidental y, fundamentalmente, debido a la falta de uniformidad acerca de lo que debe entenderse por "lugar de comisión del acto ilícito".

Nos inclinamos en lo puntual por el criterio de calificación según la *lex fori* y, según surge de las normas penales pertinentes, la noción comprende ambos supuestos: el *"lugar del acto ilícito"*, como *"el lugar donde se desarrolla la conducta"*, y *"donde se producen sus efectos"*. La propuesta norteamericana, francamente nihilista, de abandono de la norma de conflicto tradicional en favor de un enfoque particular ante el caso concreto, tal como ha expuesto una importante doctrina que ha propiciado como método la búsqueda para cada categoría de obligación extracontractual, la ley más adecuada a su naturaleza —de clara raigambre savigniana— y la que mejor corresponda a los objetivos de política legislativa de la *lex fori* [9].

Dentro de esa línea se destacan en el derecho comparado, en primer lugar la Ley de Derecho Internacional Privado suiza, que en los artículos 130 a 135 prevé normas de conflicto específicas en materias tales como responsabilidad por daños derivados de productos; competencia desleal; contaminación del medio ambiente; obstáculos a la competencia; accidentes de circulación por carretera, y atentados a los derechos de la personalidad.

En el campo de las convenciones internacionales elaboradas en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, destacan los Convenios sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera del 4 de mayo de 1971 y el Convenio sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad derivada de los Productos del 2 de octubre de 1973. En ambos convenios se recurre a la técnica de *puntos de conexión múltiples* o de "agrupación de conexiones". La diferencia entre ambos es que mientras en el primero de los convenios nombrados la *lex loci delicti commissi* es el punto de conexión principal, en el segundo tiene carácter residual o subsidiario.

Finalmente cabe señalar que se ha propiciado en el nivel de fuente interna la flexibilización de la regla de conflicto tradicional mediante puntos de conexión múltiples; es otra técnica de codificación utilizada para las obligaciones extracontractuales en general. En esta línea, entre otras, se destacan las soluciones dadas por el Código Civil portugués de 1966 y por la Ley Federal austríaca de 1978. Estas legislaciones, para evitar el carácter fortuito o accidental de la *lex fori*,

[9] MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, 10ª ed., Madrid, 1987.

propician la aplicación del ordenamiento más vinculado a la situación planteada.

Otro criterio rector en la materia con fundamento suficiente se inclina por someter la responsabilidad extracontractual a la ley del domicilio común de los intervinientes en el acto ilícito. Este elemento de conexión suele conducir a la coincidencia entre la *lex causae-lex communis* con la *lex fori*, lo cual resulta altamente satisfactorio.

Finalmente, cabe observar que habrá quienes propicien la aplicación de la ley elegida por las partes, por autor y damnificado, en materia de responsabilidad extracontractual. Desde nuestra perspectiva, sin el deseo de ser exhaustivos, de todos los criterios rectores en la materia el de la autonomía de la voluntad es el que menos nos agrada. Aun cuando la elección sea permitida luego de haberse dimensionado la envergadura del daño, nos parece altamente insatisfactoria por tener la virtualidad de favorecer a la parte más fuerte de la relación prestándose a indeseables abusos de derecho.

2. Sistema de Derecho Internacional Privado de fuente interna y de fuente convencional. El Código Civil. Legislación argentina. Exposición y comentario. Tratado de Montevideo de 1889. Tratado de Montevideo de 1940. Otras convenciones internacionales. Doctrina. Jurisprudencia argentina.

a) El Código Civil argentino.

La regla general en la materia es la que surge del polémico párrafo primero del artículo 8 del Código Civil, según el cual "los actos" se rigen por la ley del *"lugar en que se han verificado"*, es decir, por la *lex loci actus*.

"Art. 8. — Los actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado; pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes a las leyes del país, que reglan la capacidad, estado y condición de las personas".

Recordemos que el autor del Proyecto de Reforma de 1926 aconsejó su derogación porque, a su entender, la redacción de la norma ha dado lugar a las más opuestas y obstinadas opiniones, destacando la anarquía completa entre los escritores que la han estudiado.

Respecto del punto de conexión empleado, es el clásico, dado que ya los estatutarios sometían los hechos y actos jurídicos que no caían dentro de las categorías del estatuto real o del personal a la ley del lugar donde ellos se habían producido.

En torno al precepto mencionado se han erigido tres corrientes doctrinales; una sostiene que la cuestión de la responsabilidad extracontractual cae bajo su órbita; otra, por el contrario, considera que la norma contempla exclusivamente los negocios jurídicos. En este último supuesto, ante la laguna que se presenta en la materia, correspondería recurrir por analogía a la aplicación de los Tratados de Montevideo. La tercera línea de pensamiento considera que no sería prudente elaborar la norma que el ordenamiento interno no contiene, prescindiendo de la consideración de las modernas críticas a la *lex loci*, de su mérito y alcances, a fin de hallar una bien ponderada regla sobre la base de tales comparaciones [10].

El vocablo "actos", sin aditamentos, nos ha llevado a compartir la posición de gran parte de la doctrina acerca de que el Código Civil, al no distinguir entre actos voluntarios lícitos e ilícitos, resulta comprensivo de ambos, por lo que se rigen, en principio, por la ley del lugar donde ellos se han verificado. Lo cierto es que, con apoyo de una importante corriente de opinión, habrá que reconocer que el artículo 8 es el que sienta la regla general.

Por nuestra parte, nos inclinamos por compartir la primera de las interpretaciones, que además nos permite acompañar a la más calificada doctrina argentina. Por cierto que ello no implica desconocer la necesidad de su modificación por la vía de la Reforma [11].

b) Los Tratados de Montevideo.

En el ámbito de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional, tanto de 1889 como de 1940, la solución surge de los artículos 38 y 43, respectivamente. Tal como se establece en tales textos, las obligaciones que nacen sin convención están regidas por el derecho del lugar en donde se produce el hecho lícito o ilícito del que proceden; completándose con el segundo de los artículos que agrega: "Y en su caso, por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden".

[10] BOGGIANO, Antonio: *Curso...* cit., p. 662.

[11] Ver los fundamentos de GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado* cit., nº 329. En contra: FERMÉ, Eduardo L.: *La responsabilidad civil por hechos ilícitos en el Derecho Internacional Privado*, IV Congreso Argentino de Derecho Internacional Privado, celebrado en Buenos Aires entre el 9 y el 11 de noviembre de 1989.

c) Jurisprudencia argentina.

El caso SASTRE *c/* BIBILONI [12].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 24 de septiembre de 1969, decidió acerca de una controversia motivada por un accidente de tránsito ocurrido en Punta del Este, República Oriental del Uruguay. En este litigio, los demandados, domiciliados en la ciudad de Buenos Aires, opusieron excepción de incompetencia de jurisdicción, con fundamento en el art. 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940. Esta disposición establece que "las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio. Podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado. Se permite la prórroga territorial de la jurisdicción si, después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales. La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta".

Cabe señalar que los demandados fundaron su defensa en la última parte de la disposición transcripta, alegando que no habían voluntariamente admitido la prórroga de la jurisdicción.

El tribunal sostuvo que la parte actora había ejercido la opción que no se encuentra subordinada a que el demandado la admita voluntariamente, pues el consentimiento solamente es necesario cuando se trata de una prórroga, o sea, cuando la acción se instaura ante jueces distintos de los internacionalmente competentes.

El caso REGER DE MASCHIO, WALLY D. Y OTRO *c/* ANNAN, GUILLERMO A. [13].

El 27 de enero de 1978, en Punta del Este, República Oriental del Uruguay, muere Sergio O. Maschio, quien, como acompañante, participaba en una prueba de regularidad o cacería del tesoro.

La madre y la hermana de la víctima promueven una demanda por indemnización de daños y perjuicios contra el conductor del vehículo menor de edad y el padre, domiciliados en la República Argentina. Las parte actora funda su acción en las normas del Código Civil referidas a la responsabilidad extracontractual en el ámbito del transporte benévolo. La demandada opone excepción de prescripción con fundamento en el art. 4037 del Código Civil argentino. Resulta de toda

[12] "Fallos", 274:455.

[13] Recomendamos la lectura del excelente comentario al fallo de PERUGINI, Alicia M.: *La responsabilidad extracontractual en un caso argentino-uruguayo*, "L.L.", t. 1986-B, ps. 387 a 403.

obviedad destacar que el litigio cae bajo el ámbito de aplicación del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940.

La sentencia del señor juez de primera instancia en lo Comercial, doctor Julio A. Noodt Lorenzen, aborda numerosas cuestiones de especial relevancia dentro de la teoría general de nuestra disciplina, tales como la relación entre las fuentes normativas, la aplicación del derecho extranjero y las calificaciones. Sin embargo, razones prácticas nos obligan a circunscribirnos, en la transcripción del fallo, a la materia de responsabilidad extracontractual.

"— ...Si bien la doctrina y la jurisprudencia han discutido sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad por transporte benévolo, en la actualidad tanto el derecho argentino como el uruguayo consideran en forma unánime que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual. Por lo que el problema de calificaciones queda superado y resulta indudable el encuadramiento del caso en el artículo 43 del Tratado de Montevideo de 1940, como supuesto de responsabilidad extracontractual, lo que conduce a la aplicación del derecho material uruguayo.

"— El conductor de un automóvil es responsable de los daños causados a una persona transportada benévolamente si se prueba su culpa en el accidente.

"— La inobservancia de las normas reguladoras del tránsito hace sufrir una presunción de culpa en perjuicio del contraventor, si la infracción fue la causa del accidente.

"— La responsabilidad del padre del menor se atribuye en razón de poseer la guarda material del rodado, requisito exigido por la jurisprudencia uruguaya para responsabilizar a una persona por el hecho de la cosa.

"— El titular pasivo de la responsabilidad por el hecho de la cosa es un guardián material, es decir, quien tiene la cosa a su cuidado o se sirve de ella, y no su propietario o guardián jurídico. En el caso de un automóvil conducido por el hijo sometido a patria potestad, se considera que la guarda material es conservada por el padre.

"— Daño es la diferencia, perjudicial para la víctima, entre su situación antes de sufrir el hecho ilícito y después de sufrir el mismo...".

A nuestro juicio, por compartir sus fundamentos, la claridad expositiva del fallo nos exime de mayores comentarios.

El caso GIULIANI, MARIO Y OTRO C/KHAFIF, ISAAC Y OTROS [14].

La sentencia, que fue dictada por la Sala L de la Cámara Nacional en lo Civil con fecha 23 de septiembre de 1996, tiene su origen en

[14] "L.L.", t. 1998-C, ps. 681 a 687.

un accidente de tránsito ocurrido el día 8 de enero de 1986 en la Rambla Costanera Lorenzo Batile Pacheco de Punta del Este, República Oriental del Uruguay. Se sostuvo que:

"— La ley 24.106 es aplicable en los juicios por responsabilidad civil originada en accidentes de tránsito que hayan sido iniciados con anterioridad a su entrada en vigencia, por aplicación de los arts. 1, 2 y 3 del Código Civil. De otro modo, si el tribunal impusiera la aplicación de otro sistema legal, ello resultaría equitativo para las partes que han optado por dirimir la contienda por ante nuestros tribunales, únicas sobre quienes pesará la decisión.

"— Las cuestiones relativas a la responsabilidad emergente de accidentes de tránsito se rigen por la parte final del párrafo segundo del art. 1113 del Código Civil, sin que la invocación de naturalización de riesgos resulte de por sí suficiente para dejar de lado los factores de atribución de la responsabilidad que rigen ese ámbito.

"— Cuando la pretensión resarcitoria pueda ocasionar una erogación que supere en demasía el desmedro producido a la víctima, los jueces deberán armonizar las disposiciones del art. 1083 del Código Civil con la normativa emergente del segundo párrafo del art. 1071 del mismo ordenamiento, ajustando su proceder al momento de tomar la decisión y a lo que su prudente arbitrio les indique como más equitativo para resolver la controversia.

"— Los hechos ilícitos ocurridos en la República Oriental del Uruguay entre dos nacionales de nuestro país se rigen por el derecho material uruguayo, por aplicación del art. 2 del Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo de 1940, y aun cuando las partes no alegaren o no probaren el derecho extranjero".

Se trata de decidir —según surge de la sentencia— sobre un hecho ilícito ocurrido en el Uruguay entre dos nacionales de nuestro país y sobre el criterio de aplicación de oficio de las normas pertinentes que ha sido mantenido y reafirmado en el "Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Aplicación del Derecho Extranjero", suscripto en Buenos Aires el 20 de noviembre de 1980 y ratificado por nuestro país por ley 22.411. En efecto, el art. 1 establece que "los jueces y autoridades de las partes cuando así lo determinen las normas de conflicto, estarán obligadas a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento pertenece"; en tanto, el art. 6, segundo párrafo, del mismo Convenio mantiene el criterio de los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo, en el sentido de que "las partes en el proceso podrán siempre alegar sobre la existencia, contenido, alcance o interpretación de la ley extranjera aplicable". En este sentido —agrega el tribunal—, "fueron requeridas del vecino país mediante exhorto las leyes de tránsito de uso en la Intendencia Municipal de Maldonado. Debe agregarse que durante el largo tiempo

transcurrido desde la ocurrencia del desafortunado hecho, fue modificada la legislación aplicable, ya que la ley 24.106 (sancionada el 1/7/92, promulgada el 28/7/92, publicada el 4/8/92 y que entró en vigor el 7/6/95), según informe del Departamento de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, por lo cual se aprobó el Convenio de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito suscripto con la República del Uruguay...".

Cabe señalar que la ley 24.106 a la que se refiere el fallo es la ley aprobatoria del Convenio de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito suscripto con la República Oriental del Uruguay, que en su artículo 2 expresa: "La responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regulará por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se produjo el accidente. Si en el accidente participaren o resultaren afectados únicamente personas domiciliadas en el otro Estado Parte, el mismo se regulará por el derecho interno de este último", aclarándose en el artículo siguiente que, "a los efectos del presente Convenio, el domicilio de las personas físicas será el de su residencia habitual".

De la circunstancia expuesta, el tribunal deduce dos consideraciones:

1) "El dictado de una ley que autoriza la aplicación del derecho argentino a las situaciones originadas en actos cometidos por personas que tienen su domicilio habitual en nuestro país y que optaron por dirimir el conflicto ante esos tribunales, aparece adecuado a la aplicación de la misma...".

2) "En el desarrollo del presente proceso se aplicó el derecho local; así la interpretación inherente a la selección del derecho debe vincularse con la aceptación de los litigantes de esa circunstancia —que no es materia de agravios en esta instancia—, y que una decisión del tribunal de imponer la aplicación de otro sistema resultaría inequitativo para las partes, únicas sobre quienes pesara la decisión y podría conllevar una solución injusta alejada del acontecer de los hechos...".

Obsérvase en esta jurisprudencia una línea de pensamiento con la que nos permitimos estar en desacuerdo.

Ello por cuanto la Cámara Nacional en lo Civil, siguiendo el voto del doctor Emilio Pascual, consideró aplicable el Tratado en vigor con la República Oriental del Uruguay aprobado con posterioridad al acaecimiento de los hechos materia del litigio, por haber sido elegida por las partes. Entendemos que si bien en un principio el tribunal parece bien encaminado, cuando afirma la aplicación del artículo 43 del Tratado de Montevideo de 1940 termina por equivocar la senda cuando toma la decisión.

En efecto, pensamos que la interpretación del tribunal se aleja del texto normativo que, además de imponer la aplicación de oficio, permite a las partes que aleguen y prueben la ley aplicable. No se

trata de elegir la ley aplicable, cuestión que está vedada a las partes en este ámbito, sino de contribuir con los tribunales acercándoles las que estimen aplicables. Pero será sobre el tribunal y no sobre las partes que recaerá esta delicada decisión.

Por ello, no estamos de acuerdo con la decisión de la Excma. Cámara por las siguientes razones:

1) Resulta aplicable el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940; específicamente, el artículo 43 del texto mencionado, que establece que el orden jurídico del cual hubo de desprender la solución al litigio es el derecho sustancial uruguayo. A mayor abundamiento, cabe observar que el Protocolo adicional al mencionado instrumento jurídico internacional impone la aplicación de oficio del derecho extranjero. De manera que el derecho argentino resulta inaplicable al caso.

2) No puede ignorarse que el Tratado de Montevideo rechaza expresamente la autonomía de la voluntad en materia de ley aplicable, de forma categórica. Por lo tanto, no pudieron las partes, por estarles vedada esa elección, seleccionar la ley aplicable, inclusive el derecho argentino.

3) Por cierto que resulta también sabido que el Tratado solamente acepta la prórroga de la jurisdicción internacional *post litem*, esto es, elegir juez después del estallido de la controversia, pero no la ley aplicable.

4) De considerarse aplicable el Convenio Argentino-Uruguayo —según surge del art. 2 transcripto—, así como el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, según la mencionada ley 22.411, el derecho argentino debió aplicarse, no por resultar seleccionado por las partes, sino por el criterio regulatorio establecido por el Tratado.

3. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino.

Como surge del examen realizado, tanto las normas de fuente interna como de fuente convencional, bilaterales como multilaterales, son coincidentes en someter el régimen internacional de la responsabilidad civil a la ley del lugar de acaecimiento del acto generador del daño.

De modo que en el ámbito convencional, precisamente el Convenio Argentino-Uruguayo precedentemente mencionado, establece que la responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regule por el derecho interno del Estado en cuyo territorio se produjo el accidente. Sin embargo, siguiendo las aguas de la jurisprudencia norteamericana, con el claro propósito de atenuar la rigidez del criterio de conexión elegido, el legislador dispone que si en el accidente participaran o

resultaran afectadas únicamente personas domiciliadas en el otro Estado Parte, el mismo se regulará por el derecho interno de este último.

Por cierto que no se le escapará a nuestro lector que estamos en presencia de soluciones en un ámbito material y espacialmente restringido.

Tal como lo vemos, la formulación legislativa, el sistema, se ha ido perfeccionando, desde el nivel del Código Civil, pasando por el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional, hasta llegar al Convenio suscripto con la República Oriental del Uruguay. No obstante, si bien esta evolución nos parece francamente auspiciosa, creemos necesario enfrentarnos en el apartado siguiente a la eventual reforma de las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna. Lo iremos haciendo de forma ordenada, introduciendo cuando lo creamos oportuno nuestras apreciaciones sobre el tema.

a) Proyecto de Reforma de 1993.

La Reforma encara la cuestión de la ley aplicable en el art. 1611. Este precepto abarca diversos supuestos:

1) Si la víctima y el presunto responsable se hallan domiciliados en un mismo Estado, la ley aplicable es la ley del domicilio.

2) Si la víctima y el presunto responsable se domicilian en distintos Estados, se aplica la ley del lugar de producción del hecho dañoso. Para este último supuesto, si puede distinguirse el lugar donde acaece el hecho generador del daño del lugar donde éste se produce, se puede aplicar el derecho del Estado donde se produce el daño si el responsable de éste podía razonablemente prever que ese resultado se produciría.

En el artículo 1612 se dispone que el derecho aplicable al hecho dañoso determina quién es responsable, la imputabilidad del agente, y los requisitos y la extensión de la responsabilidad. Asimismo, se dejan a salvo las normas imperativas del lugar donde se ha producido el hecho.

El Proyecto da un tratamiento específico a cuestiones de alta sensibilidad, como la relacionada con la contaminación ambiental. En este aspecto se dispone que resultan aplicables las reglas del art. 1611, a menos que el damnificado opte por el derecho del Estado del domicilio del responsable del daño, o por el derecho del Estado donde tiene lugar el hecho generador del daño.

Igual tratamiento merece la responsabilidad por defectos del producto, a la que se le aplican las reglas generales, salvo que la víctima opte, en primer término, por el derecho del Estado en el cual el responsable tiene su establecimiento o, en su defecto, su domicilio; o, en segundo lugar, por el derecho del Estado en el cual el producto ha

sido adquirido por la persona dañada, a menos que el responsable demuestre que el producto ha sido comercializado en ese Estado sin su consentimiento.

Finalmente, cabe señalar que el legislador dedica una norma específica a las obligaciones que nacen de los accidentes de tránsito, donde establece que se rigen por el derecho del Estado en cuyo territorio se produjo el accidente, a menos que todas las personas que participen y resulten afectadas tuvieran su domicilio en un mismo Estado, o que el vehículo o los vehículos involucrados estén registrados en un Estado diferente de aquel en el que acaece el accidente y en ese mismo Estado se encuentre el domicilio de la víctima.

La regla no es más que la formulación particular del principio general en materia de hechos dañosos que se intenta flexibilizar mediante la técnica de agrupación de conexiones.

Tal como lo afirmamos oportunamente, entendemos que algunas de las soluciones adoptadas son bien intencionadas, pero el Proyecto no termina de conformarnos en este puntual aspecto.

b) Reforma de 1998/1999.

El legislador de la Reforma de 1998/1999 dedica la Sección Tercera a la regulación de las que denomina "De otras fuentes de las obligaciones", desde el art. 111 al 125, inclusive. En este sentido, siguiendo algunas de las tendencias más recientes, se tratan los títulos valores; la gestión de negocios; el enriquecimiento sin causa; la responsabilidad por acto ilícito; la contaminación ambiental; la responsabilidad por causa de un producto; los accidentes de tránsito; la concurrencia desleal; el atentado a la personalidad, y la prescripción de los derechos personales y de los derechos reales.

En esta Sección, tal como lo anticipamos, se encaran las otras fuentes de las obligaciones, distinguiéndolas de las obligaciones contractuales, donde se atiende al lugar donde se exterioriza la única voluntad generadora de la obligación respectiva [15].

En materia de ley aplicable a la responsabilidad por acto ilícito —que incluye la imputabilidad del agente, las condiciones, la extensión de la responsabilidad y la persona del responsable—, se contemplan, según señala la Comisión Redactora, cuatro hipótesis:

1) Por acuerdo de las partes y antes de la traba de la litis, el sometimiento a la ley del foro;

2) Existiendo coincidencia en la residencia habitual del responsable y damnificado en un mismo Estado, rige el derecho de ese Estado.

[15] Ver en este sentido la nota de elevación y fundamentos del Proyecto de Derecho Internacional Privado, Libro Octavo, del 25 de agosto de 1999.

3) A falta de coincidencia se acude a la ley del lugar de comisión del acto ilícito.

4) Si el daño se produjese en otro Estado, el derecho de ese Estado será aplicable si el autor debió prever que el resultado dañoso se produciría en él.

En lo que respecta a los accidentes de tránsito, se establece como regla general la aplicación de la ley del Estado donde se produjo el accidente, tanto para regir las obligaciones emergentes del mismo como la responsabilidad por los daños sufridos en las cosas ajenas a los vehículos siniestrados. Sin embargo, esta regla tiene excepciones.

No deja de sorprendernos la preocupación demostrada por encarar con una esmerada prolijidad el amplio espectro que se abre para la regulación específica de las denominadas obligaciones nacidas sin convención.

Por nuestra parte, luego de habernos detenido en el análisis de los textos proyectados, no podemos menos que reconocer la magnitud del esfuerzo realizado por las Comisiones encargadas de elaborarlos. Esta especial circunstancia nos llama más a apoyarlas que a criticarlas. Sin embargo, como no podemos con nuestro genio, nos atrevemos a lanzar algunas propuestas de soluciones en la materia que guardan el íntimo deseo del aporte.

c) Necesidad de la Reforma. Bases legislativas [16].

Desde nuestra perspectiva, las normas específicas sobre nuestra problemática en la legislación civil vigente resultan insuficientes, lo que exige una completa y específica regulación, acorde con las más modernas tendencias analizadas.

La reforma debería tener como base algunos de estos principios:

1) La adopción como regla general para la determinación de la ley aplicable del principio del lugar de comisión del acto ilícito (*lex loci actus*). Nos inclinamos, en caso de disociación, por preferenciar el lugar donde se producen los efectos o se exteriorizan los daños, con respecto al lugar donde se ha producido el hecho generador, que, en muchísimas ocasiones, es absolutamente accidental y fortuito.

2) La conveniencia de que la norma fije, mediante una descripción más detallada, los distintos aspectos que la misma pretende regular. En efecto, debería indicar su alcance, señalando, en caso de optarse por reglas indirectas, que el o los puntos de conexión elegidos por el legislador abarcan todos los elementos de la responsabilidad civil, tales como los presupuestos de responsabilidad, las condiciones

[16] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia: *Derecho Internacional Privado*, vol. 18, y *Régimen de la responsabilidad civil internacional: necesidad de la reforma*, ya citadas.

de responsabilidad, la fijación de los rubros comprensivos de la indemnización y la prescripción, entre otros. Resulta casi de toda obviedad señalar que, si se opta por las normas directas, también estimamos que el alcance resulte claramente expresado en el texto legal. Ello, sin perjuicio de la eventual participación del orden público internacional y de las denominadas normas internacionalmente imperativas o de policía, que, con distintos fundamentos conllevan a la aplicación de la ley del tribunal.

3) La elección del punto de conexión principal elegido por el legislador para la formulación legislativa debería estar acompañado con puntos de conexión subsidiarios, a efectos de flexibilizar la rigidez de la *lex loci actus*, acorde con las tendencias imperantes en la materia.

4) La limitación del ejercicio de la autonomía de la voluntad respecto de la elección de la ley aplicable, en el tiempo. Reconocer, en su caso, la facultad solamente con posterioridad al hecho dañoso.

5) La regulación a través de la metodología de normas directas cuando se aborden las llamadas responsabilidades específicas.

6) La incorporación del principio interpretativo en la materia acerca de la posibilidad de la aplicación, en y bajo ciertas circunstancias, del *favor laesi*.

La doctrina expuesta parte de la idea de que el área de la responsabilidad civil internacional ha recibido duros y violentos ataques que han conmovido sus estructuras. Sin embargo, estos dolorosos impactos han tenido la virtualidad de provocar, por un lado, la reformulación necesaria de arcaicos principios rectores y, por el otro lado, la aparición de nuevas tendencias, todas encaminadas de buena fe a tutelar a las personas jurídicamente más débiles de la relación. En suma, hemos procurado demostrar que no importa si la técnica a emplear es la de normas directas o indirectas. En verdad, como antes hemos señalado, lo que realmente nos interesa es que, planteada la necesidad de una eventual reforma exigida por la época actual, se adopten soluciones legislativas apropiadas, que, sin olvido de los modelos ofrecidos por el derecho comparado, tengan en cuenta en forma ineludible las realidades de los países, esto es, a quiénes o para quiénes están dirigidas. Por tal razón, en el apartado siguiente nos detendremos en las soluciones que, además de las ya mencionadas, muestran los sistemas jurídicos comparados.

4. Tendencias en los sistemas jurídicos comparados. Espacios integrados.

Entre los sistemas jurídicos comparados destacamos las soluciones normativas de:

— El *Código Civil yemenita* de 1992 lacónicamente dedica una única disposición que establece:

"*Art. 32.* — La responsabilidad y la indemnización derivada de un acto extracontractual que tenga lugar en el extranjero serán sometidas a la ley yemenita". Esta norma nos exime de mayores comentarios.

— La *Ley australiana de Elección de Derecho Aplicable* de 1992 (*Choice of Law Act*) establece:

"*Art. 6. Reclamo por hecho ilícito.*

1) Esta sección se aplica sujeta a las secciones 7 y 8.

2) Esta sección se aplica a los siguientes reclamos:

a) un reclamo por hecho ilícito;

b) un reclamo que sea de tipo similar al reclamo por hecho ilícito;

c) un reclamo fundamentado en una ley según la cual un reclamo por hecho ilícito o uno de naturaleza similar pueda ser intentado o ejecutado contra el patrimonio de una persona difunta.

3) Un reclamo que surja de una lesión personal se resolverá de conformidad con la ley vigente en el lugar donde la persona se encontraba cuando el daño fue ocasionado. Si la persona lesionada muere como resultado del daño, el reclamo que surja de esa muerte ha de ser resuelto de conformidad con la misma ley.

4) Un reclamo que surja de:

a) pérdida o daño a la propiedad, o

b) interferencia con derecho de propiedad o derechos de posesión; se resolverá de acuerdo con la ley vigente en el lugar donde se encontraba la propiedad cuando se produjo la pérdida, el daño o la interferencia.

5) Un reclamo que surja de una difamación (injuria) se resolverá de acuerdo a la ley vigente en el lugar donde, al momento de la difamación:

a) el demandado residía, o

b) si el demandante es una persona jurídica, donde ésta tenía el asiento principal de sus negocios...".

"*Art. 7. Accidentes de tránsito.*

1) Un reclamo que surja de una lesión causada total o parcialmente por un accidente de tránsito que ocurrió en un Estado o territorio se resolverá de acuerdo con la ley vigente en el Estado o territorio donde la persona se encontraba cuando se causó el daño. Si la persona herida muere como resultado del daño, el reclamo que surja de la muerte se resolverá de acuerdo con la misma ley.

