

EL CASO CAROLINA. MUJER ARGENTINA ATRAPADA EN EGIPTO*

THE CAROLINA CASE, ARGENTINE WOMAN TRAPPED IN EGYPT

*Amalia Uriondo de Martinoli***

Resumen: El artículo procura dar respuesta a la situación de Carolina, casada con un egipcio con quien tiene dos hijas, una nacida en Egipto y otra en Argentina, viviendo el matrimonio alternadamente en ambos países. Los malos tratos a los que la sometía el marido y la imposibilidad de Carolina de solicitar el divorcio en Egipto por cuanto el hombre musulmán es el que goza de ese derecho unilateral e incondicional, conlleva la necesidad de pensar las posibles vías para solucionar la cuestión: a) Foro de necesidad; b) Eficacia extraterritorial del repudio unilateral; c) Principio del reconocimiento; y d) El repudio y el despliegue de la cláusula de orden público internacional.

Palabras-clave: Sistema discriminatorio - Derechos infringidos - Posibles soluciones.

Abstract: The article seeks to respond to the situation of Carolina, who is married to an Egyptian with whom she has two daughters, one born in Egypt and the other in Argentina, living the marriage alternately in both countries. The mistreatments to which her husband subjected her and the impossibility of Carolina requesting a divorce in Egypt because the Muslim is the one who enjoys that unilateral and unconditional right, entails the need to think about possible ways to solve the issue: a) *Forum necessitatis*; b) Extraterritorial efficacy of unilateral repudiation; c) Principle of recognition; and d) The repudiation and deployment of the international public order clause.

Keywords: Discriminatory system - Infringed rights - Possible solutions.

Sumario: I. PRIMERA PARTE. 1. Hechos ocurridos. 2. Sistema de divorcio en Egipto. 3. Entramado convencional. 4. Ordenamiento jurídico argentino: A) Constitución Nacional; B) Código Civil y Comercial de la Nación. II. SEGUNDA PARTE. 1. Hechos ficticios. 2. Derecho a la tutela judicial efectiva. 3. Posibles vías

* Trabajo recibido el 10 de marzo de 2022 y aprobado para su publicación el 26 del mismo mes y año.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Secretaria de Ciencia y Técnica, Facultad de Derecho (UNC). Directora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia. Directora de tesis de Doctorado y de Maestrías. Profesora de Derecho internacional privado en Maestrías y carreras de posgrado en universidades estatales y privadas. Categoría I como docente-investigadora, autora de libros, capítulos y artículos sobre la especialidad.

para solucionar la cuestión familiar y personal de Carolina. A) Foro de necesidad; B) Eficacia extraterritorial del repudio unilateral; C) Principio de reconocimiento; D) El repudio y el despliegue de la cláusula de orden público internacional.

I.- PRIMERA PARTE

1. Hechos ocurridos

La migración global, facilitada por la evolución rápida de las tecnologías de la información y la comunicación, plantea retos para la promoción de la diversidad cultural que, entre otras cuestiones, implica el reconocimiento de instituciones existentes en un país, pero desconocidas en otro, tal como sucede en el presente caso publicado en *Télam* el 8 de septiembre de 2016¹. Trataré, en la medida de lo posible, de relatar los hechos.

Carolina Ester Pavón, argentina, oriunda de Misiones, se casó en 2003 con un ciudadano egipcio llamado Mahmoud, viviendo en Egipto hasta el 2004, año en el que acordaron viajar a la Argentina. Allí nació la primera hija, Marian Bansee, y en el 2005 regresaron a Egipto. La violencia del marido fue soportada por Carolina y en ese ambiente hostil nació la segunda hija, Yuliana.

A partir de 2011, su esposo dejó de trabajar. Gozaba de una situación económica holgada que reservaba cuidadosamente, de manera que era ella quien mantenía a la familia con su empleo en una librería multinacional.

En el año 2013, vuelven a Argentina donde ambos trabajaban. Con sus ingresos, Carolina sostenía el hogar y Mahmoud ahorra. La tradición cultural de Egipto que otorga un trato diferente y desigual a hombres y mujeres en la forma de disolver el matrimonio, contrastaba radicalmente con el principio de igualdad y no discriminación de los integrantes del matrimonio imperante en la legislación argentina (CCCN, art. 402). Esta diferencia, comenzó a afectar al marido al perder el poder que ejercía sobre ella en su país de origen. De modo que resolvió retornar a su tierra, con la esperanza que la familia lo siguiera al finalizar el ciclo escolar de las niñas.

Pero Carolina no quiso regresar. Recibió amenazas primero, ruegos después, a lo que se sumaba la tristeza de las hijas que extrañaban todo lo que habían dejado al venir. Las promesas de Mahmoud dirigidas a ofrecer una vida diferente y la reflexión de la hija mayor respecto a que Argentina era un paraíso para la madre, pero un infierno para ellas, apoyaron la decisión de Carolina de trasladarse a Egipto en julio de 2015. La violencia no tardó en reaparecer, por lo que su vida se tornó insostenible, provocándole una crisis extrema.

(1) Disponible en: <https://www.telam.com.ar/notas/201609/162177-mujer-argentina-atrapada-egipto.php>

Se fue del hogar sola, ya que las hijas no quisieron seguirla, se refugió en la casa de una familia amiga, y comenzó los trámites de divorcio que Mahmoud no quiere otorgar. Al contrario, logró una restricción de salida del país y la orden a su mujer de unirse al grupo familiar. Tal situación le impide trabajar, y por lo tanto, mantenerse, lo cual también incide en la pérdida de contacto con sus hijas.

2. Sistema de divorcio en Egipto

Deseo aclarar que no realizaré en estas páginas un estudio exhaustivo de la figura del divorcio islámico, sino que me limitaré a reseñar sus aspectos esenciales. La Constitución de la República Árabe de Egipto de 2014, dispone en el segundo artículo de la Parte I, que el Islam es la religión del Estado y que los principios de la Sharia islámica son la principal fuente de legislación, puesto que sus principios y normas son dictados mediante la inspiración divina. Las fuentes de la Sharia o Derecho islámico son el Corán (libro sagrado que contiene el mensaje divino), la Sunna (conjunto de relatos acerca de comentarios y comportamientos del Profeta Mahoma) y el fik (jurisprudencia generada a partir de las otras dos fuentes)². La principal función del derecho islámico de familia es regular las relaciones matrimoniales, conforme a las leyes del Corán y al Sunna en un estado islámico³.

Señala Human Rights Watch, en un informe publicado el 28 de noviembre de 2004, que los hombres egipcios musulmanes tienen un derecho unilateral e incondicional al divorcio, sin necesidad de recurrir a procedimientos judiciales. Este derecho se conoce como *talak*, y lo único que el hombre debe hacer es repudiar a su esposa diciéndole “estás divorciada”, tres veces, configurándose así un divorcio irrevocable (*ba’in*) que debe ser inscripto ante el registrador competente dentro de los 30 días, sin que sea requisito obligatorio la concurrencia de justa causa, ni tampoco el consentimiento de la mujer contrayente. La labor oficial de un notario islámico, consiste solamente en realizar los contratos de matrimonio y los documentos de divorcio⁴. Los notarios son funcionarios públicos del Estado.

El *talaq* o repudio oral, se remonta al nacimiento del Islam, es una práctica indiscutible desde los tiempos de Mahoma en el siglo VII d.C. La disolución del matrimonio, se puede dar también por el repudio pronunciado por el marido a petición de la mujer. El sistema de divorcio tal como está establecido en la ley islámica (*Sharia*), otorga un trato diferente y desigual a hombres y mujeres. El uso del *talak* deja a la mujer a expensas del esposo.

(2) VÁZQUEZ- GÓMEZ, Rebeca. “Aproximación al derecho islámico y su regulación del velo”, *Ius Caonicum*, Universidad de Navarra, 20/12/2017.

(3) KHALED, Abdel – AZIZ, Osman. Tesis doctoral: Un estudio descriptivo de la Ley egipcia de Estatuto Personal número 100 de 1985, un enfoque traductológico, Segunda parte, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona (España), 2003, p. 5.

(4) Reglamento de los notarios islámicos (art. 18), en KHALED, Abdel – AZIZ, Osman, cit.

Por muy extraño que parezca, en El Cairo, la ingeniera egipcia Abul Naser recibió tres mensajes del móvil de su marido informándole de que se divorciaba (talak) por no contestar a sus llamadas. La mujer ha recurrido a un tribunal de familia para averiguar cuál es el estado legal de su matrimonio después del SMS en el que su marido escribió “Te divorcio porque no has contestado a tu esposo”.

Cabe preguntar ¿Es aún una mujer casada? ¿El divorcio tecleado por su marido tiene validez legal? Los jueces no se ponen de acuerdo. Para unos, al menos una de las tres peticiones de divorcio debe hacerse ante un tribunal; para otros, basta con que haya testigos e incluso es válido si se hace por carta. En otros Estados, como Dubai, Malasia y Singapur, ya se han producido precedentes similares y los jueces islámicos han cerrado el debate prohibiendo el divorcio por medios electrónicos, incluyendo tanto el SMS como el fax o el e-mail⁵.

Las mujeres que quieren divorciarse en Egipto, tienen dos opciones: el divorcio causal y el no causal. Cuatro causales de divorcio basadas en la culpa son aceptadas por las cortes egipcias: a) enfermedad, incluyendo enfermedades mentales, venéreas e impotencia; b) falta de provisión para el sostenimiento o falta de apoyo financiero; c) ausencia o prisión, y d) “daño” (*darar*), que puede ser físico y/o mental. Para poder iniciar un divorcio causal, por el que pueden obtener plenos derechos económicos, una mujer tiene que demostrar el daño infligido por su esposo en el transcurso del matrimonio. La carga de la prueba del daño la soportan los hombros femeninos.

