

Sobre la importancia del Derecho Internacional Privado en la era global actual*

Breve comentario a propósito de la sentencia “S., A. M. y otro s/Exequatur y reconocimiento de sentencia extranjera”

Por Guido B. Botteri¹

Introducción

Nos vemos inmersos en un mundo cada día más globalizado a raíz de los avances tecnológicos y de la crisis de soberanía de los Estados. Esta globalización trae consigo el nacimiento de una sociedad multicultural como no se ha visto, fruto de los constantes desplazamientos de las personas que, en muchas ocasiones ni siquiera optan por radicarse en otro país, sino que simplemente parecen ser, al decir del antiguo filósofo griego Diógenes, *ciudadanos del mundo*. Esta circunstancia genera diversos problemas en las relaciones privadas de las personas y crea nuevos desafíos para los profesionales del derecho que deben adaptarse a estos profundos cambios. Es por ello que creo que, hoy más que nunca, el Derecho Internacional Privado debe erigirse como un pilar fundamental en la formación jurídica de los futuros operadores del Derecho.

En muestra de ello, a continuación se desarrollará un breve comentario a la sentencia recaída en los autos “S., A. M. y otro s/Exequatur y reconocimiento de sentencia extranjera”², a la luz de algunas instituciones del Derecho Internacional Privado, en la que el magistrado debió hacer frente a estos nuevos desafíos de la multiculturalidad, resultando el buen manejo del Derecho *iusprivatista internacional* una herramienta indispensable para arribar a un justo decisorio sobre la singular problemática planteada.

1. Hechos del caso

Una ciudadana argentina y un nacional argelí, contrajeron nupcias en el año 2001. A los fines de ver realizado su proyecto de vida, y ante la imposibilidad de concebir un hijo, decidieron comenzar los trámites de adopción en nuestro país. Así, tras nueve años de espera, sin ser convocados para adopción alguna –estando debidamente inscriptos en el RUAGA–, ambos cónyuges decidieron optar por otra vía para cumplir su deseo de ser padres. Tal es así que comenzaron los trámites tendientes a obtener la “*kafala*” (en el siguiente punto esclareceremos este concepto) de un niño o niña en la República de Argelia, país de origen de uno de los cónyuges.

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Ganador del Concurso de Ensayos Jurídicos para Graduados.

² Juzg. Nac. de Primera Instancia en lo Civil n° 25, Capital Federal, 25/9/20, “S., A.M. y otro s/exequatur y reconocimiento de sentencia extranjera”, disponible en: www.saij.gob.ar/FA20020070.

Transcurridos dos años de su decisión, fueron convocados por las autoridades argelíes a fin de iniciar el proceso de *kafala* de una niña en dicho país. Cumplimentados todos los trámites en el país árabe, retornaron luego a la Argentina. Ante las dificultades, suscitadas a causa de esta inusual situación, para obtener la cobertura de salud de la niña, es que deciden presentarse ante la Justicia Argentina e iniciar un proceso de exequatur a los fines de obtener el reconocimiento judicial de la sentencia extranjera dictada por la Corte Judicial de Oum El Boughu Tribunal de Ain El Beida de la ciudad de Meskiana (República de Argelia) que otorgó a la pareja argelí-argentina la *kafala* de la niña N.H.

El juez argentino, en una interpretación armoniosa y en un todo acorde a las nuevas directivas impuestas por el Código Civil y Comercial, acoge la demanda y hace lugar al reconocimiento de la sentencia dictadas por el tribunal argelí.

De los considerandos de la sentencia surgen los disparadores de los temas que se analizarán en el presente trabajo: La institución desconocida, el reconocimiento de sentencias extranjeras, el orden público, el método de reconocimiento, el método sintético judicial y el método de ajuste.

2. La institución desconocida: La “kafala”

Como se mencionara al inicio del presente trabajo, como consecuencia de la globalización, se producen “choques” interculturales. Grupos de personas, pertenecientes a una determinada sociedad, emigran y se insertan, por una multiplicidad de razones diferentes (laborales, económicas, amorosas, bélicas, etc.), en otra sociedad que posee una idiosincrasia muy disímil de aquella de la cual provienen. Pese a “abandonar su pueblo”, los seres humanos se llevan consigo, exportan, movilizan, la cultura bajo la cual se han criado o desarrollado. Esta interculturalidad resulta sumamente enriquecedora más trae consigo ciertas rispideces cuando una determinada práctica resulta totalmente ajena al sistema social que ahora la recibe. Esta problemática no resulta novedosa, sino que se ve asentado en esta nueva era. Ya hablaba Savigny de la *institución desconocida* en su célebre obra “Sistema de derecho romano actual”, como un límite a la aplicación del derecho extranjero. Una especie de germen del orden público internacional que, como veremos más adelante, no implica una inescindible necesaria conexión entre ambos.