2) Si, tomando en cuenta en particular, a:

a) la residencia de las partes involucradas en el proceso al momento del accidente; y

b) el Estado o territorio donde los vehículos implicados fueron registrados... El tribunal determina que:

c) las circunstancias de un reclamo a que se refiere la subsección 1, o de un asunto que surja en relación a tal reclamo, tienen sustancialmente mayor conexión con un Estado o territorio diferente identificado bajo la subsección 1, y

d) los propósitos u objetivos subyacentes en la ley vigente en ambos Estados o territorios serán promovidos si el reclamo o asunto es resuelto de acuerdo con la ley vigente en el otro Estado o territorio, el reclamo se resolverá de acuerdo con la ley vigente en el otro Estado o territorio...".

No quisimos dejar pasar la oportunidad que esta obra nos permite para mostrar, aunque parcialmente, un marco normativo tan peculiar como el australiano. Entendemos que su conocimiento puede resultar de utilidad, no solamente por las soluciones adoptadas, sino por representar la formulación legislativa de un típico modelo de los Estados pertenecientes a la familia jurídica del *common law*.

— La *Ley italiana de Derecho Internacional Privado* de 1995, en seis artículos del Capítulo X, se ocupa de las que denomina "Obligaciones no contractuales". Incluye temas de índole variada tales como la promesa unilateral, los títulos de crédito, la representación voluntaria, las obligaciones legales, la responsabilidad por el hecho ilícito y la responsabilidad extracontractual por daño de productos. Nos hemos decidido por transcribirlo, dado que este texto legislativo representa una modalidad bastante peculiar, tanto por su amplitud como por sus soluciones:

"*Art. 58. Promesa unilateral.*

1) La promesa unilateral se rige por la ley del Estado en el cual la promesa es manifestada...".

"*Art. 59. Títulos de crédito.*

1) La letra de cambio, el pagaré y el cheque se rigen en todos los casos por las disposiciones contenidas en la Convención de Ginebra del 7 de junio de 1930, sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio y Pagarés, ratificada por el real decreto n° 1130, del 25 de agosto de 1932, convertido en ley 1946, del 22 de diciembre de 1932, y por Convención de Ginebra del 19 de marzo de 1931, sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Cheques, ratificada por el real decreto-ley n° 1077, del 24 de agosto de 1933, convertido en ley por la ley 61 del 4 de enero de 1934.

2) Estas disposiciones se aplican también a las obligaciones asumidas fuera de los territorios de los Estados contratantes o cuando ellas designan la ley de un Estado no contratante.

3) Los demás títulos de crédito se rigen por la ley del Estado en que el título ha sido emitido. Sin embargo, las obligaciones distintas a la obligación principal, se rigen por la ley del Estado en el cual cada una ha sido contraída".

"*Art. 60. Representación voluntaria.*

1) La representación voluntaria se rige por la ley del Estado en el cual el representante tiene la propia sede de negocios, siempre que él actúe a título profesional, y que tal sede sea conocida o conocible por el tercero. Si faltan tales condiciones se aplica la ley del Estado en que el representante ejerce de modo principal sus poderes en el caso concreto.

2) El acto de otorgamiento de los poderes de representación es válido, en cuanto a la forma, si es considerado tal por la ley que regula su contenido, o bien por la ley del Estado en que se realiza el otorgamiento".

"*Art. 61. Obligaciones legales.*

1) La gestión de los negocios ajenos, el enriquecimiento sin causa, el pago de lo indebido y las demás obligaciones legales, no diversamente reguladas por la presente ley, están sometidas a la ley del Estado, en que se ha verificado el hecho del cual se deriva la obligación...".

"*Art. 62. Responsabilidad por el hecho ilícito.*

1) La responsabilidad por el hecho ilícito se rige por la ley del Estado en el cual ocurre el acontecimiento. Sin embargo, la víctima puede pedir la aplicación de la ley del Estado en el cual sucede el hecho generador del daño.

2) Cuando el hecho ilícito involucre sólo nacionales de un mismo Estado en él residentes, se aplica la ley de ese Estado".

"*Art. 63. Responsabilidad extracontractual por daño de productos.*

1) La responsabilidad por daño de producto está regulada a elección del perjudicado, por la ley del Estado en que se encuentra el domicilio o la administración del productor, o bien por aquella del Estado en que el producto ha sido adquirido, a menos que el producto haya sido puesto en comercio sin su consentimiento...".

La lectura de las disposiciones transcriptas nos permite observar que, tal como lo señala la doctrina más prestigiosa, en Italia, con relación a las obligaciones nacidas de los títulos de crédito, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no se discute la naturaleza extracontractual de los títulos de crédito. En efecto, se estima que en todo caso la norma del art. 59 resguarda solamente el aspecto obligatorio del título y no lo que concierne a la adquisición de la propiedad. Finalmente, cabe señalar que la célebre Convención de Roma sobre Obligaciones Contractuales de 1980 excluye de su ámbito de aplicación a las obligaciones analizadas.

En materia de representación voluntaria las soluciones han sido extraídas de la Convención de La Haya de 1978, sobre Contrato de Intermediación y de Representación, de manera tal de lograr la armonía deseable.

Con respecto a las disposiciones relativas a la responsabilidad por hechos ilícitos el legislador italiano ha combinado criterios principales y subsidiarios destinados a atenuar el rigor del primero. Se trata de una solución innovadora que pretende enervar los reproches de deficiencia atribuidos a los denominados criterios rígidos. Por cierto que, como no se define, no se califica, qué debe entenderse por hecho dañoso, también se permite cierto margen de discrecionalidad a la aplicación en el caso concreto. El último precepto contiene una regla de conflicto especialmente diseñada para una específica responsabilidad, claramente inspirada en el *favor laesi* [17].

— La *Ley de Derecho Internacional Privado venezolana* de 1998 le dedica dos disposiciones del Capítulo VI, titulado "De las obligaciones", los artículos 32 y 33:

"*Art. 32.* — Los hechos ilícitos se rigen por el derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito".

"*Art. 33.* — La gestión de negocios, el pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa se rigen por el derecho del lugar en el cual se realiza el hecho originario de la obligación".

Resulta notable advertir que el legislador venezolano, como se desprende de la lectura del artículo 32, al elaborar la regla de conflicto, se ha esforzado por atenuar la rigidez del elemento de conexidad elegido. Estamos de acuerdo.

a) La responsabilidad civil extracontractual en los espacios integrados.

No podemos concluir este Capítulo sin hacer una breve referencia al tratamiento de la cuestión de la responsabilidad civil extracontractual dentro de los espacios integrados [18].

Si bien es cierto que en la totalidad de los niveles de integración, aunque mínimamente, se presenta la necesidad de aproximar, armonizar, unificar, las legislaciones de los Estados que conforman el bloque, no lo es menos que esa necesidad aumenta en consonancia con el mayor compromiso asumido por quienes participan en la empresa.

Cabe señalar que, tal como en otras materias, la sensibilidad de la cuestión de la responsabilidad civil extracontractual ocupa un lugar especialmente relevante dentro de las que reclaman realizaciones

[17] Las observaciones fueron tomadas de la obra de BALLARINO, Tito: *Diritto Internazionale Privato. I Codici Esplicati*, Ed. Simone, 1997, p. 63.

[18] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *La responsabilidad civil según la Corte de Justicia de la Unión Europea*, en la obra colectiva *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, p. 443, 1995.

conjuntas. Por ello, se destaca la importancia de acordar soluciones jurídicas, adoptar reglas comunes, para brindar un marco de seguridad que garantice soluciones y la armonía de las decisiones.

El despliegue de las relaciones jurídicas internacionales dentro de los espacios integrados suele contribuir a que las personas privadas, además de anudar contratos internacionales, se vean impulsadas a circular con mayor asiduidad dentro del área. Por tal razón, merecen encontrarse prevenidas respecto de las reglas que pueden resultar aplicables, así como conocer las sanciones que sufrirán en caso de que ocasionen desafortunados accidentes de tránsito. Asimismo, deberán prever los jueces que habrán de detentar jurisdicción internacional en las contiendas que puedan plantearse.

Pero de lo que no caben dudas es de que cualquier mercado común, por encontrarse fundado en la libertad de comercio, precisa reglas claras, razonables, que brinden la previsibilidad deseable a quienes operan en el esquema. Así, el empresario deberá encontrarse en condiciones, a la hora de establecerse, de evaluar seriamente el costo de su inversión, conociendo qué montos le demandará reparar el daño que puede causarle regularmente a terceros, así como la legislación relacionada con el derecho de los consumidores, sobre todo la responsabilidad de quienes participan en la cadena de producción, y hasta comparará las normas que regulan la defensa de la competencia, cómo pueden prevenirse o sancionarse las prácticas desleales, los plazos de prescripción de las acciones derivadas de la responsabilidad civil, las reglas en materia de medio ambiente, entre muchos otros temas.

Así, pues, en la Unión Europea, especialmente el artículo 215, ap. 2, del Tratado CEE, constituye el punto de partida en materia de responsabilidad extracontractual. Esta disposición establece que "en materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados Miembros".

La interpretación del Tribunal de Justicia ha establecido que la responsabilidad prevista por la norma está condicionada al cumplimiento de tres presupuestos fundamentales:

1) Que la acción o la omisión dañosa de las instituciones o del agente de la Comunidad sea ilícita;

2) que sea verificado un daño efectivo, y

3) que exista una relación de causalidad entre la acción y el daño [19].

[19] Sentencia del 28/4/71, c. 4/69, casos Luttike; Briantex, de 1989, y Grifoni, de 1990.

Dentro del espacio integrado del Mercosur, guardando cierta similitud en las soluciones con convenios bilaterales vigentes, en el nivel autónomo ha sido aprobado el Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes del Tránsito entre los Estados Partes del Mercosur, al que nos referiremos sucintamente por implicar un significativo avance en el logro de la armonización legislativa en el área [20].

En lo atinente al derecho aplicable, la cuestión se encuentra regulada en los artículos 3 a 6 inclusive. Veamos.

b) El criterio de la "lex loci delicti commissi".

El artículo 3, primera parte, establece la regla general conforme a la cual la responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regirá por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se produjo el accidente. A renglón seguido, la disposición, en la segunda parte, señala que si en el accidente participaran o resultaran afectadas únicamente personas domiciliadas en otro Estado Parte, el mismo se regulará por el derecho interno de este último.

De modo que el texto normativo aborda la cuestión de la ley aplicable en materia de responsabilidad civil, valiéndose de las típicas reglas de conflicto, consagrando como regla general la conexión tradicional, el derecho interno del lugar de comisión del hecho ilícito. No obstante, establece como aplicable la ley del domicilio si en el accidente participaran únicamente personas domiciliadas en otro Estado Parte. Asimismo, el artículo 5 dispone que, cualquiera fuera el derecho aplicable a la responsabilidad, serán tenidas en cuenta las reglas de circulación y seguridad en vigor en el lugar y en el momento del accidente, tratándose de normas que, por su carácter, no admiten ser desplazadas bajo ningún concepto.

c) Alcance del derecho aplicable.

El artículo 6 establece que el derecho aplicable a la responsabilidad civil determinará, entre otros aspectos, los que expresamente enuncia. Así, indica que se encuentran incluidos, entre otros:

1) Las condiciones y la extensión de la responsabilidad;

2) las causas de exoneración, así como la delimitación de responsabilidad;

3) la existencia y la naturaleza de los daños susceptibles de reparación;

4) las modalidades y extensión de la reparación;

[20] Mercosur/CMC, dec. 1/96.

5) la reparación del propietario del vehículo por los actos o hechos de sus dependientes, subordinados, o cualquier otro usuario a título legítimo;

6) la prescripción y la caducidad.

La técnica de formulación legislativa resulta altamente satisfactoria por su utilidad al momento de la interpretación del texto normativo. Esta línea de pensamiento la propiciamos cuando sostuvimos que, en una futura como eventual reforma en la materia, convendría que la norma a dictarse fijara, mediante una descripción más detallada, los distintos aspectos que la misma pretende regular. Especialmente dijimos que "...la norma deberá determinar su alcance, indicando, en caso de optarse por reglas indirectas, que el o los puntos de conexión elegidos por el legislador abarcan todos los elementos de la responsabilidad civil, tales como los presupuestos de responsabilidad, las condiciones de responsabilidad, la fijación de los rubros comprensivos de la indemnización y la prescripción, entre otros" [21].

Por ello, diremos, para concluir, que hemos constatado cómo el marco del Protocolo de San Luis incorpora criterios de flexibilidad que permiten colocarse, aunque tímidamente, en la que hoy es la tendencia actual en la materia.

El instrumento internacional que estamos comentando prosigue con la regulación de la jurisdicción internacional, estableciendo en el artículo 7 que para ejercer las acciones serán competentes, a elección del actor, los tribunales del Estado Parte:

1) Donde se produjo el accidente;
2) del domicilio del demandado, y
3) del domicilio del demandante.

Tendremos que aceptar que, por seguir la línea apropiada de apertura de foros disponibles para la víctima de siniestros acaecidos con motivo de accidentes de tránsito, la disposición no nos merece objeciones.

Sugerimos que, luego de realizados los trabajos que aseguran la fijación del tema analizado, nos reencontremos con nuestro lector para abordar el último Capítulo, donde nos dedicaremos al estudio de los aspectos más relevantes del régimen internacional de los contratos internacionales.

[21] Ob. cit. en nota 15, p. 908.

CAPÍTULO X

RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LOS CONTRATOS

1. Régimen aplicable a los contratos internacionales: la sustancia de los actos jurídicos. Contrato internacional. Caracterización. Noción. Implicancias.

En la actualidad resulta indiscutible la trascendencia del contrato internacional como instrumento insustituible en el ámbito de las relaciones internacionales. A tal punto que se ha erigido en el cauce legal, en el vehículo jurídico de circulación por excelencia de los valores patrimoniales y de la riqueza en la esfera internacional.

En un contexto económico crecientemente globalizado, en el que la interdependencia aumenta constantemente, los operadores se sienten impulsados a anudar relaciones jurídicas contractuales que superan las fronteras estaduales. Precisamente se trata de uno de los sectores que, por su complejidad, merecen ser profundizados por aquellos que participan en la concertación de transacciones internacionales.

a) La sustancia de los actos jurídicos.

Todo acto jurídico tiene elementos de carácter personal, conforme a los sujetos que intervienen, y si es patrimonial, elementos de carácter real, según se refiera a las cosas objetivamente consideradas. La validez del acto requiere, como requisitos previos, capacidad y disponibilidad de las cosas, según la ley personal y real que respectivamente la rigen.

En la regulación del acto jurídico, en Derecho Internacional Privado, corresponde distinguir dos aspectos: uno formal o extrínseco; el otro, sustancial o intrínseco.

En esta ocasión, el contrato como acto jurídico bilateral patrimonial es abordado en el segundo de los aspectos, el referido a la validez sustancial, de fondo, intrínseca del acto.

En materia de ley aplicable al fondo de los contratos internacionales, corresponde distinguir dos situaciones:

1) Que las partes no prevean, en sus transacciones internacionales, la ley que habrá de regirlas, o bien

2) que las partes preseleccionen, sea de forma expresa o tácita, la ley aplicable que gobernará sus contratos internacionales. Este último aspecto nos enfrenta al "dogma", "teoría" o "principio de la autonomía de la voluntad".

b) Precisiones terminológicas.

Antes que nada, anticipamos a nuestros lectores dos precisiones lingüísticas que juzgamos imprescindibles. En primer lugar, que empleamos indistintamente los términos "negocios" y "contratos internacionales" y, por el otro, utilizamos los vocablos "ley aplicable" en lugar de "derecho aplicable", por considerarlos más ajustados, más apropiados. Esta última opción encierra una toma de decisión respecto del criterio regulador en materia de contratos internacionales, que desde nuestra mira se desprende exclusivamente de los órdenes jurídicos estaduales, de los sistemas jurídicos de los derechos nacionales [1].

Nos introducimos en el análisis de uno de los aspectos que más ha estimulado la imaginación, como es la cuestión de la ley aplicable al fondo del acto jurídico denominado "contrato internacional". Por ello, en el siguiente apartado precisaremos su significado.

c) Contrato internacional. Caracterización. Noción. Importancia.

Si bien resulta fácil captar cuándo un contrato es nacional, entendiéndolo como aquel en el que todos los elementos tienen contacto jurídico con un único ordenamiento jurídico, no resulta una empresa tan sencilla la calificación del contrato internacional. Dependerá de los órdenes jurídicos, en sus distintos niveles, realizar esta delicada e imprescindible distinción.

[1] Ver entre la extensa bibliografía específica sobre este tema: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Contratos internacionales*, Lex Mercatoria, Ed. Abeledo-Perrot, 1995, y los excelentes trabajos de FERMÉ, Eduardo L.: *Derecho Internacional Privado del Trabajo. Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por VÁZQUEZ VIALARD, 1982, t. II, p. 895; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia: *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Fundación de Cultura Universitaria, 1991; MARZORATTI, Osvaldo: *Derecho de los Negocios Internacionales*, Ed. Astrea, 1996; OPERTTI BADÁN, Didier, y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia: *Contratos comerciales internacionales*, Fundación de Cultura Universitaria, 1997; UZAL, María Elsa: *Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional (con particular referencia al Mercosur)*, "E.D.", t. 179, ps. 1185 a 1201, y MATTEO TERRA DE OTEIZA, Vivien: *Contratos internacionales*, "Revista de Derecho Comercial y de la Empresa", nos 51 y 52, junio'89/diciembre'90, ps. 1 a 78.

Así, los marcos normativos pertinentes establecen que la internacionalidad del contrato se encuentra dada a partir de distintos elementos: cuando la residencia habitual o el domicilio o el establecimiento de las partes se encuentran en los territorios de Estados diferentes; o cuando el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado, o cuando están en juego los intereses del comercio internacional, o cuando el contrato supera los límites económicos estaduales. Dicho de otro modo, la caracterización del contrato internacional puede derivar de la ponderación de elementos jurídicos y/o económicos diversos.

Cabe recordar que la jurisprudencia francesa declaró, si bien con términos vagos, con una perspectiva fundamentalmente económica que contrato internacional "es aquel que pone en juego los intereses del comercio internacional", o bien "el contrato es internacional cuando se relaciona con diferentes órdenes jurídicos, o sea, un contrato en el cual todos sus elementos no se encuentran dentro de un mismo sistema jurídico" [2].

El debate en torno del concepto de contrato internacional, que ha llegado hasta el punto de inhibir a muchos pensadores que lo han calificado como verdadero dilema, no es baladí [3]. La importancia de esta determinación, de esta calificación, resulta de toda evidencia si se repara, entre otras cuestiones, en que la facultad para las partes de preseleccionar la ley aplicable solamente resulta posible cuando el contrato es internacional.

Según nuestro criterio, es aquel que, sea en su conformación, desenvolvimiento o extinción, posee elementos extranjeros objetivamente relevantes desde la mira de un sistema jurídico determinado [4].

[2] Ver LOUSSOUARN y BREDIN, Corte de Casación francesa, sentencias del 19/2/30 y del 27/1/31, "Revue de Droit Comparée", París, nº IV, 1990. Puede verse sobre el tema la original propuesta realizada por BÁEZ PEÑA WIRTH, Vera, y ADET CALDELARI, Fernando Luis, integrantes de la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA: *Internacionalidad del contrato en el ciberespacio*, ponencia presentada ante la Comisión nº 7 en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Santa Fe, Argentina, del 23 al 25 de septiembre de 1999, cuyas conclusiones fueron publicadas en el Libro de las Jornadas y se encuentran en Internet en el sitio correspondiente a las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (http://www.jornadas.com.org.).

[3] DELAUME, Georges R.: *What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma*, "International and Comparative Law Quartely", vol. 28, abril 1979, ps. 259 a 279.

[4] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Derecho Internacional Privado* cit., vol. 18; *Contratos internacionales*; *Jurisdicción internacional en materia contractual*, todas ya citadas, y *Sistema jurídico del Mercosur*, vol. 4, obra dirigida por Atilio A. ALTERINI, Ed. Abeledo-Perrot, 1995.

2. El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado. Importancia.

En un sentido etimológico, la expresión "autonomía" denota el poder de gobernarse por sus propias leyes. Dentro de la literatura jurídica, autonomía de la voluntad designa que la voluntad es la fuente y la medida de los derechos subjetivos, es un "órgano creador de derecho".

La llamada autonomía de la voluntad es un criterio regulador, es una teoría jurídica que tiene aplicaciones tanto en el derecho interno como en el internacional.

El denominado "principio de la autonomía de la voluntad", en cuanto a su idea, a su expresión, a su formulación, es más o menos reciente. Precisamente, la célebre expresión "autonomía de la voluntad" fue lanzada por la doctrina internacionalista más autorizada [5]. Antes, los autores utilizaban expresiones tales como "autonomía de las partes", "autonomía del hombre" y "autonomía de los contratantes", que son sus sinónimos.

La formulación también aparece dentro del área de nuestra disciplina, debido a dos razones:

1) La ausencia de reglas escritas en materia de Derecho Internacional en Francia, lo cual incitó la imaginación de la doctrina, y

2) la proscripción de la audacia en el dominio del Derecho Civil, ante la fascinación ejercida por la codificación y la exégesis que esterilizó el pensamiento jurídico reduciéndolo a un comentario de la ley. Estas circunstancias especiales llevaron a considerarla como "una paradoja, ya que la idea de la autonomía ha dominado el derecho interno merced al triunfo en la doctrina de Derecho Internacional" [6]. Por cierto que la crítica al principio también surge de los propios internacionalistas que llegaron al extremo de negar su propia existencia.

a) Justificación de la elección por las partes.

La aceptación de que goza la autonomía de la voluntad, así como su repercusión como criterio regulador capital dentro del área de los negocios internacionales, le viene dada por ofrecer a quienes confían en ella indiscutibles beneficios jurídicos, económicos y prácticos:

1) *Seguridad jurídica preventiva*: las partes, cuando conocen de antemano la ley que gobierna el contrato internacional que las vincu-

[5] WEISS, André: *Traité Élémentaire de Droit International Privé*, París, 1886.

[6] RANOUIL, Véronique: *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, trabajo de investigación de la Universidad de Derecho, de Economía y de Ciencias Sociales de París, 1980.

la, se encuentran posibilitadas de ordenar, de adaptar, cómo prevenir los comportamientos. Así, cumple una función que los autores han denominado como profiláctica o de prevención de conflictos [7].

2) *Certeza jurídica aplicada*: las partes, como quienes deciden las desavenencias surgidas en ocasión del contrato internacional, sabrán a qué atenerse. En efecto, la ley elegida por las partes será aplicable al fondo de la controversia.

3) *Realización de los intereses de las partes*: la elección puede responder a los específicos intereses de las partes relacionados con el contenido del sistema jurídico elegido, que puede ser el más convenientemente adaptado a sus necesidades en determinado sector comercial donde se despliega el contrato internacional, o bien tratarse la ley elegida de una ley neutral para las partes intervinientes en la transacción internacional, o bien convertirse en una modalidad operativa de determinadas empresas, que desde el punto de vista estratégico desean someter los contratos internacionales que realizan a un ordenamiento jurídico determinado.

b) Autonomía de la voluntad conflictual y autonomía de la voluntad material.

Resulta necesario distinguir la denominada autonomía de la voluntad propia del Derecho Internacional Privado, la autonomía de la voluntad conflictual, de la autonomía material o negocial. La primera consiste en la posibilidad de que las partes convengan el sistema jurídico que gobernará el contrato internacional. La segunda implica la posibilidad de la que disponen las partes de establecer pactos o cláusulas del contrato en aspectos específicos, concretos. Esta facultad puede manifestarse por la creación de normas sustantivas específicas o por la transcripción de reglas extranjeras. Esta autonomía ha sido desarrollada en la Argentina a partir de la doctrina que logró plasmarla en los pronunciamientos judiciales.

c) Elección expresa o elección tácita.

Las partes pueden introducir una cláusula específica para convenir la ley que gobernará sus contratos internacionales. Las partes eligen la ley a la que desean someter la regulación en su relación jurídica internacional. Estamos ante una elección expresa.

[7] Para la primera expresión ver KAHN FREUND, O.: *La notion anglaise de la "proper law of the contract" devant les jugs et devant les arbitres. Ses développements récents et des affinités avec l'avant project européen d'unification des règles de conflit en la matière*, Rev. "Critique", 1973, ps. 607 a 617; DELAUME, Georges R.: *L'autonomie de la volonté en Droit International Privé*, Rev. "Critique", 1950, ps. 321 a 340.

En otras ocasiones, las partes no incluyen una cláusula específica, sino que tal selección resulta implícita pero cierta, no presunta o hipotética. Dicho de otro modo, existe una elección que se infiere del mismo contrato, mas esta modalidad requerirá la demostración del consenso mediante datos susceptibles de reflejar la elección efectuada. De ello se sigue que se trata de una elección que debe revelarse mediante elementos idóneos que conduzcan a la efectiva voluntad de las partes. Pueden considerarse como hechos reveladores de la efectiva voluntad de las partes en la preselección de la ley aplicable el empleo de un determinado idioma en el contrato, sumisiones anteriores de esa ley en otras relaciones jurídicas entre las partes, utilización de un contrato tipo o de figuras contractuales propias de un determinado ordenamiento jurídico, elección del tribunal que habrá de dirimir las controversias que se susciten con motivo del contrato internacional, entre otros.

d) Origen del principio de la autonomía de la voluntad en la esfera internacional. Significado.

Parte de la doctrina más prestigiosa ha sostenido que DOUMOULIN y sus sucesores fueron quienes lanzaron el germen de la "autonomía de la voluntad"; otros, en cambio, agregan que resulta inapropiado y exagerado sostener que ellos hayan elaborado una teoría que en rigor se desenvolvió ulteriormente [8]. Corresponde, pues, al individualismo jurídico, que concibe al individuo como una voluntad libre, desprendida del medio social en el que está inserto, la consagración del dogma de la autonomía de la voluntad como pieza maestra, sacrosanta, de la Filosofía del Derecho del siglo XIX.

El término "autonomía", según la doctrina uruguaya más prestigiosa, tiene dos significados:

1) Puede significar que la voluntad del sujeto es una fuente original de derecho o, dicho en otras palabras, una fuente independiente de todo orden jurídico preestablecido, o bien

2) puede significar que la voluntad del sujeto es una fuente derivada capaz de crear normas jurídicas porque un orden jurídico prestablecido la habilita para ello [9].

Por nuestra parte, por su contenido y fundamentos jurídicos, decididamente compartimos la enunciada en último término.

[8] Ver el desarrollo de la doctrina de la escuela francesa del siglo XVI en BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ: *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General* cit., y en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Contratos internacionales* cit., Autonomía de la voluntad.

[9] ALFONSÍN, Quintín: *La teoría de la autonomía de la voluntad aplicada al régimen internacional de los contratos*, Rev. "Información Jurídica", Madrid, octubre, nº 77.

e) Evolución. Etapas.

Si analizamos la evolución del principio de la autonomía de la voluntad, encontraremos las siguientes etapas:

1) El primer período, *de suceso y de consagración*, caracterizado por el desborde, la exaltación, de la autonomía de la voluntad.

2) La segunda etapa, *de crisis*, aparece cuando, debido al paroxismo, a la exageración en el alcance del principio, se comienza por atacarlo tibiamente para terminar haciéndolo virulentamente.

3) En la época actual, estamos transitando por un período de plena reformulación.

3. El principio de la autonomía de la voluntad en la mira de sus defensores. Tesis afirmatoria. Argumentos a favor. Tesis negatoria. Fundamentos.

a) Tesis afirmatoria. Argumentos a favor.

Esta línea de pensamiento sostiene que, en virtud de la voluntad concordante, la ley que han elegido las partes es la que debe regir la sustancia de los contratos internacionales. En la Argentina, la doctrina partidaria de esta corriente suscribió una ponencia favorable a la autonomía de la voluntad como punto de conexión [10].

Entre sus defensores habrá quienes aduzcan que dicho principio es un axioma jurídico, razón por la cual se dispensan de fundamentarlo.

Otros, en cambio, encontraron, con fundamentaciones científicas diversas, que las partes pueden elegir libremente la ley aplicable a sus contratos internacionales:

1) Porque se trata de un "derecho individual inherente a la naturaleza humana". Si falta la norma que autoriza la elección o existe la norma que la prohíbe, igualmente subsiste el derecho de las partes.

2) Porque resulta del "derecho de libre contratación que el legislador acuerda a las partes". Son las legislaciones las que otorgan la facultad a las partes de ejercer la libre elección de la ley aplicable a sus contratos internacionales.

3) Porque es una "consecuencia exigida por el comercio internacional". Es la conveniencia el factor determinante que estimula y justifica la preselección efectuada por las partes de la ley aplicable.

[10] Los doctores ALBORNOZ, HOOFT, SOSA, KALLER DE ORCHANSKY, PALLARÉS, DÍAZ ULLORQUE y GALLINO suscribieron el despacho de la Comisión nº 7, Derecho Internacional Privado, tema "La autonomía de la voluntad como punto de conexión", X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, 1985.

b) Tesis negatoria. Argumentos a favor.