A diferencia de los hombres, las mujeres solo pueden divorciarse mediante la intervención de una Corte (*tatliq*). Hasta el maltrato físico, tiene que respaldarse con frecuencia mediante testimonios de testigos presenciales. De acuerdo con la jurisprudencia egipcia, referida por el estudio de *Human Rights Watch*, el testimonio de una mujer vale la mitad que el de un hombre. En consecuencia, una mujer maltratada necesitaría testimonios ya sea de dos hombres, cuatro mujeres, o un hombre y dos mujeres.

Desde la ley núm. 1 de 29 de enero de 2000, las mujeres egipcias cuentan con la opción de solicitar el divorcio mediante la resolución unilateral de su contrato de matrimonio (*khula*) sobre la base de “incompatibilidad”, sin tener que proporcionar evidencias de daño. Pero para su procedencia, las mujeres tienen que renunciar a sus derechos económicos y devolver la dote que les entregaron sus maridos al casarse. En el divorcio “sin culpa”, adoptado con el fin de acelerar el proceso, se sigue exigiendo a las mujeres que pidan a un tribunal la terminación de sus matrimonios. De proceder el divorcio por *khul`*, los hombres no tienen derecho a la apelación⁶.

(5) LOZANO, Eduardo. “Un egipcio intenta divorciarse de su mujer por SMS (advertencia: no lo pruebes en casa”, diario *El País* 14 de enero de 2008.

(6) Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 45º período de sesiones 18 de enero a 5 de febrero de 2010 (párr. 49).

Las mujeres que quieren divorciarse, tienen que someterse obligatoriamente a la mediación. Si una mujer deja a su marido sin su consentimiento, éste puede presentar cargos de acuerdo con las “leyes de obediencia” egipcias, lo que puede resultar en la pérdida de la pensión alimenticia cuando se divorcie. Un claro ejemplo de la desigualdad de trato en la disolución del matrimonio lo constituye la declaración del Juez Ayman Amin Shash formulada en julio de 2004:

La cuestión de la procedencia del divorcio debe estar en manos de la parte más sabia, y ese es el hombre. Los hombres son sabios y por eso no tienen que ir a los tribunales. La ley Islámica podría considerar excepcionalmente a una mujer sabia, pero no se puede generalizar una excepción⁷.

3. Entramado convencional

Argentina y Egipto, se encuentran vinculados por tratados internacionales que inciden directamente en la cuestión personal y familiar de Carolina.

a) Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948

El documento ha sido firmado por un gran número de gobiernos representando diferentes culturas, áreas geográficas y sistemas políticos. Su Preámbulo señala que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; y “[...] que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta, su fe en la igualdad de derecho de hombres y mujeres”, ya que todos son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección legal contra toda discriminación que infrinja la Declaración.

Retener por la fuerza a Carolina en un país que no es el suyo, es una situación que atenta contra el elemental derecho del ser humano reconocido en el artículo 13. 1. “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”. En su parte final, el instrumento internacional manifiesta que nadie (Estado, grupo o una persona) puede “emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración” (art. 30).

(7) ANAYA HUERTAS, Alejandro. “Divorcio por hedor conyugal”, Juego de la Suprema Corte, *Nexos*, 7/05/2013.

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966⁸

El PIDCP desarrolla los derechos civiles y políticos y las libertades recogidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Desde el comienzo del articulado, los Estados Partes asumieron el compromiso de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el tratado, “sin distinción alguna de raza, color, *sexo*, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art.2.1 énfasis añadido). Esto implica que deben abstenerse de violar estos derechos (respetar), pero también adoptar medidas positivas para que los derechos sean efectivos (garantizar). En el momento de la ratificación, Egipto formuló la siguiente Declaración: “(...) Teniendo en cuenta las disposiciones de la Sharia islámica y el hecho de que no entran en conflicto con el texto anexo al instrumento, lo aceptamos, apoyamos y ratificamos”⁹.

c) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Nueva York, 18 de diciembre de 1979¹⁰

Varios de los países que han ratificado la Convención, lo han hecho formulando declaraciones o reservas que excluyen o restringen su aplicación en su territorio¹¹. La delegación de Egipto interpuso reservas a las siguientes disposiciones: párrafo 2 del artículo 9, relativo a la concesión a la mujer de los mismos derechos que el hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos (el 4 de enero de 2008 dicho país notificó al Secretario General que había decidido retirar la reserva); artículo 16, concerniente a la igualdad entre el hombre y la mujer en todos los asuntos relativos al matrimonio y a las relaciones familiares durante el matrimonio y con motivo de su disolución; reserva general con respecto al artículo 2¹². Al respecto, Egipto manifestó que está dispuesto a dar cumplimiento a lo establecido en dichas normas (arts. 2 y 16), siempre que ello no sea contrario a la Sharia islámica. Cabe mencionar también la reserva al párrafo 2 del artículo 29, que se refiere al derecho de un Estado signatario de la Convención a declarar que no se considera obligado por el aparta-

(8) Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Ratificado por Egipto el 14 de enero de 1982.

(9) Naciones Unidas. Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, Declaraciones y reservas.

(10) Entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27. Ratificada por Egipto el 18 de septiembre de 1981.

(11) El artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 permite a los Estados formular una reserva en el momento de ratificar un tratado o adherirse a él.

(12) Artículo 2: los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, cuyas obligaciones son descritas en los siete incisos del precepto.

do 1 de ese artículo, que estipula que se someterá a arbitraje toda controversia que pueda surgir entre Estados sobre la interpretación o aplicación de la Convención.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, insta a Egipto a que examine y retire las reservas a los artículos 2 y 16, que son incompatibles con el objeto y el propósito del tratado¹³. Las prácticas tradicionales, religiosas o culturales no justifican la violación de la Convención. El Comité ha observado que “Los Estados Partes deben desalentar decididamente toda noción de desigualdad entre la mujer y el hombre que sea afirmada por las leyes, por el derecho religioso o privado o por el derecho consuetudinario, y avanzar hacia una etapa en que se retiren las reservas, en particular al artículo 16”¹⁴.

*d) Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989*¹⁵

Impedir que Carolina vea a sus hijas por querer divorciarse del marido, violenta los derechos de las niñas y los derechos de la madre. Se pueden citar como ejemplo estas disposiciones convencionales: artículo 8, respetar el derecho del niño a preservar las relaciones familiares; artículo 9.3, respetar el derecho del niño que esté separado de uno de los padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior; artículo 10. 2, cuando los padres residan en Estados diferentes, el niño tendrá derecho a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con ambos. Se respetará el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio y de entrar a su propio país.

*e) Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, Paris, 20 de octubre de 2005*¹⁶

La Convención reconoce los derechos de las partes a tomar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales, e impone obligaciones tanto a nivel nacional e internacional para los Estados firmantes. Se ha considerado que la diversidad cultural, constituye una característica esencial de la humanidad que debe valorarse y preservarse en provecho de todos, ya que esa diversidad nutre las capacidades y los valores humanos, y es indispensable para la paz y la seguridad en el plano local, nacional e internacional. También destaca la importancia

(13) Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 45º período de sesiones 18 de enero a 5 de febrero de 2010 (párr. 14).

(14) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general n° 21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 4 de febrero de 1994, párrs. 41 y 44.

(15) Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49 (1). Ratificada por Egipto el 6 de julio de 1990.

(16) Ratificada por Argentina el 7 de mayo de 2008 y por Egipto el 23 de agosto de 2007.

de la cultura para la cohesión social en general y, en particular, las posibilidades que encierra para la mejora de la condición de la mujer y su papel en la sociedad (Considerandos). El artículo 2, enuncia los principios rectores, entre ellos, señala el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. De igual forma, define la “interculturalidad” como la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo.

4. Ordenamiento jurídico argentino

A. *Constitución Nacional*

Desde la reforma de 1994, la Constitución dispone que los instrumentos sobre derechos humanos que se encuentran nominados en el artículo 75, inc. 22 -entre ellos la mayoría de los mencionados con anterioridad: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y Convención sobre los Derechos del Niño- tienen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) contribuye a aclarar su contenido al entender que la expresión significa “tal como efectivamente rigen en el ámbito internacional” (7/04/1995 “Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”). Va de suyo, que ello importa tener en cuenta el modo en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina, es decir, con el alcance de la obligación internacional derivada de las eventuales reservas y declaraciones interpretativas a las que el Estado se hubiere acogido. En particular, se considerará su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (*v.gr.* competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes del Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969).

El citado inciso establece, además, que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Se introduce así una directriz interpretativa de nivel constitucional, en orden a alcanzar la armonización de las fuentes jurídicas mencionadas, sin que sea posible la contradicción de los tratados con las normas contenidas en el capítulo titulado “Declaraciones, Derechos y Garantías” (arts. 1 a 35). La CSJN ha tenido oportunidad de interpretar la norma, al expresar que su simple inclusión en el texto indica que “[...] los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. Que de ello se des-

prende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente”¹⁷.

Los fundamentos fueron ratificados por la CSJN en la causa “Chocobar, Sixto C. c. Caja Nac. de Prev. para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, en donde se subraya que: “En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir [...]”¹⁸. Seguidamente, el mismo artículo 75, inciso 22, establece que los “tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, por ende, la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005 tiene categoría infraconstitucional pero supralegal.