El caso que nos ocupa, trata de la inserción de la *kafala* en el sistema jurídico argentino. La *kafala* es una institución típica del derecho musulmán, con distintos matices que dependerán del orden interno del Estado de que se trate³. A través de este instituto, una persona denominada *kafil*, se hace cargo de un menor de edad huérfano o abandonado, denominado *makful*, con el objeto de mantenerlo y educarlo⁴ de la

³ Diago Diago, María del Pilar, *La kafala islámica en España*, p. 3, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/cdt/article/view/98>.

⁴ Ortega Giménez, Alfonso, *La kafala de derecho islámico: Concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España*, p. 3, disponible en: <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/47106/819-826.pdf?sequence=1>.

misma manera que un padre lo haría para con su hijo⁵. Ahora bien, una de las principales notas características de esta institución es la obligación de educar al niño o niña en la fe musulmana. Así, sólo podrán constituirse en *kafil* aquellas personas que profesen la religión musulmana pues estos asumen, como dice Diago Diago “el deber sagrado de educar al niño en la verdad del Corán”⁶. Esto ha llevado incluso a que los distintos Estados pertenecientes a la religión musulmana hayan adoptado diferentes grados de otorgamiento del instituto. Así, algunos países exigen que el *kafil* sea nacional del Estado el que pretende la concreción de la relación, y otros, aún más, exigen no solo la nacionalidad, sino que impiden que el *kafil* se traslade el extranjero con el niño⁷.

A su vez, resulta sumamente importante destacar que el instituto de la *kafala*, no conlleva la creación de un vínculo de filiación entre el *kafil* y el *makful*⁸, de manera tal que no resulta asimilable con nuestra conocida adopción (cfr. art. 558, primer párrafo, Cód. Civil y Com.).

Como otra nota distintiva, el *kafil* tampoco ostenta la patria potestad respecto de la persona sujeto de la *kafala*⁹, con lo que tampoco podemos decir que sea similar a la institución de la tutela que también conocemos en nuestro derecho argentino (ver art. 104, segundo párrafo, Cód. Civil y Com.).

Como se desprende de lo expuesto, nos encontramos frente a una institución sin parangón en nuestro derecho local, más su ajenidad no autoriza *per se*, su falta de reconocimiento en el Estado de acogida. Tal decisión no puede tener lugar en un mundo globalizado y multicultural, pues resultaría aberrante al respeto del elemento extranjero que debe regir en el mundo de las relaciones privadas internacionales. Así lo entendió con buen tino el magistrado llamado a resolver el caso planteado, conforme analizaremos en el desarrollo del presente comentario.

3. El reconocimiento de sentencias extranjeras

El reconocimiento y ejecución de las decisiones emanadas por tribunales extranjeros, a través del trámite del exequatur, se engloba dentro del tercer grado de cooperación internacional que advierte la doctrina al momento de tratar este tema¹⁰. En la actualidad y como consecuencia de la globalización, se ha afirmado la tendencia a incluir dentro del objeto del Derecho Internacional Privado a la cooperación

⁵ Marchal Escalona, Nuria, *La kafala marroquí: Problemas de ayer, hoy y mañana*, p. 2, disponible en http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/2407/articulos_la-kafala-marroqui.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁶ Diago Diago, *La kafala islámica en España*, p. 3.

⁷ Diago Diago, *La kafala islámica en España*, p. 3.

⁸ Ortega Giménez, *La kafala de derecho islámico*, p. 5.

⁹ Ortega Giménez, *La kafala de derecho islámico*, p. 6.

¹⁰ Entre ellos, López Herrera, Edgardo (*Manual de derecho internacional privado*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2014), Soto, Alfredo Mario (*Temas estructurales del derecho internacional privado*, 3ª ed., Bs. As., Estudio, 2014), Boggiano, Antonio (*Derecho internacional privado y derechos humanos*, 7ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2015) y Scotti, Luciana (*Manual de derecho internacional privado*, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2019).

jurisdiccional, dejando de lado teorías simplistas que reducían esta rama del derecho al mero conflicto de leyes. La necesidad del reconocimiento de que la decisión emanada de un órgano jurisdiccional extranjero sea segura, estable y continua, con la posibilidad de que este despliegue sus efectos en el territorio de otra nación, resulta realizadora del derecho humano a la tutela judicial efectiva tal y como enseña Scotti¹¹.

La doctrina es conteste en remarcar que este tercer grado de cooperación es el grado máximo de cooperación que se posible; siendo el primer grado aquel vinculado con actividades de mero trámite, información del derecho extranjero y actividad probatoria, y el segundo grado el referido a la colaboración en materia cautelar tal y como enseña Soto¹².

