

Revista número 123. Año 1995

Jurisdicción Internacional en el Mercosur. Perspectiva iusprivatista

Beatriz Pallarés

Profesora titular de Derecho Internacional Privado

1. El derecho a la jurisdicción

a.

El derecho a la defensa proclamado como derecho moral, reconocido en el derecho internacional público, Constitucional, Procesal, etc. debe ser garantizado mediante el establecimiento de los medios que posibiliten el acceso a un foro donde esos derechos puedan ser definidos de manera efectiva.

El principio del derecho internacional público de prohibición de la denegación de justicia, el principio constitucional de la defensa en un juicio, las cláusulas de los tratados incorporados a la Constitución Argentina posibilitan el análisis desde la perspectiva del derecho «positivo» a la jurisdicción. Ello no implica que pueda perderse de vista que la exposición del derecho de defensa en el ordenamiento positivo nacional e internacional debe inscribirse en el discurso de los derechos del hombre.

De esa vasta problemática se ha escogido la perspectiva del derecho internacional privado para examinar la cuestión que plantea el acceso de los particulares a un foro que les permita ejercer la defensa de sus derechos de modo efectivo.

b.

El planteo de la perspectiva de análisis propuesto implica la necesidad de enunciar algunas nociones básicas del derecho internacional privado.

La vida de las personas no se desarrolla íntegramente en un contexto nacional, sino que trasciende las fronteras jurídicas de los Estados. Si las partes celebran un contrato relacionado con diversos sistemas jurídicos querrán garantizar la finalidad esencial del contrato en su realidad internacional.⁽¹⁾ Para las partes no será suficiente garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas solo en el territorio de uno de los estados vinculados. Les interesará garantizar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones asumidas.

⁽¹⁾ Boggiano, Antonio. *Introducción al Derecho Internacional. Relaciones Exteriores de los Ordenamientos Jurídicos*. La Ley, Buenos Aires, 1995, p. 8.

Si una empresa planifica la producción y comercialización internacional de un producto, tendrá interés en que la totalidad de su plan pueda realizarse. No solo tendrá entonces que prever cuestiones de derecho societario vinculadas a distintos sistemas, sino también cuestiones de derecho fiscal, derecho administrativo, etc.

En hipótesis de conflicto deberá preverse que estas relaciones pueden desembocar en un litigio.

Planteado así el punto de partida, se podrán visualizar los interrogantes que surgen en la búsqueda de la solución de los conflictos producidos por la proyección internacional de la vida de las personas.

Partiendo entonces de la hipótesis de conflictos que las partes no han podido resolver de manera autónoma (acuerdos, conciliación, arbitraje, etc.)⁽²⁾ habrá que prever ante qué foro, ante qué tribunal podrán acudir a plantear sus controversias.

La cuestión de la determinación de la jurisdicción lleva ínsita la consideración de la del derecho aplicable a la controversia. O sea la determinación del sistema jurídico en el que los jueces competentes fundarán su decisión.

Deberán además plantearse las posibilidades de ejecutar las sentencias fuera del territorio del Estado en que actúan esos jueces. Esto es, los problemas que plantea el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

Los distintos derechos nacionales construirán sistemas de solución diferenciados para resolver estas cuestiones.

Estos sistemas de solución de conflictos podrán ser unilateralmente elaborados por los Estados desde la perspectiva de su derecho de fuente interna.⁽³⁾

Puede advertirse sin mayor explicitación que la atribución de jurisdicción a los tribunales nacionales puede realizarse de manera divergente por los distintos sistemas jurídicos nacionales.

Como consecuencia de este estado de cosas, el particular que obtuvo una sentencia favorable a su pretensión en el foro del país de su domicilio por ejemplo, tal vez no pueda lograr la ejecución de la misma en el país donde el demandado tiene bienes. Ello ocurrirá si en virtud de distintos criterios de atribución de jurisdicción los jueces del tribunal requerido, se consideran exclusivamente competentes para entender en la causa. Como consecuencia de ello, denegarán la ejecución de la sentencia que no podrá hacerse efectiva en el extranjero. Con un exceso de libertad en la utilización del término se podría hablar de «sentencias claudicantes».

Los estados ante esta situación acuerdan unificación de criterios de atribución de jurisdicción directa o indirecta en tratados internacionales.⁽⁴⁾⁽⁵⁾

⁽²⁾ Uzal, María Elsa. *Solución de controversias en el comercio internacional*. Ad-hoc. Buenos Aires, 1992. Boggiano, Antonio. *Derecho Internacional Privado*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1991. Tomo I, p. 233.