El contrato, se señala, no puede ser el origen de la ley aplicable sino que es la ley la que debe ser la base de sustentación del contrato. Uno de sus detractores más fervientes dice: "A nuestro juicio no existe una teoría de la autonomía de la voluntad. Lo que ha ocurrido es que se ha cometido el error fundamental de confundir este concepto con el de la libertad de estipulaciones, única noción verdaderamente exacta y cuyo contenido es diferente. La voluntad de las partes no es nunca superior y ni siquiera paralela a la ley, debiendo siempre actuar dentro del círculo admitido por la legislación competente. La voluntad no puede crear derecho en contra de la ley, pues en nuestra materia, como en las demás, su radio de acción es limitado. Podemos afirmar que tanto en el Derecho interno como en Derecho Internacional, la autonomía de la voluntad no existe..." [11]. Se sostiene que:

1) La validez del contrato no puede depender de la ley que está indicada en el propio Convenio, lo cual configura un círculo vicioso. La fundamentación lógica es que la regulación del contrato se basa en la legislación aplicable, pero en el sistema de la "autonomía de la voluntad el derecho aplicable está establecido en el propio contrato, lo cual es desde su perspectiva un contrasentido" [12].

2) La facultad de elección debe moverse necesariamente dentro del campo de acción del derecho positivo y por ende del campo social. Cabe observar que, esencialmente, las objeciones se dirigen al fundamento que sostiene que el principio de la autonomía es un derecho inherente a la naturaleza humana [13].

3) El derecho de preseleccionar la ley aplicable no es absoluto, sino que depende de las legislaciones internas que la convierten en fuente de derecho autorizando y sancionando la libre contratación. Para que las partes puedan, en virtud de la libertad de contratación, elegir la ley del contrato es preciso que el contrato tenga ya una ley, justamente la ley que regula la libertad de contratación de las partes [14].

4) La contratación extranacional no requiere el uso del "principio de la autonomía de la voluntad", porque le alcanza para manejarse satisfactoriamente con las normas preceptivas del Derecho Internacional Privado [15].

[11] NIBOYET, Jean P.: *Traité de Droit International français* cit., t. V, ps. 645 a 691.

[12] BATIFFOL, Henri: *Les conflicts de lois en matière de contrats*, p. 9, París, 1938.

[13] GOUNOT, E.: *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit Privé. Contribution á l'étude critique de l'individualisme juridique*, "Thése", p. 3, París, 1912.

[14] BROCHER, C.: *Cours de Droit International Privé*, t. II, p. 74, París-Ginebra, 1883.

[15] ALFONSÍN, Quintín, ob. cit., p. 138.

4. El principio de la autonomía. Carácter y extensión. Criterios absoluto y restringido. Limitaciones.

Coincidentemente con la denominada primera etapa en la evolución del principio de la autonomía de la voluntad, en el período de apoteosis se llega a sostener que su alcance es *ilimitado*. Las partes pueden elegir cualquier ley reguladora, aun cuando el derecho positivo no se los permita, o hasta cuando se los prohíba expresamente. Así, se sostuvo enfáticamente que "la ley que rige las obligaciones reposa en la autonomía de las partes, cuya voluntad es soberana" [16]. En cambio, desde otra mira se postula que la autonomía de la voluntad no es de carácter absoluto sino *relativo*.

Esta última concepción afirma que, si bien las partes pueden elegir la ley reguladora, esta regla tiene excepciones. Así:

1) Orden público internacional.
2) Fraude a la ley.
3) Internacionalidad objetiva.
4) Número de leyes.
5) Oportunidad o tiempo de elección.
6) Elección de ley entre las jurídicamente interesadas.
7) Catálogo ofrecido por el legislador.
8) Rechazo del reenvío.
9) Tutela de ciertas categorías de personas consideradas jurídicamente débiles.
10) Normas de policía o normas locales internacionalmente imperativas.

a) El orden público internacional.

Por cierto que resulta casi de toda obviedad señalar que no estamos ante una limitación propia de los contratos internacionales, sino general a toda aplicación de ley extranjera.

El contenido de la ley elegida por las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad en ocasiones puede conculcar gravemente los principios básicos del derecho del juez. En tal excepcional circunstancia de profunda incompatibilidad, puede emplearse el recurso del orden público internacional como mecanismo de corrección que tendrá por efecto el desplazamiento de la ley preseleccionada por las partes por el derecho local.

[16] LAURENT, F.: *Le Droit Civil International*, t. 8, p. 149, Bruselas-París, 1882.

b) El fraude a la ley.

Si bien tampoco en esta ocasión se trata de una restricción específica, no es menos cierto que el área de los contratos internacionales puede resultar un escenario propicio para que las partes se sientan impulsadas a sortear la aplicación del derecho normalmente aplicable.

El remedio del fraude a la ley permite ponerle freno al despliegue ilícito, al ejercicio abusivo, a la fantasía de la voluntad absoluta por las partes.

c) Internacionalidad objetiva.

El ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes no puede llegar hasta el extremo de decidir "subjetivamente" acerca de lo que "objetivamente" no posee elementos de internacionalidad. Dicho en otras palabras, para que pueda desplegarse la preselección de ley aplicable se debe tratar, no ya de aquel contrato puramente interno que las partes han subjetivamente convertido, sino, por el contrario, de un genuino "contrato internacional" objetivamente considerado.

d) Número de leyes.

Existe la posibilidad para las partes de elegir la ley aplicable a una o más partes separables del contrato. Vale decir que fraccionen la ley aplicable teniendo en cuenta aspectos separables de su negocio a través de lo que se ha dado en llamar *dépeçage*. Sin embargo, puede ocurrir que las soluciones de los órdenes jurídicos se inclinen por negarle esta posibilidad a los contratantes.

De modo que esta restricción indica que las partes no podrán elegir distintas leyes para regir distintos aspectos de la transacción internacional, sino que solamente podrán ejercer su autonomía de la voluntad eligiendo una única ley destinada a regular desde todos los aspectos al contrato internacional.

e) Tiempo de la elección.

Otra limitación al principio de la autonomía de la voluntad es aquella que marca a las partes el o los momentos en que pueden seleccionar la ley aplicable en los contratos internacionales. Podrá decirse que los contratantes pueden elegir la ley aplicable en el momento de la celebración e impedir su posterior modificación.

f) Elección de ley entre las jurídicamente interesadas.

Esta limitación, conocida en el derecho anglosajón como *theory of the real connection*, expresa la idea de que la ley elegida por las partes debe guardar relación real y objetiva con algún elemento del contrato. Dicho de otro modo, las partes, si bien gozan de la facultad de elegir la ley aplicable, estarían impedidas de optar por una ley que no posea una vinculación o conexión real y objetiva con el contrato.

g) Catálogo ofrecido por el legislador.

Esta limitación se presenta cuando el legislador, si bien admite el ejercicio de la autonomía de la voluntad, a renglón seguido ofrece una suerte de catálogo, de elenco de posibilidades de opción a las partes. Así, establecerá que podrán elegir entre: *a*) la ley de la nacionalidad común de las partes; *b*) la ley del domicilio común de las partes; *c*) la ley del lugar de celebración del contrato, o *d*) la ley del lugar de ejecución del contrato, entre otros.

h) Rechazo del reenvío.

Otra restricción establece que cuando se trata de elegir la ley aplicable en materia de contratos internacionales se alude a la ley sustancial de un Estado con exclusión de sus normas de conflicto. Se estrecha el alcance para sortear el problema del reenvío.

i) Tutela de ciertas categorías de personas consideradas jurídicamente débiles.

En el área de los contratos internacionales las partes contratantes pueden tener distinto nivel en el poder de negociación, lo que conlleva la intensificación de la desigualdad entre ellas. La igualdad puede desvanecerse ante la superioridad socioeconómica de una de las partes. En este caso, bajo ciertas condiciones, se les reconoce a ciertas categorías de personas consideradas jurídicamente débiles, tales como los consumidores, los trabajadores, los asegurados, entre otros, que les permita argüir el desplazamiento de la ley elegida por normas tuitivas inderogables en los contratos internacionales. En este sentido, pueden citarse el art. 5 del Convenio de Roma sobre Obligaciones Contractuales, que, después de facultar a las partes a elegir la ley aplicable, establece: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3 la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual". Por cierto que se está en presencia de una

facultad que puede ser esgrimida o no según los deseos de la persona que se cree damnificada.

j) Normas de policía o normas locales internacionalmente imperativas.

Otra de las restricciones está constituida por las normas de policía, también denominadas normas locales internacionalmente imperativas. Es una limitación distinta de la del orden público internacional, ya que a éste se arriba a través de la norma de conflicto, donde la ley extranjera es desplazada por contrariar gravemente los principios que inspiran a la ley del juez.

En estas disposiciones, el intérprete no tendrá que recorrer el camino de la norma indirecta, sino que ellas resultan de manera inmediata, necesaria, directa y apriorísticamente aplicables [17].

5. Contratos celebrados entre ausentes. Contratos celebrados por ordenador o contratos telemáticos. Contratos celebrados por Internet. Perfeccionamiento de los contratos.

Los contratos celebrados entre ausentes han sido caracterizados como aquellos celebrados por intermedio de mensajero, por correspondencia, por mandatario, entre otros.

Ahora bien, como cuestión preliminar conviene preguntarse si, en rigor, al Derecho Internacional Privado le importa participar en la distinción entre los denominados "contratos entre ausentes" o "entre presentes".

En torno de este tema se ha desatado una ardua polémica doctrinal, sobre todo en el campo del Derecho interno, entre quienes consideran que cuando las partes se encuentran en diferentes lugares, sumándose a ello la imposibilidad de intercambiar declaraciones sin que medie un espacio de tiempo considerable, hay "contrato entre ausentes" [18]. Otros estiman que es la "simultaneidad" entre la declaración de un contratante y la percepción por la otra el elemento distintivo entre el contrato entre presentes y entre ausentes. Cuando los contratantes, al cambiar sus declaraciones, perciben cada uno inmediatamente la declaración del otro, estamos ante un contrato entre presentes; en caso contrario, ante un contrato de los denominados entre ausentes.

[17] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Contratos internacionales* y *Derecho Internacional Privado*, vol. 18, ya citado.

[18] MOSSET ITURRASPE, Jorge: *Contratos*, Ediar, Bs. As., 1987, p. 108.

Finalmente, otros aducen que no basta la "instantaneidad" en la comunicación, la percepción o cognición de la respuesta, sino que el rasgo distintivo necesario se encuentra en la efectiva presencia o no de las partes.

En materia de contratos entre ausentes la cuestión central radica en determinar el preciso momento de la formación o del perfeccionamiento del contrato, el instante crucial en que se produce el concurso de las voluntades entre las partes que intervienen en su concertación. Para darle respuesta a esta delicada cuestión se han desarrollado las siguientes teorías:

1) *Sistema de la información*: se considera perfeccionado el contrato cuando se cumplen los siguientes pasos: *a*) una oferta aceptada; *b*) una aceptación manifestada; *c*) la manifestación haya sido expedida; *d*) la aceptación ha sido recibida por el oferente, y *e*) la información del aceptante acerca de la recepción por parte del oferente de la aceptación del contrato. Para los sostenedores de esta teoría no hay acuerdo sino cuando cada una de las partes tiene conocimiento de la conformidad prestada por la otra.

2) *Sistema de la aceptación*: el contrato se perfecciona cuando el ofertado acepta la oferta, aunque no la haya expedido, el oferente no la haya recibido y, por ende, el aceptante no esté informado de esa recepción.

3) *Sistema de la recepción*: el momento de la formación del contrato es aquel en el que la aceptación haya sido expedida al oferente y esa aceptación expedida haya sido recibida por el oferente. El contrato se considera perfecto cuando la respuesta del aceptante fue recibida por el oferente, independientemente de que este último haya tomado o no conocimiento de su contenido.

4) *Sistema de la remisión*: el contrato se encuentra perfectamente celebrado cuando la aceptación ha sido remitida al proponente.

Criterios reguladores.

Los sistemas de Derecho Internacional Privado, tanto de fuente interna como convencional, para solucionar los inconvenientes relacionados con el momento de la formación de los contratos internacionales celebrados entre ausentes, recurren indistintamente al empleo de normas directas y de reglas de conflicto.

En el derecho argentino se presentan distintas soluciones; en el Código Civil, en materia de ley aplicable a los contratos celebrados entre ausentes, habrá que distinguir según que el contrato tenga o no lugar de ejecución determinado. Si tiene lugar de cumplimiento determinado, se aplica la ley de ese lugar; si no tiene lugar de ejecución

determinado, el contrato se rige por la ley del domicilio de cada una de las partes (doctrina del artículo 1214) [19].

Asimismo, en el ámbito convencional argentino, el juego de los artículos 15.1, 18.2 y 24 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, en vigor en la República Argentina desde 1988, permite constatar su adhesión a la teoría de la recepción [20]. A su turno, en cambio, tanto en 1889 como en 1940, los Tratados de Montevideo someten el *perfeccionamiento del contrato* a la ley del lugar de donde partió la oferta (art. 37, Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889), o bien a la ley del lugar de donde partió la oferta aceptada (art. 42, Tratado de 1940) [21]. Ello, en el aspecto del perfeccionamiento del contrato; en los demás aspectos, a la ley del lugar de ejecución del contrato.

Para culminar este apartado conviene tener presente que en la República Argentina, al igual que en los Estados que conforman el espacio integrado del Mercosur, se advierte la tendencia hacia la adopción del sistema de la recepción, sobre todo teniendo en cuenta las convenciones internacionales ratificadas así como el criterio propiciado en el Proyecto de Código Civil de 1998. Existe asimetría en las soluciones fuera del ámbito convencional, ya que, mientras que Argentina, Brasil y Paraguay adoptan el sistema de la expedición, Uruguay se inclina por el criterio de la recepción. Esta última circunstancia demuestra que en este último Estado existe, hasta ahora, coincidencia en las soluciones adoptadas tanto en el nivel interno como en el convencional [22].

[19] Corte Suprema, 28/4/71, "A. J. Hollander Argentina S.A. c/Banco Central de la República Argentina", "J.A.", t. 14, p. 418, con comentario de Antonio BOGGIANO. Sostuvo el tribunal que cuando se trata de una operación de exportación en la que una parte oferta por carta y manifiesta que solamente considerará aceptada la misma en el momento de recibir la confirmación, el envío de un télex por un tercero a los fines del financiamiento de la operación, no puede ser tenido como aceptación en los términos del art. 1145 del Cód. Civil.

[20] El art. 18.2 establece: "La aceptación de la oferta surtirá efecto desde el momento en que ella llegue al proponente". Los Principios Unidroit también receptan idéntico criterio, es decir, el principio de llegada.

[21] Ver el célebre fallo de la Corte Suprema en "Lamas, Emilio c/Banco Mercantil del Río de la Plata de la Ciudad de Montevideo", "E.D.", t. 22, p. 166.

[22] En la Argentina, según surge de los arts. 1150 y 1154, se adopta la teoría de la expedición, con las excepciones establecidas en los arts. 1155 y 1149 del Cód. Civil. Ver en este sentido, el art. 215 del Cód. de Comercio. La República del Paraguay, en el art. 688, establece el principio general, ratificado por el art. 679, inclinándose en el mismo sentido que el derecho argentino. La República Federativa de Brasil, en el art. 1086, primera parte, del Cód. Civil, como el art. 127 del Cód. de Comercio, receptan idéntico criterio a los anteriormente enunciados. Sin embargo, el derecho uruguayo adopta, tanto en el art. 1265 como en el 1267, 2° párrafo, del Cód. Civil, el criterio de la recepción.

6. Ley aplicable en ausencia de elección por las partes. Sistemas extremos y soluciones eclécticas. Doctrina y jurisprudencia contemporáneas. Los Principios Unidroit. Los principios europeos.

En este apartado nos dedicaremos a señalar el criterio regulador de los contratos internacionales cuando las partes no han elegido la ley aplicable llamada a gobernarlos.

Entre la multiplicidad de razones que pudieron haber llevado a las partes a no elegir la ley aplicable en sus transacciones internacionales se encuentran quienes:

1) No se plantearon siquiera la cuestión, o

2) no la eligieron porque conocen de antemano la ley aplicable en ausencia de elección y ella conviene a sus intereses, o

3) no llegaron a un acuerdo no obstante haber negociado, o

4) no resultó eficaz la elección por algún otro motivo.

Para alcanzar la solución habrá que recurrir a los llamados criterios subsidiarios de determinación de ley aplicable.

a) Sistemas extremos y soluciones eclécticas.

Durante una primera etapa se emplea fundamentalmente la técnica por la que se busca arribar a la ley aplicable interpretando la denominada voluntad pasiva de los contratantes de vincular la ley aplicable con la voluntad de las partes.

Mas a partir de la mitad de este siglo, en un período más próximo, se comienzan a abandonar los métodos llamados subjetivistas o subjetivo o voluntarista, para darle cabida al denominado método objetivo. Se cambia el procedimiento basándose en la búsqueda del vínculo, del lazo objetivo entre los elementos del contrato internacional con un sistema jurídico determinado. Esta modalidad se relaciona íntimamente con la búsqueda de la *proper law of the contract* del sistema jurídico del *common law* o del *principio de proximidad* desarrollado por la doctrina francesa [23].

De esta forma, se produce un cambio significativo que desde los criterios rígidos avanza hacia la aceptación de los criterios de conexión flexibles, caracterizados por acentuar el desplazamiento del centro de gravedad desde el legislador hacia el juez [24].

[23] LAGARDE, Paul: *Le principe de proximité dans le Droit International Privé contemporain*, "Recueil des Cours", t. 196, 1986, p. 9; SCHNITZER, Adolf: *Les contrats en Droit International Privé suisse*, "Recueil des Cours", 1968, I, t. 123, ps. 582 y ss.; LANDÓ, Ole: *The Conflict of Laws of Contracts*, "Recueil des Cours", t. 189, p. 304.

[24] RIGAUX, F.: *Un imposante synthese allemande en Droit International Privé. Le traité du proffesseur Wilhem Wengler*, "Revue Critique de Droit International Privé", 1982, p. 270.

Los puntos de conexión rígidos, como el *lugar de celebración* o bien el *lugar de ejecución*, ofrecen dificultades cuando se trata de contratos entre ausentes, o cuando se está en presencia de contratos sinalagmáticos con lugar de cumplimiento indeterminado, o múltiples, por lo que comenzaron a abrirse paso los denominados puntos de conexión flexibles.

Así, el contrato internacional se rige, no ya por el lugar de celebración o por el lugar de su conclusión, sino por el derecho del Estado con el que posee *vínculos más estrechos*. Ante esta eventualidad, se suele recurrir a la solución dada por:

1) La ley del lugar en el cual se debe llevar a cabo la prestación más característica del contrato, o bien

2) la ley del lugar donde tiene la residencia habitual, el domicilio, el establecimiento, el prestador más característico del contrato.

Dicho de otro modo, los sistemas jurídicos pueden emplear técnicas distintas de localización de la ley aplicable:

1) *Conexiones rígidas*: se establece la ley aplicable, mas el centro de gravedad del contrato aparece fijado sin tener en cuenta las circunstancias propias del caso.

2) *Conexiones flexibles*: se abandona a la prudencia de los jueces la determinación de la ley aplicable, pero no se les brindan directivas coactivas. Este procedimiento se denomina búsqueda *of the proper law of the contract*, para el *common law*, mientras que los franceses emplean la expresión *principio de la proximidad* (Convención Interamericana de México de 1994, sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, art. 9.1) [25].

3) *Conexiones intermedias*: según esta modalidad, el legislador, para facilitar la labor de los intérpretes, indica algunos índices acompañados de presunciones destinados a servir de guía en la búsqueda de la ley aplicable (Convención de Roma de 1980, sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, arts. 4.1 y 4.2).

Para comprender acabadamente estos criterios nos detendremos, en el siguiente apartado, en la denominada teoría de la prestación más característica del contrato.

b) La prestación más característica. Origen. Noción.

Si bien es cierto que la mayor parte de la doctrina atribuye al derecho suizo la introducción en 1945 de la noción de la prestación más característica del contrato, hay quienes sostienen que ella palpita en la doctrina uruguaya que la vislumbra cincuenta años antes.

[25] Resulta necesario destacar que por primera vez aparece en la obra codificadora americana una conexión flexible.

La prestación más característica del contrato permite individualizar, identificar, la obligación que diferencia cada contrato de los demás. Es decir, se atribuye apriorísticamente al contrato internacional una naturaleza según la cual una prestación resulta más gravitante, más trascendente, que las restantes y con la suficiente virtualidad y entidad para tipificarlo, para distinguirlo de otros. La búsqueda se encamina hacia la ley más próxima a la dinámica del negocio, a su estructura interna.

Por cierto que la individualización constituye una labor sencilla cuando se trata de los denominados contratos unilaterales, porque generalmente la prestación coincide con la del único contratante obligado. Mas, desafortunadamente, la empresa puede tornarse dificultosa, y en ocasiones imposible, cuando se trata de contratos sinalagmáticos en los que ambas prestaciones revisten igual jerarquía o naturaleza.

El punto de partida de la teoría es la aceptación de la íntima vinculación existente entre una determinada prestación, que por su jerarquía, desencadena el derecho aplicable al contrato internacional. Ella ha llegado a constituirse en el centro de las más encendidas polémicas entre quienes la defienden y quienes la deploran, por lo que recordaremos los principales argumentos esgrimidos por unos y otros.

Los *detractores* destacan que su reconocimiento supone:

1) La consolidación de la posición del contratante más fuerte, sobre todo en los contratos celebrados entre empresas exportadoras de países industrializados e importadoras de los denominados países no desarrollados o en vías de desarrollo o del Tercer Mundo;

2) el fortalecimiento de la parte más fuerte cuando intervienen en la transacción internacional partes con desigual poder negociador;

3) el desconocimiento de que en la economía actual la otra prestación, la no característica, como puede ser el pago del precio, sirve en muchas ocasiones para determinar, para individualizar, el tipo de contrato de que se trata como locación, permuta o compraventa internacional;

4) la ignorancia acerca de aquellos contratos en que las prestaciones son de idéntica jerarquía y, lo que es más grave, aquellos que carecen de una prestación más característica, tales como los contratos de permuta o *countertrade*, de intercambio de servicios —especialmente interbancarios—, contratos de cuenta corriente recíproca, de cambio de divisas alternativo, de *joint ventures*, entre otros.

A su turno, los *defensores* de la teoría de prestación más característica, fundándose en razones de índole económica o jurídica, sostienen que su consagración conduce a:

1) La aplicación del derecho del Estado en que normalmente opera el prestador más característico, vale decir, de la ley con la que se encuentra más familiarizado. Este conocimiento tiene la virtualidad

de, por un lado, reducir los costos de información y, por el otro, fomentar la contratación internacional;

2) el logro de seguridad en la determinación, en la precisión, de la ley del contrato. Sobre todo en aquellos contratos internacionales con elementos muy dispersos, respecto de los cuales resulta muy difícil concretar el país con el que el contrato presenta lazos estrechos;

3) la solución armónica entre las reglas rígidas tradicionales, abarcativas, y las soluciones americanas flexibles, pero, en oportunidades, peligrosamente imprevisibles [26].

7. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: fuente interna. Código Civil. Proyecto de Reforma de 1993. Proyecto de 1998/1999. Doctrina. Jurisprudencia. Evolución contemporánea.

a) Código Civil.

1) Facultad de elección de ley aplicable.

El Código Civil argentino no contiene una disposición que expresamente consagre la libertad de contratación en el orden internacional, entendida ésta como la facultad de las partes de preseleccionar la ley aplicable a los contratos internacionales. Nada dice el Derecho Internacional Privado de fuente interna respecto de la autonomía de la voluntad en el ámbito internacional.

2) La doctrina y la jurisprudencia [27].

Esta ausencia precedentemente apuntada estimuló la imaginación de la doctrina y de la jurisprudencia, que, optaron entre dos líneas de pensamiento: por un lado, la *tesis afirmatoria*, inclinada al reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales dentro del sistema jurídico argentino y, por el otro, quienes a partir de la *tesis negatoria* afirman lo contrario. Ambas doctrinas buscaron el apoyo en otras normas del Derecho positivo argentino.

[26] SANTOS BELANDRO, Rubén B.: *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, Fundación de Cultura Universitaria, 1996.

[27] Ver nuestro trabajo publicado en Rev. "Derecho Laboral", 1974, nº 1, *La aplicación del Derecho extranjero en el Derecho Laboral*, donde se realiza un comentario al fallo del Tribunal de Trabajo de Zárate, del 9/12/70, "Eiras Pérez, L. c/Techint Engineering Company S.A." ("L.L.", t. 142, p. 176, con nota del profesor Werner GOLDSCHMIDT) y al fallo de la Cámara Nacional del Trabajo, Sala II, del 7/5/69, "Livitsanis, Nicolás c/Allseas Shipping Co." ("E.D.", t. 38, p. 323), en el que se admite el ejercicio de la autonomía de la voluntad efectuado por las partes.

Mientras los defensores del principio recurrieron al artículo 1197 del Código Civil, sus detractores apelaron a los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional [28].

En efecto, conviene recordar que estas convenciones internacionales difieren en sus versiones de 1889 y 1940, ya que mientras la primera no se pronuncia respecto de la posibilidad de las partes de pactar la ley aplicable a sus contratos internacionales, la segunda expresamente rechaza el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

La doctrina internacionalista argentina se ha dividido entre quienes aducen que el Tratado de 1889, al no rechazar expresamente el principio, constituye un elemento favorable a su reconocimiento, posición que encuentra su fundamento en la Constitución Argentina, puntualmente en el art. 19. En cambio, otros sostienen que, al no pronunciarse expresamente, rechaza la posibilidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Ello —se sostiene— se deduce cuando se lo interpreta en consonancia con los debates que precedieron a su aprobación y, sobre todo, cuando se toma debida cuenta del contexto histórico internacional en el que se encuentra inserto.

Más laborioso ha sido para la doctrina argentina, aunque lo ha intentado mediante el arbitrio del reenvío, fundar la admisión del principio de la autonomía en el Tratado de Montevideo de 1940 ante el texto expreso del art. 5 del Protocolo Adicional. El delegado uruguayo Álvaro VARGAS GUILLEMETTE se expresó con vehemencia en contra de su recepción, donde tampoco se alude a la autonomía de la voluntad, aunque en el artículo 5 se establece que "la jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley".

Por nuestra parte nos permitimos adherir a la tesis que sostiene que la obra codificadora de Montevideo no recepta el principio de la autonomía de la voluntad.

Las disposiciones dedicadas a la regulación del contrato internacional en el Código Civil argentino son los artículos 1205 a 1214 inclusive.

En los artículos 1205, 1209 y 1210 resuelve la cuestión de la ley aplicable, sujetándola el primero a la ley del lugar de celebración, y los siguientes a la ley del lugar de ejecución del contrato.

La primera observación que cabe realizar es que, en consonancia con el estilo propio de la época, el codificador introdujo conexiones rígidas, criterios reguladores duros, en materia de contratos interna-

[28] La primera tesis es sostenida por GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado* cit., nº 179 *a*, y WEINBERG DE ROCA, Inés: *Derecho Internacional Privado*, p. 187, Ed. Depalma, 1997.

cionales. La segunda reflexión denota una aparente contradicción en las soluciones adoptadas, cuya razón radica en las posiciones divergentes sobre las fuentes empleadas por el doctor VÉLEZ SARSFIELD. En efecto, tanto SAVIGNY como STORY sujetan los contratos a puntos de conexión distintos; el primero, a la ley del lugar de ejecución, y el segundo, a la ley del lugar de conclusión de los contratos internacionales.

Esto ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, destacándose aquella que ha entendido que, si el contrato tiene desde el inicio algún contacto con la República Argentina, rigen los artículos 1209 y 1210 del Código Civil, vale decir que se aplica la ley del lugar de cumplimiento del contrato. Por el contrario, si el contrato carece de vinculación con nuestro país, se rige —conforme lo preceptúa el artículo 1205— por la ley del lugar de celebración del contrato. Por cierto que se trata de criterios de conexión rígidos, imperantes en la época de sanción de nuestro Código Civil. Los criterios flexibles pertenecen, como se sabe, al siglo XX. Esta es la época que ha sido calificada por la más prestigiosa doctrina española como de ruptura de compartimientos estancos entre el mundo anglosajón y el continental [29].

3) La prestación más característica en la legislación, doctrina y jurisprudencia argentinas.

La noción de prestación más característica es familiar para los operadores jurídicos argentinos. En efecto, en la República Argentina la teoría de la prestación más característica del contrato ha logrado un importante desarrollo, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, sobre todo a partir de la década del setenta [30]. En los últimos años se destaca la opinión de la doctrina internacionalista argentina más autorizada, que en las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado, realizadas en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, entre el 18 y 19 de noviembre de 1994, refiriéndose a la Convención Interamericana señaló que "la ausencia de presunciones y de pautas orientadoras claras dificulta la determinación del derecho aplicable" [31].

Sin la pretensión de exhaustividad, cabe recordar que en el nivel convencional nuestro país ha ratificado por ley 23.916 el Convenio de

[29] MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: *Derecho Internacional Privado* cit.

[30] Ver en este sentido los trabajos de BOGGIANO, Antonio: *Curso de Derecho Internacional Privado* cit., y FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Derecho Internacional Privado* cit., vol. 18, entre otros.

[31] "Boletín de la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional", Rosario, 1995, nº 5, p. 59. Asimismo, puede verse el relato del tema efectuado por la doctora María Blanca NOODT TAQUELA.