En los considerandos II y III de la sentencia bajo análisis el magistrado procede a analizar los requisitos establecidos por el art. 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para la procedencia del juicio de exequatur. Esta lógica decisión de optar por el derecho de adjetivo del foro se corresponde con uno de los principios rectores en el ámbito del derecho procesal internacional, conocido bajo el viejo adagio latín *lex fori regit processum*. Dicha máxima impone a los tribunales el deber de aplicar su propia ley procesal para el trámite del juicio, sin perjuicio de la aplicación del derecho que resulte aplicable al fondo de la cuestión conforme las normas de Derecho Internacional Privado del Estado del juez¹³. Mientras que algunos autores ven como fundamento de la territorialidad de las formas procesales el carácter público de público de este derecho de forma¹⁴, otros se remiten a un criterio eminentemente práctico y de realidad social. En este último sentido enseña Fernández Arroyo que “el derecho procesal es instrumental, las formas del procedimiento están muy arraigadas en los países –especialmente en los jueces– y sería realmente problemático y poco práctico, además de inconducente, modificar esta regla”¹⁵.

Merece una mención especial en este punto la singular postura que expresa Boggiano sobre la aplicación del Código Procesal Civil y Comercial Nacional. Para este autor las normas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras revisten carácter federal y que, como consecuencia de ello, las normas que regulen esta materia en códigos procesales provinciales deberían ser declaradas inconstitucionales. Más aún, deben ser derogadas¹⁶.

Partiendo de su ley procesal (nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) el magistrado se adentra primeramente en el análisis de los requisitos formales, realizando un correcto análisis de autenticidad de la sentencia –y demás documentos acompañados– teniéndolas como auténticas en virtud de las legalizaciones consulares correspondientes. Aunado a ello, dedica un tiempo para el análisis de los elementos de convicción que le permiten tener por acreditado que se respetó el

¹¹ Scotti, *Manual de derecho internacional privado*, p. 280.

¹² Soto, *Temas estructurales del derecho internacional privado*, p. 124.

¹³ Scotti, *Manual de derecho internacional privado*, p. 248.

¹⁴ López Herrera, *Manual de derecho internacional privado*, p. 158.

¹⁵ Fernández Arroyo, Diego (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Bs. As., Zavallía, 2003, p. 353.

¹⁶ Boggiano, *Derecho internacional privado y derechos humanos*, p. 265.

requisito del debido proceso por parte del tribunal extranjero. Sin perjuicio de estos aciertos, es en este aspecto que también ubico una de las pocas críticas que podría merecer el fallo bajo análisis, ya que no parece surgir de forma clara de sus considerandos que la sentencia cuyo reconocimiento se pretende haya pasado en autoridad de cosa juzgada en el país del cual emana (sin perjuicio claro está, que dicha circunstancia pueda constar en la documentación acompañada a la cual no se tiene acceso).

Tampoco hay una mención expresa sobre la traducción al idioma nacional de la documentación acompañada, merced de que este presupuesto debe haberse materializado ya que difícilmente un juez argentino pudo haber fallado sobre la base de una sentencia en idioma árabe sin traducción alguna. Finalmente, cabe destacar que el magistrado sentenciante omite, en este caso, requerir como requisito formal de procedencia, uno de los requisitos más cuestionados actualmente en lo que respecta al reconocimiento de sentencias extranjeras: la jurisdicción indirecta o el control de la jurisdicción internacional del juez extranjero, establecido en el inc. 1° del art. 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Sobre este punto, la doctrina no es pacífica.

Así, señala Boggiano, que en nuestro país (al menos en el Código Procesal Nacional y siguiendo la postura del distinguido jurista, el único que debería regir a nivel nacional conforme su criterio previamente analizado) se adscribe a la teoría de la bilateralidad. Dicha teoría pregona el control de la jurisdicción internacional del juez extranjero según las normas de jurisdicción internacional que el juez requerido aplicaría para asumir jurisdicción¹⁷. Según el ilustre autor, no sería posible prescindir de este requisito sin caer en la arbitrariedad, aunque reconoce ello no implica “adoptar una interpretación absolutamente mecanicista del art. 517 despreocupada de sus consecuencias”¹⁸. Otros autores, por su parte, sostienen que dicho control resulta lesivo del respeto al elemento extranjero¹⁹ (horizonte axiológico al que debe orientarse el Derecho Internacional Privado) abogan por la eliminación total de dicho control, o al menos sujetarlo a la *teoría unilateralidad doble*. Es decir que el control de la jurisdicción extranjera sólo podrá hacerse efectivo en los casos en los que se invada jurisdicción nacional exclusiva. A la luz de estas consideraciones, y en un todo conforme con el principio de estabilidad de las relaciones jurídicas, sobre todo aquellas que refieren a vínculos familiares, a mi criterio y con buen tino, el magistrado sentenciante omite la exigencia de este requisito, evitando rigurosos formalismos en pos de la unión familiar.

Luego de analizadas las cuestiones formales, el juez se propone un análisis de la posible afectación del orden público de la sentencia cuyo reconocimiento se pretende, punto este que será desarrollado en el acápite siguiente.

4. El orden público

La sentencia que se comenta resulta esclarecedora de ciertos puntos que en otro tiempo generaron mucha confusión en cuanto al concepto de orden público. Es

¹⁷ Boggiano, *Derecho internacional privado y derechos humanos*, p. 271.

¹⁸ Boggiano, *Derecho internacional privado y derechos humanos*, p. 273.