⁽³⁾ Boggiano, Antonio. *Derecho...* Tomo I, p.233.

⁽⁴⁾ Boggiano, Antonio. *Derecho...* Tomo I, pp. 238-264.

⁽⁵⁾ La jurisdicción directa refiere a la jurisdicción del propio país, la jurisdicción indirecta corresponde al análisis de la jurisdicción del foro extranjero que se realiza principalmente en el momento de decidir el reconocimiento y ejecución de una sentencia. De este modo planteadas las pretensiones de los particulares ante un foro nacional, este examina de conformidad a sus propias reglas de derecho internacional privado, si está investido de jurisdicción para entender la causa. En tanto que la sentencia dictada por un tribunal nacional que se pretenda ejecutar fuera del país, será analizada por los jueces del país requerido conforme a sus propias reglas de jurisdicción. Pv. Goldschmidt, Werner. «Jurisdicción internacional directa e indirecta». *Prudencia Iuris, Rev. De la Fac. de Derecho y Ciencias Políticas de la*

Existe un respetable número de tratados internacionales en esta materia. No se pretende su enumeración en esta oportunidad. Si se recordará que la elaboración de tratados internacionales se produce en distintos contextos. Deberá considerarse la obra de la Conferencia de La Haya en el ámbito europeo y la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, organismo especializado de la OEA en el americano. Pero además, en el ámbito de la región ha de recordarse que continúan vigentes los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, en sus respectivos ámbitos de aplicación.

O sea que planteada ante un juez argentino la necesidad de determinar la jurisdicción (directa o indirecta), este debiera examinar previamente el marco legal en que inscribirá ese análisis. Esto implica la determinación del ámbito de aplicación de los tratados internacionales suscriptos por Argentina. Solo si el caso no es captado por ninguna de las fuentes internacionales⁽⁶⁾ el juez argentino podrá aplicar las normas de jurisdicción contenidas en el derecho nacional. La situación es bastante complicada por lo que Argentina ha ratificado tratados de Derecho Procesal de La Haya y también las Convenciones interamericanas sobre cuestiones procesales y especialmente la de Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y, por supuesto, los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Civil Internacional suscripto en 1889 y también las reformas introducidas en 1940.

No es este el momento de meditar sobre la convivencia o inconvivencia de continuar acumulando normas que se contradicen o superponen, esta preocupación ya ha sido muchas veces señalada, pero tal vez sea Alejandro Garro quien la ha expresado más clara y bellamente.⁽⁷⁾

Tampoco se considera oportuno examinar las causas de las que resulta que Argentina sea un país «ratificador» y que Brasil no lo sea. Pero si resulta pertinente destacar este hecho por las consecuencias sobre la materia en examen.

En este complejo panorama se insertará el análisis de la cuestión jurisdiccional en el ámbito del Mercosur. O sea, si a cuestión de la determinación del foro ante el cual el particular podrá acudir para hacer efectiva la defensa de sus derechos ha sufrido una modificación sustancial de la que resulte una mejora para la tutela de los derechos de las partes a partir de la constitución del Mercado Común del Sur.

2. El Tratado de Asunción

En el artículo 3º adopta un sistema «provisorio» de Solución de Controversias que supuestamente debió ser aplicado hasta el 31 de diciembre de 1994, ya que los Estados partes se comprometieron conforme el artículo 3º del Anexo III a adoptar un sistema «permanente» de solución de controversias.

En este Anexo III del Tratado de Asunción se acuerda que las controversias que pudieren surgir entre los Estados partes como consecuencia de la aplicación del Tratado serán resueltas mediante negociaciones directas.

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1980, p. 9 a 26. Goldschmidt, W. «Los tres supuestos de la jurisdicción internacional directa e indirecta». *El Derecho*, Buenos Aires. T. 93, pp. 961 a 963. Chalita, Graciela y Noodt Taquela, María B. «La jurisdicción indirecta en la Conferencia de La Paz en 1984» (CIDIP III). *El Derecho*, Buenos Aires, T. 119, p. 987 a 995.

⁽⁶⁾ Boggiano, Antonio. *Introducción...* Capítulos II y III.

⁽⁷⁾ Garro, Alejandro. Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades. *Rev. de Derecho Com. y de las Obligaciones*. Bs. As. 1992. N° 147-8. p. 301 a 306.