B. Código Civil y Comercial de la Nación

El derecho internacional de los derechos humanos, progresivamente ha ido cobrando una creciente relevancia en el ámbito interno de cada uno de los Estados que han suscrito y ratificado instrumentos internacionales referidos al tema, cuya finalidad es asegurar la máxima protección de ciertos derechos elementales de las personas.

La nueva legislación argentina (comenzó a regir en agosto de 2015) incorpora una serie de reglas relativas a la interpretación y orden de aplicación de las normas según su origen internacional o nacional. Por consiguiente, el Título Preliminar, Capítulo 1. Derecho, del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) comienza con una referencia expresa a los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. En tal sentido, señala que los casos civiles y comerciales deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables (propio CCCN y las leyes complementarias) en consonancia con la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales -tanto los elevados a la categoría constitucional como los de jerarquía originaria-, y los que carezcan de tal valoración normativa pero que hayan sido ratificados por el país, “ello significa un diálogo inescindible, fluido y permanente entre el derecho constitucional-convencional y el derecho privado”¹⁹.

Las fuentes del derecho, se complementan con el segundo artículo relativo a la interpretación. El tema reviste particular interés porque: “En primer lugar, la labor

(17) CSJN, 26/12/1996 “Analía M. Monges vs. Universidad de Buenos Aires”, considerandos 20 y 21.

(18) CSJN, 27/12/1996, “Chocobar, Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión para el Estado y Servicios Públicos s/Reajustes por movilidad”, considerando 13.

(19) HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (Directores). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. I, Título Preliminar y Libro Primero, Artículos 1 a 400, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 8.

del intérprete se dirige a descubrir o develar el sentido inmanente en la norma; en segundo lugar, como por lo general una norma evoca varios sentidos, selecciona o fija el sentido con el cual se obtenga la solución más justa del caso concreto; y en tercer lugar, si el sentido o sentidos de la norma no se adecuan a la nueva realidad social, el intérprete atribuye a la norma el significado que lo actualiza²⁰. En esta materia, el CCCN adopta reglas, principios y valores, siendo todos ellos hábiles para arribar a una resolución coherente con todo el ordenamiento jurídico -que siempre debe estar en armonía con los tratados de derechos humanos-²¹.

II. SEGUNDA PARTE

1. Hechos ficticios

Vamos a suponer que Carolina logra la ayuda de la Embajada argentina y regresa a nuestro país. Su huida suscita el enojo de Mahmoud, quien decide formular el repudio estando lejos de su pareja, esto es, sin dirigir las palabras *talak* cara a cara, configurándose así un divorcio irrevocable que debe ser inscripto ante el registrador competente en un plazo de treinta días a contar desde la fecha en que sucedió el hecho. Como Carolina no presenció la inscripción correspondiente, el registrador competente deberá remitirle una copia de su certificación a ella o a la persona que la represente, conforme a los procedimientos que establece el Ministro de Justicia²². Ha llegado, entonces, el momento de plantear y formular la pregunta: ¿Será posible solicitar a las autoridades argentinas el reconocimiento del repudio formulado al amparo del derecho extranjero? En otras palabras ¿Qué eficacia civil tiene la disolución matrimonial mediante el *talak* en el derecho del Estado argentino?

Para responder al interrogante, es preciso concretar la extensión del concepto “divorcio” con la finalidad de saber si éste cubre la institución legal de repudio. Es decir, se trata de verificar si en el derecho extranjero, el repudio es susceptible de producir consecuencias similares a las solicitudes para terminar el vínculo matrimonial entabladas ante el juez del foro.

La expresión “disolución del matrimonio” del art 2621 del CCCN, tiene como objetivo material regular todos los modos jurídicos para disolver la unión, con independencia del nombre que reciba la institución de que se trate. En consecuencia,

(20) TORRES VÁZQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*, segunda edición, Ed Temis, Bogotá, Colombia, 2001, p. 516.

(21) HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (Directores), cit., pp. 5-16.

(22) Ley egipcia de Estatuto Personal número 100 del año 1985 (artículo primero. 5 bis). El tema predominante en este artículo es el registro del divorcio para proteger a la mujer divorciada de los abusos del hombre cfr. KHALED, ABDEL - AZIZ, Osman. Segunda Parte, Análisis y traducción de la última y vigente ley egipcia de Estatuto Personal número 100 del año 1985, p. 15.

el término “disolución del matrimonio”, propio del CCCN, se amplía para abarcar otras formas que cumplan con esa finalidad, como sucede con el repudio, que da lugar a la ruptura inmediata del vínculo y es irrevocable.

Conforme al citado artículo 2621 del CCCN, los jueces argentinos serán competentes siempre que se encuentre localizado en el país el último domicilio conyugal efectivo o el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado. Son foros que presentan una vinculación suficiente con el territorio del Estado y que actúan de forma concurrente, sin prohibir toda actuación judicial extranjera. De los hechos reseñados, se desprende que la jurisdicción internacional corresponde a los tribunales de Egipto, porque allí se ubican tanto el último lugar de convivencia efectiva e indiscutida de los cónyuges²³, como el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado (art. 2613 del CCCN)²⁴.

La dificultad que significa para Carolina entablar la demanda en Egipto se agrava, ante la imprevisibilidad de la decisión del juez extranjero sobre su propia jurisdicción internacional. La garantía constitucional de la defensa en juicio supone, en lo esencial, la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia. El eventual resultado negativo de la resolución egipcia, llevaría a concluir que la actora quedaría privada internacionalmente de justicia si no se abriera para ella un foro nacional.

2. Derecho a la tutela judicial efectiva

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio y puede analizarse a partir de tres momentos distintos: al acceder a la justicia (garantía para el actor y el demandado); durante el desarrollo del proceso; y, finalmente, con motivo de la ejecución de la sentencia²⁵. También se ha afirmado que “El derecho a la jurisdicción no consiste solamente ni se agota con el acceso al órgano judicial. Al acudir a él sólo se cumple una primera etapa. El desarrollo subsiguiente importa un despliegue del derecho a la jurisdicción que, fundamentalmente, requiere: a) que se cumpla la garantía del *debido proceso*, cuyo meollo radica en el *derecho de defensa*;

(23) Así lo establece el segundo párrafo del artículo 2621: “Se entiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges”.

(24) **Artículo 2613.** “Domicilio y residencia habitual de la persona humana. A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene: a) su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él; b) su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia”.

(25) PERRINO, Pablo Esteban. “El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, *Revista de Derecho Público*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo -I, pp. 257-294.

b) que la pretensión se resuelva mediante la *sentencia*, que debe ser: b') *oportuna* en el tiempo; b'') debidamente *fundada*; b''') *justa*²⁶.

El acceso a la jurisdicción supone que se trata del acceso a un proceso que pueda cumplir su misión de satisfacer las pretensiones que se formulen, pero “no comprende -obviamente- el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello”²⁷. En cuanto a estos requisitos procesales se ha sostenido que el legislador no goza de total libertad para establecerlos “ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta más trascendente”²⁸.

El acceso efectivo a la justicia, es un derecho humano fundamental en sí mismo con amplio reconocimiento constitucional. En efecto, el Preámbulo de la Constitución Nacional argentina proclama de manera enfática entre los fines del gobierno, el de “afianzar la justicia” y, acorde con ello, entre los derechos concedidos a todos los habitantes de la Nación, el artículo 14 menciona el de peticionar a las autoridades, en tanto el artículo 18 garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de los derechos. En esa línea se ha expresado, que los intereses de los particulares y del Estado hallan en el acceso a la justicia un punto de convergencia²⁹. El derecho a un tribunal, si bien se refiere a la jurisdicción directa, su análisis deviene imprescindible a los fines del control jurisdiccional en el reconocimiento de un acto o de una decisión extranjera.

Por su lado, el artículo 20 del mismo texto, equipara a los extranjeros con los ciudadanos en el goce de los derechos civiles en el territorio de la Nación³⁰. Como consecuencia de ello, el CCCN recoge en el artículo 2610 (Igualdad de Trato), el principio de igualdad de tratamiento y de no discriminación entre el nacional y el extranjero, ya consagrado en la normativa internacional sobre derechos humanos. En tal sentido, el citado precepto anticipa que: “Los ciudadanos y los residentes

(26) BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución reformada*, T. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, p. 146.

(27) Sentencia de 31 de marzo de 1981 del Tribunal Constitucional de España (S. 9/81).

(28) Sentencia de 7 de noviembre de 1983 del Tribunal Supremo Español (S. 90/83).

(29) ALBORNOZ, María Mercedes. “Acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* (Mercosur) Año 5, Nº 9, Paraguay, marzo 2017, p. 174.

(30) Artículo 20. Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes.

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

Cuando en 1994 la Constitución Nacional equiparó a su nivel a ciertos instrumentos sobre Derechos Humanos, sean universales o regionales, el derecho esencial del hombre a la tutela judicial resulta de imprescindible observación. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 “hace un esfuerzo por plasmar, en un total de treinta artículos, los principios y valores considerados como elementales a lo largo de la historia desde distintas concepciones del hombre o del mundo”³¹. El artículo 8 promueve el respeto del derecho humano de recurrir ante los tribunales nacionales competentes para hacer valer sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. Sin perder de vista que el derecho de justicia había sido ya reconocido, en el mes de marzo del mismo año, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³², en virtud del cual la persona debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que viole ese derecho inalienable (art. 18).