¹⁹ En ese sentido Soto, *Temas estructurales del derecho internacional privado*, p. 127 nota al pie.

por ello que previo a entrar en el análisis de estos puntos de la sentencia cabe una breve introducción sobre este instituto del derecho.

El orden público es uno de los llamados “problemas” del Derecho Internacional Privado. Es una cláusula de reserva que hace de excepción a la aplicación del derecho extranjero, ubicada como característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma generalísima de conflicto elaborada por Werner Goldschmidt²⁰. Es una noción de complicada definición, mutable y peligrosa. A tal punto que algunos autores la han denominado “el caballo desbocado (*unruly horse*) del derecho internacional privado”²¹, ya que su uso indeterminación puede ser herramienta de ideologías chauvinistas, en manos de ciertos jueces. Veamos un concepto que nos brindan Fernández Rosas y Sanchez Lorenzo. Para ellos el orden público es el “conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado”²². Fue el primero de los “problemas” del Derecho Internacional Privado en ser descubierto. Como toda la doctrina es conteste en señalar, debemos su descubrimiento al notable profesor Friederich Karl Von Savigny, quien hiciera referencia a esta noción en el tomo VIII de su célebre “Sistema de derecho romano actual”²³.

Enseña Soto que en lo que él denomina “segunda fecha estelar” en la historia del Derecho Internacional Privado, el notable jurista alemán advierte que “la comunidad jusprivatista internacional estaba ya en condiciones de aplicar el derecho del asiento del caso... sea el propio o el extranjero”²⁴. Aunque, también advierte, como excepción a la aplicación del derecho extranjero del asiento del caso: 1) a las leyes absolutas que tienen por motivo y fin un principio moral o razones de interés general, y 2) a las instituciones de un Estado extranjero²⁵. Empero, como se verá, esta última de las limitaciones no resulta del todo correcta.

Por otra parte, no fue Savigny quien bautizara a estos límites como “orden público”. El concepto de “orden público” se le atribuye al italiano Mancini, quien según nos enseña Lopez Herrera, desvirtuó este concepto realizando una extensión exagerada del mismo, incluyendo también dentro de la noción de “orden público” a aquellas normas vinculadas con los intereses económicos del país²⁶. De esta manera contribuyó a generar una confusión con otro instituto del Derecho Internacional Privado con el que no debe ser confundido: la norma de policía, también llamada norma internacionalmente imperativa. Lo que en definitiva pregonaba el italiano Mancini, como buen territorialista, era la aplicación apriorística del orden público, con el objeto de excluir de plano la aplicación del derecho extranjero en favor del derecho del foro. Esta es la principal característica de la norma de policía: descartar de plano la aplicación del derecho extranjero y aquí radica la principal diferencia con el “orden público”. Este

²⁰ Boggiano, *Derecho internacional privado y derechos humanos*, p. 225.

²¹ Scotti, *Manual de derecho internacional privado*, p. 162.

²² Fernández Rosas, José - Sanchez Lorenzo, Sixto, *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 2007.

²³ Scotti, *Manual de derecho internacional privado*, p. 189.

²⁴ Soto, *Temas estructurales del derecho internacional privado*, p. 25.

²⁵ Scotti, *Manual de derecho internacional privado*, p. 165 nota al pie.

²⁶ López Herrera, *Manual de derecho internacional privado*, p. 146.

último opera *a posteriori*, como dice Soto “una vez que conocemos la solución del derecho declarado aplicable y luego nos preguntamos si vulnera o no los principios fundamentales de nuestro ordenamiento”.

De esta manera el juez hace un cotejo del derecho declarado aplicable al caso, permitiendo entonces el ingreso de la norma foránea y analizando si su aplicación estricta viola principios fundamentales del Estado del foro, en cuyo caso deberá adaptar dicha solución, con el objeto de realizar los valores del Estado sin conculcar de forma extrema el respeto del elemento extranjero.

En este sentido, al tratar los efectos de la aplicación del orden público, López Herrera nos dice que “la extensión de los efectos del orden público, por lo general, se circunscriben solo a la disposición contraria, pero el derecho extranjero en lo demás queda vigente... la sustitución por la *lex fori* o derecho nacional solo opera en la parte repugnante”²⁷. En el mismo sentido se ha manifestado Boggiano al decir que “si una solución concreta del derecho extranjero competente lesionara algún principio argentino, no cabría la inmediata sustitución del derecho extranjero por el derecho privado argentino... Tal adaptación resulta más valiosa que la directa exclusión del derecho extranjero”²⁸.

Con estas aclaraciones veamos ahora en el caso concreto, la claridad con la que el magistrado ha sabido diferenciar estas cuestiones expuestas.