Claramente se advierte que para el particular, para la solución de los conflictos de la vida internacional de las personas, no ha habido innovación alguna que modifique la situación que se describiera precedentemente.⁽⁸⁾

3. El Protocolo de Brasilia

En cumplimiento de la obligación asumida por los Estados parte se generó el Protocolo de Brasilia referido a controversias entre los Estados parte con motivo de la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones del Tratado, así como de las decisiones del Consejo o de las resoluciones del Grupo Mercado Común.

En este Protocolo (que es un Tratado suscripto en el marco y como complemento del de Asunción) se establece un procedimiento que se inicia con la negociación directa, pasando por la intervención del Grupo Mercado Común, hasta una instancia final de arbitraje «ad-hoc», no institucional, a cargo de tribunal no permanente que deberá constituirse en cada caso concreto.

El artículo 21 prevé la inaplicabilidad de laudo y la posibilidad de aplicar «medidas compensatorias temporarias» tendientes a obtener el cumplimiento del laudo por parte del Estado reticente. Estas medidas deberán ser adoptadas por cada uno de los Estados, porque hasta ahora no se advierten indicios que hagan previsible la institucionalización de un tribunal permanente.

Por ello se aparta de la línea de análisis escogida, por cuanto —como puede advertirse— las controversias a las que se aplica el sistema de solución del Capítulo IV son controversias entre Estados.

El Capítulo siguiente —Reclamos Particulares— establece un procedimiento para los reclamos efectuados por los particulares contra los Estados Partes con motivo de la sanción o aplicación de medidas legales o administrativas restrictivas, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo de Mercado Común o de las resoluciones del Grupo Mercado Común.

El reclamo del particular debe ser presentado ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del país donde tenga su residencia habitual o la sede de sus negocios.

A partir de allí la Sección del Grupo que haya admitido el reclamo podrá intentar arribar a una solución inmediata a través de consultas con la Sección Nacional del Grupo del Estado Parte al que se atribuye la violación (artículo 27, inciso a) o elevar el reclamo sin más trámite al Grupo Mercado Común (artículo 27, inciso b).

El Grupo a su vez podrá pedir dictamen a «un grupo de expertos» a constituir de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo 30. Si de ese dictamen surge la procedencia del reclamo, cualquiera de los Estados parte podrá requerir al Estado reclamado, la corrección o anulación de las medidas cuestionadas por el particular. Si ese procedimiento no se cumple en quince días, se podrá acudir al procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV.

Como se puede apreciar, hasta ahora no se ha abierto ninguna instancia jurisdiccional a favor del particular. Su reclamo queda en última instancia sujeto a que alguno de los

⁽⁸⁾ Albornoz, Jorge. Ponencia presentada en las XIV Jornadas Nacionales de derecho civil. San Miguel de Tucumán, 1993.
Pallarés, Beatriz, Ponencia presentada en las mismas Jornadas.

Estados se decida a presionar al Estado cuyo proceder se cuestiona, y a que finalmente se adopten las medidas compensatorias temporarias a que alude el artículo 23.

O sea que los Estados tienen acceso directo al procedimiento arbitral del Capítulo IV. Pero no los particulares que deben lograr en primer lugar que su reclamo sea acogido por la Sección Nacional del Grupo del Estado de su residencia o sede.⁽⁹⁾

No solo habrá que contemplar la posibilidad que la Sección Nacional del Grupo no admita el reclamo del particular. Aún en los supuestos de acogimiento del reclamo, el particular no tiene acceso directo a un foro para defender sus derechos, sino que esa defensa se diluirá en último término en un trámite diplomático en el que carece de protagonismo.

Se concluye entonces que el Protocolo de Brasilia no ha aportado soluciones jurisdiccionales para la solución de controversias que se susciten entre particulares como consecuencia de su actuación internacional.

Las soluciones siguen siendo las previstas por las reglas de derecho internacional privado preexistentes a la constitución del Mercosur.

4. Protocolo de Las Leñas

La cuestión jurisdiccional en el denominado Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa aparece en el Capítulo V – Reconocimiento y Ejecución de sentencias y laudos arbitrales. Al pautar los requisitos que deben acreditar las sentencias y laudos arbitrales para tener ejecución en territorio del país requerido, el artículo 20 inciso c) expresa que las sentencias tendrán eficacia extraterritorial si emanan de órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional.

Desde la perspectiva argentina esta cláusula no introducía modificaciones en el régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias previsto en el Código de procedimientos civiles de la Nación.