La Declaración Universal no es legalmente obligatoria por sí misma. Sin embargo, ha establecido importantes principios y valores que más tarde fueron contemplados en tratados legalmente obligatorios de la ONU. Las nuevas circunstancias políticas, económicas o sociales han tenido su reflejo en el catálogo de Derechos humanos, incorporándose progresivamente derechos completamente alejados de los reconocidos inicialmente³³. De esta forma, el 16 de diciembre de 1966 se elaboraron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que abordan de forma más amplia los derechos enumerados en aquella y tienen como distintivo su carácter jurídicamente vinculante. El último de ellos, se refiere a la tutela judicial efectiva mediante el compromiso de los Estados Partes de garantizar el acceso a la jurisdicción, el debido proceso y el cumplimiento de la decisión final (arts. 2, 3, y 14). Ratifican estos principios la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965, que incluye el derecho a la igualdad de tratamiento ante los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia y obliga a asegurar recursos efectivos ante los tribunales nacionales competentes (arts. 5 y 6); la Convención sobre la Eliminación de Todas

(31) SOLANES CORELLA, Ángeles. “Inmigración y derechos humanos”, disponible en: <http://www.fundacioncajamar.es/mediterraneo/revista/me0107.pdf>

(32) Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.

(33) ARENAS GARCÍA, Rafael, en el artículo “El Derecho internacional privado (DIPr.) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, considera que últimamente, se ha venido reivindicando un Derecho fundamental al acceso a Internet, en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gazteiz*, (coord. por Francisco Javier Quel López y Juan José Álvarez Rubio), 2008, p. 75.

las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979, dispone establecer a su favor, sobre una base de igualdad con los del hombre, la protección de sus derechos por conducto de los tribunales nacionales competentes (art. 2 c), y a dispensarle un trato igual en todas las etapas del procedimiento judicial (art. 15.2); y la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 también registra normas de análogo alcance, al garantizarle ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. (art. 12.2).

A nivel regional, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969³⁴, en el artículo 8.1 -garantías judiciales- previene a los Estados Parte que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

En tanto que el artículo 25 -Protección judicial- determina que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Antônio Cançado Trindade, (ex juez y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) señaló que este derecho tiene un origen latinoamericano que es poco conocido. Su consagración original se encuentra en la Declaración Americana de Derechos Humanos de abril de 1948 (artículo XVIII), luego de lo cual fue adoptado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de diciembre de 1948 (artículo 8) y, a partir de ello, incluido en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 13), el PIDCP (artículo 2.3), y en la Convención Americana³⁵.

Mediante el artículo 25 del último convenio, los Estados Parte se comprometen a: i) garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; ii) desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y iii) garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

(34) En noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, se llevó a cabo la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación.

(35) IBAÑEZ RIVAS, Juana María. “Artículo 25 Protección judicial”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Coordinadores Christian Steiner y Patricia Uribe, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2014, p. 609.

El alcance de estas disposiciones, ha sido materia de frecuentes pronunciamientos por parte de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión IDH y Corte IDH) lo que ha permitido constatar la existencia del denominado control de convencionalidad. En palabras de la propia Corte IDH “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. [...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”³⁶. Posteriormente, en el Caso *Gelman vs. Uruguay*, se fue ampliando los alcances de los sujetos obligados a realizar dicho control, al sostener que es “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales³⁷.

A su turno, la Comisión IDH ha indicado que: “El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales”³⁸.

En el caso *Cantos vs. Argentina*, la Corte IDH sostuvo que el artículo 8.1 de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De la disposición “se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”. Al analizar el artículo 25, la Corte IDH ha anunciado, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Conven-

(36) Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 124.

(37) Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2001, (Fondo y Reparaciones), párr 239.

(38) Comisión IDH, informe N° 105/99, Caso 10.194, *Narciso Palacios Argentina* 29 de septiembre de 1999, párr. 57.

ción Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”³⁹.

El mismo Tribunal recuerda en “Fornerón e hija v. Argentina” de 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)⁴⁰ que: “El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. En ese sentido, la Corte ha considerado los siguientes elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso” (párr. 66).

No podemos dejar de mencionar que, en septiembre de 2015, en Nueva York, los líderes mundiales adoptaron un conjunto de metas globales para acabar con la pobreza, proteger el planeta y garantizar la prosperidad para todos. Los aspectos centrales de esa agenda mundial son los 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y que vienen a suceder a los anteriores Objetivos de Desarrollo del Milenio. El organismo por detrás de la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible es la ONU, cuyo ideal es mejorar la vida de todos los individuos. Cada uno de los objetivos tiene metas específicas que deben alcanzarse en los próximos 9 años. Bajo el título “Paz, justicia e instituciones sólidas”, el objetivo 16 quiere promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas. Asimismo, promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y asegurar para todos la igualdad de acceso a la justicia y “crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles”⁴¹.

Hechas estas aclaraciones, examinaremos las posibles vías susceptibles de solucionar la cuestión personal y familiar de Carolina.

(39) Corte IDH, caso Cantos vs. Argentina, sentencia de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 50 y 52. Se trata de la responsabilidad internacional del Estado por la denegación de justicia de José María Cantos por parte de las autoridades argentinas, quienes se abstuvieron de reparar de manera efectiva los graves perjuicios que le fueran ocasionados por agentes del Estado. Se alega la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial del Sr. Cantos, amparados por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

(40) La niña fue entregada por su madre en guarda preadoptiva a un matrimonio sin el consentimiento de su padre biológico, quien no tiene acceso a la niña y el Estado no ha ordenado ni implementado un régimen de visitas a pesar de las múltiples solicitudes realizadas por el denunciante a lo largo de más de diez años.

(41) *Tiempo de Paz. Desafíos de la Agenda 2030. Objetivos de desarrollo sostenible*, Nº132, Primavera, 2019.

A. Foro de necesidad

Frente a la imposibilidad de la persona de recurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, se ha dicho: “[...] que dichas circunstancias conlleven a analizar la cuestión con amplitud de criterio, propiciando en su caso, una interpretación que amplíe en la medida de lo posible, la competencia internacional de la justicia argentina para así evitar el indeseable riesgo de una denegación o privación de justicia frente a un eventual conflicto negativo jurisdiccional que pudiera suscitarse”⁴². Si existen elementos que vinculen el tema con nuestro país, se debe preconizar una interpretación extensa del concepto, pudiendo los jueces argentinos asumir jurisdicción internacional en virtud del foro de necesidad, máxime cuando el cierre del asunto traiga como consecuencia una efectiva denegación internacional de justicia⁴³.

Con la entrada en vigencia del CCCN, el foro de necesidad fue contemplado en el artículo 2602 que expresa: “Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la

(42) CNCiv., sala K, 26/04/06, “Talevi, Diego s. sucesión”, fallo publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 04/05/07.

(43) Jurisprudencia referente del foro de necesidad: i) Previo a la entrada en vigencia del CCCN, se peticiona el divorcio vincular por la causal de injurias graves (art. 202 inc. 4 Código Civil de Vélez Sarsfield) ante el Juzgado de Familia N° 2 del Departamento judicial de San Isidro el 19 de agosto de 2015. Al tomar en cuenta que el último domicilio conyugal y el último domicilio del demandado (art. 227 CCiv.) se ubican en EEUU, se plantea la cuestión del foro de necesidad frente a la imposibilidad de la actora de recurrir a tribunales que se hallan a miles de km que, además, le implicaría incurrir en costos muy altos, lo que produciría su desamparo jurisdiccional (Florencia Córdoba, “Foro de necesidad un fallo valioso”, *Maestros del Derecho Moderno, Revista Jurídica*, 24/07/2015); ii) El Tribunal Superior de Neuquén, fundándose en la doctrina sentada por la CNCiv., sala K, el 26/04/2006 en la causa “Talevi Diego s/ sucesión”, sostuvo que “en primer lugar, es necesario resaltar que la garantía constitucional de la defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, la que no debe ser frustrada por consideraciones de orden procesal o de hecho (cfr. CSJN 25/03/1960, “Cavura de Vlasov. E. v. Vlasov, A. s/divorcio y separación de bienes”). A partir de ello, se dijo: “[...] que dichas circunstancias conlleven a analizar la cuestión con amplitud de criterio, propiciando en su caso, una interpretación que amplíe en la medida de lo posible, la competencia internacional de la justicia argentina para así evitar el indeseable riesgo de una denegación o privación de justicia frente a un eventual conflicto negativo jurisdiccional que pudiera suscitarse (TSJ Neuquén 22/06/2009, ED 23/4/2010); iii) La CNCom., sala C, en la causa planteada por el actor Pérez Morales, Gonzalo Martin c. Booking.com Argentina S.R.L., destaca el 10/08/17, la particularidad propia de la internacionalidad de las operaciones realizadas en Internet. De ese modo, pone de manifiesto la dificultad y casi imposibilidad de localizar el domicilio del demandado -un sitio de internet dedicado a la reserva de hoteles en el mundo-. A su vez, señala que existen elementos que vinculan el caso a nuestro país (domicilio de la excepcionante Booking.com Argentina S.R.L fijado en Av. L. Alem 928, piso 7º, of. 721, CABA.), lo que llevan al tribunal a predicar una interpretación amplia del concepto, por el que los jueces argentinos podrían asumir jurisdicción internacional en virtud del llamado foro de necesidad, máxime cuando el cierre del caso pudiera producir una efectiva denegación internacional de justicia (CCCN, art. 2602). Fallo publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 24/07/18).

situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz”.