La Haya sobre "Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías", suscripto el 22 de diciembre de 1986, no en vigor, y la Convención de La Haya sobre "Legislación Aplicable a los Contratos de Intermediación y de Representación", del 14 de marzo de 1978, ratificada por ley 23.964, en vigor. Este último texto establece que "la legislación interna elegida por las partes, regirá la relación de la representación entre el representante y el intermediario", disponiendo en el artículo 6 que "en la medida en que no haya sido elegida bajo las condiciones previstas en el artículo 5, la legislación aplicable será la legislación interna del Estado en el cual, en el momento de establecerse la relación de representación, tenga el intermediario su establecimiento profesional o en su defecto, su residencia habitual. Sin embargo, será aplicable la legislación interna en la cual el intermediario deba ejercer su actividad principal, si el representado tiene su establecimiento profesional o en su defecto, su residencia habitual en ese Estado. Cuando el representado o el intermediario tengan varios establecimientos profesionales, el presente artículo será interpretado como refiriéndose al establecimiento con el cual la relación de la representación está más estrechamente vinculada".

Nos hacemos cargo de que los criterios flexibles padecen del riesgo de imprevisibilidad, ya que tienen el inconveniente de subordinar a la ley aplicable las soluciones judiciales, adquiriendo el juez un rol importante por ser quien precisamente determina la localización. Sin embargo, si bien se abandona la cuestión a la prudencia de los jueces, los peligros son susceptibles de disminuir cuando se les marcan directivas.

Desde nuestra mira observamos que, en primer lugar, la tendencia parece moverse hacia la aceptación de criterios flexibles en materia de determinación de la ley aplicable. En segundo lugar, no ocultamos las vacilaciones que nos provoca la aceptación de la noción de la prestación más característica que, a fuerza de ser sinceros, no termina de convencernos. Sin embargo, adelantamos nuestra opinión acerca de que, bajo ciertas circunstancias y con Estados de similar nivel de desarrollo, la teoría de la prestación más característica puede resultar menos riesgosa y hasta conveniente. En tal línea de pensamiento hemos propiciado, en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, su adopción dentro de las áreas integradas [32].

[32] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *La prestación más característica del contrato o la polémica continúa*, ponencia presentada en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil ante la Comisión nº 7 sobre "Régimen de los contratos para la integración del Mercosur", Santa Fe, Argentina, septiembre de 1999. Sostuvimos en las conclusiones *de lege ferenda* que:

a) Para brindar un marco de previsibilidad y de seguridad resulta necesario dotar al Mercosur de un instrumento jurídico destinado a regular la ley aplicable a los contratos internacionales;

Jurisprudencia argentina.

Los pronunciamientos judiciales de los tribunales argentinos receptan la noción de la prestación más característica en las dos modalidades enunciadas. Así:

1) En el caso "*ESTUDIOS ESPÍNDOLA C/BOLLATI, J.*", de la Cámara de Paz de la Capital Federal, Sala III, 1970, el juez entendió que, a falta de elección de ley aplicable al contrato, debía aplicarse el derecho chileno, pues en ese país se *debía ejecutar la prestación más característica del contrato, esto es, la inscripción de la marca.*[33].

2) En "*TRANSPORTES MABELLINI S.A. C/EXPOFRUT S.R.L.*", en la sentencia del Juzgado Nacional en lo Comercial n° 13, firme, del 29/7/77, se sostuvo en la parte pertinente que "cuando las partes en el contrato internacional no han designado lugar de cumplimiento a efectos de la determinación del derecho aplicable (art. 1210) hay que atenerse a la naturaleza de la obligación y al lugar de celebración del contrato si allí se domicilia el deudor al momento de la celebración (art. 1212). El lugar de cumplimiento del contrato internacional cuando las partes no lo han designado se define como el domicilio *del deudor de la prestación más característica del contrato...* El lugar de carga del contrato de transporte internacional es el lugar donde comienza su cumplimiento: allí el cargador la entrega al porteador y éste acepta para transportar; por lo tanto el derecho de ese lugar es el que rige las cuestiones suscitadas por el contrato si ellas no previeron otro..." [34].

3) En "*BANCO DE RÍO NEGRO C/INDEPENDENCIA TRANSPORTES INTERNACIONALES*", con fecha 20/10/81, la Sala E de la Cámara Nacional en lo Comercial sostuvo que el derecho aplicable era el derecho argentino, porque se encontraba en Buenos Aires al momento de la celebración

b) para la elaboración del instrumento internacional proponemos se parta de las realizaciones a nivel convencional existentes para no desaprovechar los esfuerzos, pero destacando la necesidad de que los modelos se adapten a las específicas exigencias y características del área;

c) el marco normativo adecuado debería consagrar expresamente la autonomía de la voluntad como posibilidad de las partes de preseleccionar la ley aplicable a los contratos internacionales con vigencia acotada;

d) para determinar la ley aplicable en ausencia de elección el legislador del Mercosur podría considerar la posibilidad de adoptar conexiones flexibles. En este último caso, propiciamos, para otorgar mayor certeza a los operadores y para poder prever el conocimiento de la ley aplicable, la incorporación de pautas orientadoras expresas. Ver Libro de Ponencias de las Jornadas (publicación realizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Universidad del Litoral, septiembre de 1999).

[33] "E.D.", t. 33, p. 27.

[34] "L.L.", t. 1980-B, ps. 375 a 386, con nota del profesor Werner GOLDSCHMIDT.

del contrato (art. 1212) *el domicilio del banco deudor de la prestación más característica del contrato* [35].

4) En "*CICERONE, JOSÉ C/BANCO DE ENTRE RÍOS S/SUMARIO*", del 19 de febrero de 1982, se trataba de un contrato bancario internacional, específicamente de comisión mercantil de cobranza bancaria. Se sujetó el contrato al derecho sustancial argentino por entenderse que el lugar del cumplimiento es el lugar del domicilio del deudor de la prestación más característica del contrato, cual es el domicilio del banco al que se le ha encomendado la cobranza en la República Argentina [36].

5) En "*DEUTSCHES REISEBURO C/SPETER, ARMANDO S/ORDINARIO*", la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, con fecha 27 de febrero de 1984, entre otras circunstancias, como fue la introducción de la doctrina de la aplicación del derecho sustantivo común por elección en el proceso, sostuvo que en el caso de la regulación de la asunción de deuda por el derecho alemán y el derecho argentino el contrato de alojamiento objeto de la litis se encontraba sujeto *a la ley del domicilio del deudor de la prestación más característica, cual es la de alojar espectadores*, en el caso, el derecho argentino [37].

6) En "*ARREBILLAGA, ARTURO E. Y OTRA C/BANCO DE SANTA CRUZ*", del 1 de marzo de 1984, con relación a un contrato de intermediación internacional se sostuvo la aplicación del derecho argentino por ser la ley del lugar del domicilio del intermediario o, dicho de otro modo, *por la ley del domicilio o del establecimiento del prestador característico del contrato* [38].

7) En el fallo dictado el 7 de mayo de 1984, que trataba de un contrato internacional de transporte terrestre de mercaderías desde el Brasil a la Argentina, se sostuvo que la conducta procesal asumida por las partes hizo regir el contrato por el derecho argentino, lo que importa el reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad como criterio rector en la materia. El tribunal sostuvo *obiter dictum* que, de no haber mediado esta elección, siguiendo el criterio de la prestación más característica del contrato el negocio *se hubiera regido por el derecho del domicilio del transportista*, en el supuesto, la ley brasileña [39].

8) En "*SAGEMULLER, FRANCISCO*", según fallo recaído el 10/8/88, la Cámara 2ª de Paraná, Sala II, sostuvo en materia de un contrato internacional de compraventa de acciones que en el contrato de natu-

[35] "E.D.", t. 97, p. 104.
[36] Fallo publicado en "E.D.", t. 101, p. 179.
[37] Rev. "E.D.", 12/4/84.
[38] Rev. "E.D.", 13/8/84.
[39] Publicado en Revista El Derecho.

raleza bilateral debe darse prevalencia a lo que se ha dado en llamar la prestación más característica del contrato, entendiéndose por tal aquella que dentro de la función económica del contrato configura las conductas de adjudicaciones que más satisfacen el fin económico del negocio. Se dijo en lo puntual que "para determinar cuál es la prestación más característica del contrato de compraventa internacional de acciones debe estarse, no a la entrega de las acciones concebida como materialidad, sino a la transferencia de la participación social en una empresa. Por lo tanto, el punto de contacto, lugar de cumplimiento, impone juzgar la litis a la luz del derecho material argentino..." [40].

Mirando al espacio integrado del Mercosur, conviene tener presente que en la República Oriental del Uruguay la doctrina más prestigiosa se ha inclinado, refiriéndose a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales celebrada en México en 1994, por remarcar la importancia de definir los vínculos más estrechos, y en lugar de dejarlo librado al criterio de un tribunal destaca la conveniencia de presumir que se verifica en el Estado donde la prestación que lo caracteriza debe cumplirse. En esta línea de pensamiento se sostiene criteriosamente que "el rechazo de esa presunción, a pretexto de que ésta podrá ser diferente según los distintos contratos —argumento del experto norteamericano Harold BURMAN en Tucson—, tiene como razón de fondo dejar en manos del juez el problema, muy en la orientación del *common law*, en la que se prefiere a las partes y a los tribunales más que al legislador cuando de intereses privados se trata. Ello explica igualmente que se rechazara la propuesta presentada conjuntamente de HERBERT-OPERTTI de señalizar la búsqueda del juez tomando la ley del domicilio de la persona física o sede del establecimiento de la persona jurídica, obligadas, ante la imposibilidad de determinar el lugar de la prestación más característica" [41].

4) Las reglas materiales autónomas.

Por cierto que esta "autonomía" no ha sido incorporada al Código Civil. En efecto, la elaboración doctrinal pertenece a la mitad del siglo XX.

En nuestro país esta línea de pensamiento ha sido defendida desde la doctrina y en los pronunciamientos judiciales.

La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, integrada entre otros por el doctor Antonio BOGGIANO, hizo aplicación de la denominada "autonomía material". Conforme

[40] "L.L.", t. 1989, ps. 193 a 203, con comentario de Antonio BOGGIANO.

[41] OPERTTI BADÁN, Didier: *La CIDIP V: una visión en perspectiva*, "Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado", nº 1, 1994.

surge de estos fallos, las partes tienen la facultad de establecer el contenido normativo del contrato en el ámbito del derecho competente. En ejercicio de esta facultad las partes están habilitadas para convenir una norma material contractual opuesta a una norma coactiva del derecho elegido. Esta autonomía reconoce restricciones, tales como las normas de policía o las de orden público internacional del juez. A partir de este fallo, la autonomía material ha continuado siendo reconocida en numerosos fallos posteriores, inclusive de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [42].

Por nuestra parte, pensamos que esta teoría de la elaboración de reglas materiales autónomas por las partes puede llegar al extremo de provocar la destrucción del estatuto contractual. No decimos que estemos o no de acuerdo, no hacemos un juicio de valor; solamente, haciendo prospectiva jurídica, advertimos sobre lo que nos parece puede llegar a ocurrir ante órdenes jurídicos demasiado permisivos, confiados, ingenuos.

Jurisprudencia argentina.

El caso GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ c/SIFAR.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que resultaba innecesario analizar si era aplicable a una compraventa peruano-argentina el derecho peruano o argentino, en virtud de las normas de conflicto del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 que resultaba aplicable.

Sostuvo el tribunal que "...el convenio libremente pactado constituye el derecho aplicable y demuestra la improcedencia de la devolución perseguida por la demandada".

Desde nuestro punto de vista, la Corte se apartó de la solución preceptiva introducida en el art. 33 del Tratado de Montevideo de 1889, contrariando su texto y la interpretación que emana de las Actas del Congreso antes citadas [43].

[42] BOGGIANO, Antonio: *Derecho Internacional Privado* cit., t. II, ps. 260 y 313.

[43] Ver OPERTTI BADÁN, Didier, cuando le responde al profesor BOGGIANO en una conferencia dictada en Montevideo en 1988: "Disiéntese con este criterio habida cuenta de la claridad del art. 32 en cuanto a la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, ya que dicha ley decide sobre los puntos que ese mismo artículo y el art. 33 enuncian, por lo que no ha habido silencio sino norma expresa" (tomado de FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, ob. cit., p. 53).

El caso TREVISO, PABLO, S.A. Y OTROS c/BANCO ARGENTINO DE COMERCIO [44].

En la sentencia dictada el 31 de agosto de 1976, el doctor Antonio BOGGIANO, a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial n° 13, sostuvo: "En contratos internacionales, la autonomía material de las partes, al incorporar las normas que rigen el negocio, no sólo tiene virtualidad derogatoria de las normas dispositivas y coactivas del derecho legal del juez (*lex fori*), sino incluso de las normas coactivas del derecho estatal que resultarían aplicables de funcionar las normas de conflicto del Derecho Internacional Privado argentino.

"...Cuando las partes de un contrato internacional —en el caso, crédito documentado— eligen el juez que debe entender en las controversias que el mismo suscite, eligen al mismo tiempo el Derecho Internacional Privado aplicable, que es el del juez elegido. Este Derecho Internacional Privado aplicable puede contener normas materiales que den directa y sustancial solución a la controversia o, en su caso, contener normas de conflicto que indiquen el derecho material a aplicar por el juez escogido. Y, por otra parte, la elección del juez determina igualmente los principios de orden público que regirán el caso, pues estos principios serán los del Derecho Privado del país a que pertenece el juez elegido.

"La condición general inserta en el instrumento de crédito documentado, por la cual se pactó que el ordenante se obligaba a pagar al banco el equivalente de las sumas utilizadas por el acreditado antes de recibir de él la documentación que debía entregarle el banco emisor, importa una prelación en el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato internacional que no ofende al orden público, espíritu de la legislación argentina (art. 14, inc. 2, Cód. Civil), por lo cual dicha cláusula introducida por las partes para regir el negocio internacional en virtud de su autonomía material tiene plena eficacia".

La doctrina del fallo sostiene la posibilidad de la voluntad de las partes de crear cláusulas prescriptivas del contenido de fondo de su contrato y que, como ellas pueden elegir el derecho aplicable al contrato, también pueden excluir del Derecho Privado elegido las normas coactivas de ese ordenamiento jurídico. Esta exclusión solamente puede efectivizarse mediante la incorporación al contrato de normas coactivas del Derecho Privado rector del negocio que se pretenden

[44] Dictado por el profesor Antonio BOGGIANO como juez de primera instancia a cargo del Juzgado en lo Comercial n° 13 de la Capital Federal el 31 de agosto de 1976; si bien fue apelado, la sentencia quedó firme al declarar la Cámara Nacional en lo Comercial, por su Sala A, con fecha 18 de mayo de 1977, la caducidad de la instancia ("E.D.", t. 77, ps. 428 a 441, con comentario de Manuel E. MALBRÁN: *La autonomía contractual en el Derecho Internacional Privado*).

desplazar. Sin embargo, según sostiene uno de sus defensores más vehementes, no cabe la exclusión general de todas las normas coactivas del Derecho Privado aplicable.

Por ende, si las partes pueden excluir el derecho elegido por el legislador para regir el contrato eligiendo otro, y si las partes pueden excluir las normas de derecho coactivo elegidas por el legislador íntegramente eligiendo otro Derecho Privado nacional, también pueden excluir parcialmente el derecho elegido por el legislador y el elegido por ellas mismas, a través de la autonomía material [45].

La doctrina uruguaya más autorizada, al comentar este fallo, dice: "Se trata de un caso en el que la sentencia fue dictada por el mismo BOGGIANO, el 31 de agosto de 1976, como titular del Juzgado Nacional en lo Comercial n° 13, donde el autor expone el fundamento de las autonomías conflictual y material de las partes en el Derecho Internacional Privado argentino en los siguientes términos: puesto que el art. 1 de la ley 21.305 (Cód. de Procedimientos) autoriza a las partes a elegir el tribunal competente, y dado que cada tribunal aplica su propio Derecho Internacional Privado, las partes están eligiendo el Derecho Internacional Privado que regirá el caso. Esta facultad implica la elección indirecta del derecho sustancial aplicable al fondo del asunto, la regla es *qui eligit judicem eligit jus*... Si las partes pueden elegir el derecho aplicable al caso, no se advierte razón que obste para que puedan crear normas materiales incorporadas al contrato". Sin embargo, esta doctrina advierte la disparidad existente entre los criterios del fallo transcripto y los fundamentos desarrollados en el área del Derecho Marítimo, específicamente en el célebre caso "Compte c/Ibarra", en el que la Corte Suprema, el 16 de noviembre de 1936, declaró la nulidad de la cláusula de jurisdicción de un conocimiento, mediante la cual las partes sometían a un tribunal extranjero la resolución de las desavenencias. Agudamente concluye con estas palabras: "Lo más sorprendente del desarrollo del problema en Argentina es la separación absoluta que tuvo el planteo doctrinal y jurisprudencial en materia de Derecho Marítimo Internacional con respecto al resto de la doctrina. Esta separación consagrada legislativamente en la actualidad ha tenido un efecto incoherente en los planos de política legislativa, cuyas consecuencias negativas pueden parecer evidentes a un observador neutral. Parece inadecuado que los argumentos de la doctrina y la jurisprudencia maritimista y sus fundamentos no sean analizados por la cátedra de Derecho Internacional Privado a la hora de fijar la posición argentina en los foros internacionales y en el momento de tomar decisiones de política legislativa interna. A la

[45] BOGGIANO, Antonio: *Derecho Internacional Privado* cit., t. II, ps. 267 a 276, donde comenta el fallo "Zapata" ("The Bremen et c. Zapata of Shore Co.", 407 U.S. 1 1907, 12/6/72).

inversa, si la argumentación jusprivatista a favor de la autonomía de la voluntad fuera correcta, no es posible que el Derecho Marítimo sea un compartimiento estanco absolutamente inalcanzable por la misma..." [46].

No encontramos asidero a la afirmación desarrollada en este caso cuando señala que al elegir el juez se elige el derecho aplicable al fondo de la controversia. Desde nuestra opinión, el empleo de esta regla, si bien puede servir de pauta como uno de los elementos, como un índice más a tomar en cuenta para interpretar la voluntad de las partes, no resulta con suficiente entidad como para determinarla. Esta línea doctrinal está más cerca del Derecho Internacional Privado inglés, pero se encuentra alejada de los lineamientos del derecho positivo argentino así como de la tendencia actual generalizada en la materia (art. 7, Convención sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, México, 1994).

Por nuestra parte, compartimos plenamente la línea de pensamiento de la doctrina uruguaya, cuya claridad nos exime de mayores comentarios [47].

El caso TACTICIAN INT. CORP. Y OTROS C/ DIRECCIÓN DE FABRICACIONES MILITARES.

Es una demanda contra la Dirección de Fabricaciones Militares por el cobro de una comisión derivada de la intermediación reconocida por la compraventa internacional de armas a la República de Irán. Despúes de sucesivos embarques que no dieron lugar a desavenencias, se acuerda entre la vendedora y la compradora dejar sin efecto parte de la exportación convenida y dejarla en suspenso respecto de otra parte. Los intermediarios, que habían cobrado la comisión respectiva de los embarques efectuados, reclaman la percepción con respecto al negocio acordado y Fabricaciones Militares les niega ese derecho por las ventas no concretadas.

El fallo de primera instancia hizo lugar al reclamo, ya que el juez estimó que el marco jurídico que regía las relaciones entre actores y demandada era un contrato de corretaje, según el cual la remuneración de la tarea de mediación dependía del acercamiento eficaz de las partes, con independencia de la suerte que el negocio corriera una vez concluido. Puesto que la actividad de los actores había sido exitosa,

[46] FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, ob. cit., p. 63.

[47] Ver también el fallo de primera instancia en lo Comercial, Juzgado nº 13, firme, 29/7/77, "Transportes Mabellini, S.A. c/Expofrut S.R.L.", precedentemente citado, que, si bien se refiere a la prestación más característica del contrato, alude a las denominadas autonomía de la voluntad material y autonomía conflictual *obiter dictum* (comentario del profesor Werner GOLDSCHMIDT, "L.L.", t. 1980-B, p. 383).

tenían derecho a la comisión aun cuando el contrato no se hubiera cumplido íntegramente por culpa de alguno de los contratantes (art. 111, Código de Comercio).

Esta decisión fue revocada por la Sala I de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, razón por la cual contra ese pronunciamiento la parte actora, vencida, interpuso el recurso ordinario de apelación, que le fue concedido. Ello, por cuanto se trata de una sentencia definitiva, recaída en una causa en que es parte el Estado nacional argentino, y el valor cuestionado, el objeto de la pretensión, supera los mínimos legales establecidos en el art. 24, inc. 6, ap. *a*, del dec.-ley 1285/58 y sus modificaciones.

Los síndicos de las quiebras de José A. Felipe Mondino y Martha Estévez Fernández de Mondino y los apoderados de la firma Tactician International Corporation y Proveedores Argentinos de Equipos, reclamaron el cobro de 895.699,70 dólares y la fijación de un plazo para el cobro de 342.930,73 dólares, en concepto de comisiones por intermediación en operaciones de compraventa que fueron parcialmente canceladas o de cumplimiento diferido a pedido del Ministerio de Defensa de Irán. La actora sostuvo que, de común acuerdo entre vendedor y comprador, se canceló la operación por valor de 8.957.000 dólares y se dejó pendiente la exportación de material por valor de 3.429.312. No obstante esta frustación del contrato, los intermediarios reclamaron el derecho de la percepción de la comisión estipulada, puesto que el contrato se había celebrado y su retribución no dependía de las vicisitudes en el cumplimiento de la compraventa. Si bien la demandada admitió la relación de intermediación y el efectivo pago de las comisiones, un porcentaje del 9,09% del precio FOB del material vendido en favor de Tactician, sociedad registrada en Panamá y con sede en ese país, y el 0,91% en favor de Proveedores de Equipos, sociedad local, correspondientes a embarques que no dieron motivo a controversia alguna, sostuvo que la Dirección General de Fabricaciones Militares no pagaba comisiones por mercadería no entregada, esto es, por contrato no cumplido, argumentando que de lo contrario se generaría en favor del intermediario un enriquecimiento sin causa.

La Corte Suprema de Justicia sostuvo, con fecha 15 de marzo de 1994: "El ejercicio de la autonomía material de la voluntad en contratos de intermediación internacional es admitido por el Derecho Internacional Privado argentino, que sólo subsidiariamente —y sobre la base de los principios generales en materia contractual— designa la ley del Estado en donde se cumple la actividad del intermediario.

"Si bien el corretaje internacional se halla regido por el derecho interno argentino, ello lo es en todo aquello en que las partes no hayan negociado y pactado una configuración normativa especial, propia de su particular relación.

"La declaración de puro derecho no impide la dilucidación de los hechos controvertidos a partir de las constancias agregadas en los autos y la subsunción de tales hechos en el marco jurídico que el juzgador estime que corresponde al caso".

La línea doctrinal de ese fallo, en el caso específico de un negocio internacional de intermediación, considera que, al no estar comprometido ningún principio insoslayable, las partes pudieron convenir implícitamente una configuración normativa específica para regir la comisión que prevalezca sobre el art. 111 del Código de Comercio. Entre los elementos para estimar expresada la voluntad implícita de las partes se tuvieron en cuenta los términos empleados en el contrato mediante el cual se instrumentó el negocio, y en particular la circunstancia de haberse supeditado el cobro al efectivo embarco del material bélico vendido. Ello queda especialmente constatado cuando se advierte que la disponibilidad de las remesas parciales del precio se efectivizaba por vía bancaria a medida que se realizaban los embarques, y las comisiones se pagaban por los mismos bancos en cada una de las oportunidades en que se liberaban las cartas de crédito. De suerte que esta operatoria implicaba el acuerdo de las partes acerca de que si no se realiza el embarque no se paga la comisión, que, juntamente con los vocablos "operación concretada", le otorgan el sentido de que se trata de negocio "cumplido" y no solamente "acordado".

Esto implica tomar seriamente en consideración la voluntad de las partes a partir del comportamiento prenegocial, así como de las prácticas seguidas durante la ejecución del contrato de intermediación internacional.

b) Proyecto de Reforma al Código Civil de 1993.

El contrato internacional, respecto de su validez intrínseca o sustancial, esto es, de su fondo, puede estar sometido a la ley que expresa o tácitamente hayan preseleccionado las partes, o bien, en ausencia de tal elección, la ley aplicable es la que el legislador adopte sobre la base de criterios más o menos rígidos.

En la primera de las normas dedicadas a regular este aspecto (el art. 947), el Proyecto de 1993 consagra expresamente el principio de la autonomía de la voluntad, al disponer que el contrato se rige por el derecho elegido por las partes.

Finaliza la norma proyectada por admitir la posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable a la totalidad o a una parte separable del contrato.

En la segunda de las disposiciones (la del art. 948) se establece que las partes pueden convenir el contenido normativo del contrato, elaborando o incorporando normas sutanciales adaptadas al negocio de que se trate. De este modo se establece que las partes podrán

desplazar las normas imperativas del Derecho Privado aplicable al contrato mediante cláusulas de contenido distinto, siempre que éstas no afecten el orden público internacional ni las disposiciones internacionalmente imperativas de la República. En la nota colocada al pie del texto se indica como fuente la doctrina defendida por BOGGIANO en su obra *Derecho Internacional Privado*. Sin embargo, se aclara que la mentada elaboración por las partes no puede llegar a punto tal de configurar una especie de contrato sin ley.

En la tercera de las disposiciones, y para el supuesto de ausencia de elección del derecho, o en la medida en que esta elección no se haya efectuado, se establece que el contrato se rige por el derecho del Estado con el cual presente los vínculos más estrechos. Se añade que se presume que existen vínculos más estrechos con el Estado donde la parte que debe cumplir la prestación que caracteriza al contrato tiene su domicilio, profesional o comercial.

Entre otros de los aspectos, en el art. 951 se rechaza el reenvío en este ámbito y luego vendrán la regulación de casos específicos, tales como los contratos relativos a inmuebles o a su utilización, o los contratos celebrados por consumidores. No ahondaremos en este tema que hemos desarrollado en una obra anterior [48].

c) Proyecto de Reforma de 1998/1999.

El Proyecto de 1998/1999 dedica a las obligaciones contractuales dos de las tres Secciones del Capítulo IX, desde el artículo 91 al 110 inclusive.

El *art. 91* establece la libertad de elección por las partes del derecho, esto es, la posibilidad que esta preselección resulte de forma expresa o claramente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Asimismo, se establece la facultad de elegir la ley aplicable a la totalidad o a una parte del contrato.

En el siguiente artículo, con la denominación de libertad de convenir el derecho aplicable, se introduce la posibilidad de elaborar o incorporar normas sustanciales adaptadas al negocio de que se trate.

En ausencia de elección, el *art. 93* establece que el contrato se rige por el derecho del Estado con el cual presenta vínculos más estrechos. Se introduce la presunción de la prestación más característica del contrato.

Entre otras de las disposiciones generales destaca la que excluye el reenvío, en materia de contratos, salvo la expresa indicación por las partes.

[48] Ver el desarrollo profundizado en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara: *Derecho Internacional Privado* cit., vol. 18, ps. 121 a 141.

En la Sección Segunda del Proyecto, el legislador se dedica especialmente a la reglamentación cuidadosa de los contratos sobre inmuebles, los contratos celebrados por consumidores, los contratos de trabajo, la representación, la cesión de crédito, el contrato de *leasing*, la permuta, el mandato, las donaciones, el contrato de transporte de cosas y el contrato de seguro.

Las fuentes inspiradoras de estas disposiciones son el Proyecto de 1993; la Ley de Derecho Internacional Privado suiza de 1987; la Convención de Roma de 1980; la Convención de México; la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales; la Convención de Viena de 1980; el Proyecto Goldschmidt; la Convención de La Haya de 1978 sobre Ley Aplicable a los Contratos de Intermediación y Representación; el Convenio de Otawa de 1988 sobre Leasing Financiero Internacional; los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940, entre otras.

Las reglas proyectadas innovan, con respecto al Proyecto de 1993 que ilumina todo su contenido, al introducir la regulación de los distintos tipos de contratos en particular, tomando como fuente de inspiración las soluciones de las más relevantes y recientes convenciones internacionales sobre Derecho Internacional Privado.

El espíritu predominante que impregna este Proyecto en materia de contratos internacionales es la sistematización de normas que procuran armonizar su texto con las normas de convenciones internacionales elaboradas en el marco de la OEA, así como en otros ámbitos de codificación como la ONU y La Haya. También le han servido de guía para la elaboración de las disposiciones las soluciones de los Proyectos anteriores de Derecho Internacional Privado, así como las soluciones de las codificaciones más modernas tanto americanas como europeas.

Nos parece adecuada la consagración del principio de la autonomía de la voluntad por el Proyecto, por resultar acorde con las tendencias legislativas actuales. Sin embargo, no por ello la regulación se encuentra libre de objeciones. La primera es que no restringe la facultad de elección a los contratos internacionales. Con esta restricción se trata de evitar que las partes, en virtud de su autonomía, erijan en internacional un contrato que es puramente interno. La segunda observación que nos merece el Proyecto es que no indica si el ejercicio de la facultad de elección puede realizarse en todo momento o solamente al momento de la celebración del contrato. Ello puede dar lugar a distintas interpretaciones, por lo que esta aclaración pudo haberlas evitado. La tercera reflexión es que no concordamos con la necesidad de incorporar expresamente la denominada autonomía material, si bien reconocemos que tiene el innegable mérito de haber sido pretorianamente desarrollada en la República Argentina.