Pero ha de tenerse en cuenta que el artículo 20 literal c) ha sido desplazado por el artículo 14 del Protocolo de Buenos Aires. Como este protocolo prevé su propio sistema de atribución de jurisdicción esto podría generar nuevas hipótesis de conflicto cuando la sentencia emanada de jueces competentes en virtud de sus propias reglas de jurisdicción (sistema de Las Leñas) sea rechazada por el juez requerido que aplique las reglas del Protocolo de Buenos Aires. La cuestión no ha quedado resuelta con el desplazamiento de la regla de la jurisdicción indirecta del inciso c) del artículo 20, ya que los artículos 22 y siguientes no fueron derogados. Estas normas mantienen el sistema del derecho internacional privado argentino. El desarrollo de las hipótesis planteadas debiera conducir a la armonización de las reglas de ambos protocolos.

⁽⁹⁾ El reclamo del particular no tiene acceso directo al Tribunal Arbitral. Es sometido a un doble control de admisibilidad, en primer término por la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del domicilio o sede de sus negocios, y en segundo lugar, por el Grupo Mercado Común, que, si no rechaza el reclamo, convocará al Grupo de Expertos y solo si este admitiere la procedencia del reclamo, cualquier Estado Parte podrá requerir que se adopten las medidas coercitivas del caso o la anulación de las medidas que dieron lugar al reclamo. Si estas no se llevan a cabo, el Estado Parte que efectuó el requerimiento podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral previsto en el protocolo.

5. Acuerdo de Transporte Multimodal entre los Estados Partes de Mercosur

El Anexo II del Acuerdo, denominado *Solución de Controversias*, se atribuye jurisdicción internacional a elección del demandante, a los Tribunales del domicilio del establecimiento principal del demandado o del agente o representante, o del lugar de entrega o de donde deberían haberse entregado las mercaderías.

Por su parte el artículo 2º dispone que las partes podrán pactar —con posterioridad al acaecimiento del hecho litigioso— que la controversia sea sometida a arbitraje.

Ni siquiera se intentará el análisis de las tan sucintas como conflictivas normas ni desbrozar el misterio de la admisibilidad del pacto de elección de árbitros —que ni existen con carácter permanente ni son obligatorios—, pero no el de elección de foro. No es solo deseable sino indispensable que el sistema sea mejorado en el protocolo sobre jurisdicción en materia de transporte.

Por otra parte cabe recordar que las controversias que surjan entre los Estados Partes como resultados de la aplicación, interpretación e incumplimiento de las disposiciones del Protocolo serán resueltas mediante negociaciones directas y en caso contrario por los procedimientos previstos en el Protocolo de Brasilia.

6. Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual

a.

Por fin los Estados Partes «reafirmando su voluntad de acordar soluciones jurídicas comunes para el fortalecimiento del proceso de integración» y destacando la «necesidad de brindar al sector privado un marco de seguridad jurídica que garantice justas soluciones y armonía internacional de las decisiones judiciales y arbitrales vinculadas a la contratación en el marco del Tratado de Asunción», «convencidos de la importancia de adoptar reglas comunes sobre jurisdicción internacional, en materia contractual» producen en 1994 un nuevo texto que intenta armonizar criterios de atribución de jurisdicción.

Se podría pensar que, por fin, las reglas acordadas se orientarán a la solución de conflictos entre particulares intentando no solo garantizar y otorgar certeza al acceso a la jurisdicción sino asegurar la efectividad internacional de las decisiones.

Este instrumento no solo ha intentado fijar reglas para que los particulares sepan ante qué Tribunal Nacional deben plantear su pretensión, sino garantizar que las sentencias emanadas de tribunales con jurisdicción internacional según las reglas del protocolo, serán reconocidas y ejecutadas por los Tribunales de los Estados parte donde ese reconocimiento o ejecución se solicita.

Por supuesto, cuando se habla de Tribunales de los Estados parte se está refiriendo a los tribunales nacionales, porque a partir de la conformación del Mercosur no se ha previsto la creación de tribunales propios del sistema. Lo que más parece que es sumamente resistida es la institucionalización de un órgano jurisdiccional supranacional.

b.

En el sistema de Buenos Aires, los tribunales de los países parte no solo deciden si son competentes para entender en causas que les son sometidas aplicando las normas del tratado, sino que también deberán aplicar las reglas del Tratado a la determinación de la jurisdicción de los jueces extranjeros cuyas sentencias debe examinar para reconocer o ejecutar.⁽¹⁰⁾

- i. Las normas del Protocolo de Buenos Aires se aplican a la determinación de la jurisdicción internacional en causas que se susciten en materia de contratos civiles y comerciales, entre personas físicas o jurídicas que tengan su domicilio o sede en un Estado parte (artículo 1 inciso a) o cuando una tenga su domicilio o sede en un Estado Parte y se haya acordado la elección del foro de un Estado Parte y exista jurisdicción razonable según las normas del Protocolo.