La disposición sostiene que esta facultad es excepcional, y fija determinados recaudos para poder hacer uso del instituto:

- a) Su empleo debe estar destinado a “evitar la denegación de justicia”.
- b) Debe tratarse de situaciones privadas internacionales que presenten contactos suficientes con el país. Es decir, es preciso asegurar la proximidad del caso con el foro y que su empleo no comporte, en ninguna circunstancia, que se haya ejercido una jurisdicción exorbitante, arbitraria, abusiva, artificial o fraudulenta⁴⁴. Es preciso tener presente que Carolina regresó a nuestro país y fijó aquí su residencia con ánimo de constituir domicilio (cfr. CCCN, art. 2613).
- c) Que en todos los casos que se recurra al foro de necesidad, no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero, lo que daría lugar a la posible denegación de justicia. La intención clara y terminante del marido musulmán de repudiar a su mujer en ausencia de ésta, obstaculizaría la iniciación de las acciones de divorcio en Egipto por parte de Carolina.
- d) Que se garantice el derecho de defensa en juicio del esposo (Mahmoud). De otra forma, caería sobre esta parte la imposibilidad de acceder a la tutela judicial apropiada. El justo equilibrio entre ambos contrincantes, constituye un desafío permanente para cualquier juez, más aún en casos internacionales⁴⁵.

Respecto al cumplimiento de este requisito, cabe apuntar que entre Argentina (02/02/2001) y Egipto (12/12/1968) rige el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial⁴⁶. El Convenio prevé una vía de remisión principal y varias vías de remisión alternativas (la consular o diplomática directa y la postal). En virtud del medio de remisión principal, la autoridad o el funcionario ministerial o judicial competente de acuerdo a la ley del Estado requirente (Estado donde emana el documento a notificarse) remite el documento que se va a notificar a la Autoridad Central del Estado requerido (Estado en donde se llevará a cabo la notificación). Cada Estado contratante designará una Autoridad Central con arreglo al artículo 2, que asuma la función de recibir las peticiones de notificación o traslado procedentes de otro Estado contratante y darles curso ulterior⁴⁷.

(44) SCBA, 13/06/2007, “Behrens, Germán o Hermann Friedrich s/suc. *ab intestato*”, fallo publicado por Julio César Córdoba en DIPr. Argentina el 8/08/07.

(45) Interpretación del artículo 2602, Código Civil y Comercial argentino comentado, Univer-sojus.com.

(46) Número de Partes contratantes del Convenio: 79, última actualización: 17-VI-2021.

(47) Autoridades Centrales de Argentina, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; de Egipto, el Ministerio de Justicia.

La petición plasmada conforme al formulario modelo anexo al Convenio no requiere legalización alguna, ni más formalidades que adjuntar el documento judicial o su copia por duplicado. La Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del convenio, recuerda que una de sus finalidades fundamentales es garantizar que los documentos judiciales y extrajudiciales sean puestos en conocimiento del destinatario en tiempo oportuno. Asimismo, señala que el espíritu y la letra del texto convencional no constituyen obstáculo alguno a la utilización de las tecnologías modernas y que su aplicación y funcionamiento pueden mejorarse aún más mediante su uso⁴⁸.

Finalmente, el artículo 2602 exige que:

- e) debe atenderse a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz, por cuanto de nada servirá acceder a la justicia desde un plano meramente formal sin poder materializar los derechos reconocidos.

Si bien en el régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield, el foro de necesidad dependía únicamente de la valoración judicial, como sucedió con la sentencia de la CSJN dictada el 25/03/1960 en la causa “Cavura de Vlasov, E. v. Vlasov, A. s/ divorcio y separación de bienes”, su incorporación al CCCN genera una mayor posibilidad de accesibilidad a este foro excepcional, ante situaciones que presenten parecidas características a las descriptas en el caso de Carolina.

La necesidad a que hace referencia la norma vigente (art. 2602), tiene que ver con que no puede dejarse al actor en estado de indefensión, sin posibilidad de acceder a la justicia para petitionar un derecho que considere justo. La garantía constitucional del debido proceso, es agredida por esa privación de justicia que se produce frente a la imposibilidad de que el justiciable tenga acceso a ella, por escollos que no le son imputables y que no puede superar. El foro de necesidad, no sólo puede servir para crear lisa y llanamente un foro de jurisdicción, sino también para interpretar un foro existente de la forma que más ayude a evitar la denegación de justicia⁴⁹.

Ante el repudio unilateral del marido egipcio, una interpretación demasiado rígida del derecho fundamental a la igualdad obligaría a Carolina, que es la discriminada y quien requiere la protección, a emprender una acción de divorcio ante un juez argentino, lo que implicaría inversión de tiempo y dinero; mientras que su esposo puede rehacer su vida en su país de origen donde el repudio es válido, lo que indirectamente la mantiene en una situación de discriminación⁵⁰. Además,

(48) Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya sobre Apostilla, Obtención de Pruebas, Notificación y Acceso a la Justicia (2 a 12 de febrero de 2009), párrs. 6 y 3, respectivamente.

(49) Código Civil y Comercial argentino comentado, UniversoJus.com

(50) QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana. “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico, La multiculturalidad: especial referencia al Islam”, *Cuadernos de Derecho judicial*, vol. VIII, 2002, pp. 259-342.

consideramos que sería totalmente incierta la respuesta que darían las autoridades egipcias competentes respecto a la decisión argentina.

B) Eficacia extraterritorial del repudio unilateral

Si acudimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua española (actualización 2021) el verbo repudiar es definido como la acción de “rechazar un hombre a su esposa por cauces legales, de modo que se rompa el matrimonio”. Por ende, el primer punto que plantea otorgar eficacia extraterritorial al repudio unilateral, consiste en precisar la naturaleza jurídica del documento extranjero que contiene la manifestación de voluntad del marido de poner fin a la convivencia conyugal. Ello conlleva decidir si los registradores egipcios, cuando inscriben el *talak*, actúan por delegación o bajo el control de un órgano judicial y, en consecuencia, se los puede calificar de tribunales en el sentido del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN). En cuanto al término registrador en Egipto, se aclara que no corresponde al término notario conocido en España o en Argentina, “ya que la figura del registrador existe, únicamente, para inscribir matrimonios y divorcios islámicos”⁵¹. En el supuesto de que el derecho egipcio encuadre a los registradores como órganos jurisdiccionales, el certificado del repudio que expiden puede ser calificado como “resolución judicial”, en caso contrario, será considerado como “documentos públicos”.

El artículo 3 del CCCN legisla lo siguiente: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”. El jurista uruguayo Couture nos explica que la sentencia “es al mismo tiempo un acto jurídico procesal y el documento en que él se consigna. Como acto, la sentencia es aquel que emana de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento. Como documento, la sentencia es la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida”⁵².

En Argentina, el proceso de reconocimiento de decisiones pronunciadas por autoridades competentes extranjeras, parte del presupuesto de que sólo pueden adquirir eficacia en el ordenamiento interno, aquellas resoluciones que emanen de órganos de naturaleza jurídica jurisdiccional o por autoridades públicas que están revestidas de *imperium* en el ordenamiento jurídico de origen⁵³. El sistema se encuentra regulado, por ejemplo, en el artículo 517 del CPCCN y los pertinentes de las codificaciones procesales de las provincias, siempre que no resulte de aplicación

(51) KHALED Abdel - AZIZ Osman. “Un estudio descriptivo de la Ley egipcia de Estatuto Personal número 100 de 1985: un enfoque traductológico”, cit., p. 185.

(52) COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3º Ed., Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 277.

(53) PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador. “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Ilustrada. Revista de Ciencias de las Religiones*, vol. 13 (2008), pp. 183-223.

ningún convenio o tratado internacional, tal y como dispone el primer párrafo de la mencionada disposición del CPCCN.

En efecto, esta normativa ha diseñado un trámite procesal que se caracteriza por el hecho de que el juez estatal debe comprobar, en primer término, si resulta de aplicación al caso concreto un convenio internacional sobre cooperación judicial en materia civil y/o matrimonial. Tan sólo en su defecto, el juez está legitimado para valorar el ajuste al Derecho del Estado de la resolución extranjera con arreglo a las condiciones previstas en las legislaciones procesales correspondientes que son las que constituyen, en suma, el denominado régimen autónomo de *exequatur*⁵⁴. Se posibilita el ejercicio de una acción ante el órgano jurisdiccional a cuya revisión se somete una decisión extranjera a fin de obtener su reconocimiento, es decir, se pretende una declaración sobre su eficacia para equipararla -en cuanto a sus efectos- a una sentencia nacional. El juicio de *exequatur* no implica una revisión del fallo (fondo del asunto) sino se trata del contralor de ciertas condiciones de tipo formal, procesal y sustancial contenidas en la normativa específica de origen (convencional o interna), para que merezca el reconocimiento y, en su caso, la ejecución.

En el mes de setiembre de 2008, se sancionó la ley 26413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (Deroga el Decreto Ley 8204/63) que establece la obligación de inscribir todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La ley prescribe que las inscripciones de documentos de extraña jurisdicción, que se hallaren debidamente legalizados por autoridad competente y traducidos al idioma nacional por traductor público debidamente matriculado, deberán ser asentados en libros especiales que a tal efecto habilite la dirección general, consignando todos los datos que ellos contengan (arts. 74 y 76). Estas inscripciones no podrán ser modificadas sin que previamente lo sean en su jurisdicción de origen (art. 75).

Para el registro de sentencias disolutorias de matrimonios decretadas en otros países, será necesario que cumplan las disposiciones legales en vigor, tanto en lo que respecta a sus formalidades extrínsecas como a su validez intrínseca. Este registro deberá ser ordenado por juez competente, previa vista a la dirección general, a quien compete examinar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite u ordene, cualquiera sea su origen, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos. Se rechazarán los que adolecieren de vicios que pudieran determinar la sanción de nulidad absoluta y manifiesta o se formularán las observaciones que la documentación mereciere, fijándose un plazo para su subsanación, en el lugar de origen (arts. 77 y 83).