En el considerando IV de su sentencia, el juez realiza un breve pero conciso análisis del derecho extranjero, en este caso el derecho islam. Concretamente, describe los lineamientos básicos del instituto desconocido que se le presenta. Así el juez llega a la conclusión de que el principal objeto de la *kafala* es ofrecer al menor abandonado o huérfano (*makful*) un entorno familiar donde pueda desarrollarse como persona y sea protegido por adultos responsables y afectuosos (*kafil*), con lo que, en definitiva, lo que se busca es la tutela de la infancia desprotegida. Colige, pues, el magistrado, que el instituto desconocido (*kafala*) no es contrario a nuestro ordenamiento jurídico.

Máxime cuando esta figura desconocida para nosotros, tiene acogida en el art. 20 de la Convención de los Derechos del Niño, la cual fue ratificada por el Estado argentino. Con lo que mal podría alegarse la incompatibilidad de un instituto mencionado en un instrumento internacional al que la República ha adherido sin reservas en ese sentido. Este caso concreto resulta ilustrador en cuanto al error de Savigny en su concepción del orden público en cuanto incluía como límite a la aplicación del derecho extranjero a las instituciones desconocidas. Como se advierte en el fallo bajo análisis, no puede aseverarse, *iure et de jure*, que siempre que nos encontremos frente a un instituto ignorado por nuestras leyes, el mismo lesiona principios fundamentales de nuestro ordenamiento.

He aquí el primer esclarecimiento que este fallo demuestra, con un ejemplo concreto, respecto de nociones que en suscitaban dudas entre los primeros doctrinarios del Derecho Internacional Privado. La doctrina actual, ha superado estas dificultades. En ese sentido Scotti, nos dice que “mientras Savigny asociaba la institución

²⁷ López Herrera, *Manual de derecho internacional privado*, p. 152.

²⁸ Boggiano, *Derecho internacional privado y derechos humanos*, p. 230.

desconocida a lo que hoy llamamos orden público internacional... en la actualidad este problema se emparenta con el de las calificaciones²⁹. La existencia por sí sola de una institución desconocida, no implica necesariamente vulneración del orden público internacional.

Finalmente, cabe hacer alusión al correcto análisis *a posteriori* realizado por el magistrado de grado. Tras analizar, como dijimos, los lineamientos básicos del instituto desconocido que se le presenta, y luego de concluir que la *kafala* no lesiona los principios fundamentales del Estado Argentino, el juez recalca en el aspecto de la religión, que configura como dice en el considerando VI de su sentencia “un punto medular”. Así, menciona el juez de grado que la sentencia cuyo reconocimiento se pretende en Argentina obliga al *kafil* a educar a la niña en la religión musulmana, ya que esta es la condición que impone el derecho musulmán para el otorgamiento de este instituto. Es en este punto que sobresale uno de los puntos más plausibles de la sentencia pues el juez realiza un cotejo, *a posteriori* (es decir luego de aceptada la aplicación del derecho extranjero) para determinar si la decisión cuyo reconocimiento se pretende conculca en algún sentido principios fundamentales del ordenamiento argentino. Tras un completo análisis de los Tratados Internacionales de los que la República es parte y que son de aplicación directa al presente caso (Convención Americana sobre Derechos Humanos y Convención sobre los Derechos del Niño), así como también de las leyes vigentes en nuestro país (Ley 26.061 de Protección integral de los derechos del niño) el juez llega a la conclusión de que es un principio fundamental de nuestro ordenamiento que los niños, niñas y adolescentes gocen de su derecho de libertad de conciencia y de religión en un todo acorde a su edad y a su progresiva capacidad. Entiende el magistrado que de ninguna manera pueden los padres imponer a la niña su credo. Dicha solución, que pregonaba la aplicación indiscriminada del derecho extranjero, resultaría irreconciliable con nuestros lineamientos morales básicos.

Por ende, el juez opta por una magistral adaptación de la sentencia extranjera, reconociendo el instituto de tutela desconocido, pero adaptándolo a nuestras costumbres. Así, impone a los padres el derecho/deber de guiar a la niña en el credo que ellos profesan, pero no podrán estos imponerle la religión musulmana como aquella que deberá necesariamente profesar.

Se advierte así, que el juez se desenvuelve con mucha “cintura”, respetando el elemento extranjero que se le presenta, haciendo lugar al reconocimiento de la *kafala*, pero modificando la obligación de imponer el culto musulmán por el deber de guiar a la niña en el culto que profesan.

Como vimos, anteriormente, esta es la forma en la que el orden público debe surtir sus efectos, sin desestimar del todo la solución extranjera, y recurriendo a la *lex fori* sólo en los puntos en que aquella solución lesione principios fundamentales de nuestro ordenamiento. En esta magnífica adaptación, es harto probable que la niña por los fuertes lazos familiares que pueda generar con su vínculo familiar querrá compartir la religión que sus “padres” profesan, sin embargo, deja la puerta abierta para una eventual decisión propia de optar por una religión –o ninguna– de su elección, en

²⁹ Scotti, *Manual de derecho internacional privado*, p. 189.

un todo conforme con los nuevos lineamientos impuestos por el Código Civil y Comercial.