Finalmente, se introduce a la prestación más característica del contrato como pauta de conexión más estrecha. Este criterio ha sido

elaborado por el Tribunal Suizo, a partir del 12 de febrero de 1952, en la célebre sentencia "Chevalley c/Genimportext S.A.", conforme a la cual la búsqueda de un vínculo objetivo de los elementos de un contrato debe realizarse según la función que la relación contractual ejerce en la vida económica y social de un país determinado.

Como observamos anteriormente, se procura determinar la ley aplicable para contratos de una misma especie, de modo de simplificar ciertas dificultades que presentaran los tradicionales puntos de conexión en esta materia: el del lugar de ejecución o de celebración del contrato. De modo que se emplea un criterio intermedio, dejando al juez un amplio margen de apreciación para esa búsqueda, lo cual puede conducir a la temida inseguridad jurídica.

8. Sistema de Derecho Internacional Privado argentino: fuente convencional. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo someten a los contratos internacionales a la ley del lugar donde ellos habrán de ser cumplidos. Se insertan claramente en la línea de pensamiento savigniana en la materia.

Sin embargo, con el propósito de solucionar la cuestión de la ley aplicable, establecen que de no poder determinarse, de acuerdo a las pautas que brinda el propio Convenio, el lugar de cumplimiento del contrato internacional, la ley aplicable es la ley del lugar de su conclusión (arts. 32 y 33 del Tratado de 1889, y 36 y 37 del Tratado de 1940).

De modo que estos instrumentos jurídicos internacionales proporcionan, para arribar a la ley aplicable a la sustancia del contrato, un punto de conexión principal y otro subsidiario.

"*Art. 33.* — La ley del lugar del cumplimiento rige su existencia, naturaleza, validez, efectos, consecuencias y ejecución. En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea".

9. Convenciones internacionales. Ámbito continental: la obra codificadora americana de la CIDIP en 1989 y en 1994. La Convención Interamericana de México de 1994 [49].

Durante el desarrollo de la Conferencia Interamericana de 1989, dentro de un contexto de tibia admisión del principio de la autonomía

[49] Esta Convención no ha sido ratificada por la República Argentina, pero se encuentra en vigor ante la ratificación de México y Venezuela. Sobre sus aspectos más salientes puede consultarse, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Contratos internacionales* cit., y *Bases para un instrumento de armonización en materia*

de la voluntad, solamente se logró elaborar las bases para una futura convención.

Precisamente en 1994 se logró la aprobación de la Convención en Materia de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en el nivel continental, que contiene los siguientes lineamientos básicos:

1) La consagración de la autonomía de la voluntad conflictual: introduce en el artículo 7 de su texto, como criterio regulador rector en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. La admisión del principio no está limitada a un derecho que tenga un lazo con el contrato. Se trata de un hito en la materia. Esta elección puede ser expresa o tácita, si bien la selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección de derecho aplicable.

2) La selección subsidiaria está basada en el criterio de los lazos más estrechos pero sin aportar indicios, pautas o guías al intérprete. El artículo 9 indica que, en ausencia de elección del derecho aplicable, el contrato internacional se rige por el derecho del Estado con el que tenga una conexión más estrecha.

3) La condena del reenvío, ya que el art. 17 establece que, a efectos de la Convención, se entenderá por "derecho el vigente en un Estado", con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes. Este precepto nos ha impulsado a pensar que, dentro de su ámbito, las partes no podrán elegir para regular el contrato internacional un orden jurídico no estatal.

4) La posibilidad, según lo determina en los artículos 7 y 8 respectivamente, de elegir el derecho aplicable a la totalidad así como

---

contractual para el Mercosur, "Síntesis Forense", nº 82, Revista del Colegio de Abogados de San Isidro, ps. 52 a 57, julio de 1997, así como los excelentes trabajos de OPERTTI BADÁN, Didier: *La CIDIP V: una visión en perspectiva* cit.; ARCAGNI, José Carlos: *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, "L.L.", t. 1996-A, sec. Doctrina, ps. 1434 a 1444; HERBERT, Ronald: *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, "Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado", nº 1, 1994; PARRA ARANGUREN, Gonzalo: *Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law*, Liber Amicorum Georges Droz, 1996; NOODT TAQUELA, María Blanca: *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, VI Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado de Segovia, 1 y 2 de diciembre de 1995; CIURO CALDANI, Miguel A.: *Aportes para la comprensión axiológica histórica de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, "Boletín de la Sección de Derecho Internacional Privado de la AADI", nº 5, Rosario, 1995; PEREZNIETO CASTRO, Leonel: *Introducción a la Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, "Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale", 1994, nº 4; SANTOS BELANDRO, Rubén: *El Derecho aplicable a los contratos internacionales* cit., entre otros.

a una parte del contrato, así como hacerlo en cualquier momento, sin perjuicio de la validez formal y los derechos de los terceros.

5) El reconocimiento, en los artículos 11 y 18, de las normas de aplicación inmediata del foro como extranjeras y del orden público del foro como limitaciones en materia de derecho aplicable.

6) La incorporación de una calificación de la internacionalidad del contrato mediante pautas objetivas. El párrafo 2° del art. 1, dedicado a reglar el ámbito de aplicación, establece que "se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte".

7) La inclusión, según lo dispone el tercer párrafo del art. 1, de los contratos entre Estados, si bien se admiten las pertinentes reservas.

8) La asunción, en el art. 3, de las nuevas modalidades de contratación.

9) La introducción, en el art. 10, de la llamada *lex mercatoria* como "criterio interpretativo" en materia de contratos internacionales.

10. Espacios integrados. Bases de armonización legislativa. Unión Europea. Convención de Roma de 1980. Bases de armonización legislativa en el Mercosur.

a) La Unión Europea.

En el espacio integrado de la Unión Europea se ha producido, a través de un Convenio internacional, la armonización legislativa en materia de obligaciones contractuales. Las soluciones de esta Convención deben ser miradas atentamente cuando se trate de armonizar legislativamente en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales en el espacio del Mercosur. Este instrumento internacional se caracteriza por:

1) La recepción del principio de la autonomía de la voluntad como criterio regulador en materia de contratos internacionales, en el art. 3, al consagrar la libertad de elección de la ley aplicable. La doctrina mayoritariamente ha entendido que el empleo del vocablo "ley" resulta indicativo de que dentro de este marco normativo no tiene cabida la posibilidad para las partes de elegir un orden jurídico no estatal para regular sus contratos internacionales.

2) La no exigencia de que exista un lazo entre la ley elegida y el contrato internacional, pudiendo las partes designar la ley aplicable a todo el contrato o solamente a una parte de él.

3) La admisión de la posibilidad para las partes de modificar la ley aplicable elegida, dejando a salvo la validez formal del contrato así como los derechos de terceros.

4) La elección debe resultar de una manera cierta de las disposiciones del contrato o de las circunstancias de la causa. De forma tal que quedan excluidas las elecciones meramente implícitas, tales como los denominados pactos atributivos de jurisdicción.

5) La incorporación de criterios secundarios intermedios, ya que en el art. 4 esta Convención consagra la regla general que dispone que la ley aplicable en materia de contratos internacionales en defecto de elección será la ley del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos, presumiéndose que ella es la de la residencia habitual del deudor de la *prestación más característica del contrato*. No obstante, esta presunción puede quedar desvirtuada si del conjunto de las circunstancias del caso surge que el contrato presenta lazos más estrechos con otro Estado. Esta es la llamada cláusula de escape a la regla general expresada precedentemente.

b) El Mercosur.

La cuestión atinente a la armonización legislativa en las áreas pertinentes se encuentra comprometida por los integrantes del espacio integrado, según surge del artículo 1 del Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991. En materia de ley aplicable a los contratos internacionales no se ha logrado la aprobación del marco normativo específico. Es una asignatura aún pendiente del legislador, por cuanto en el área solamente se ha logrado aprobar el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual del 5 de agosto de 1994, que se encuentra en vigor entre tres de los cuatro países que lo conforman [50].

La doctrina más autorizada ha realizado un gran aporte en este sentido, mediante innumerables trabajos publicados y ponencias en congresos especializados. En lo especial destacamos las conclusiones, en lo pertinente, de la Comisión n° 7 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: "Con miras al perfeccionamiento que requiere el nivel de soluciones internacionales, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales puede no resultar adecuada por la combinación de la excesiva flexibilidad de sus soluciones y la gran amplitud de su ámbito de aplicación.

"En última instancia el proceso integrador requiere normatividades propias, con un espíritu de acercamiento y desarrollo que excede el nivel meramente internacional. En este sentido, es posible que las soluciones conflictuales deban ser progresivamente reemplazadas por respuestas sustanciales.

[50] Ver el trabajo citado en nota 32 y, además, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: *Jurisdicción internacional en materia contractual* cit., vol. 4.

"Una vía de acercamiento entre los derechos del Mercosur es la armonización conflictual y sustancial. El régimen de los contratos del Mercosur debe tener en cuenta un nivel de soluciones generales y otro referido a los contratos que requieran, a su vez, respuestas específicas.

"Sin caer en transposiciones que ignoren las particularidades mercosureñas, es posible aprovechar al respecto la experiencia que viene produciendo la Unión Europea, donde se ha recorrido un camino que pasa por la Convención sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de Roma de 1980 y los esfuerzos actuales para su superación.

"Se considera que, en cuanto concierne a los contratos internacionales, el Libro VIII del Proyecto de Código Civil, actualmente en tratamiento parlamentario, es una base idónea para la discusión de un nuevo régimen argentino de fuente interna" [51].

Hemos trabajado en este sentido en diversas ocasiones propiciando la elaboración de un marco regulador, en el nivel autónomo generado en el propio espacio del Mercosur, destinado a armonizar legislativamente esta delicada cuestión. Inclusive nos lanzamos a dar las pautas que creemos debe contener el instrumento jurídico específico [52].

Para no resultar reiterativos, pasaremos a analizar, aunque sucintamente, algunas de las realizaciones más relevantes en los sistemas de Derecho Internacional Privado comparado.

11. Sistemas de Derecho Internacional Privado comparados. Algunas tendencias destacables.

El *Código Civil yemenita* de 1992, en el artículo 30, establece: "Los efectos de los contratos se rigen por la ley del domicilio cuando la misma es común a las partes contratantes, y en defecto de domicilio

[51] Este tema fue el objeto de debate de la Comisión nº 7 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad del Litoral durante el mes de septiembre de 1999. Las conclusiones de las excelentes ponencias presentadas así como las conclusiones de las Jornadas han sido publicadas en el Libro de las Jornadas y se encuentran en Internet.

[52] Ver Separata de la "Revista del Notariado"; ciclo de Mesas Redondas organizadas por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, desarrollado durante 1998, como contribución académica para las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, "Temas de Derecho Privado", nº XI, Ed. del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, ps. 129 a 150, 1999, donde tuvimos el honor de compartir la mesa con prestigiosos especialistas de la disciplina Derecho Internacional Privado, como las doctoras Victoria BASZ, María Blanca NOODT TAQUELA e Inés WEINBERG DE ROCA y el profesor Giuseppe GANDOLFI, y donde debatimos sobre "El régimen de los contratos para la integración del Mercosur".

común, por la ley del lugar donde el contrato ha sido celebrado. Todo esto, si las partes no han convenido o si resulta de las circunstancias la intención de aplicar otra ley. Siempre los contratos relativos a inmuebles serán sometidos a la ley de la situación del inmueble".

La *Ley italiana de Derecho Internacional Privado* de 1995 le dedica el artículo 57, que conforma el Capítulo X, titulado "Obligaciones contractuales":

"*Art. 57. Obligaciones contractuales.*

Las obligaciones contractuales, en todo caso, se rigen por la Convención de Roma del 19 de junio de 1980 sobre ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, ratificada por ley 975 del 18 de diciembre de 1984, sin perjuicio de lo previsto en otras convenciones internacionales en la medida en que sean aplicables".

La *Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela* de 1998 se ocupa de los contratos en tres artículos, desde el 29 al 31, inclusive:

"*Art. 29.* — Las obligaciones convencionales se rigen por el derecho indicado por las partes".

"*Art. 30.* — A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato; para determinar ese derecho también tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales".

"*Art. 31.* — Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto" [53].

Esperamos reencontrarnos con nuestros lectores cuando con renovadas esperanzas continuemos explorando el área del Derecho del Comercio Internacional.

[53] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara: *Contratos internacionales* cit., Capítulo V, "El principio de la autonomía en el Derecho comparado", donde se analizan detenidamente en distintas secciones algunas de las realizaciones europeas y americanas, y Capítulo VI, "El principio de la autonomía de la voluntad en los espacios integrados y en las recientes codificaciones americanas", ps. 105 a 133.

NORMAS COMPLEMENTARIAS

TRATADO DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

Montevideo, 1889

Título 1. — DE LAS PERSONAS

1. La capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio.

2. El cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida por emancipación, mayor edad o habilitación judicial.

3. El Estado en el carácter de persona jurídica tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de otro Estado, de conformidad a las leyes de este último.

4. La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se rige por las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales.

El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les correspondan.

Mas, para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos.

Título 2. — DEL DOMICILIO

5. La ley del lugar en el cual reside la persona determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio.

6. Los padres, tutores y curadores tienen su domicilio en el territorio del Estado por cuyas leyes se rigen las funciones que desempeñan.

7. Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes legales.

8. El domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio y en defecto de éste, se reputa por tal el del marido.

La mujer separada judicialmente conserva el domicilio del marido, mientras no constituya otro.

9. Las personas que no tuvieran domicilio conocido lo tienen en el lugar de su residencia.

Título 3. — DE LA AUSENCIA

10. Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto a los bienes del ausente, se determinan por la ley del lugar en que esos bienes se hallan situados.

Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía.

TÍTULO 4. — DEL MATRIMONIO

11. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en que se celebra.

Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle afectado de alguno de los siguientes impedimentos:

a) Falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimum catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer;
b) Parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o ilegítimo;
c) Parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos;
d) Haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge supérstite;
e) El matrimonio anterior no disuelto legalmente.

12. Los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto afecta sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio matrimonial.

Si los cónyuges mudaren de domicilio, dichos derechos y deberes se regirán por las leyes del nuevo domicilio.

13. La ley del domicilio matrimonial rige:
a) La separación conyugal;
b) La disolubilidad del matrimonio, siempre que la causa alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró.

TÍTULO 5. — DE LA PATRIA POTESTAD

14. La patria potestad, en lo referente a los derechos y deberes personales, se rige por la ley del lugar en que se ejercita.

15. Los derechos que la patria potestad confiere a los padres sobre los bienes de los hijos, así como su enajenación y demás actos que los afecten, se rigen por la ley del Estado en que dichos bienes se hallan situados.

TÍTULO 6. — DE LA FILIACIÓN

16. La ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio.

17. Las cuestiones sobre legitimidad de la filiación, ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo.

18. Los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos.

TÍTULO 7. — DE LA TUTELA Y CURATELA

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

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

21. La tutela y curatela, en cuanto a los derechos y obligaciones que imponen, se rigen por la ley del lugar en que fue discernido el cargo.

22. Las facultades de los tutores y curadores de los bienes que los incapaces tuvieren fuera del lugar de su domicilio, se ejercitarán conforme a la ley del lugar en que dichos bienes se hallan situados.

23. La hipoteca legal que las leyes acuerdan a los incapaces sólo tendrá efecto cuando la ley del Estado en el cual se ejerce el cargo de tutor o curador concuerde con la de aquel en que se hallan situados los bienes afectados por ella.

TÍTULO 8. — DISPOSICIONES COMUNES A LOS TÍTULOS 4, 5 Y 7

24. Las medidas urgentes que conciernen a las relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y a la tutela y curatela, se rigen por la ley del lugar en que residen los cónyuges, padres de familia, tutores y curadores.

25. La remuneración que las leyes acuerdan a los padres, tutores y curadores y la forma de la misma, se rige y determina por la ley del Estado en el cual fueron discernidos tales cargos.

TÍTULO 9. — DE LOS BIENES

26. Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.

27. Los buques, en aguas no jurisdiccionales, se reputan situados en el lugar de su matrícula.

28. Los cargamentos de los buques, en aguas no jurisdiccionales, se reputan situados en el lugar del destino definitivo de las mercaderías.

29. Los derechos creditorios se reputan situados en el lugar en que la obligación de su referencia debe cumplirse.

30. El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición.

Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo o de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición o conservación de los derechos mencionados.

31. Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad a la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, priman sobre los del primer adquirente.

TÍTULO 10. — DE LOS ACTOS JURÍDICOS

32. La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.

33. La misma ley rige:

a) Su existencia;

b) Su naturaleza;

c) Su validez;

d) Sus efectos;
e) Sus consecuencias;
f) Su ejecución;
g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos bajo cualquier aspecto que sea.

34. En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración.

Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados.

Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración.

Los que versen sobre prestación de servicios:

a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración;
b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producir sus efectos;
c) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato.

35. El contrato de permuta sobre cosas situadas en distintos lugares, sujetos a leyes disconformes, se rige por la del domicilio de los contrayentes si fuese común al tiempo de celebrarse la permuta y por la del lugar en que la permuta se celebró si el domicilio fuese distinto.

36. Los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia.

37. La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta.

38. Las obligaciones que nacen sin convención se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que procede.

39. Las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan.

Los instrumentos privados, por la ley del lugar del cumplimiento del contrato respectivo.

TÍTULO 11. — DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

40. Las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes que tengan al tiempo de celebrarlas y de los que adquieran posteriormente, en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de su situación.

41. En defecto de capitulaciones especiales, en todo lo que ellas no hayan previsto y en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes, las relaciones de los esposos sobre dichos bienes se rigen por la ley del domicilio conyugal que hubieren fijado, de común acuerdo, antes de la celebración del matrimonio.

42. Si no hubiesen fijado de antemano un domicilio conyugal, las mencionadas relaciones se rigen por la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio.

43. El cambio de domicilio no altera las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.

TÍTULO 12. — DE LAS SUCESIONES

44. La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento.

Esto no obstante, el testamento otorgado por acto público con cualquiera de los Estados Contratantes será admitido en todos los demás.

45. La misma ley de la situación rige:

a) La capacidad de la persona para testar;
b) La del heredero o legatario para suceder;
c) La validez y efectos del testamento;
d) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite;
e) La existencia y proporción de las legítimas;
f) La existencia y monto de los bienes reservables;
g) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

46. Las deudas que deban ser satisfechas en alguno de los Estados Contratantes gozarán de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte del causante.

47. Si dichos bienes no alcanzaren para la cancelación de las deudas mencionadas, los acreedores cobrarán sus saldos proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del preferente derecho de los acreedores locales.

48. Cuando las deudas deben ser canceladas en algún lugar en que el causante no haya dejado bienes, los acreedores exigirán su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, con la misma salvedad establecida en el artículo precedente.

49. Los legados de bienes determinados por su género y que no tuvieren lugar designado para su pago se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte, se harán efectivos sobre los bienes que deje en dicho domicilio y, en defecto de ellos o por su saldo, se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes del causante.

50. La obligación de colacionar se rige por la ley de la sucesión en que ella sea exigida.

Si la colación consiste en algún bien raíz o mueble, se limitará a la sucesión de que ese bien dependa.

Cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a que concurra el heredero que deba la colación proporcionalmente a su haber en cada una de ellas.

TÍTULO 13. — DE LA PRESCRIPCIÓN

51. La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley a que las obligaciones correlativas están sujetas.

52. La prescripción extintiva de acciones reales se rige por la ley del lugar de la situación del bien gravado.

53. Si el bien gravado fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en que se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

54. La prescripción adquisitiva de bienes muebles o inmuebles se rige por la ley del lugar en que están situados.

55. Si el bien fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en que se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

TÍTULO 14. — DE LA JURISDICCIÓN

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

Podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado.

57. La declaración de ausencia debe solicitarse ante el juez del último domicilio del presunto ausente.

58. El juicio sobre capacidad o incapacidad de las personas para el ejercicio de los derechos civiles debe seguirse ante el juez de su domicilio.

59. Las acciones que procedan del ejercicio de la patria potestad y de la tutela y curatela sobre la persona de los menores e incapaces y de éstos contra aquéllos, se ventilarán, en todo lo que les afecte personalmente, ante los tribunales del país en que estén domiciliados los padres, tutores o curadores.

60. Las acciones que versen sobre la propiedad, enajenación o actos que afecten los bienes de los incapaces, deben ser deducidas ante los jueces del lugar en que esos bienes se hallan situados.

61. Los jueces del lugar en el cual fue discernido el cargo de tutor o curador son competentes para conocer el juicio de rendición de cuentas.

62. El juicio sobre nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y en general todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal.

63. Serán competentes para resolver las cuestiones que surjan entre esposos sobre enajenación u otros actos que afecten los bienes matrimoniales los jueces del lugar en que estén ubicados esos bienes.

64. Los jueces del lugar de la residencia de las personas son competentes para conocer de las medidas a que se refiere el artículo 24.

65. Los juicios relativos a la existencia y disolución de cualquiera sociedad civil deben seguirse ante los jueces del lugar de su domicilio.

66. Los juicios a que dé lugar la sucesión por causa de muerte se seguirán ante los jueces de los lugares en que se hallen situados los bienes hereditarios.

67. Las acciones reales y las denominadas mixtas deben ser deducidas ante los jueces del lugar en el cual exista la cosa sobre que la acción recaiga.

Si comprendieren cosas situadas en distintos lugares, el juicio debe ser promovido ante los jueces del lugar de cada una de ellas.

DISPOSICIONES GENERALES

68. No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias. La que lo apruebe, lo comunicará a los Gobiernos de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay para que lo

hagan saber a las demás naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

69. Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

70. Si alguna de las naciones signatarias creyese conveniente desligarse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a las demás; pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

71. El artículo 68 es extensivo a las naciones que, no habiendo concurrido a este Congreso, quisieran adherirse al presente Tratado.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios de las naciones mencionadas, lo firman y lo sellan en el número de cinco ejemplares, en Montevideo, a los doce días del mes de febrero del año de mil ochocientos ochenta y nueve.

Ratificaciones: Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

REFORMAS INTRODUCIDAS AL TRATADO DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

Montevideo, 1940

TÍTULO 1. — DE LAS PERSONAS

1. La existencia, el estado, y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley de su domicilio. No se reconocerá incapacidad de carácter penal, ni tampoco por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión.

2. El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.

3. Los Estados y las demás personas jurídicas de derecho público extranjeras, podrán ejercer su capacidad en el territorio de otro Estado, de conformidad con las leyes de este último.

4. La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por las leyes del país de su domicilio.

El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les corresponda.

Mas, para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos.

La misma regla se aplicará a las sociedades civiles.

TÍTULO 2. — DEL DOMICILIO

5. En aquellos casos que no se encuentran especialmente previstos en el presente Tratado, el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, será determinado, en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran:

1) La residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él.
2) A falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces; o la del cónyuge con quien haga vida común; o, a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva.
3) El lugar del centro principal de sus negocios.
4) En ausencia de todas estas circunstancias, se reputará como domicilio la simple residencia.

6. Ninguna persona puede carecer de domicilio ni tener dos o más domicilios a la vez.

7. El domicilio de las personas incapaces sujetas a patria potestad, a tutela o a curatela, es el de sus representantes legales; y el de éstos, el lugar de su representación.

8. El domicilio de los cónyuges existe en el lugar en donde viven de consuno. En su defecto, se reputa por tal el del marido.

9. La mujer separada judicialmente o divorciada conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro. La mujer casada abandonada por su marido conserva el domicilio conyugal, salvo que se pruebe que ha constituido por separado, en otro país, domicilio propio.

10. Las personas jurídicas de carácter civil tienen su domicilio en donde existe el asiento principal de sus negocios.

Los establecimientos, sucursales o agencias constituidos en un Estado por una persona jurídica con domicilio en otro, se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionan, en lo concerniente a los actos que allí practiquen.

11. En caso de cambio de domicilio, el ánimo resultará, salvo prueba en contrario, de la declaración que el residente haga ante la autoridad local del lugar adonde llega; y, en su defecto, de las circunstancias del cambio.

TÍTULO 3. — DE LA AUSENCIA

12. Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes del ausente, se determinan por la ley del lugar en donde esos bienes se hallan situados. Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía.

TÍTULO 4. — DEL MATRIMONIO

13. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en donde se celebra.

Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de algunos de los siguientes impedimentos:

a) La falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimum catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer;
b) El parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o ilegítimo;
c) El parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos;
d) El hecho de haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge supérstite;
e) El matrimonio anterior no disuelto legalmente.

14. Los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuando se refiera a sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio conyugal.

15. La ley del domicilio conyugal rige:

a) La separación conyugal;
b) La disolubilidad del matrimonio; pero su reconocimiento no será obligatorio para el Estado en donde el matrimonio se celebró si la causal de disolución invocada fue el divorcio y las leyes locales no lo admiten como tal. En ningún caso, la celebración del subsiguiente matrimonio, realizado de acuerdo con las leyes de otro Estado, puede dar lugar al delito de bigamia.
c) Los efectos de la nulidad del matrimonio contraído con arreglo al artículo 13.

16. Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes.

17. El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.

TÍTULO 5. — DE LA PATRIA POTESTAD

18. La patria potestad, en lo referente a los derechos y a los deberes personales, se rige por la ley del domicilio de quien la ejercita.

19. Por la misma ley se rigen los derechos y las obligaciones inherentes a la patria potestad respecto de los bienes de los hijos, así como su enajenación y los demás actos de que sean objeto, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de tales bienes.

TÍTULO 6. — DE LA FILIACIÓN

20. La ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio.

21. Las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo.

22. Los derechos y las obligaciones concernientes a la filiación ilegítima, se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos.

TÍTULO 7. — DE LA ADOPCIÓN

23. La adopción se rige en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal de que el acto conste en instrumento público.

24. Las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes se rigen por las leyes a que cada una de éstas se halle sometida.

TÍTULO 8. — DE LA TUTELA Y CURATELA

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

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

La obligación de ser tutor o curador, y las excusas, se rigen por la ley del domicilio de la persona llamada a la representación.

27. Los derechos y las obligaciones inherentes al ejercicio de la tutela y de la curatela, se rigen por la ley del lugar del domicilio de los incapaces.

28. Las facultades de los tutores y de los curadores respecto a los bienes de los incapaces situados fuera del lugar de su domicilio, se regirán por las leyes de

éste, en todo cuanto no esté prohibido sobre materia de estricto carácter real, por la ley del lugar de la situación de los bienes.

29. La hipoteca legal que las leyes acuerdan a los incapaces, sólo tendrá efecto cuando la ley del Estado en el cual se ejerce el cargo de tutor o curador concuerde con la de aquel en donde están situados los bienes afectados por ella.

TÍTULO 9. — DISPOSICIONES COMUNES A LOS TÍTULOS 4, 5 Y 8

30. Las medidas urgentes que conciernen a las relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y al de la tutela o la curatela, se rigen, en cada caso, por la ley del lugar en donde residen los cónyuges, padres de familia y tutores o curadores.

31. La remuneración que las leyes acuerdan a los padres, tutores y curadores, y la forma de la misma, se rigen y determinan por la ley del Estado en el cual se ejerce la patria potestad o en donde fue discernida la representación.

TÍTULO 10. — DE LOS BIENES

32. Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar en donde están situados en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.

33. Los derechos sobre créditos se reputan situados en el lugar en donde la obligación de su referencia debe cumplirse. Si este lugar no pudiera determinarse a tiempo del nacimiento de tales derechos, se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor.

Los títulos representativos de dichos derechos y transmisibles por simple tradición, se reputan situados en el lugar en donde se encuentran.

34. El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar en donde existían a tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación de tales derechos.

El cambio de situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la respectiva acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables.

35. Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, priman sobre los del primer adquirente.

TÍTULO 11. — DE LOS ACTOS JURÍDICOS

36. La ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan. Los medios de publicidad, por la ley de cada Estado.

37. La ley del lugar en donde los contratos deben cumplirse rige:

a) Su existencia;

b) Su naturaleza;
c) Su validez;
d) Sus efectos;
e) Sus consecuencias;
f) Su ejecución;
g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos bajo cualquier aspecto que sea.

38. En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, se rigen por la ley del lugar donde ellas existían a tiempo de su celebración.

Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor a tiempo en que fueron celebrados.

Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor a tiempo de su celebración.

Los que versen sobre prestación de servicios:

a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar en donde ellas existían a tiempo de su celebración;
b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel en donde hayan de producirse sus efectos;
c) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor, a tiempo de la celebración del contrato.

39. Los actos de beneficencia se rigen por la ley del domicilio del benefactor.

40. Se rigen por la ley del lugar de su celebración, los actos y contratos en los cuales no pueda determinarse, a tiempo de ser celebrados y según las reglas contenidas en los artículos anteriores, el lugar de cumplimiento.

41. Los contratos accesorios se rigen por la ley del contrato principal.

42. La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o por mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada.

43. Las obligaciones que nacen sin convención, se rigen por la ley del lugar en donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden y, en su caso, por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden.

TÍTULO 12. — DE LAS SUCESIONES

44. La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, a tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento.

Esto no obstante, el testamento abierto o cerrado otorgado por acto solemne en cualquiera de los Estados Contratantes será admitido en todos los demás.