(54) ABARCA JUNCO, Ana Paloma. "El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras en España", en *Derecho Internacional Privado*, vol. I (Directora Elisa Pérez Vera), Colex, España, 2004, pp. 411-450.

Conviene recordar que, en Egipto, las modalidades de repudio unilateral son legalizadas mediante un acta notarial. Desde esa mira, las bases o principios esenciales del sistema de Notariado Latino⁵⁵ proclaman que el notario es un profesional de derecho a cargo de una función pública. El Título II, se refiere a los documentos notariales destinados a formalizar actos y negocios de todo tipo, cuya “autenticidad comprende autoría, firmas, fecha y contenido”. Estos documentos gozan de una doble presunción de legalidad y de exactitud de su contenido y no pueden ser contradichos más que por vía judicial. Están revestidos de fuerza probatoria y ejecutiva⁵⁶. Por ende, el notario es un órgano de jurisdicción voluntaria, no tiene iniciativa para actuar de oficio, sino que se exige previa rogación del sujeto que requiere su ministerio público. Este es uno de los fundamentales principios notariales que lo diferencian notablemente de los órganos jurisdiccionales⁵⁷.

El acta notarial, en la que consta el repudio que ha sido proclamado al amparo de la normativa islámica egipcia, para ser utilizada fuera del Estado donde se expidió, deberá cumplir formalidades administrativas destinadas a autenticarla. Será necesario que el documento tenga el carácter de auténtico en el país de origen. Si se tratara de un documento notarial, que éste haya sido otorgado por notario, en ejercicio de sus funciones, lo que resulta demostrado, en general, mediante la legalización; y, además, que el documento no contraríe el orden público internacional⁵⁸.

“Todas las disposiciones referentes a los requisitos de admisibilidad de documentos de extraña jurisdicción obedecen al afán de asegurar la autenticidad del documento o sea, de garantizar que procede en realidad de quien en apariencia dimana. La averiguación de la autenticidad de un documento extranjero es mucho más difícil que la de un documento nacional, ya que en un país no se conocen ni es fácil indagar las normas y costumbres que en otro existen con respecto a la expedición de documentos de las autoridades foráneas”⁵⁹. A este efecto, se encarga a funcionarios nacionales, representantes diplomáticos y consulares, la tarea de certificar la autenticidad de los documentos que se expiden en el territorio ante cuyas autoridades están acreditados.

(55) Aprobados por unanimidad por la asamblea de notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, reunida en Roma el 8 de noviembre de 2005.

(56) MARTÍNEZ HELGUERO, María Belén. “El notariado latino en la Argentina y en el mundo (organización nacional e internacional del notariado latino)”, *Revista Notarial* 2008/01 - Nº 89, pp.347 y ss.

(57) MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos. *Introducción al Derecho Notarial*, Unión Internacional Profesional de Auxiliares del Notariado (Uipan), septiembre de 2016, p. 27.

(58) GALLINO, Eduardo - PONCE DE FAUSTINELLI, Marcia - CARALLELLI DE ARGAIN, Eda. “Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el notario”, *Revista Notarial* 1993-1 Nro. 65, Colegio de Escribanos de Córdoba, p. 28.

(59) GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado- Derecho de la Tolerancia*, décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 873.

Ahora bien, cabe destacar que los funcionarios consulares no podrán autenticar firmas en documentos probatorios de actos contrarios a la legislación argentina (art. 225 del Reglamento Consular Argentino, aprobado por el decreto 8714/63 y sus modificatorios). Es también importante aclarar que el artículo 1 del decreto 1629/01 sustituyó el texto del artículo 229 del Reglamento Consular por el siguiente: “Los documentos extranjeros autenticados en la forma establecida en el presente Reglamento harán fe en territorio nacional, sin necesidad de su posterior legalización ante otra autoridad argentina”. A partir de la reforma del decreto 1629/01, la firma del cónsul argentino habilita por sí sola al documento extranjero y le da validez en el territorio nacional sin que se requiera ningún otro trámite adicional. Se ha eliminado la autenticación de la firma del agente consular interviniente por el Departamento de Legalizaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

El Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, ha sustituido el tradicional requisito de la legalización diplomática o consular del país en el cual el documento ha de ser presentado, para limitar la prueba extrínseca de aquél (autenticidad de la firma, calidad del signatario del documento actuante e identidad del sello o timbre) por la “apostilla” impresa por el funcionario competente del Estado del que dimana el documento (arts. 2 y 3) a petición del signatario o de cualquier portador del documento (art. 5). Esta legalización única, puede venir redactada en el idioma de la autoridad que la expida, pero debe hacerse constar en francés el título “Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961).

La República Argentina ha ratificado la Convención⁶⁰, pero como Egipto hasta la fecha no lo ha hecho, será la legalización consular la que deberá constar en el documento extranjero que contiene el acto del repudio. Tanto la legalización por la embajada o el consulado del Estado donde el documento vaya a ser utilizado como la apostilla, certifican la autenticidad de la firma de la autoridad emisora del documento en cuestión, mediante una comparación con el registro de firmas que obra en la sede del consulado o de la autoridad que coloca la apostilla. Junto a estas formalidades administrativas, es preciso sumar otro trámite, la traducción del documento notarial, lo cual supone más tiempo y costos.

C) Principio de reconocimiento

Un aspecto interesante que se ha venido desarrollando a nivel europeo es el principio del reconocimiento, cuyo impulso se debe a la Comisión de la Unión Europea (Bruselas, 14/12/2010) a través del Libro Verde titulado “Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documen-

(60) Aprobada por ley 23458, BO 21/04/87. El convenio entró en vigor el 24-I-1965 y cuenta con 121 partes contratantes según la última actualización: 5-X-2021.

tos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil”. La finalidad es lanzar una consulta pública, con objeto de recoger las orientaciones y los puntos de vista de las partes implicadas sobre las pistas contempladas para mejorar la vida de los ciudadanos en materia de circulación de documentos públicos y la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito del estado civil. De allí que resulte prioritario, y así se plantea en el Libro Verde, suprimir trámites de legalización y apostilla, así como limitar la traducción de un documento público expedido por otro Estado miembro que representa, asimismo, una pérdida de tiempo y un coste.

Puede tratarse de documentos administrativos, documentos notariales, como títulos de propiedad, certificados de estado civil, como certificados de nacimiento o de matrimonio, contratos de distinto tipo, resoluciones judiciales⁶¹. En el mencionado texto de 2010, la Comisión Europea ha plasmado la diferencia entre el reconocimiento de documentos e inscripciones, por un lado, y el de situaciones jurídicas por el otro.

La Unión Europea se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas. Con el propósito de reducir la burocracia y los costes para los ciudadanos que necesitan presentar en un país miembro un documento público expedido en otro país miembro, desde el 16 de febrero de 2019 comenzó a aplicarse el Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016. Se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012⁶². De conformidad con las nuevas normas, en muchos casos a los ciudadanos ya no se les pedirá que presenten una traducción jurada u oficial de los documentos. Al mismo tiempo, se prevé salvaguardias sólidas para evitar fraudes.

El Reglamento pone fin a una serie de procedimientos burocráticos, entre ellos cabe mencionar:

- Se suprime la obligatoriedad del sello de autenticidad (la apostilla). Los documentos públicos (por ejemplo, una partida de nacimiento, un acta de matrimonio o una resolución judicial) y sus copias certificadas expedidas por las autoridades de un país de la UE, deben ser aceptados como auténticos por las autoridades de otro país miembro sin necesidad de un sello de autenticidad.
- Se elimina la obligación, que se imponía a los ciudadanos, de facilitar a la vez el original del documento público y una copia certificada.

(61) Comisión Europea- Bruselas, 14.12.2010. COM (2010) 747 final.

(62) Reglamento relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión («Reglamento IMI»)

- A fin de soslayar los requisitos de traducción, los ciudadanos podrán solicitar un impreso estándar multilingüe, disponible en todas las lenguas de la UE, para su presentación como ayuda a la traducción adjunta a los documentos públicos.
- Si las autoridades del país de la UE receptor, exigen una traducción certificada del documento público presentado por el ciudadano, deben aceptar una traducción certificada hecha en cualquier país de la UE⁶³.

Los documentos públicos expedidos por las autoridades de países terceros, no entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento (Considerando 48).

En la trama de Carolina, se podría recurrir al principio de reconocimiento, entendido como aquel que opera para insertar una situación jurídica creada en otro Estado y cristalizada en un documento para que despliegue efectos en el foro, sin que éste último identifique y controle el derecho aplicable a dicha situación jurídica. Representa una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, en aquellos supuestos en los cuales no existe motivo que justifique su intervención.

De acuerdo a Matthias Lehmann, la denominada norma de reconocimiento trae consigo varias ventajas en el derecho de la Unión Europea⁶⁴:

Reducción de la burocracia

Una norma general de reconocimiento podría disminuir las formalidades administrativas como la legalización y la apostilla, vinculadas a la presentación de documentos públicos para probar su autenticidad en otro país. También sería posible limitar la traducción de un documento público expedido por otro Estado miembro, lo cual constituye una pérdida de tiempo y un coste.