Recordemos que el art. 1° de dicho ordenamiento impone a los jueces el deber de fallar no sólo teniendo en consideración las normas de este Código, sino también las disposiciones contenidas en la Carta Magna y los Tratados de Derechos Humanos.

5. Método de reconocimiento

Otro aspecto que merece comentario es la alusión que hace el magistrado, en el desarrollo de su considerando V, al llamado *método de reconocimiento*. Este controvertido método, ha surgido, como señala Esteban de la Rosa, ante el fenómeno que ha dado llamar “el conflicto social del siglo XXI”: la inmigración³⁰. Continúa diciendo este autor que dicho fenómeno suscita el problema de la integración social de las personas extranjeras inmigrantes o inmigradas en las sociedades de los países de destino. A través de Scotti, nos llega una definición que da Lagarde sobre este método, quien enseña que “consiste en el hecho de que el Estado en el que se invoca una situación renuncia a la aplicación de su propia regla de conflicto para controlar la validez de esa situación, a favor de la ley que dio origen a la situación”³¹.

En la sentencia que nos ocupa, el magistrado alude a la necesidad de reconocer la situación que se le presenta con fundamento en la estabilidad de los vínculos familiares. Aquí podemos apreciar nuevamente, la influencia que en la decisión del juez ha tenido la referida constitucionalización del Derecho Privado, y la influencia a raíz de aquella, de los Instrumentos de Derechos Humanos en las decisiones judiciales. Estimo, pues que el magistrado ha sabido interpretar el caso a luz de las nuevas tendencias sociales a las que alude Esteban de la Rosa, como dijimos anteriormente. Incluso podría decirse que esta solución resulta respetuosa del principio de uniformidad de la solución de conflictos internacionales del que nos habla Boggiano³².

Cabe, sin embargo, hacer una aclaración en cuanto a la conclusión que arriba el juez al decir que no resultaría necesario someter este reconocimiento al procedimiento de exequátur y que como corolario de ello se evita el trámite previsto en el art. 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y sus equivalentes en los códigos procesales provinciales. Entiendo, humildemente, que una cosa es realizar un control más laxo y apoyado en Tratados de Derechos Humanos para permitir el reconocimiento en nuestro Estado de una situación creada al amparo del derecho extranjero, y otra muy distinta es obviar todo, generando una homologación cuasi automática. Entiendo que en este punto el juez ha errado su conclusión. La solución que pregona resulta propia de sistema de integración harto desarrollados. Solo la Unión

³⁰ Esteban de la Rosa, Gloria, *El “método del reconocimiento” como propuesta de regulación de las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración*, “Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época”, n° 9, <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/130>.

³¹ Lagarde, Paul (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, p. 19 en Scotti, Luciana, *El reconocimiento de situaciones familiares transfronterizas en el Derecho Internacional Privado Argentino*, “Revista de la Facultad de Derecho”, vol. 11, n° 1, 2020, p. 105 a 132, <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/29919>.

³² En este sentido, Boggiano, *Derecho internacional privado y derechos humanos*, p. 42.

Europea, el régimen de integración más desarrollado del Planeta ha logrado este objetivo, incluso con dificultades y no en todos los aspectos del derecho. En este punto nos dice Scotti que la modificación de Reglamento de Bruselas I ha suprimido el exequatur de las decisiones judiciales en el ámbito europeo, pero solo en materia civil y mercantil en general³³.

Entiendo, entonces, que el trámite del exequatur resulta necesario. Quizás lo que quiso decir el juez –o debió decir–, como ya fue analizado previamente, es que no resulta acorde con las nuevas tendencias de los derechos humanos lo previsto en el inc. 1 del art. 517 citado, en lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción indirecta por parte de los jueces argentinos según las normas argentinas de jurisdicción internacional. El resto de los requisitos no parecen soslayables. Mal podría un juez hacer lugar al reconocimiento de una sentencia extranjera dictada en un idioma que desconoce o sin tener constancia fehaciente de que dicha resolución cuyo reconocimiento se pretende ha pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado sentenciante.

Con estas consideraciones puedo tomarme el atrevimiento de intentar, a la manera de Goldschmidt, una norma generalísima aplicable a los casos de solicitudes de reconocimiento de sentencias extranjeras, cuando se encuentren en juego la estabilidad de los vínculos familiares, máxime cuando se trate de institutos de tutela de los niños, niñas y adolescentes (conforme lo establecido por el art. 2640, segundo párrafo del Código Civil y Comercial). Así podríamos decir que: *si se solicita en nuestro país el reconocimiento de una sentencia dictada por un tribunal extranjero, por medio de la cual se configura un instituto de protección de niños, niñas o adolescentes, y siempre que dicho instituto se haya constituido regularmente según el derecho extranjero aplicable, que la sentencia se encuentre haya pasado en autoridad de cosa juzgada (característica positiva del antecedente) y siempre que no se haya vulnerado el debido proceso (característica negativa del antecedente) será el reconocimiento automático de la sentencia de que se trate (característica positiva de la consecuencia jurídica) a menos que esta atente contra el orden público internacional de nuestro ordenamiento jurídico (característica negativa de la consecuencia jurídica).*