45. La misma ley de la situación rige:

a) La capacidad del heredero o legatario para suceder;
b) La validez y efectos del testamento;
c) Los títulos y derechos hereditarios;
d) La existencia y proporción de las legítimas;
e) La existencia y monto de los bienes disponibles;
f) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

46. Las deudas que deben ser satisfechas en alguno de los Estados Contratantes gozarán de preferencia sobre los bienes allí existentes a tiempo de la muerte del causante.

47. Si dichos bienes no alcanzaren para el pago de las deudas mencionadas, los acreedores cobrarán su saldo proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del derecho preferente de los acreedores locales.

48. Cuando las deudas deban ser pagadas en algún lugar en donde el causante no haya dejado bienes, los acreedores exigirán su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, con la misma salvedad establecida en el artículo precedente.

Los créditos con garantía real quedan exentos de lo dispuesto en este artículo y en los dos anteriores.

49. Los legados de bienes determinados por su género, y que no tuvieren lugar designado para su pago, se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador a tiempo de su muerte; se harán efectivos sobre los bienes que deje en dicho domicilio; y, en defecto de ellos, o por su saldo, se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes del causante.

50. La obligación de colacionar se rige por la ley de la sucesión en donde ella sea exigida.

Si la colación consiste en algún bien raíz o mueble, se limitará a la sucesión de la cual ese bien depende.

Cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a que concurra el heredero que deba la colación, proporcionalmente a su haber en cada una de ellas.

TÍTULO 13. — DE LA PRESCRIPCIÓN

51. La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley a que las obligaciones correlativas están sujetas.

52. La prescripción extintiva de acciones reales se rige por la ley del lugar de la situación del bien.

53. Si el bien fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en donde se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

54. La prescripción adquisitiva de bienes muebles o inmuebles se rige por la ley del lugar en donde están situados.

55. Si el bien fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en donde se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

TÍTULO 14. — DE LA JURISDICCIÓN

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

Podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado.

Se permite la prórroga territorial de la jurisdicción si, después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales.

La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta.

57. La declaración de ausencia debe solicitarse ante el juez del último domicilio del presunto ausente.

58. Los jueces del lugar en el cual fue discernido el cargo de tutor o curador, son competentes para conocer del juicio de rendición de cuentas.

59. Los juicios sobre nulidad de matrimonio, divorcio, disolución, y, en general, sobre todas las cuestiones que afecten las relaciones de los esposos, se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal.

Si el juicio se promueve entre personas que se hallen en el caso previsto en el artículo 9, será competente el juez del último domicilio conyugal.

60. Serán competentes para resolver las cuestiones que surjan entre esposos sobre enajenación u otros actos que afecten los bienes matrimoniales, en materia de estricto carácter real, los jueces del lugar en donde estén ubicados esos bienes.

61. Los jueces del lugar de la residencia de las personas son competentes para conocer de las medidas a que se refiere el artículo 30.

62. Los juicios entre socios que sean relativos a la sociedad, competen a los jueces del domicilio social.

63. Los juicios a que dé lugar la sucesión por causa de muerte se seguirán ante los jueces de los lugares en donde se hallen situados los bienes hereditarios.

64. Las acciones reales y las denominadas mixtas, deben ser deducidas ante los jueces del lugar en el cual exista la cosa sobre que la acción recaiga.

Si comprendieren cosas ubicadas en distintos lugares, el juicio debe ser promovido ante los jueces del lugar de la situación de cada una de ellas.

DISPOSICIONES GENERALES

65. No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todos los Estados signatarios. El que lo apruebe lo comunicará al Gobierno de la República Oriental del Uruguay a fin de que lo haga saber a los demás Estados Contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

66. Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado entrará en vigor desde ese acto, entre los Estados que hubieren llenado dicha formalidad, por tiempo indefinido, quedando, por tanto, sin efecto el firmado en Montevideo el día doce de febrero del año mil ochocientos ochenta y nueve.

67. Si alguno de los Estados signatarios creyera conveniente desligarse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a los demás, pero no quedará desligado sino dos años después de la denuncia, término en el que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

68. El artículo 65 es extensivo a los Estados que, sin haber concurrido a este Congreso, quisieran adherir al presente Tratado.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios de los Estados mencionados firman el presente Tratado, en Montevideo, a los diecinueve días del mes de marzo del año mil novecientos cuarenta.

Ratificaciones: Argentina, Paraguay y Uruguay.

RESERVAS

De la Delegación de la República Oriental del Uruguay

La Delegación del Uruguay hace reserva respecto de los artículos 9 y 59, entendiendo que su contenido, en la aplicación a muchos casos reales, significará

abandono del principio general del domicilio que ha sido tomado como base fundamental de este Tratado para la determinación de la competencia legislativa y judicial de los Estados Contratantes.

De la Delegación de la República del Perú

1. Los artículos de este Tratado referentes a estado y capacidad de las personas físicas y jurídicas, se entenderán aprobados por el Perú sin perjuicio de lo dispuesto en su ley nacional respecto de los peruanos y personas jurídicas constituidas en el país.

2. Las reglas adoptadas en este Convenio sobre competencia legislativa y judicial en todo lo referente a personas, derechos de familia, relaciones personales entre cónyuges y régimen de los bienes, no impedirán la aplicación de lo dispuesto por la ley peruana en favor de nacionales peruanos.

3. El artículo 11 de este Tratado debe entenderse aprobado sin perjuicio de lo prescripto en la última parte del artículo 22 del Código Civil del Perú.

4. El Perú no vota los artículos 15 y 22 de este Tratado, por hallarse ligado a las normas que sobre ley aplicable en las materias matrimoniales y de filiación establece el Código Bustamante.

5. El artículo 36 se entenderá aprobado sin perjuicio de la ley optativa que en cuanto a la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos, consagra el artículo 20 del Título preliminar del Código Civil del Perú.

6. El Perú se abstiene de votar los artículos 37 a 39 de este Tratado, por su implicancia con lo dispuesto en el artículo 7 del Título preliminar del Código Civil peruano.

7. Tampoco presta su voto a los artículos 44 y 45 por estimar que la ley aplicable a la forma del testamento debe ser la del lugar de celebración del mismo o la del domicilio del testador; y porque, en cuanto al régimen sucesorio, la ley aplicable en el Perú es la prevista en el artículo 8 del Título preliminar del Código Civil peruano.

8. La Delegación entiende que la jurisdicción que corresponde en el caso del artículo 63 de este Tratado, es la del lugar por cuya ley se rige la sucesión, según el artículo 8 del Título preliminar del Código Civil peruano.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DOMICILIO DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO *

Montevideo, 1979

1. La presente Convención regula las normas uniformes que rigen el domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado.

2. El domicilio de una persona física será determinado en el siguiente orden:

1) El lugar de la residencia habitual;
2) El lugar del centro principal de sus negocios;
3) En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia;
4) En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare.

3. El domicilio de las personas incapaces será el de sus representantes legales, excepto en el caso de abandono de aquéllos por dichos representantes, caso en el cual seguirá rigiendo el domicilio anterior.

4. El domicilio de los cónyuges será aquel en el cual éstos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 1.

5. El domicilio de los funcionarios diplomáticos será el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante. El de las personas físicas que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su gobierno, será el del Estado que los designó.

6. Cuando una persona tenga domicilio en dos Estados Partes se le considerará domiciliada en aquel donde tenga la simple residencia, y si la tuviere en ambos se preferirá el lugar donde se encontrare.

7. La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

8. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

9. La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

10. Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, ratificarla o adherirse a ella, siempre que la reserva verse

* Convención aprobada por las conferencias especializadas de DIPr convocadas por la OEA en Montevideo, 1979 (CIDIP II).

sobre una o más disposiciones específicas y de que no sea incompatible con el objeto y fin de la Convención.

11. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

12. Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la unidad o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

13. La presente Convención regirá indefinidamente pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

14. El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta Constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados Miembros de dicha organización y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere.

También les transmitirá las declaraciones previstas en el artículo 12 de la presente Convención.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios infrascriptos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

Hecha en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, el día 8 de mayo de 1979.

Ratificaciones: Ecuador, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES *

México, 1994

CAPÍTULO 1. — NORMAS GENERALES

1. El objeto de la presente Convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo.

En tal sentido, los Estados Partes de esta Convención se obligan a:

a) Asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior;

b) Instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Partes que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito; y

c) Asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

2. Esta Convención se aplicará a cualquier menor que se encuentre o resida habitualmente en un Estado Parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico internacional contra dicho menor.

Para los defectos de la presente Convención:

a) "Menor" significa todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años.

b) "Tráfico internacional de menores" significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos.

c) "Propósitos ilícitos" incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado.

d) "Medios ilícitos" incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre.

* Convención aprobada por las conferencias especializadas de DIPr convocadas por la OEA en México, 1994 (CIDIP V).

3. Esta Convención abarcará, asimismo, los aspectos civiles de la sustracción, el traslado y la retención ilícitos de los menores en el ámbito internacional no previstos por otras convenciones internacionales sobre la materia.

4. Los Estados Partes, en la medida de lo posible, cooperarán con los Estados no Partes en la prevención y sanción del tráfico internacional de menores y en la protección y cuidado de los menores víctimas del hecho ilícito.

En tal sentido, las autoridades competentes de los Estados Partes deberán notificar a las autoridades competentes de un Estado no Parte, en aquellos casos en que se encuentre en su territorio a un menor que ha sido víctima del tráfico internacional de menores en un Estado Parte.

5. A los efectos de la presente Convención, cada Estado Parte designará una autoridad central y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Un Estado Federal, o un Estado en el que están en vigor diversos sistemas jurídicos, o un Estado con unidades territoriales autónomas, puede designar más de una autoridad central y especificar la extensión jurídica o territorial de sus funciones. El Estado que haga uso de esta facultad designará la autoridad central a la que puede dirigirse toda comunicación.

En caso de que un Estado Parte designara más de una autoridad central hará la comunicación pertinente a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

6. Los Estados Partes velarán por el interés del menor, procurando que los procedimientos de aplicación de la Convención permanezcan confidenciales en todo momento.

CAPÍTULO 2. — ASPECTOS PENALES

7. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas eficaces, conforme a su derecho interno, para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores definido en esta Convención.

8. Los Estados Partes se comprometen a:

a) Prestarse asistencia mutua en forma pronta y expedita por intermedio de sus autoridades centrales, dentro de los límites de la ley interna de cada Estado Parte y conforme a los tratados internacionales aplicables, para las diligencias judiciales y administrativas, la obtención de pruebas y demás actos procesales que sean necesarios para el cumplimiento de los objetivos de esta Convención;

b) Establecer por medio de sus autoridades centrales mecanismos de intercambio de información sobre legislación nacional, jurisprudencia, prácticas administrativas, estadísticas y modalidades que haya asumido el tráfico internacional de menores en sus respectivos Estados; y

c) Disponer las medidas que sean necesarias para remover los obstáculos que puedan afectar en ellos la aplicación de esta Convención en sus respectivos Estados.

9. Tendrán competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores:

a) El Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita;

b) El Estado Parte de residencia habitual del menor;

c) El Estado Parte en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado; y

d) El Estado Parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico.

Tendrá preferencia a los efectos del párrafo anterior el Estado Parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito.

10. Si uno de los Estados Partes que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición proveniente de un Estado Parte con el cual no ha celebrado tratado, o en caso de haberlo no lo contemple entre los delitos extraditables, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para concederla en caso de tráfico internacional de menores.

Asimismo, los Estados Partes que no supeditan la extradición a la existencia de un tratado reconocerán el tráfico internacional de menores como causal de extradición entre ellos.

Cuando no exista tratado de extradición, ésta estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho interno del Estado requerido.

11. Las acciones instauradas conforme a lo dispuesto en este Capítulo no impiden que las autoridades competentes del Estado Parte donde el menor se encontrare ordenen en cualquier momento su restitución inmediata al Estado de su residencia habitual, considerando el interés superior del menor.

CAPÍTULO 3. — ASPECTOS CIVILES

12. La solicitud de localización y restitución del menor derivada de esta Convención será promovida por aquellos titulares que establezca el derecho del Estado de la residencia habitual del menor.

13. Serán competentes para conocer de la solicitud de localización y de restitución, a opción de los reclamantes, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte de residencia habitual del menor, o las del Estado Parte donde se encontrare o se presuma que se encuentra retenido.

Cuando existan razones de urgencia a juicio de los reclamantes, podrá presentarse la solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito.

14. La solicitud de localización y de restitución se tramitará por intermedio de las autoridades centrales o directamente ante las autoridades competentes previstas en el artículo 13 de esta Convención. Las autoridades requeridas acordarán los procedimientos más expeditos para hacerla efectiva.

Recibida la solicitud respectiva, las autoridades requeridas dispondrán las medidas necesarias de conformidad con su derecho interno para iniciar, facilitar y coadyuvar con los procedimientos judiciales y administrativos relativos a la localización y restitución del menor. Además, se adoptarán las medidas para proveer la inmediata restitución del menor y, de ser necesario, asegurar su cuidado, custodia o guarda provisional, conforme a las circunstancias, e impedir de modo preventivo que el menor pueda ser trasladado indebidamente a otro Estado.

La solicitud fundada de localización y de restitución deberá ser promovida dentro de los ciento veinte días de conocida la sustracción, el traslado o la retención ilícitos del menor. Cuando la solicitud de localización y de restitución fuere promovida por un Estado Parte, éste dispondrá para hacerlo de un plazo de ciento ochenta días.

Cuando fuere necesario proceder con carácter previo a la localización del menor, el plazo anterior se contará a partir del día en que ella fuere del conocimiento de los titulares de la acción.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, las autoridades del Estado Parte donde el menor fuere retenido podrán ordenar en cualquier momento la restitución del mismo conforme al interés superior de dicho menor.

15. En las solicitudes de cooperación comprendidas en esta Convención transmitidas por vía consular o diplomática o por intermedio de las autoridades centrales, será innecesario el requisito de legalización u otras formalidades similares. En el caso de solicitudes de cooperación cursadas directamente entre tribunales de la zona fronteriza de los Estados Partes tampoco será necesario el requisito de la legalización. Asimismo, estarán exentos de legalización en el Estado Parte solicitante los documentos que sobre el particular se devuelvan por las mismas vías.

Las solicitudes deberán estar traducidas, en su caso, al idioma o idiomas oficiales del Estado Parte al que se dirijan. Respecto a los anexos, bastará la traducción de un sumario que contenga los datos esenciales de los mismos.

16. Las autoridades competentes de un Estado Parte que constaten en el territorio sometido a su jurisdicción la presencia de una víctima de tráfico internacional de menores deberán adoptar las medidas inmediatas que sean necesarias para su protección, incluso aquellas de carácter preventivo que impidan el traslado indebido del menor a otro Estado.

Estas medidas serán comunicadas por medio de las autoridades centrales a las autoridades competentes del Estado de la anterior residencia habitual del menor. Las autoridades intervinientes adoptarán cuantas medidas sean necesarias para que los titulares de la acción de localización y restitución del menor estén informados de las medidas adoptadas.

17. De conformidad con los objetivos de esta Convención, las autoridades centrales de los Estados Partes intercambiarán información y colaborarán con sus autoridades competentes judiciales y administrativas en todo lo relativo al control de la salida y entrada de menores a su territorio.

18. Las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado Parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores.

En la respectiva acción de anulación, se tendrá en cuenta en todo momento el interés superior del menor.

La anulación se someterá a la ley y a las autoridades competentes del Estado de constitución de la adopción o de la institución de que se trate.

19. La guarda o custodia serán susceptibles de revocación cuanto tuvieren su origen o fin en el tráfico internacional de menores, en las mismas condiciones previstas en el artículo anterior.

20. La solicitud de localización y de restitución del menor podrá promoverse sin perjuicio de las acciones de anulación y revocación previstas en los artículos 18 y 19.

21. En los procedimientos previstos en el presente Capítulo, la autoridad competente podrá ordenar que el particular o la organización responsable del tráfico internacional de menores pague los gastos y las costas de la localización y restitución, en tanto dicho particular u organización haya sido parte de ese procedimiento.

Los titulares de la acción o, en su caso, la autoridad competente podrán entablar acción civil para obtener el resarcimiento de las costas, incluidos los honorarios profesionales y los gastos de localización y restitución del menor, a

menos que éstos hubiesen sido fijados en un procedimiento penal o un procedimiento de restitución conforme a lo previsto en esta Convención.

La autoridad competente o cualquier persona lesionada podrá entablar acción civil por daños y perjuicios contra los particulares o las organizaciones responsables del tráfico internacional del menor.

22. Los Estados Partes adoptarán las medidas que sean necesarias para lograr la gratuidad de los procedimientos de restitución del menor conforme a su derecho interno e informarán a las personas legítimamente interesadas en la restitución del menor de las defensorías de oficio, beneficios de pobreza e instancias de asistencia jurídica gratuita a que pudieran tener derecho, conforme a las leyes y los reglamentos de los Estados Partes respectivos.

CAPÍTULO 4. — CLÁUSULAS FINALES

23. Los Estados Partes podrán declarar, al momento de la firma, ratificación o adhesión a esta Convención o con posterioridad, que se reconocerán y ejecutarán las sentencias penales dictadas en otro Estado Parte en lo relativo a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores.

24. Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes, toda mención

a) A la ley del Estado se entenderá referida a la ley en la correspondiente unidad territorial;

b) A la residencia habitual en dicho Estado se entenderá referida a la residencia habitual en una unidad territorial de dicho Estado;

c) A las autoridades competentes de dicho Estado se entenderá referida a las autoridades autorizadas para actuar en la correspondiente unidad territorial.

25. Los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto noventa días después de recibidas.

26. Los Estados Partes podrán declarar, al momento de la firma, ratificación o adhesión a la presente Convención o con posterioridad, que no se podrá oponer en juicio civil en ese Estado Parte excepción o defensa alguna que tienda a demostrar la inexistencia del delito o irresponsabilidad de una persona, cuando exista sentencia condenatoria ejecutoriada por este delito, pronunciada en otro Estado Parte.

27. Las autoridades competentes de las zonas fronterizas de los Estados Partes podrán acordar, directamente y en cualquier momento, procedimientos de localización y restitución más expeditos que los previstos en la presente Convención y sin perjuicio de ésta.

Nada de lo dispuesto en esta Convención se interpretará en el sentido de restringir las prácticas más favorables que entre sí pudieran observar las autoridades competentes de los Estados Partes para los propósitos tratados en ella.

28. Esta Convención está abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

29. Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

30. Esta Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigor. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

31. Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas y que no sea incompatible con el objeto y fines de esta Convención.

32. Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales u otros acuerdos suscriptos entre las partes.

33. Esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

34. Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante.

35. El instrumento original de esta Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta Constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados Miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas.

En fe de lo cual los Plenipotenciarios infrascriptos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman esta Convención.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES *

México, 1994

CAPÍTULO 1. — ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales.

Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.

Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte.

Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma.

2. El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte.

3. Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional.

4. Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.

5. Esta Convención no determina el derecho aplicable a:

a) Las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes;

b) Las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia;

c) Las obligaciones provenientes de títulos de crédito;

d) Las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores;

e) Los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro;

* Convención aprobada por las conferencias especializadas de DIPr convocadas por la OEA en México, 1994 (CIDIP V).

f) Las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.

6. Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención.

CAPÍTULO 2. — DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

7. El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

8. En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.

9. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.

10. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

11. No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.

Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

CAPÍTULO 3. — EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO

12. La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo 2.

Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.

13. Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.

Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra con el derecho del lugar de su ejecución.

CAPÍTULO 4. — ÁMBITO DEL DERECHO APLICABLE

14. El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo 2 de esta Convención regulará principalmente:

a) Su interpretación;
b) Los derechos y las obligaciones de las partes;
c) La ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;
d) Los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;
e) Las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.

15. Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.

16. El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos.

17. Para los efectos de esta Convención se entenderá por "derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

18. El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

CAPÍTULO 5. — DISPOSICIONES GENERALES

19. Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en un Estado Parte a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en ese Estado Parte.

20. Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.

21. En el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención, los Estados podrán formular reservas que versen sobre una o más disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto y fin de esta Convención.

Un Estado Parte podrá retirar en cualquier momento la reserva que haya formulado. El efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes calendario siguiente a la fecha de notificación del retiro.

22. Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes:

a) Cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial;

b) Cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado.

23. Un listado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en la presente Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales.

24. Los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto noventa días después de recibidas.

CAPÍTULO 6. — CLÁUSULAS FINALES

25. Esta Convención está abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

26. Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

27. Esta Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigencia. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

28. Esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

29. Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante.

30. El instrumento original de esta Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta Constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados Miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas.

En fe de lo cual los Plenipotenciarios infrascriptos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman esta Convención.

CONVENCIÓN SUPRIMIENDO LA EXIGENCIA DE LEGALIZACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS *

La Haya, 1961

1. La presente Convención se aplicará a los documentos públicos que hayan sido extendidos en el territorio de un Estado Contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado Contratante.

De acuerdo con la presente Convención serán considerados documentos públicos:

a) Los documentos emitidos por una autoridad o un funcionario perteneciente a un tribunal del Estado, inclusive los extendidos por un fiscal de justicia, un secretario o un oficial de justicia;

b) Los documentos administrativos;

c) Las actas notariales;

d) Las certificaciones oficiales en documentos firmados por personas privadas, tal como la certificación del registro de un documento o de una fecha determinada y la autenticación de firmas en documentos de carácter privado.

No obstante, la presente Convención no se aplicará:

a) A los documentos extendidos por funcionarios diplomáticos o consulares.

b) A los documentos administrativos relacionados directamente con una operación comercial o aduanera.

2. Cada Estado Contratante eximirá de la legalización a los documentos a los que se aplique la presente Convención y que deban ser presentados en su territorio. La legalización, según la presente Convención, sólo consistirá en la formalidad por la cual los funcionarios diplomáticos o consulares del país en cuyo territorio deba ser presentado el documento, certifican la autenticidad de la firma, el carácter con que actuó el signatario del documento y, de corresponder, la identidad del sello o timbre que lleva el documento.

3. La única formalidad que podrá ser exigida para certificar la autenticidad de la firma, el carácter con que ha actuado el signatario del documento y, de corresponder, la identidad del sello o del timbre que lleva el documento, será una acotación que deberá ser hecha por la autoridad competente del Estado en el cual se originó el documento, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.

Sin embargo, la formalidad mencionada en el párrafo precedente no podrá ser exigida cuando la legislación, los reglamentos o las costumbres vigentes en el Estado en el que se presenta el documento, o un acuerdo entre dos o más Estados

* Adoptada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 1961.

Contratantes que rechace, simplifique o exima al documento del requisito de la legalización.

4. La acotación prevista en el artículo 3, párrafo primero, deberá ser hecha en el mismo documento o en una extensión del mismo, de conformidad con el modelo anexo a la presente Convención.

Esta acotación podrá ser hecha en el idioma oficial de la autoridad que la expide. Las indicaciones que figuren en la misma podrán ser hechas en otro idioma, pero el título "Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961)" deberá ser escrito en idioma francés.

5. La acotación deberá ser hecha, ante solicitud del signatario o de cualquier otra persona portadora del documento.

Debidamente cumplimentada, la acotación deberá dar fe de la autenticidad de la firma, del carácter con que el signatario haya actuado y de corresponder, de la identidad del sello o el timbre que lleva el documento.

La firma, el sello o el timbre que figuren en la acotación quedarán exentos de toda certificación.

6. Cada Estado Contratante designará a las autoridades con competencia para hacer la acotación prevista en el artículo 3, párrafo primero y deberá notificar esa designación al Ministerio de Asuntos Extranjeros de los Países Bajos en el momento del depósito del correspondiente instrumento de ratificación o de adhesión o de su declaración de extensión. También deberá notificarle toda modificación que se produzca en la designación de esas autoridades.

7. Cada una de las autoridades designadas de acuerdo con el artículo 6, deberá llevar un registro o fichero en el que serán anotadas las acotaciones hechas, que indique:

a) El número de orden y fecha de la acotación;

b) El nombre del signatario del documento público y el carácter con que ha actuado y para los documentos sin firma se deberá consignar el nombre de la autoridad que ha puesto el sello o el timbre.

Ante solicitud de cualquier interesado, la autoridad que ha hecho la acotación deberá verificar si la inscripción de la acotación corresponde a las del registro o del fichero.

8. Cuando exista entre dos o más Estados Contratantes un tratado, una convención o un acuerdo que incluya disposiciones que supediten la certificación de la firma, del sello o del timbre, a cierta formalidades, la presente Convención sólo las derogará, si esas formalidades son más rigurosas que las previstas en los artículos 3 y 4.

9. Cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para evitar que los funcionarios diplomáticos o consulares procedan a legalizar los documentos en los casos en que la presente Convención los exime de esa formalidad.

10. La presente Convención queda abierta a la firma de los Estados representados en la Novena Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, así como a la de Irlanda, Islandia, Liechtenstein y Turquía.

Será ratificada, y los instrumentos de ratificación serán depositados ante el Ministerio de Asuntos Extranjeros de los Países Bajos.

11. La presente Convención entrará en vigencia a los sesenta días de ser depositado el tercer instrumento de ratificación previsto por el artículo 10, párrafo 2.

La presente Convención entrará en vigencia, para cada Estado signatario que la ratifique, con posterioridad a los sesenta días de ser depositado el respectivo instrumento de ratificación.

12. Todo Estado no contemplado en el artículo 10, podrá adherir a la presente Convención, después de su entrada en vigencia en virtud del artículo 11, párrafo primero. El instrumento de adhesión deberá ser depositado ante el Ministerio de Asuntos Extranjeros de los Países Bajos.

La adhesión sólo tendrá efecto para las relaciones entre el Estado adherente y los Estados Contratantes que no hayan presentado objeción al respecto dentro de los seis meses subsiguientes al recibo de la notificación prevista por el artículo 15, letra *d*.

13. Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, podrá declarar que la presente Convención se extenderá al conjunto de territorios que éste representa internacionalmente, o a uno o a varios de ellos. Esta declaración tendrá efecto en el momento de la entrada en vigencia de la Convención para dicho Estado.

Con posterioridad, toda extensión de este tipo deberá ser notificada al Ministerio de Asuntos Extranjeros de los Países Bajos.

Cuando la declaración de extensión sea hecha por un Estado que haya firmado y ratificado la Convención, ésta entrará en vigencia para los territorios contemplados según las disposiciones del artículo 11. Cuando la declaración de extensión sea hecha por un Estado que ya haya adherido a la Convención, ésta entrará en vigencia para los territorios contemplados por las disposiciones del artículo 12.

14. La presente Convención tendrá una duración de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigencia de acuerdo con el artículo 11, párrafo primero, inclusive para los Estados que la hayan ratificado o adherido con posterioridad.

La presente Convención será renovada tácitamente cada cinco años, salvo denuncia.

La denuncia deberá ser notificada al Ministerio de Asuntos Extranjeros de los Países Bajos al menos con seis meses de antelación a la expiración del plazo de cinco años.

Podrá limitarse a determinados territorios a los que se aplica la Convención.

La denuncia sólo tendrá efecto respecto al Estado que la haya notificado. La Convención continuará en vigencia para los demás Estados Contratantes.

15. El Ministerio de Asuntos Extranjeros de los Países Bajos deberá notificar a los Estados contemplados en el artículo 10, así como a los Estados que hayan adherido de acuerdo con el artículo12:

a) Las notificaciones a las que se refiere el artículo 6, párrafo 2;
b) Las firmas y ratificaciones previstas en el artículo 10;
c) La fecha en la que la presente Convención entrará en vigencia de acuerdo a las disposiciones del artículo 11, párrafo primero;
d) Las adhesiones y objeciones a que hace referencia el artículo 12 y la fecha en la que las adhesiones tendrán efecto;
e) Las extensiones previstas en el artículo 13 y la fecha en que éstas tendrán efecto;
f) Las denuncias contempladas en el artículo 14, párrafo 3.

En fe de lo cual, los infrascriptos, debidamente autorizados, firman la presente Convención.

Dado en La Haya, el 5 de octubre de 1961, en idioma francés e inglés —prevaleciendo el texto en francés en caso de divergencia entre ambos textos— en un solo ejemplar que será depositado en los archivos del Gobierno de los Países Bajos y del cual una copia autenticada será remitida por vía diplomática a cada uno de los Estados representados ante el Noveno Período de Sesiones de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, así como a Irlanda, Islandia, Liechtenstein y Turquía.

Ratificaciones: Alemania Federal, Antigua y Barbuda, Argentina, Austria, Bahamas, Bélgica, Botswana, Brunei-Darussalam, Chipre, España, EE.UU., Fidji, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Israel, Islas Marshall, Japón Lesotho, Liechtenstein, Luxemburgo, Malawi, Malta, Mauricio, Noruega, Países Bajos, Panamá, Portugal, Reino Unido, Seychelles, Suiza, Swazilandia, Surinam, Tonga, Turquía, URSS y Yugoslavia.

Anexo a la Convención: Modelo de acotación.

La acotación tendrá la forma de un cuadrado de 9 centímetros de lado como mínimo.

Apostille

(Convention de La Haye du 5 octobre 1961)

1.
País .....

El presente documento público

2. ha sido firmado por .....
3. actuando en calidad de .....
4. lleva el sello/timbre de .....