Evitar relaciones claudicantes

La apertura a otros sistemas jurídicos tiene por finalidad garantizar cierta estabilidad, personal y familiar, a los que viven en contacto con más de un país y un ordenamiento jurídico. De este modo, se favorecerá el reconocimiento extraterritorial de la relación familiar y se evitará la creación de situaciones claudicantes, válidas en

(63) FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Blog de 19 de febrero de 2019, "Comienzan a aplicarse las nuevas normas de la UE que reducirán la burocracia a los ciudadanos que viven o trabajan en otro Estado miembro".

(64) LEHMANN, Matthias. "El reconocimiento ¿una alternativa al derecho internacional privado?", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2016), Vol. 8, Nº 2, pp. 240-257.

Disponible en: www.uc3m.es/cdt - DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3258>

el país que se crean, pero no en el país de reconocimiento⁶⁵. La tendencia moderna en el derecho internacional privado, es evitar tales resultados a través de una norma de reconocimiento. Los beneficiados serían los ciudadanos, sus vidas no serían tan complicadas en el evento de un conflicto entre diferentes leyes y jurisdicciones.

Esta posibilidad, obedece principalmente a la consideración del principio de igualdad jurídica y no discriminación como uno de los pilares del derecho internacional de los derechos humanos y, de esa forma, no se privaría a Carolina de su capacidad nupcial.

Aumento de la seguridad jurídica y de la estabilidad de las relaciones privadas

La norma de reconocimiento contribuiría a elevar el nivel de seguridad jurídica, que es un aspecto de especial importancia dentro de un Estado de derecho, a fin de mejorar la previsibilidad y la fiabilidad. En comparación con el derecho internacional privado, el reconocimiento fomentaría las relaciones privadas, haciéndolas más estables. Evita el uso de factores de conexión que pueden cambiar con el tiempo, tales como la residencia habitual, que se usa con frecuencia en los conflictos de leyes en el ámbito del derecho de familia. El reconocimiento fija la relación con un punto de referencia: el documento o inscripción que registra una situación jurídica en un Estado, por lo que no podría ser cuestionada en el extranjero. La estabilidad y permanencia resultantes evitarían relaciones claudicantes, con repercusiones positivas en la seguridad jurídica.

Gestión de la diversidad

Si se introdujera una obligación general de reconocimiento, el efecto de los documentos y de las inscripciones en registros ya no se limitaría a las fronteras de cada uno de los Estados miembros, sino que tendría efecto extraterritorial; es decir, se extendería por todos los demás países del espacio europeo. La obligación de reconocimiento permite preservar una concepción propia de cada Estado miembro de la UE, normalmente ligada a su historia, su cultura o su sistema jurídico. Ello importa reconocer la "identidad cultural", en lo que se refiere a las relaciones personales y familiares, atendiendo a sus propios ordenamientos de procedencia⁶⁶, por cuanto la convivencia entre culturas ahora tiene mayor intensidad que en épocas precedentes.

(65) URIONDO DE MARTINOLI, Amalia (Directora). *Migración internacional y relaciones familiares. Desafíos normativos en el Derecho internacional privado*, Ediciones Lerner, Córdoba, 2016, p.260.

(66) MULERO GARCÍA, Juan Simón. "Integración social, derecho a la diferencia y relaciones jurídico-privadas internacionales", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº24, publicado el 16/12/2011.

A tal efecto, Matthias Lehmann destaca su utilidad en el ámbito del derecho de familia y de sucesiones. Dada la diversidad de tradiciones nacionales, considera poco realista un acercamiento de las normas sustantivas en esta materia. Pero si las autoridades de un Estado aceptan los actos públicos de otro Estado sin ser cuestionados en otras partes de la UE, no habría necesidad de más discusión sobre este punto. La UE podría seguir viviendo con su diversidad de normas, aun cuando sus ciudadanos se vuelvan cada vez más móviles. El reconocimiento es una alternativa viable a la armonización. De este modo, se fomenta lo que para Werner Goldschmidt es “lo propio de la justicia del DIPr., la tolerancia hacia lo ajeno y diferente”⁶⁷.

Mejoramiento de la movilidad

La Comisión Europea propone en el Libro Verde reflexionar sobre la supresión de todas las formalidades obsoletas - la legalización y la apostilla- para el conjunto de documentos públicos con objeto de garantizar su libre circulación en la Unión e implantar un marco legislativo europeo, uniforme y moderno, que tenga en cuenta la realidad de las situaciones transfronterizas⁶⁸. En este contexto, Matthias Lehmann subraya las consecuencias negativas y potencialmente desastrosas que las relaciones claudicantes tendrían sobre la seguridad jurídica. Por lo tanto, estima que no es del todo inverosímil que la Comisión sostenga que un principio general de reconocimiento daría lugar a una libertad de movimiento más amplia dentro de la UE y permitiría que los ciudadanos europeos ejercieran ese derecho plenamente. Además, añade que, mientras los documentos oficiales de un país aún necesiten un sello especial para que tengan efecto en otro, difícilmente se alcanzará “el espacio de libertad, seguridad y justicia” que la UE se esfuerza por conseguir.

Evitar el complejo método del derecho internacional privado

El reconocimiento de actos jurídicos por parte de otros Estados miembros, resolvería el problema que a muchos ciudadanos plantea el razonamiento del derecho internacional privado, pues se ha argumentado que “es complicado, requiere mucho tiempo y recursos y puede resultar frecuentemente impredecible”. El principio general de reconocimiento, facilitaría la resolución de litigios porque hace innecesaria la aplicación de normas de conflicto de leyes y de normas sustantivas extranjeras.

(67) GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*, décima edición, cit., p. XXV.

(68) Comisión Europea- Bruselas, 14.12.2010. COM (2010) 747 final, p. 9.

Aumento de la armonía internacional de soluciones judiciales

Aunque la aplicación de una norma general de reconocimiento supondría apartarse del clásico método de la elección de la ley, “serviría paradójicamente para avanzar hacia la consecución de su objetivo, que es la armonía internacional de soluciones judiciales”. Al obligar a los Estados a aceptar la decisión tomada por las autoridades de otro, la norma de reconocimiento evitaría juicios y valoraciones divergentes en Estados diferentes.

Lucha contra la discriminación

Ciertos sistemas legales aplican diferentes reglas de derecho internacional privado a las relaciones entre personas homosexuales y heterosexuales. Cada Estado miembro de la UE aplica en la materia sus propias normas, que son muy distintas de un Estado a otro. Como modelo se nombra a Alemania, que somete la validez y los efectos de una relación entre personas del mismo sexo al país en el que esta relación está registrada, mientras que a los matrimonios entre hombres y mujeres se aplican normas de conflicto de leyes mucho más diversas. Una norma general de reconocimiento podría servir para superar tales diferencias y acabar con la discriminación, pues el reconocimiento se aplicaría de manera igual tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales.

El autor que seguimos en el tema, advierte que la norma general no puede sustituir la elección de la ley aplicable, y que la mejor solución es combinar normas de conflicto y de reconocimiento. Así sostiene que una manera más eficiente de lograr resultados predecibles sería la imposición de una condición previa para el reconocimiento, como la exigencia de un vínculo suficiente entre la situación jurídica documentada y el país que ha expedido el documento. Por ejemplo, se podrían reconocer solamente documentos e inscripciones realizadas en el Estado en el que las partes tengan su residencia habitual. Por otro lado, una norma general de reconocimiento siempre puede limitarse a ciertas áreas y ser acompañada con una excepción de orden público⁶⁹.

El reconocimiento también ha sido propuesto como el método para lograr la integración social de las personas que viven en contacto con más de un país y de un ordenamiento jurídico, esto es, la convivencia pacífica entre la población autóctona y extranjera que residen de forma habitual en un mismo territorio. Este sistema puede contribuir a conciliar las dos exigencias que aparecen a menudo contrapuestas: la integración del inmigrante en el país de destino y el respeto a sus orígenes. Es necesario un proceso social de interacción entre las personas que conviven en el seno de una misma sociedad, basado en el diálogo (*ius communications*) entre los

(69) LEHMANN, Matthias. “El reconocimiento ¿una alternativa al derecho internacional privado?”, cit., pp. 243-257.

distintos sistemas jurídicos y culturales que entran en relación, con el objetivo de garantizar cierta estabilidad personal y familiar tanto en el lugar en que realizan sus vidas como en el lugar de procedencia⁷⁰.

Ilustra la aplicación del método de reconocimiento en Argentina, la sentencia emanada del Juzgado Nacional Civil N° 25 en la causa “S.A.M y Otro, s/exequátur y reconocimiento de sentencia extranjera”. Un matrimonio solicita el reconocimiento judicial de la sentencia recaída en la Corte Judicial de Oum El Boughu Tribunal de Ain El Beida de la ciudad de Meskiana, República de Argelia (país de origen del marido), en la que con fecha 17 de julio de 2019 se otorgó la *kafala*⁷¹ definitiva respecto de la niña N. H. Los cónyuges explican que, si bien el instituto en cuestión es desconocido por nuestro ordenamiento jurídico, solicitan el reconocimiento de la sentencia, conforme los alcances previstos por el instituto de la tutela judicial. La documentación agregada (sentencia), como así también las complementarias: partida de nacimiento, acta de entrega administrativa y donación de apellido, cuentan con las legalizaciones consulares correspondientes, por lo que se tienen como auténticas.