6. Método de adaptación

Habiéndome referido ya al método de reconocimiento utilizado por el juez en su sentencia, cabe ahora hacer referencia al otro método del Derecho Internacional Privado que encontramos en el desarrollo de la resolución cuyo comentario nos ocupa. Hablamos en este caso del método de adaptación al que echa mano el magistrado y que desarrolla a continuación de su análisis del método de reconocimiento. Como dice Mónica Rodríguez, el método de adaptación o ajuste “tiene por fin dar respuesta al problema de la incompatibilidad o fricción entre normas de distintos sistemas jurídicos que deben ser aplicados simultáneamente”³⁴.

³³ Scotti, *Manual de derecho internacional privado*, p. 282.

³⁴ Rodríguez, Mónica, *Algunos problemas sobre la aplicación del derecho extranjero en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino: El tratamiento de las cuestiones propias del derecho internacional privado*, p. 14, www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/8/algunos-problemas-sobre-la-aplicacion-del-derecho-extranjero-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-argentino.pdf.

En el mismo sentido nos dice Boggiano que al decir que “el problema que se ha llamado por la doctrina adaptación se suscita a raíz del funcionamiento de varias normas de conflicto concurrentemente aplicables”³⁵.

En definitiva, esta técnica no es sino otra cosa que el también llamado “método sintético-judicial” al que Soto define como aquel consistente en componer o armonizar el caso concreto, respetando su internacionalidad cuando distintos derechos resultan aplicables a distintas categorías del caso. Este supuesto ha sido recepcionado por el art. 2595 del Código Civil y Comercial, en inc. c.

En la sentencia que nos ocupa el magistrado no ha hecho la referencia normativa mencionada anteriormente, empero tal norma resulta aplicable al caso de marras toda vez que nos encontramos ante una relación jurídica cuya solución pretende ser atribuida en parte por el derecho musulmán y en parte por los Tratados de Derechos Humanos vigentes en nuestro país. Ya hemos hecho referencia más arriba, en la oportunidad de analizar lo atinente al orden público, a la buena decisión a la que arribó el magistrado al armonizar sendos derechos. Sin embargo, también al tratar el punto de la adaptación el juez optó por hacer ingresar en nuestro país, la relación jurídica creada al amparo del derecho musulmán, bajo las disposiciones de la tutela, en concordancia con lo solicitado por los padres de la niña. Para así decidir se apoyó en el art. 104 del Código Civil y Comercial, entendiendo que la definición de la tutela se asemeja a la de la *kafala*, en cuanto a los fines perseguidos por ambos. Esto abre la puerta al próximo punto de análisis.

7. El posible problema futuro. La pequeña mancha de un pronunciamiento ejemplar

Como mencionamos, el magistrado optó por aplicar a la situación que se le presenta las reglas de la tutela. No disiento con el magistrado en cuanto a la similitud de los institutos jurídicos –tutela y *kafala*– sin perjuicio de ello cabe hacer una pequeña reflexión de un inconveniente que podría surgir a futuro. Lejos de criticar la sentencia del juez, la cual como se dijo resulta plausible, resulta interesante plantear si no podría haber sido una mejor solución equiparar la relación jurídica creada entre la niña y los padres a la adopción. Veamos el fundamento de esta posición. De la relación de los hechos narrada por el juez en su considerando I, surge que también es la intención de los padres que la niña quede protegida patrimonialmente en el futuro, cuando cumpla la mayoría de edad. Indicaron además, que estudiarán la forma de que sus bienes pasen a ella. Claramente este vacío legal puede ser colmado a través de otros institutos del derecho como la donación, sin embargo, analizando el caso desde un punto de vista muy amplio, incluyendo infinidad de abstractas posibilidades, podría suceder que la pareja pudiera por fin tener un hijo propio, podrían ellos morir antes de poder realizar los trámites necesarios para donar sus bienes a la niña, etcétera. Estas situaciones podrían dejar a la niña en una situación de desigualdad, ya que la tutela no le otorga vocación sucesoria que los padres aparentar querer para esta niña. En ese sentido, si bien fueron las mismas partes las que pidieron que la situación sea regida por las reglas de la tutela, quizás el instituto de la adopción podría haber sido

³⁵ Boggiano, *Derecho internacional privado y derechos humanos*, p. 230.

otra solución viable, y previsor de este futuro problema que repito, aquí es planteado en abstracto.

Quizás asemejar esta relación jurídica extraña a nuestro ordenamiento con la adopción, un instituto mucho más “fuerte” en términos de vínculo familiar pueda resultar un tanto extrema y forzada, pero ante esta situación sin precedentes que requería la inserción de una relación jurídica tan extraña en nuestra sociedad, quizás teniendo como norte la protección de la niñez, ampliamente tutelada en Tratados de Derechos Humanos vigentes en nuestro país, esta solución que en este comentario se propone no luciría tan descabellada como podría pensarse.