Certificado

5. en .....
6. el día .....
7. por .....
8. bajo el núm. .....
9. Sello/timbre ..... 10. Firma: .....

LEY 23.458

(B.O. 21/4/87)

1. Apruébase la Convención Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros y Anexo, adoptada en la ciudad de La Haya el 5 de octubre de 1961 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, cuyo texto original en idiomas inglés y francés, que consta de quince artículos y un anexo, en traducción oficial al idioma español forma parte de la presente ley.

2. Al adherir a esta Convención y teniendo en cuenta la extensión hecha por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur, como asimismo al llamado "Territorio Antártico Británico", se deberá formular la siguiente declaración.

La República Argentina rechaza la extensión de la aplicación de la Convención Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, adoptada en La Haya el 5 de octubre de 1961, a las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur que fue notificada por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos el 24 de febrero de 1965 y reafirma sus derechos de soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur, que forman parte integrante de su territorio nacional.

La Asamblea General de la Naciones Unidas ha adoptado las resoluciones 2.065 (XX), 3.160 (XXVIII), 31/49, 37/9, 38/12, 39/6 y 40/21, en las que se reconoce la existencia de una disputa de soberanía referida a la Cuestión de las islas Malvinas y se urge a la República Argentina y al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a mantener negociaciones a fin de encontrar lo antes posible una solución pacífica y definitiva de la disputa, con la interposición de los buenos oficios del Secretario General de las Naciones Unidas, quien deberá informar a la Asamblea General acerca de los progresos realizados.

La República Argentina rechaza igualmente la extensión de la Convención al llamado "Territorio Antártico Británico", formulada en la misma fecha, a la par que reafirma los derechos de la República al Sector Antártico Argentino, incluyendo los relativos a su soberanía o jurisdicción marítima correspondiente. Recuerda además las salvaguardias sobre reclamaciones de soberanía territorial en la Antártida previstas en el artículo IV del Tratado Antártico, suscripto en Washington el 1° de diciembre de 1959, del cual son partes la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

3. [*De forma*].

CONVENCIÓN SOBRE LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN Y REPRESENTACIÓN *

La Haya, 1978

1. La presente Convención determina la legislación aplicable a las relaciones de carácter internacional que se establecen cuando una persona, el intermediario, tiene poder para actuar, actúa o se propone actuar en nombre de otra persona, el representado.

Comprende a la actividad del intermediario consistente en recibir y comunicar propuestas o efectuar negociaciones en nombre de otras personas.

La Convención se aplicará cuando el intermediario actúe en su propio nombre o en nombre del representado, ya sea su actividad habitual u ocasional.

2. La Convención no se aplicará a:

a) La capacidad de las partes;

b) La forma de los actos;

c) La representación legal en el derecho de familia, los regímenes matrimoniales y sucesorios;

d) La representación en virtud de la decisión de una autoridad jurídica o administrativa, o que se ejerza bajo el control directo de estas autoridades;

e) La representación vinculada a un procedimiento de carácter judicial;

f) La representación del capitán de un buque que actúe en el ejercicio de sus funciones.

3. A los fines de la presente Convención:

a) El organismo, el gerente o el miembro de una sociedad, de una asociación o de cualquier otra entidad legal dotada o no de personalidad moral, no será considerado como el intermediario de ésta en la medida en que en el ejercicio de sus funciones, actúe en virtud de poderes conferidos por la ley o de las actas constitutivas de esta entidad legal;

b) El "trustee" (fiduciario) no será considerado como un intermediario que actúa en nombre del "trust" (*fideicomiso*), del constituyente o del beneficiario.

4. La legislación designada por la Convención se aplicará aun cuando se trate de la legislación de un Estado no contratante.

5. La legislación interna elegida por las partes, regirá la relación de la representación entre el representado y el intermediario. La elección de esta legislación deberá ser expresa, o surgir con razonable certeza de las disposiciones del contrato y de las circunstancias del caso.

* Adoptada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 1978.

6. En la medida en que ésta no haya sido elegida bajo las condiciones previstas en el artículo 5, la legislación aplicable será la legislación interna del Estado en el cual, en el momento de establecerse la relación de representación, tenga el intermediario su establecimiento profesional o en su defecto, su residencia habitual.

Sin embargo, será aplicable la legislación interna del Estado en el cual el intermediario deba ejercer su actividad principal, si el representado tiene su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual en ese Estado.

Cuando el representado o el intermediario tengan varios establecimientos profesionales, el presente artículo será interpretado como refiriéndose al establecimiento con el cual la relación de representación está más estrechamente vinculada.

7. Cuando la creación de la relación de representación no sea el objeto exclusivo del contrato, sólo se aplicará la legislación designada en los artículos 5 y 6 cuando:

a) La creación de esa relación sea el objeto principal del contrato, o

b) Esa relación pueda ser separada del conjunto del contrato.

8. La legislación aplicable en virtud de los artículos 5 y 6 regirá para el establecimiento y la validez de la relación de representación, las obligaciones de las partes y las condiciones de ejecución, las consecuencias del incumplimiento y la extinción de esas obligaciones.

Esta ley se aplicará especialmente:

a) A la existencia, el alcance, la modificación y la cesación de poderes del intermediario, así como a las consecuencias del exceso o el empleo abusivo de esos poderes;

b) A la facultad que tiene el intermediario de delegar total o parcialmente sus poderes o de designar un intermediario adicional;

c) A la facultad que tiene el intermediario de concluir un contrato en nombre del representado, cuando exista riesgo de conflicto de intereses entre el mismo intermediario y el representado;

d) A la cláusula de falta de competencia y a la cláusula de garantía del precio;

e) A la indemnización de la clientela;

f) A las categorías de los daños que puedan dar lugar a reparación.

9. Cualquiera sea la ley aplicable a la relación de representación, se deberá tener en cuenta en lo que a las modalidades de ejecución se refiera, la legislación del lugar de ejecución.

10. El presente Capítulo no se aplicará cuando el contrato que crea la relación de representación sea un contrato de trabajo.

11. En las relaciones entre el representado y un tercero, la existencia y el alcance de los poderes del intermediario, así como los efectos que tengan sus actos en el ejercicio real o pretendido de sus poderes, se regirán por la legislación interna del Estado en el cual el intermediario tenía su establecimiento profesional en el momento en que actuó. No obstante, será aplicable la legislación interna del Estado en el cual el intermediario ha actuado:

a) El representado tiene su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual en ese Estado y el intermediario actuó en nombre del representado; o

b) El tercero tiene su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual en ese Estado; o

c) El intermediario actuó en la bolsa o participó en una oferta; o
d) El intermediario no tiene un establecimiento profesional. Cuando una de las partes tenga varios establecimientos profesionales, el presente artículo será interpretado como refiriéndose al establecimiento con el cual el acto del intermediario está vinculado más estrechamente.

12. A los fines de la aplicación del artículo 11, apartado primero, cuando el intermediario haya actuado en virtud de un contrato de trabajo que lo vincula con el representado y no tenga un establecimiento profesional propio, se considerará que tiene su establecimiento en el lugar en que se encuentra el establecimiento profesional del representado con el que está vinculado.

13. A los fines de la aplicación de artículo 11, apartado 2, cuando el intermediario se haya comunicado con un tercero de un Estado a otro por correo, telegrama, télex, teléfono u otros medios de comunicación similares, se considerará como habiendo actuado entonces en el lugar de su establecimiento profesional o, en su defecto, de su residencia habitual.

14. No obstante el artículo 11, cuando la legislación aplicable a las cuestiones cubiertas por dicho artículo, haya sido objeto por parte del representado o de un tercero de una designación por escrito, aceptada expresamente por la otra parte, la legislación así designada será aplicable a esas cuestiones.

15. La legislación aplicable en virtud del presente Capítulo regirá igualmente a las relaciones entre el intermediario y un tercero, resultantes del hecho de que el intermediario haya actuado en el ejercicio de sus poderes, excediéndose en sus poderes o careciendo de poderes.

16. Al aplicar la presente Convención, se podrán hacer efectivas las disposiciones obligatorias de cualquier Estado con el cual la situación tenga una vinculación efectiva siempre que y en la medida en que sean aplicables esas disposiciones según el derecho de ese Estado, cualquiera sea la legislación designada por sus normas de competencia.

17. La aplicación de una de las leyes designadas por la presente Convención, sólo podrá ser desechada si es manifiestamente incompatible con el orden público.

18. En el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, todo Estado Contratante podrá reservarse el derecho de no aplicar la Convención:

1) A la representación ejercida por un banco o un grupo de bancos en materia de operaciones bancarias;
2) A la representación en materia de seguros;
3) A los actos de un funcionario público que actúe en el ejercicio de sus funciones, en nombre de un particular. No será admitida ninguna otra reserva.

Todo Estado Contratante podrá igualmente, al notificar una extensión de la Convención de conformidad con el artículo 25, hacer una o varias de estas reservas con efecto limitado a los territorios o a algunos de los territorios contemplados por la extensión.

Todo Estado Contratante podrá, en cualquier momento, retirar una reserva que haya hecho; el efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes calendario después de la notificación del retiro.

19. Cuando un Estado comprenda a varias unidades territoriales en las que

cada una tiene sus propias normas en materia de contratos de intermediación y de representación, cada unidad territorial será considerada como un Estado a los fines de la determinación de la legislación aplicable según la Convención.

20. Un Estado en el que las distintas unidades territoriales tienen sus propias normas legales en materia de contratos de intermediación y de representación, no estará obligado a aplicar la presente Convención en caso que un Estado que tenga un sistema legal unificado no esté obligado a aplicar la legislación de otro Estado en virtud de la presente Convención.

21. Cuando un Estado Contratante comprenda a dos o varias unidades territoriales en las cuales cada una de éstas tiene sus propias normas legales en materia de contratos de intermediación y de representación, podrá en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, declarar que la presente Convención se extenderá a todas esas unidades territoriales o a una o varias de éstas, y podrá en todo momento modificar esa declaración haciendo una nueva declaración.

Estas declaraciones deberán ser notificadas al Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos, indicando expresamente las unidades territoriales a las cuales se aplica la Convención.

22. La Convención no deroga a los instrumentos internacionales en los cuales un Estado Contratante es o será parte y que contienen disposiciones sobre las materias reglamentadas por la presente Convención.

23. La Convención quedará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado durante su décima tercera sesión. Será ratificada, aceptada o aprobada y los instrumentos de ratificación, de aceptación o de aprobación serán depositados ante el Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos.

24. Cualquier otro Estado podrá adherir a la Convención. El instrumento de adhesión será depositado ante el Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos.

25. Todo Estado, podrá en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, declarar que la Convención se extenderá al conjunto de los territorios que representa a nivel internacional o a uno o varios de éstos. Esta declaración tendrá efecto en el momento en que la Convención entre en vigencia para ese Estado. Esta declaración, así como toda extensión ulterior, deberán ser notificadas al Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos.

26. La Convención entrará en vigencia el primer día del tercer mes calendario subsiguiente al depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, previsto en los artículos 23 y 24. Luego, la Convención entrará en vigencia:

1) Para cada Estado que la ratifique, la acepte, la apruebe o adhiera a la misma con posterioridad, el primer día del tercer mes calendario subsiguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
2) Para los territorios a los cuales se haya extendido la Convención de conformidad con los artículos 21 y 25, el primer día del tercer mes calendario del subsiguiente a la notificación contemplada en esos artículos.

27. De conformidad con el artículo 26 y apartado primero la Convención

tendrá vigencia por un período de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigencia, aun para los Estados que la hayan ratificado, aceptado o aprobado, o que hayan adherido con posterioridad. La Convención será tácitamente renovada cada cinco años, salvo denuncia.

La denuncia deberá hacerse por lo menos seis meses antes de la expiración del período de cinco años y deberá ser notificada al Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos. Podrá limitarse a determinados territorios o unidades territoriales a los que se aplica la Convención.

La denuncia sólo tendrá efecto para el Estado que la haya notificado. La Convención permanecerá en vigencia para los demás Estados Contratantes.

28. El Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos notificará a los Estados Miembros de la Conferencia, y a los Estados que hayan de adherirse de conformidad con las disposiciones del artículo 24:

1) Las firmas, ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones contempladas en el artículo 23;
2) Las adhesiones contempladas en el artículo 24;
3) La fecha en la que la Convención entrará en vigencia de acuerdo a las disposiciones del artículo 26;
4) Las extensiones contempladas en el artículo 25;
5) Las declaraciones mencionadas en el artículo 21;
6) Las reservas y el retiro de sus reservas previstos en el artículo 18;
7) Las denuncias contempladas en el artículo 27.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados, firman la presente Convención. Hecho en La Haya, el 14 de mayo de 1978, en un solo ejemplar, en los idiomas francés e inglés, siendo ambos textos igualmente válidos, el que será depositado en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos y del cual una copia certificada conforme será remitida, por vía diplomática, a cada uno de los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado durante su décimo tercera sesión.

Ratificaciones: Argentina, Francia y Portugal.

LEY 23.964

(B.O. 10/9/91)

1. Apruébase la Convención sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediación y Representación, adoptada el 14 de marzo de 1978 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, organismo intergubernamental de carácter permanente al que pertenece la República Argentina. La fotocopia autenticada del texto original traducido al idioma español que consta de veintiocho artículos, forma parte de la presente ley.

2. [*De forma*].

CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES *

La Haya, 1980

CAPÍTULO 1. — ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

1. La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante;

b) Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes.

2. Los Estados Contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.

3. El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en *a* puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

4. El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años.

5. A los efectos del presente Convenio:

a) El "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;

b) El "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

* Adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 1980.

CAPÍTULO 2. — AUTORIDADES CENTRALES

6. Cada uno de los Estados Contratantes designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio.

Los Estados federales, los Estados en que estén vigentes más de un sistema de derecho, o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas, tendrán libertad para designar más de una autoridad central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas autoridades. El Estado que haga uso de esta facultad designará la autoridad central a la que deban dirigirse las solicitudes, con el fin de que las transmita a la autoridad central competente en dicho Estado.

7. Las autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio.

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

a) Localizar a los menores trasladados o retenidos de manera ilícita;

b) Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;

c) Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;

d) Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;

e) Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;

f) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se organice o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;

g) Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;

h) Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;

i) Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

CAPÍTULO 3. — RESTITUCIÓN DEL MENOR

8. Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado Contratante, para que con su asistencia quede garantizada la restitución del menor.

La solicitud incluirá:

a) Información relativa a la identidad del demandante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;

b) La fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;

c) Los motivos en que se basa el demandante para reclamar la restitución del menor;

d) Toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de las personas con las que se supone que está el menor.

La demanda podrá ir acompañada o complementada por:

e) Una copia legalizada de toda decisión o acuerdo pertinentes;

f) Una certificación o declaración jurada expedida por una autoridad central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado;

g) Cualquier otro documento pertinente.

9. Si la autoridad central que recibe una demanda en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado Contratante, transmitirá la demanda directamente y sin demora a la autoridad central de ese Estado Contratante e informará a la autoridad central requirente, o en su caso al demandante.

10. La autoridad central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

11. Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos el demandante o la autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancias de la autoridad central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

Si la autoridad central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha autoridad la transmitirá a la autoridad central del Estado requirente o, en su caso, al demandante.

12. Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la demanda de restitución del menor.

13. No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia

en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor, proporcione la autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

14. Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya sean reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

15. Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el demandante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado.

Las autoridades centrales de los Estados Contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia a los demandantes para que obtengan una decisión o certificación de esa clase.

16. Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contratante adonde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud de este Convenio.

17. El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio.

18. Las disposiciones del presente Capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

19. Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.

20. La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado

requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

CAPÍTULO 4. — DERECHO DE VISITA

21. Una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los Estados Contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor.

Las autoridades centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico de los derechos de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de esos derechos. Las autoridades centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de esos derechos.

Las autoridades centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dichos derechos y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio de los mismos.

CAPÍTULO 5. — DISPOSICIONES GENERALES

22. No podrá exigirse ninguna fianza ni depósito, cualquiera que sea la designación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio.

23. No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, ninguna legalización ni otras formalidades análogas.

24. Toda demanda, comunicación u otro documento que se envíe a la autoridad central del Estado requerido se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido o, cuando esto no sea factible, de una traducción al francés o al inglés.

No obstante, un Estado Contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá oponerse a la utilización del francés o del inglés, pero no de ambos idiomas, en toda demanda, comunicación u otros documentos que se envíen a su autoridad central.

25. Los nacionales de los Estados Contratantes y las personas que residen habitualmente en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado Contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

26. Cada autoridad central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio.

Las autoridades centrales y otros servicios públicos de los Estados Contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las demandas presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio ni exigirán al demandante ningún pago por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

Sin embargo, un Estado Contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir ningún gasto de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por su sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, todos los costos o pagos efectuados para localizar al menor, las costas de la representación judicial del demandante y los gastos de la restitución del menor.

27. Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente Convenio o que la demanda carece de fundamento, una autoridad central no estará obligada a aceptar la demanda. En este caso, la autoridad central informará inmediatamente sus motivos al demandante o a la autoridad central por cuyo conducto se haya presentado la demanda, según el caso.

28. Una autoridad central podrá exigir que la demanda vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del demandante, o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre.

29. El presente Convenio no excluirá que cualquier persona, institución u organismo que pretenda que ha habido una violación del derecho de custodia o de los derechos de visita en el sentido previsto en los artículos 3 o 21, reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio.

30. Toda demanda presentada a las autoridades centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante de conformidad con los términos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una autoridad central será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados Contratantes.

31. Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables en unidades territoriales diferentes:

a) Toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado, se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado.

b) Toda referencia a la ley del Estado de residencia habitual, se interpretará que se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado donde resida habitualmente el menor.

32. Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará que se refiere al sistema de derecho especificado por la ley de dicho Estado.

33. Un Estado en el que las diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas respecto a la custodia de menores, no estará obligado a

aplicar el presente Convenio cuando no esté obligado a aplicarlo un Estado que tenga un sistema unificado de derecho.

34. El presente Convenio tendrá prioridad en las cuestiones incluidas en su ámbito de aplicación sobre el "Convenio de 5 de octubre de 1961 relativo a la Competencia de las Autoridades y a la Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores", entre los Estados Partes en ambos Convenios.

Por lo demás el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita.

35. El presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados Contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.

Si se hubiera formulado una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 o 40, la referencia a un Estado Contratante que figura en el párrafo precedente se entenderá que se refiere a la unidad o unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

36. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que dos o más Estados Contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían implicar esas restricciones.

CAPÍTULO 6. — CLÁUSULAS FINALES

37. El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que fueron miembros de la Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional Privado en su decimocuarto período de sesiones. Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

38. Cualquier otro Estado podrá adherir al Convenio.

El instrumento de adhesión será depositado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Para el Estado que adhiera al Convenio, éste entrará en vigor el primer día del tercer mes calendario después del depósito de su instrumento de adhesión.

La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que adhiera y aquellos Estados Contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado Miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de una adhesión. Dicha declaración será depositada ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia certificada a cada uno de los Estados Contratantes.

El Convenio entrará en vigor entre el Estado que adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el primer día del tercer mes calendario después del depósito de la declaración de aceptación.

39. Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que el Convenio extenderá al conjunto de los territorios que representa en el plano internacional, o sólo a uno o varios de esos territorios. Esta declaración tendrá efecto en el momento en que el Convenio entre en vigor para dicho Estado.

Esa declaración, así como toda extensión posterior, será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

40. Si un Estado Contratante tiene dos o más unidades territoriales en las que se aplican sistemas de derecho distintos en relación con las materias de que trata el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el presente Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar esta declaración en cualquier momento, para lo que habrá de formular una nueva declaración.

Estas declaraciones se notificarán al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos y se indicará en ellas expresamente las unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

41. Cuando un Estado Contratante tenga un sistema de gobierno en el cual los poderes ejecutivo, judicial y legislativo estén distribuidos entre las autoridades centrales y otras autoridades dentro de dicho Estado, la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del presente Convenio, o la formulación de cualquier declaración conforme a lo dispuesto en el artículo 40, no implicará consecuencia alguna en cuanto a la distribución interna de los poderes en dicho Estado.

42. Cualquier Estado podrá formular una o las dos reservas previstas en el artículo 24 y en el tercer párrafo del artículo 26, a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en el momento de formular una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 30 o 40. No se permitirá ninguna otra reserva.

Cualquier Estado podrá retirar en cualquier momento una reserva que hubiera formulado. El retiro será notificado al Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos.

La reserva dejará de tener efecto el primer día del tercer mes calendario después de las notificaciones a que se hace referencia en el párrafo precedente.

43. El Convenio entrará en vigor el primer día del tercer mes calendario después del depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a que se hace referencia en los artículos 37 y 38.

En adelante el Convenio entrará en vigor:

1) Para cada Estado que lo ratifique, acepte, apruebe o adhiera con posterioridad, el primer día del tercer mes calendario después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
2) Para los territorios o unidades territoriales a los que se haya extendido el Convenio de conformidad con el artículo 39 o 40, el primer día del tercer mes calendario después de la notificación a que se hace referencia en esos artículos.

44. El Convenio permanecerá en vigor durante cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43, incluso para los Estados que con posterioridad lo hubieran ratificado, aceptado, aprobado o adherido. Si no hubiera denuncia se renovará tácitamente cada cinco años.

Toda denuncia será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, por lo menos, seis meses antes de la expiración del plazo de cinco años. La denuncia podrá limitarse a determinados territorios o unidades territoriales a los que se aplica el Convenio.

La denuncia tendrá efectos sólo respecto al Estado que la hubiera notificado. El Convenio permanecerá en vigor para los demás Estados Contratantes.

45. El Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos notificará a los Estados Miembros de la Conferencia y a los Estados que hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 lo siguiente:

1) Las firmas y ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que hace referencia el artículo 37;
2) Las adhesiones a que hace referencia el artículo 33;
3) La fecha en que el Convenio entre en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo 43;
4) Las extensiones a que hace referencia el artículo 39;
5) Las declaraciones mencionadas en los artículos 38 y 40;
6) Las reservas previstas en el artículo 24 y en el tercer párrafo del artículo 26, y los retiros previstos en el artículo 42;
7) Las denuncias previstas en el artículo 44.

En fe de lo cual, los infrascriptos, debidamente autorizados para ello, han firmado el presente Convenio.

Hecho en La Haya, el 25 de octubre de 1980, en francés y en inglés, siendo ambos textos igualmente fehacientes, en un solo ejemplar se depositará en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos y del cual se enviará copia certificada por vía diplomática, a cada uno de los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en la fecha de su decimocuarto período de sesiones.

Ratificaciones: Alemania Federal, Argentina, Australia, Austria, Belice, Canadá, Dinamarca, España, EE.UU., Francia, Hungría, Irlanda, Islas Man (ext. Reino Unido), Israel, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña, Suecia, Suiza.

LEY 23.857

(B.O. 31/10/90)

1. Apruébase el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptado el 25 de octubre de 1980 por la 14ª sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. La fotocopia autenticada del original en francés e inglés y la de su traducción al español, que constan de cuarenta y cinco artículos cada una, forman parte de la presente ley.

2. [*De forma*].

CONVENCIÓN SOBRE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS *

La Haya, 1986

CAPÍTULO 1. — ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN

1. La presente Convención determina la ley aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías:

a) Entre partes cuyos establecimientos comerciales se encuentren en Estados diferentes;

b) En todos los demás casos en que exista conflicto entre las leyes de Estados diferentes, a no ser que dicho conflicto dimane exclusivamente de una estipulación de las partes acerca de la ley aplicable y aun cuando vaya acompañada de la designación de tribunal o árbitro.

2. La Convención no será aplicable a:

a) Las ventas judiciales o cualquier otro tipo de venta que se realice por mandato de la ley;

b) Las ventas de valores mobiliarios, acciones de sociedades, títulos o efectos de comercio, instrumentos negociables o dinero; será sin embargo aplicable a la venta de mercaderías que se realice sobre la base de documentos;

c) Las ventas de mercaderías que se adquieran para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en el momento de celebrarse el contrato, no hubiese sabido ni debido saber que las mercaderías se compraban para darles ese uso.

3. A los efectos de la presente Convención, el término "mercaderías" incluye a:

a) Los buques y navíos, las embarcaciones menores, los aerodeslizadores y las aeronaves;

b) La electricidad.

4.1. Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue se comprometa a proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para dicha manufactura o producción.

2. No se considerarán compraventas aquellos contratos en que el elemento principal de las obligaciones de la parte que suministre las mercaderías consista en suministrar mano de obra o en prestar otros servicios.

* Adoptada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 1986.

5. La Convención no determina la ley aplicable a:

a) La capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes;

b) La cuestión de si un mandatario está facultado para obligar a su mandante o un órgano de una compañía o persona jurídica, esté o no constituida legalmente como sociedad, la capacidad de obligar a dicha compañía o persona jurídica;

c) El traspaso del derecho de propiedad; no obstante, las cuestiones mencionadas expresamente en el artículo 12 se regirán por la ley que sea aplicable al contrato de compraventa con arreglo a la Convención;

d) A los efectos de la compraventa respecto de terceros;

e) A los acuerdos sobre arbitraje o designación de un tribunal, aun cuando dicho acuerdo forme parte del contrato de compraventa.

6. Se aplicará la ley que la Convención determine, sea o no de un Estado Contratante.

CAPÍTULO 2. — LEY APLICABLE

SECCIÓN 1. — DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

7.1. El contrato de compraventa se regirá por la ley que elijan las partes. El acuerdo de las partes al respecto deberá ser expreso o quedar de manifiesto en el contrato y la conducta de las partes en su conjunto. La elección podrá limitarse a una parte del contrato.

2. En cualquier momento las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o parte a una ley distinta de aquella por la que se regía anteriormente, haya sido o no ésta elegida por las partes. El cambio de la ley aplicable que acuerden las partes una vez concertado el contrato no obstará a la validez formal de éste ni a los derechos de terceros.

8.1. El contrato de compraventa se regirá, en la medida en que las partes no hayan elegido con arreglo al artículo 7 la ley aplicable a él, por la ley del Estado en el cual tenga su establecimiento el vendedor al momento de celebrarse el contrato.

2. No obstante, el contrato se regirá por la ley del Estado en el cual tenga su establecimiento el comprador al momento de celebrarse el contrato, siempre que:

a) Se hayan celebrado negociaciones y el contrato haya sido concertado por las partes estando presentes en dicho Estado;

b) En el contrato se prevea expresamente que el vendedor deberá cumplir su obligación de entregar las mercaderías en dicho Estado; o

c) el contrato haya sido concertado sobre la base de condiciones establecidas fundamentalmente por el comprador y de una invitación formulada por éste a numerosas personas para la presentación de ofertas (llamado a licitación).

3. A título excepcional y cuando a la luz de un conjunto de circunstancias, por ejemplo, una relación comercial existente entre las partes, el contrato tenga vinculaciones manifiestamente más estrechas con una ley distinta de aquella que en caso contrario le sería aplicable según los párrafos 1 y 2 del presente artículo, el contrato se regirá por esa ley.

4. El párrafo 3 no será aplicable si, al momento de celebrarse el contrato, el vendedor y el comprador tuvieren sus respectivos establecimientos en Estados

que hubieren formulado la reserva prevista en el inciso *b* del párrafo 1 del artículo 21.

5. El párrafo 3 no será aplicable a las cuestiones reglamentadas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (suscripta en Viena el 11 de abril de 1980) cuando, al momento de celebrarse el contrato, el vendedor y el comprador tuvieren sus respectivos establecimientos en Estados distintos que sean partes en dicha Convención.

9. La venta en subasta pública o en un mercado bursátil se regirá por la ley que hayan elegido las partes de conformidad con el artículo 7, a condición de que la ley del Estado en el que tenga lugar la subasta o se encuentre el mercado bursátil no prohíba dicha elección. Si las partes no hubieren elegido ley alguna o la elección estuviere prohibida, se aplicará la ley del Estado en que tenga lugar la subasta o se encuentre el mercado bursátil.

10.1. Las cuestiones relativas a la existencia y la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto de la elección de la ley aplicable serán dirimidas, si la elección cumple los requisitos establecidos en el artículo 7, con arreglo a la ley elegida. Si de conformidad con lo dispuesto en dicha ley la elección no fuere válida, la ley por la cual se ha de regir el contrato se determinará con arreglo al artículo 8.

2. La existencia y la validez sustancial de un contrato de compraventa, o de cualquiera de sus cláusulas, se determinarán con arreglo a la ley que sería aplicable en virtud de la Convención si el contrato o la cláusula fuesen válidos.

3. No obstante, cualquiera de las partes, a fin de demostrar que no prestó su consentimiento a la elección de la ley aplicable, al propio contrato o a alguna de sus cláusulas en particular, podrá invocar la ley del Estado donde tenga su establecimiento si de las circunstancias resultase que no sería razonable dirimir la cuestión con arreglo a la ley indicada en los párrafos precedentes.

11.1. El contrato de venta concertado por personas que se encuentren en el mismo Estado será formalmente válido si cumple con los requisitos establecidos en la ley por la cual se rige con arreglo a la Convención o en la ley del Estado en que se concierte.