El CCCN contempla las instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida en el artículo 2640, cuyo segundo párrafo establece que “Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño”. Sobre esta base legal, el tribunal dictamina que la norma no implica el reconocimiento de un acto jurisdiccional extranjero sino, propiamente, de la forma de colocación o de reubicación de niños creada en otro Estado. Para ello, recurre al llamado “método de reconocimiento”, entendido como aquel que opera para insertar una situación jurídica que ya ha sido creada al amparo del derecho extranjero y con la finalidad de que ésta despliegue efectos en el foro, sin necesidad de someterla al procedimiento de *exequátur* previsto en el art. 517 CPCCN y sus equivalentes en los códigos procesales provinciales. Afirma que la inserción de estas instituciones provenientes de sistemas culturalmente diferentes, tal como es la *kafala*, resulta sumamente respetuosa del derecho a la identidad de los sujetos protegidos puesto

(70) ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria. “El método del reconocimiento como propuesta de regulación de las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n° 9/2009 (segunda época), pp. 20 y ss.

(71) La sentencia aclara y precisa el contenido de la “*kafala*”, cuando señala que se trata de la institución de mayor protección en el mundo musulmán para los menores huérfanos o abandonados, ya que al no ser posible crear relaciones jurídicas que no tengan carácter biológico, a través de ella se asume el compromiso de proteger, educar y mantener a un menor desamparado. Dicha figura se constituye cuando una persona (*kafil*), quien debe profesar el Islam, se hace cargo voluntariamente de las necesidades de un niño que fue privado de su familia (*makful*) y se comprometa a educarlo en la religión musulmana.

que no se requiere, necesariamente, la asimilación del instituto creado en Argelia a las propias del foro⁷².

El Juzgado Nacional Civil Nº 25, entiende que el reconocimiento de la decisión extranjera solicitada resulta beneficiosa para el grupo familiar y convalida un vínculo fáctico, por lo que resuelve hacer lugar a la inscripción de la sentencia emitida en la República de Argelia y librar oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a los fines indicados⁷³.

D. El repudio y el despliegue de la cláusula de orden público internacional

El CCCN admite el divorcio sin causas, ya sean objetivas o subjetivas, y a petición de uno solo de los cónyuges (art. 437). Ello induciría a pensar que existe una cierta semejanza con el repudio, si no fuese por dos diferencias sustanciales, una de fondo y otra de forma.

La razón de fondo, radica en que nuestro ordenamiento demanda la absoluta igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio. El artículo 402 puntualiza que: “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”. La plena igualdad jurídica de los cónyuges, es un derecho fundamental consagrado por los instrumentos de derechos humanos, a los que remite de forma específica el primer artículo del CCCN para la resolución de los casos que éste rige. En los fundamentos del Anteproyecto de reforma del CCCN, se manifiesta que “el matrimonio se celebra y se sostiene por voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento que uno o ambos puedan solicitar su divorcio [...]”.

Por consiguiente, la ruptura del matrimonio puede ser incausada y podrá ser solicitada indistintamente por uno u otro cónyuge. No se discrimina entre personas del mismo o distinto sexo. Precisamente, a los efectos de la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979⁷⁴, el enunciado «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar

(72) HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (directores). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo VI, Primera Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Infojus, 2015, pp. 403.

(73) Poder Judicial de la Nación, Juzgado Civil 25, causa Nº 98030/2019, sentencia de 25/09/2020.

(74) Conviene recordar que la Convención goza de jerarquía constitucional en Argentina y que ha sido ratificada con reservas por Egipto.

o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

En cambio, los hombres egipcios musulmanes tienen un derecho unilateral e incondicional al repudio, sin que sea requisito obligatorio la concurrencia de justa causa, ni tampoco el consentimiento de la esposa. El sistema de divorcio, tal como está regulado en la ley islámica (*sharia*), otorga un trato diferente y desigual a hombres y mujeres. El uso del *talaq* deja a la mujer a expensas del marido.

La invocación de la forma como diferencia esencial entre los dos institutos- divorcio unilateral y repudio- consiste en la necesaria intervención de la autoridad judicial competente para conceder la disolución del vínculo matrimonial, en orden a su eficacia jurídica, que exige el artículo 435 del CCCN. En tanto, que la ley egipcia autoriza al marido a pronunciar el repudio para desbaratar la unión, sin necesidad de recurrir a procedimientos judiciales.

Las disparidades de fondo y de forma entre los sistemas legislativos involucrados en el caso de Carolina, no se compaginan con los principios y valores contenidos en el orden público internacional argentino. La formulación normativa de la excepción, se manifiesta de modo genérico en el artículo 2600 del CCCN al decir que: “Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”. Será por tanto el juez, quien en el análisis de cada causa, determine si la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de los efectos de un documento escrito por el notario egipcio, envuelven una vulneración de los principios y valores fundamentales del propio ordenamiento. Una primera mirada, llevará a concluir que resulta evidente que el repudio unilateral del marido destruye el principio de igualdad como derecho humano universal, con fuerte incidencia en la dignidad de la persona.

No obstante, se ha dicho que en ciertas ocasiones la discriminación que entraña la eficacia extraterritorial del acta de repudio en el foro produzca, paradójicamente, una mejor posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer, como el de casarse y fundar una familia, recogidos en los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos (*v.g.* Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros). En tales supuestos, la interpretación rígida de la cláusula de orden público, impediría el derecho esencial de la mujer repudiada a obtener la tutela judicial efectiva del artículo 18 de la Constitución Nacional, en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Imposibilitar la consolidación de la situación discriminatoria en el ordenamiento jurídico argentino, podría resultar lesiva para Carolina, quien puede preferir que se prescinda de la tutela que estrictamente se merece, para lograr con ello la obtención

de un mejor derecho, siempre, por supuesto, que sea ella la que solicite el reconocimiento del acta notarial en la que consta el repudio pronunciado por Mahmoud en Egipto. Lo contrario, significaría convertir en perjuicio aquello que debería actuar en protección de la mujer discriminada, y supondría para ella una nueva discriminación, al limitar su posibilidad de contraer matrimonio por la existencia de un impedimento de ligamen; o por obligarla a instar un proceso de divorcio en el país para disolver el vínculo. En esta línea, se especula que en casos semejantes sería perfectamente legítima una interpretación flexible o atenuada del orden público, en el sentido de amparar una decisión conflictiva en la función promocional de los derechos fundamentales⁷⁵.

Se observa que el término orden público atenuado, alude a la diferente intensidad del funcionamiento de la excepción tanto en las relaciones jurídicas que pretenden constituirse con arreglo a la ley islámica en un Estado cuyo derecho pertenece al sistema occidental, como en las relaciones creadas válidamente en el ámbito de los países de tradición islámica, que procuran que se le reconozcan efectos en el foro.

En la primera hipótesis, el orden público reaccionaría plenamente (no sería posible repudiar a una mujer en nuestro país). Cuando se trata de desplegar los efectos de un instituto ya consolidado bajo otra legislación, el orden público no es operativo cuando el reconocimiento de esa forma de disolución del matrimonio conduce a un resultado compatible con el derecho del foro. El repudio unilateral formulado por el marido, fundado en una norma discriminatoria, puede desplegar sus efectos cuando quien solicita el reconocimiento es la esposa o cuando ésta ha manifestado su aceptación⁷⁶. De modo que, en la medida que una institución pueda ser considerada contraria al conjunto de valores y principios del Estado requerido, ésta puede ser reconocida examinando la causa concreta y las circunstancias en las que podría quedar la mujer repudiada si se le denegara el reconocimiento⁷⁷.

La excepción de orden público internacional contenida en el artículo 2600 del CCCN, se desplegará a la luz de las circunstancias del caso en cuestión. Es decir, podrá activarse (es potestad del órgano juzgador), cuando su aplicación implique una vulneración manifiesta de los principios jurídicos fundamentales del ordenamiento argentino. Debe tenerse en cuenta que es *“el resultado de la aplicación de la normativa*

(75) FERNÁNDEZ-CORONADO, Ana. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril (2009), pp. 125-156.

(76) AYALA CARDIÑANOS, Irene. “Excepción de orden público internacional y discriminación por motivos de género”, *Mujeres y Derecho: pasado y presente*. I Congreso multidisciplinar de la sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho, octubre de 2008, p. 20. Disponible en: <file:///D:/Downloads/Dialnet-ExcepcionDeOrdenPublicoInternacionalYNoDiscriminac-2874617.pdf>

(77) ABARCA JUNCO, A. P. y otros. *Derecho internacional privado*. Madrid, Ed. UNED, 2013, p. 386.

extranjera lo que debe vulnerar los principios básicos de nuestro Derecho matrimonial, no el contenido abstracto de la ley extranjera"⁷⁸.

Lo cierto es que con ello se llega a un dato clave, el "DIPr. intercultural", un DIPr. que regula situaciones sociales mezcla de diversas concepciones culturales y jurídicas: se trata de regular una "nueva cultura social" resultado de la interconexión de culturas de países de recepción de emigrantes y de países de emigración⁷⁹. En tal sentido, se ha señalado la inconveniencia de la inmediata sustitución del derecho extranjero por el derecho privado argentino. Por razones valorativas, será preciso intentar la adaptación o conciliación del derecho extranjero a nuestros principios. De allí que se afirme que "El orden público debe ser contemplado como un factor de coexistencia de los sistemas jurídicos y, preservando sus elementos esenciales, deben investigarse las adaptaciones necesarias para hacerlos vivir juntos"⁸⁰.

(78) CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Divorcios extranjeros sin intervención judicial. Práctica del Tribunal Supremo. Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Ed. Colex, 2000, p. 57.

(79) JUÁREZ PÉREZ, Pilar. "Hacia un DIPr. intercultural", en A L. CALVO CARAVACA / P. Blanco Morales Limones, *Globalización y Derecho*, Ed. Colex, Madrid, 2003, pp. 331-349.

(80) BOGGIANO, Antonio. *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 6ª Ed., Tomo I, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, p. 566.