8. Derecho comparado

Finalmente quiero dedicar un pequeño apartado para comentar sobre este punto que, aunque sin relación directa con el Derecho Internacional Privado, si resulta necesario para comprenderlo en su totalidad.

Es elogiable y encomiable el pequeño apartado que dedica el juez en su sentencia para analizar, comprender y explicar el fenómeno extraño que se le presenta. El Derecho, conforme se intenta impartir desde los primeros años en las Universidades Derecho, es un todo. Y me atrevo a mencionar que ello no refiere, en la actualidad, únicamente a las ramas que componen el derecho interno de un determinado Estado, sino que cada vez más, el Derecho resulta un todo en el aspecto nacional e internacional. Este caso es prueba de ello. El fenómeno de la inmigración, junto al de la globalización, están revolucionando la forma en la que debemos apreciar la realidad jurídica.

Conocer y comprender no solo nuestro derecho, sino también el derecho del resto de los pueblos que integran el mundo interconectado al que nos enfrentamos será cada vez más necesario en orden a la aprehensión acabada de los nuevos desafíos pluri y multiculturales que se avecinan.

En este sentido, quiero dejar como cierre de esta reflexión, un pasaje del profesor Alessandro Somma: “Ya son raros los casos en los que un sector del ordenamiento puede ser dominado sin tener en cuenta las fuentes de procedencia internacional, producidas en el ámbito de las numerosas organizaciones interestatales que operan a nivel planetario. Por no hablar del papel de primerísimo plano asumido por el derecho supranacional, atribuible a la actividad de organizaciones, como la Unión Europea, que ejercen una soberanía autónoma respecto a la de los Estados miembros. Piénsese finalmente en la incidencia del derecho transnacional: el conjunto de las disposiciones adoptadas también fuera de los confines nacionales por iniciativa de legisladores privados.

Cada vez más a menudo se requiere también el conocimiento del derecho de los numerosos países, cercanos o lejanos, que animan la tupida red de relaciones entre las Naciones, cuyo protagonismo en el escenario mundial viene rebatido, pero desde luego no anulado por la acción de los más diversos poderes públicos y privados.

Estando así las cosas, quienes cultivan el derecho comparado deberían vivir su momento más afortunado, el ápice de su popularidad. El estudio de los derechos extranjeros, su confrontación e interacción con el derecho internacional, supranacional

y transnacional constituye efectivamente el pan de cada día de los iuscomparatistas. Su ciencia debería constituir, por tanto, un obligado punto de referencia para el discurso jurídico como tal; debería representar el nudo en el que se cruzan los saberes y las prácticas que traen su legitimación del derecho”³⁶.

9. Conclusiones

Es menester seguir impulsando, desde las Universidades, la formación de juristas que manejen de forma correcta esta rama del derecho muchas olvidada luego de su paso por la Universidad. No puedo dejar de mencionar, también, que resulta imprescindible, en esta era marcada por las inmigraciones y los desplazamientos de las personas, la formación de los estudiantes de derecho en nociones básicas de derecho comparado, que les permitirán una mejor aproximación a casos como el presente, que sin lugar a dudas serán más y más frecuentes.

En este sentido y pese a las críticas señaladas a lo largo del desarrollo de este breve trabajo, estamos en presencia de una sentencia ejemplar. El juez ha sabido echar mano a diversos institutos del Derecho Internacional Privado para lograr una solución justa, basada en el respeto tanto de los Derechos Humanos como del elemento extranjero. Es una sentencia acorde a las exigencias de los tiempos actuales, que requieren un mayor esfuerzo por parte del juzgador para interpretar las normas diversas normas que reclaman su aplicación y de adaptarlas a la particularidad del caso que se le presenta. Es este en definitiva el nuevo rol que el Código Civil y Comercial viene a imponer a los magistrados de este nuevo momento histórico. Es destacable, como se mencionó, el buen manejo del juez de los institutos de esta rama del derecho, que muchas veces deja evidencia a los operadores jurídicos por su palmario desconocimiento.

Por último, y retomando la reflexión del primer apartado de este corolario, me parece oportuno destacar el compromiso de nuestra Universidad Nacional de Rosario para con la formación de los futuros operadores del derecho en esta área. Así pues, celebro la inclusión dentro del nuevo Plan de Estudios del año 2016 del Ciclo de Formación Especial en Teoría Jurídica (que incluye una unidad exclusivamente dedicada al Derecho Comparado) y del Ciclo de Formación en Derecho Internacional, como prueba cabal de un compromiso de formación de las nuevas generaciones aptos para desenvolverse en este mundo global que ha llegado para quedarse.

© Editorial Astrea, 2023. Todos los derechos reservados.

³⁶ Somma, Alessandro, *Introducción al derecho comparado*, Preámbulo, Universidad Carlos III de Madrid, 2005, tr. de Conde, Esteban Naranjo, en www.corteidh.or.cr/tablas/r34961.pdf.