2. El contrato de venta concertado entre personas que se encuentren en distintos Estados será formalmente válido si cumple con los requisitos establecidos en la ley por la cual se rige con arreglo a la Convención o en la ley de uno de esos Estados.

3. Cuando el contrato sea celebrado por un representante, el Estado correspondiente a los efectos de la aplicación de los párrafos que anteceden será aquel en que actúe el representante.

4. Un acto jurídico unilateral relativo a una venta ya concertada o por concertarse será válido en la forma si cumple con los requisitos establecidos en la ley por la cual se rigen o se regirían los elementos de fondo de la venta con arreglo a la Convención o en la ley del Estado en que se haya realizado el acto.

5. La Convención no será aplicable a la validez formal de un contrato de compraventa cuando una de las Partes Contratantes, al momento de celebrarse el contrato, tenga su establecimiento en un Estado que haya formulado la reserva prevista en el inciso *c* del párrafo 1 del artículo 21.

SECCIÓN 2. — ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE

12. La ley aplicable a un contrato de compraventa con arreglo a los artículos 7, 8 o 9 regirá en especial:

a) La interpretación del contrato;
b) Los derechos y obligaciones de las partes y la ejecución del contrato;
c) El momento a partir del cual el comprador tiene derecho a los productos, frutos y rentas devengados por las mercaderías;
d) El momento a partir del cual el comprador debe soportar los riesgos relativos a las mercaderías;
e) La validez y los efectos que tendrán respecto de las partes las cláusulas de reserva de la propiedad sobre las mercaderías;
f) Las consecuencias, sin perjuicio de las normas procesales del foro, del incumplimiento del contrato, incluidos los tipos de daños que pueden dar lugar a una indemnización;
g) Los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad de las acciones;
h) Las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.

13. Salvo cláusula expresa en contrario, será aplicable a las modalidades y requisitos de procedimiento de la inspección de las mercaderías la ley del Estado en que ella tenga lugar.

CAPÍTULO 3. — DISPOSICIONES GENERALES

14.1. Si una de las partes tuviere más de un establecimiento, se tendrá en cuenta aquel que guarde una relación más estrecha con el contrato y su ejecución, teniendo presentes las circunstancias que las partes hubiesen conocido o previsto en cualquier momento anterior a la celebración del contrato o en el momento mismo de su celebración.

2. Si una de las partes no tuviere establecimiento comercial, se tendrá en cuenta su domicilio habitual.

15. A los efectos de la presente Convención se entenderá por "ley" el derecho positivo vigente en un Estado, con exclusión de las normas relativas al conflicto de leyes.

16. A los efectos de la interpretación de la Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

17. La Convención no obstará a la aplicación de las disposiciones de la ley del foro que hubieren de aplicarse fuere cual fuere la ley aplicable al contrato.

18. La aplicación de una ley designada en la Convención sólo podrá ser impugnada cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público.

19. A los efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a la Convención, cuando un Estado comprenda diversas unidades territoriales cada una de las cuales tenga su propio régimen jurídico o sus propias normas jurídicas en materia de contratos de compraventa de mercaderías, la referencia a la ley de dicho Estado será interpretada como una referencia a la ley que esté en vigor en la unidad territorial correspondiente.

20. El Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios regímenes jurídicos o sus propias normas jurídicas en materia de

contratos de compraventa no estará obligado a aplicar la Convención a los conflictos que surjan entre leyes vigentes en dichas unidades territoriales.

21.1. Los Estados podrán, al momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar la presente Convención, o de adherirse a ella, formular cualquiera de las reservas siguientes:

a) Que no aplicarán la Convención en los casos a que se refiere el inciso *b* del artículo 1;

b) Que no aplicarán el párrafo 3 del artículo 8, salvo cuando ninguna de las Partes Contratantes tenga su establecimiento en un Estado que haya formulado la reserva prevista en el presente inciso;

c) Que en los casos en que su legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se prueben por escrito, no aplicarán la Convención en lo tocante a la validez formal del contrato cuando una de las partes tenga el establecimiento comercial en su territorio al momento de celebrarse el contrato;

d) Que no aplicarán la parte del inciso *g* del artículo 12 relativa a la prescripción y la caducidad de acciones.

2. No podrá formularse ninguna otra reserva.

3. Un Estado Contratante podrá retirar en cualquier momento la reserva que haya formulado; la reserva dejará de surtir efectos el primer día del mes siguiente al vencimiento de un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de notificación del retiro.

22.1. La presente Convención no prevalecerá sobre las convenciones o acuerdos internacionales ya concertados o que se concierten en el futuro y que contengan cláusulas relativas a la determinación de la ley aplicable a los contratos de compraventa; sin embargo, tales convenciones o acuerdos únicamente serán aplicables cuando el vendedor y el comprador tengan sus establecimientos en Estados Partes en ellos.

2. La presente Convención tampoco prevalecerá sobre otra convención internacional en que un Estado Contratante sea parte o se haga parte en el futuro y que establezca la ley aplicable a una categoría determinada de contratos de compraventa incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Convención.

23. La presente Convención no obstará a la aplicación de:

a) La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980);

b) La Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974), o el Protocolo por el que se enmienda dicha Convención (Viena, 11 de abril de 1980).

24. La presente Convención será aplicable en un Estado Contratante a los contratos de compraventa que se celebren luego de haber entrado en vigor respecto de ese Estado.

CAPÍTULO 4. — CLÁUSULAS FINALES

25.1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

2. La presente Convención estará sujeta a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados signatarios.

3. La Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean signatarios a partir de la fecha en que quede abierta a la firma.

4. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión deberán ser depositados en poder del Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos, depositario de la Convención.

26.1. El Estado que estuviere compuesto de dos o más unidades territoriales en que fueren aplicables distintos ordenamientos jurídicos en relación con las materias a que se refiere la presente Convención podrá, al momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, declarar que la Convención será aplicable en todas sus unidades territoriales o en una o más únicamente y podrá modificar dicha declaración en cualquier momento mediante otra declaración.

2. Las declaraciones a que se hace referencia en el párrafo precedente serán notificadas al depositario e indicarán expresamente las unidades territoriales en las cuales será aplicable la Convención.

3. Si un Estado no formulare declaración alguna con arreglo al presente artículo, la Convención será aplicable en todas sus unidades territoriales.

27.1. La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente al vencimiento de un plazo de tres meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión de conformidad con el artículo 25.

2. En lo sucesivo, la Convención entrará en vigor:

a) Respecto de cada Estado que la ratifique, acepte o apruebe o se adhiera a ella posteriormente, el primer día del mes siguiente al vencimiento de un plazo de tres meses contados desde la fecha de depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;

b) Respecto de una unidad territorial a la cual se haya hecho aplicable la Convención de conformidad con el artículo 26, el primer día del mes siguiente al vencimiento de un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de la notificación mencionada en ese artículo.

28. La presente Convención reemplazará a la Convención relativa a la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías suscripta en La Haya el 15 de junio de 1955 respecto de los Estados Partes en ella que hayan consentido en obligarse por la presente y para los cuales ésta se encuentre en vigor.

29. El Estado que se haga parte en la presente Convención después de la entrada en vigor de un instrumento por el cual haya sido modificada será considerado parte en la Convención en su forma modificada.

30.1. Los Estados Partes en la presente Convención podrán denunciarla mediante notificación formal hecha por escrito al depositario.

2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente al vencimiento de un plazo de tres meses contados desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo para que la denuncia surta efecto, ésta surtirá efecto al vencer dicho plazo contado desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.

31. El depositario notificará a los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y a los Estados que hayan firmado, ratificado, aceptado o aprobado la presente Convención o se hayan adherido a ella de conformidad con el artículo 25, lo siguiente:

a) Las firmas y ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones y adhesiones a que se hace referencia en el artículo 25;

b) La fecha en que la Convención entre en vigor de conformidad con el artículo 27;

c) Las declaraciones a que se hace referencia en el artículo 26;
d) Las reservas y los retiros de reservas a que se hace referencia en el artículo 21;
e) Las denuncias a que se hace referencia en el artículo 30.

En testimonio de lo cual los infrascriptos, debidamente autorizados para ello, han firmado la presente Convención.

Hecha en La Haya, el día 22 de diciembre de 1986 * en un solo ejemplar cuyos textos en inglés y francés son igualmente auténticos, que será depositado en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos, y del cual se enviará copia certificada por conducto diplomático a cada uno de los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a la fecha de celebración de su período extraordinario de sesiones de octubre de 1985 y a cada uno de los Estados que hayan participado en dicho período de sesiones.

Ratificaciones: Argentina.

LEY 23.916

(B.O. 22/4/91)

1. Apruébase la Convención sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías, suscripta en la ciudad de La Haya, Reino de los Países Bajos, el 30 de octubre de 1985, cuyo texto oficial en los idiomas inglés y francés, que consta de treinta y un artículos en fotocopia autenticada, y la traducción al español de la misma, forman parte de la presente ley.

2. Al depositarse el Instrumento de Ratificación del mencionado Convenio deberá formularse la siguiente reserva:

"La República Argentina hace reserva del artículo 21, párrafo primero, letra *c*, en el sentido de que no aplicará la Convención sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías en cuanto a la validez formal del contrato, cuando una de las partes tenga su establecimiento comercial en territorio argentino en el momento de celebrarse el contrato".

3. [*De forma*].

* Fecha en que el Acta Final fue firmada por Checoslovaquia.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN, Victoria, y VILA, Blanca: *Lecciones de Derecho Comunitario europeo*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1995.

ADROHER BIOSCA, Salomé: *Forma del matrimonio y Derecho Internacional Privado*, Bosch, Barcelona, 1993.

AGUILAR NAVARRO, Mariano: *Derecho Internacional Privado*, Universidad Complutense de Madrid, 1979.

ALCORTA, Amancio: *Curso de Derecho Internacional Privado*, ts. I, II y III, Buenos Aires, 1927.

ALFONSÍN, Quintín: *Escritos jurídicos*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 1975.

— *Introducción a la Teoría del Derecho Internacional Privado*, Montevideo, 1946.

— *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Idea, Montevideo, 1982.

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

ALTERINI, Atilio A., y BOLDORINI, María C.: *Estructura general, instrumentos fundamentales y complementarios*, t. I, Colección Sistema Jurídico del Mercosur, Abeledo-Perrot, 1994.

ALVARADO, G. L.: *Apuntes de Derecho Internacional Privado*, Torres Aguirre, Lima, 1940.

ARCE, A. G.: *Derecho Internacional Privado*, Ed. Universitaria, Guadalajara, 1990.

ARGÚAS, Margarita, y LAZCANO, Carlos A.: *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1928.

ARMINJON, P.: *Précis de Droit International Privé*, París, 1927.

ASSER, T. M. C., y RIVIER, A.: *Derecho Internacional Privado*, París, 1886.

AUDIT, B.: *Droit International Privé*, Económica, París, 1991.

BALESTRA, Ricardo R.: *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

— *Manual de Derecho Internacional Privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

BALLARINO, T.: *Diritto Internazionale Privato*, Cedam, Padua, 1982.

BARCIA, Trelles C.: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1936.

BARTIN, Étienne: *Études de Droit International Privé*, París, 1889.

— *Principes de Droit International Privé selon la loi et la jurisprudence française*, París, 1920, 1932 y 1935.

BASZ, Victoria: *El rol del Derecho Internacional. Transformaciones jurídicas en el proceso de integración*, en *Mercosur. Perspectivas desde el Derecho Privado*, Parte Segunda, obra colectiva dirigida por Carlos GHERSI, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1996.

BATALHA, W.: *Tratado de Direito Internacional Privado*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1977.

BATIFFOL, Henri: *Traité élémentaire de Droit International Privé*, 1968.

BATIFFOL, Henri, y LAGARDE, P.: *Droit International Privé*, 10ª ed., LGDJ, París, 1996.

BEVILACQUA, C.: *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*, Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1944.

BIDART CAMPOS, Germán: *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

— *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

BIOCCA, Stella M.: *Estudios de Derecho Internacional Privado. Matrimonio en Derecho Internacional Privado*, 1969.

BIOCCA, S. M.; FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, y BASZ, Victoria: *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2ª ed., 1997.

BOGGIANO, Antonio: *Contratos internacionales*, Depalma, Buenos Aires, 1990.

— *Curso de Derecho Internacional Privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

— *Derecho Internacional Privado*, Depalma, Buenos Aires, 1991.

BRISEÑO SIERRA, Humberto: *Arbitraje comercial internacional*, México, 1979.

CAICEDO CASTILLA, J.: *Derecho Internacional Privado*, Temis, Bogotá, 1967.

CALANDRELLI, Alcides: *Cuestiones de Derecho Internacional Privado*, La Buenos Aires, Buenos Aires, 1911.

CALVO CARAVACA, Alfonso, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vols. I y II, Comares, Granada, 1999.

CALVO CARAVACA, Alfonso, y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (directores): *Contratos internacionales*, coordinación de MORALES LIMONES, Pilar, Tecnos, Madrid, 1998.

CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1983.

CASTRO, A. de: *Direito Internacional Privado*, Forense, Río de Janeiro, 1987.

CATALANO, Nicola, y SCARPA, Juan: *Principios de Derecho Comunitario*, Tecnos, Madrid, 1988.

CHALITA, Graciela, y NOODT TAQUELA, María Blanca: *Unificación del Derecho Internacional Privado*, Ed. Universidad, 1988.

CIURO CALDANI, Miguel A. (coordinador): *Del Mercosur. Aduana. Jurisdicción. Informática. Relaciones intercomunitarias*, Ciudad Argentina, 2ª ed., Buenos Aires, 1998.

— *El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998.

— *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Rosario, 1997.

— *Filosofía de la jurisdicción*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

CONDE y LUQUE, R.: *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Fontanet, Madrid, 1911.

CZAR de ZALDUENDO, Susana: *La estructura jurídico-institucional del Mercosur después de Ouro Preto*, Separata del "Boletín Informativo Techint", 1995.

DESPAGNET, Frats: *Précis de Droit International Privé*, París, 1909.

DIEZ DE VALASCO, Manuel (director): *Prácticas de Derecho Internacional Privado*, Tecnos, 1980.

DOLINGER, J.: *Direito Internacional Privado*, Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1986.

DREYZIN de KLOR, Adriana: *El Mercosur. Generador de una nueva fuente de Derecho Internacional Privado*, Zavalía, 1997.

DREYZIN de KLOR, Adriana, y URIONDO de MARTINOLI, Amalia: *Derecho Internacional Privado y de la integración regional. Fuentes convencionales*, Zavalía, Buenos Aires, 1996.

— *Parte General del Derecho Internacional Privado*, Advocatus, Córdoba, 1990.

DUNCKER BIGGS, F.: *Derecho Internacional Privado*, Santiago de Chile, 1967.

ESPINAR VICENTE, José M.: *Curso de Derecho Internacional Privado español*, Borduria, Madrid, 1991.

ESPÍNOLA, E., y ESPÍNOLA, E. (h.): *Tratado de Direito Civil brasileiro*, Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1941.

— *Tratado de Direito Civil brasileiro*, Parte Especial, Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1942-1943.

ESPLUGUES MOTA, Carlos A.: *Código de Derecho Internacional Privado español*, Civitas, Madrid, 1989.

FEBRES POBEDA, C.: *Apuntes de Derecho Internacional Privado*, Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes, 1962.

— *Derecho Internacional Privado. Jurisprudencia venezolana*, Mérida, Universidad de los Andes, 1967.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L.: *Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Lex mercatoria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

— *Derecho Internacional Privado*, vol. 18, Colección de Reforma al Código Civil, dirigida por los doctores Atilio A. ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA, Abeledo-Perrot, 1994.

— *Jurisdicción internacional en materia contractual*, vol. IV, Colección Sistema Jurídico del Mercosur, dirigida por Atilio A. ALTERINI, Abeledo-Perrot, 1995.

— *Jurisdicción internacional en materia de transporte: lineamientos básicos para un marco normativo en el Mercosur. Avances de investigación en Derecho y Ciencias Sociales*, IV Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA y la UNMP, 1997.

— *La responsabilidad civil según la Corte de Justicia de la Unión Europea*, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Libro homenaje al profesor Atilio A. Alterini*, Abeledo-Perrot, 1997.

— *Régimen internacional de la responsabilidad civil. Necesidad de la Reforma*, en *La responsabilidad. Libro homenaje al profesor Isidoro H. Goldenberg*, dirección de Atilio A. ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA, Abeledo-Perrot, 1995.

— *Solución de controversias en el Mercosur: el arbitraje, una luz para solucionar disputas*, Jornadas de Investigadores y Becarios, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA y UNMP, 1997.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., y LEONARDI de HERBÓN, Hebe: *Arbitraje interno e internacional*, Abeledo-Perrot, 1993.

— *Cómo y cuándo demandar al Estado extranjero*, Abeledo-Perrot, 1996.

— *Democracia y arbitraje*, Ciudad Argentina y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1996.

— *El arbitraje*, Abeledo-Perrot, 1998.

FERMÉ, Eduardo L.: *Tratado de Derecho del Trabajo*, dirección de Antonio VÁZQUEZ VIALARD, t. II, Cap. VII, Buenos Aires, 1980.
FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.: *La codificación del Derecho Internacional Privado*, Eurolex, Madrid, 1994.
FERNÁNDEZ FLORES, José Luis: *Manual de Derecho Internacional Privado*, Edersa, Madrid, 1993.
FERNÁNDEZ PRIDA, J.: *Derecho Internacional Privado*, Cuesta, Valladolid, 1896.
FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y otros: *Derecho del comercio internacional*, Colección Estudios Internacionales, Eurolex, Madrid, 1996.
FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1993.
FERRER CORREIA, A.: *Direito Internacional Privado*, Biblioteca Jurídica Atlántida, Coimbra, 1970.
FIORE, Pascual: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1889.
FREELAND LÓPEZ LECUBE, Alejandro: *Manual de derecho comunitario. Análisis comparativo de la Unión Europea y el Mercosur*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.
FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia: *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.
GARCÍA MORENO, V.: *Derecho conflictual*, UNAM, México, 1991.
GARRO, Alejandro, y ZUPPI, Alberto: *Compraventa internacional de mercaderías. La Convención de Viena de 1980*, La Rocca, Buenos Aires, 1985.
GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado*, 6ª ed., al cuidado de Miguel Ángel CIURO CALDANI, Depalma, Buenos Aires, 1992.
— *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado*, Depalma, Buenos Aires, 1954.
— *Suma del Derecho Internacional Privado*, Rosario, Argentina, Biblioteca de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, 1969.
GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.: *Derecho Internacional Privado*, Introducción, UAM, Madrid, 1984.
GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Derecho Internacional Privado español*, Universidad Complutense de Madrid, 1992.
GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., y otros: *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos "Ramón Carande", Madrid, 1993.
GRAVESON, R.: *The Conflict of Laws*, Londres, 1974.
HALPERÍN, Marcelo (compilador): *Instrumentos básicos de integración económica en América Latina y el Caribe*, BID-INTAL, Buenos Aires, 1992.
HERRERA MENDOZA, L.: *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y temas conexos*, Caracas, 1960.
HERRERO Y RUBIO, Alejandro: *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Valladolid, 1974-1980.
HOOFT, Eduardo R.: *Sucesión hereditaria, jurisdicción internacional y ley aplicable*, Depalma, Buenos Aires, 1981.
ISAAC, Guy: *Manual de Derecho Comunitario general*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1995.
JACQUET, J. M.: *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, París, 1983.
JITTA, Josephus: *La substance des obligations dans le Droit International Privé*, Librairie Belinfante Frères, La Haya, 1907.
— *Método de Derecho Internacional Privado*, traducción de Fernández Prida, La España Moderna, Madrid, 1911.

JUENGER, Friedrich K.: *Choice of Law and Multistate Justice*, Martinus Nijhoff, 1992.
— *La Convención europea sobre el derecho aplicable a obligaciones contractuales: algunas observaciones críticas desde la perspectiva estadounidense*, Jurídica, 1982.
KALLER de ORCHANSKY, Berta: *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1991.
KEGEL, G.: *Internationales Privatrecht: ein Studienbuch*, 6ª ed., Beck, Munich, 1987.
KUNN, Arthur: *Principes de Droit anglo-américan*, París, 1924.
LAINÉ, Armand: *Introduction au Droit International Privé*, París, 1888.
LALIVE, P.: *Tendances et méthodes en Droit International Privé*, "Recueil des Cours", t. 143, 1974-III.
LARA AGUADO, A.: *El nombre en el Derecho Internacional Privado*, Granada, 1998.
LAURENT, F.: *Droit Civil International*, Bruylant, París-Bruselas, 1880.
LAZCANO, Carlos A.: *Derecho Internacional Privado*, Platense, La Plata, 1965.
LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul: *Droit International Privé*, Dalloz, París, 1962.
LOUSSOUARN, Y.: *Cours général de Droit International Privé*, "Recueil des Cours", t. 139, 1973, ps. 269 a 386.
MAEKELT, Tatiana B. de: *Material de clase para Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Caracas, 1986.
MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Madrid, 1999.
MARÍN LÓPEZ, A.: *Derecho Internacional Privado español. Parte General*, 6ª ed., Granada, 1992.
MAURY, Jacques: *Derecho Internacional Privado*, México, 1949.
— *Règles générales des conflits de lois*, "Recueil des Cours", t. 57, 1936-III, ps. 329 a 569.
MAYER, P.: *Droit International Privé*, 4ª ed., Montchretien, París, 1991.
MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Madrid, 1972; *Parte Especial*, Atlas, Madrid, 1985-1987.
MIDÓN, Mario: *Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del Mercosur*, Rubinzal-Culzoni, 1998.
MOLINA DEL POZO, C., y ORTÚZAR ANDÉCHAGA, L.: *Tratado de la Unión Europea*, 3ª ed., Granada, 1999.
NEUHAUS, P. H.: *Die Grundbegriffe des Internationalem Privatrechts*, Mohr, Tubinga, 1976.
NIBOYET, Jean P.: *Manual de Derecho Internacional Privado*, París, 1928.
— *Traité de Droit International Privé*, París, 1947.
NIEDERER, Werner: *International Privatrecht Wolkerrecht*, 1949.
NOODT TAQUELA, M. B.: *Derecho Internacional Privado. Método de casos. Análisis de fallos. Documentos extranjeros*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
NUSSBAUM, Arthur: *Principios de Derecho Internacional Privado*, Oxford University Press, 1947.
OCTAVIO, R.: *Direito Internacional Privado*, Parte General, Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1942.
OPPERTI BADÁN, Didier: *Exhortos y embargo de bienes extranjeros, medios de cooperación internacional*, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, Montevideo, 1976.

OPERTTI BADÁN, Didier, y FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia: *Contratos comerciales internacionales*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997.

— *La codificación del Derecho Internacional Privado de La Haya y por la CIDIP*, en *España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado*, Ramón Carande, Madrid, 1993.

ORTIZ DE LA TORRE, José A.: *Legislaciones nacionales de Derecho Internacional Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995.

PALLARÉS, Beatriz: *Régimen internacional del matrimonio*, Astrea, 1990.

PARDO, Antonio J.: *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Ghersi, Buenos Aires, 1988.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo: *Curso general de Derecho Internacional Privado. Problemas selectos y otros estudios*, Fundación Fernando Parra Aranguren, Caracas, 1992.

— *Monografías selectas de Derecho Internacional Privado*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel: *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Harla, México, 1991.

— *Derecho Internacional Privado. Notas sobre el principio territorialista y el sistema de conflictos en el derecho mexicano*, UNAM, México, 1977.

PÉREZ OTERMÍN, Jorge: *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos jurídico-institucionales*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.

PÉREZ VERA, Elisa (dir.): *Derecho Internacional Privado*, UNED, Madrid, 1991.

PERUGINI, Alicia: *La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*, Wilson Lafleur, Montreal, 1989.

— *La validez y circulabilidad internacional del poder en representación notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1988.

PESCATORE, Pierre: *Derecho de la Integración. Nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*, BID-INTAL, Buenos Aires, 1973.

PIOMBO, Horacio D.: *Estructura normativa del Derecho Internacional Privado*, Depalma, Buenos Aires, 1987.

PIOTTI, C.: *Unidad estructural del Derecho Internacional Privado*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

RABEL, Ernest: *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, Ann Arbor, Michigan, 1958.

RAPALLINI, Liliana E.: *Temática de Derecho Internacional Privado*, Lex, La Plata, 1989.

REALES, E. P.: *Lo statuto della Corte Penale Internazionale*, Padova, 1999.

RIGAUX, François: *Derecho Internacional Privado*, traducción de Alegría Borrás Rodríguez, Civitas, Madrid, 1985.

RIMOLDI de LADMANN, Eve (coordinadora): *Mercosur y comunidad europea*, 2ª ed., Ciudad Argentina y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1998.

ROCHE, J. J.: *Relations internationales*, París, 1999.

ROMERO DEL PRADO, Víctor: *Derecho Internacional Privado*, Assandri, Córdoba, 1961.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto: *Mercosur, integración y derecho*, Ciudad Argentina e Intercontinental Editora, Buenos Aires, 1998.

SAMTLEBEN, J.: *Derecho Internacional Privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, Depalma, 1983.

— *El territorialismo de leyes en América Latina*, UNAM, México, 1979.

SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio S.: *Derecho Internacional Privado*, Carasa y Cía., La Habana, 1943.
SANTOS BELANDRO, Rubén: *El Derecho aplicable a los contratos internacionales*, Fundación de Cultura Universitaria, 1998.
SAPENA PASTOR, R.: *Derecho Internacional Privado*, De la Plaza, Montevideo, 1980.
SAVIGNY, Federico de: *Sistema de Derecho Romano actual*, vol. VI, 2ª ed., Góngora, Madrid, 1879.
SCHNITZER, Adolf: *La loi applicable aux contrats*, Rev. "Critique", 1959.
— *Les contrats internationaux en Droit International Privé suisse*, "Recueil des Cours", t. I, 1968.
SIQUEIROS, J. L.: *Síntesis de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., UNAM, México, 1971.
SMITH, Raymond: *Conflict of Laws*, Cavendish, Londres, 1993.
STORY, Joseph: *Commentaries on the Conflict of Laws, Freing and Domestic, in Regard to Contracts, Rights and Remedies*, Hilliard, Gray and Co., Boston, 1834.
STRENGER, Ireneu: *Curso de Direito Internacional Privado*, Forense, Río de Janeiro, 1977.
— *Da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, San Pablo, 1968.
TELLECHEA BERGMAN, Eduardo: *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal internacional*, A. M. Fernández, Montevideo, 1982.
— *Un instrumento para la integración jurídica regional. Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur*, FCU, Montevideo, 1995.
TENÓRIO, O.: *Direito Internacional Privado*, 11ª ed., Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1976.
TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, J. A.: *Derecho Internacional Privado*, Universidad Complutense de Madrid, 1990-1992.
TRÍAS DE BES, J. M.: *Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1939.
TRÍAS Y GIRO, Juan de D.: *Estudios de Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1921.
TRIGUEROS SARAVIA, E.: *Estudios de Derecho Internacional Privado*, UNAM, México, 1980.
UZAL, María E.: *El Mercosur en el camino de la integración*, Depalma, Buenos Aires, 1998.
VALLADÃO, H.: *Direito Internacional Privado*, Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1980.
VERPLAETSE, J.: *Derecho Internacional Privado*, Atlas, Madrid, 1954.
VICO, Carlos M.: *Curso de Derecho Internacional Privado*, 4 tomos, 1934-1939.
VICO, Carlos M., y ARGÜELLO, I.: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Biblioteca Argentina, Buenos Aires, 1961.
VIEYRA, Manuel: *Derecho Internacional Privado. Tratados de Montevideo 1889-1940-1979*, Curso C. J. I., Fundación de Cultura Universitaria, 1987.
— *La codificación del Derecho Internacional Privado en el continente americano*, Rev. "Facultad", Montevideo, 1991.
VITTA, E.: *Corso di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, UTET, Turín, 1987.
— *Diritto Internazionale Privato*, Unione Tipografica, Turín, 1972.
WEINBERG, Inés: *Derecho Internacional Privado*, Depalma, 1997.
WEISS, André, y ZEBALLOS, Estanislao S.: *Manual de Derecho Internacional Privado*, traducción, prólogo y notas de ZEBALLOS, 1911-1912.

WESTLAKE, John: *Tratado de Derecho Internacional Privado*, traducción de P. Goulé, París, 1914.
WOLFF, Martin: *Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1949.
— *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Bosch, Barcelona, 1958.
YANGÜAS MESSÍA, J.: *Derecho Internacional Privado*, Parte General, 3ª ed., Madrid, 1971.
ZEBALLOS, Estanislao: *Justicia internacional positiva*, Sempere, Valencia, 1911.
ZELADA CASTEDO, Alberto: *Derecho de la Integración económica regional*, BID-INTAL, Buenos Aires, 1989.
— *Derecho de la Integración económica regional. Lecturas seleccionadas*, BID-INTAL, Buenos Aires, 1983.
ZUCCHERINO, Ricardo M.: *Derecho Internacional Privado*, La Plata, 1976.
— *Los Tratados de Montevideo*, Buenos Aires, 1973.
ZWEIGERT, K., y KOTZ, H.: *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Oxford, 1998.

Se terminó de imprimir en el mes de marzo del 2000,
en los **Talleres Gráficos EDIGRAF S.A.,**
Delgado 834, Buenos Aires, Argentina.