El artículo 2º completa la descripción del ámbito de aplicación del tratado con la enumeración de las relaciones excluidas: 1. negocios jurídicos entre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos análogos, especialmente los concordatos; 2. los acuerdos en el ámbito del derecho de familia y sucesorio; 3. los contratos de seguridad social; 4. los contratos administrativos; 5. los contratos laborales; 6. los contratos de venta al consumidor; 7. los contratos de transporte; 8. los contratos de seguros; 9. los derechos reales.

Lo que aparece como cuidadosa metodología de determinación del ámbito de aplicación del tratado se deteriora si se considera el artículo 11 que dispone que las personas jurídicas con sede en un Estado Parte, que celebren contratos en otro Estado parte, pueden ser demandadas ante los jueces de este último.

Esta norma introduce una injustificada modificación del sistema. La multiplicidad de hipótesis que surgen la combinación de las posibilidades que ofrece hace perder todo rigor a la determinación efectuada por los artículos 1º y 2º.

Por otra parte la utilización de una conexión jurisdiccional tan débil, manejable y de difícil localización —lugar de celebración de los contratos— permite predecir que se producirán problemas interpretativos. Y esto es muy serio, porque de la interpretación que se acuerde a las normas convencionales dependerá la aplicabilidad o no del Tratado.

- ii. El sistema de solución descrito deberá insertarse en una compleja situación internacional que se intentará describir conforme lo expuesto precedentemente.

Deberá recordarse en primer término cuáles son los Estados Partes en cuyo territorio tienen su domicilio o sede los particulares, que, en hipótesis de conflicto se preguntan por el foro ante el cual ventilar su litigio. Si bien Brasil solo ha ratificado una de las Convenciones Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) en materia de Arbitraje, Argentina, Uruguay y Paraguay se encuentran vinculados no solamente por los Tratados de Derecho Procesal Civil Internacional suscriptos en Montevideo en 1940 sino también por las convenciones que en materia procesal ha producido la CIDIP.

⁽¹⁰⁾ p.v. nota 5.

Debe además considerarse la diferente regulación de los sistemas nacionales de los cuatro países.⁽¹¹⁾

La superposición de instrumentos internacionales conlleva la superposición de los ámbitos de aplicación de los mismos. Esto genera la necesidad de examinar seriamente la cuestión de los conflictos de convenciones que plantea esta proliferación de fuentes en el orden internacional, en el marco de las reglas de Viena sobre Derecho de los Tratados.

C.

Se presentará brevemente el sistema de soluciones de Buenos Aires conforme lo dispuesto en el Título II, artículo 3º, los Estados Partes considerarán competentes a los jueces de otros Estados parte conforme a las reglas del Protocolo.

En el capítulo primero, artículo 4º se pacta que en los conflictos que surjan en materia de contratos, serán competentes los jueces del Estado a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito y siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. También se puede acordar la elección en favor de árbitros.

- i. Para que los acuerdos de elección de foro resulten comprendidos en el ámbito de aplicación del Protocolo deberá tratarse de contratos internacionales entre particulares y al menos una de las partes debe estar domiciliada o tener su sede social en un Estado parte y el acuerdo de elección debe haberse realizado a favor de un Estado Parte. Pero además se agrega que debe existir una conexión razonable según las normas de jurisdicción del Protocolo. No puede obviarse destacar que esta fórmula puede suscitar múltiples problemas interpretativos. Si bien se ha eliminado la exigencia de conexión razonable entre el foro elegido y el contrato que aparecía en el proyecto del Protocolo de Buenos Aires al mantenerse esta exigencia en el inciso b) del artículo 1º, subsiste en lo que respecta a la determinación del Protocolo. Queda claro que para que proceda el acuerdo de elección de foro, debe tratarse de contratos internacionales (artículo 1º) descartando así la posibilidad de que quede sometida al protocolo de Buenos Aires la cláusula de prórroga a favor de foro de país parte del Mercosur cuando se trata de contratos internos.

⁽¹¹⁾ Argentina admite la prórroga de jurisdicción de los tribunales argentinos en jueces o árbitros que actúen en el extranjero, siempre que se trate de causas internacionales de índole patrimonial y que no existe jurisdicción exclusiva de los Tribunales argentinos o cuando la prórroga está prohibida por leyes especiales (artículo 1º del Código Procesal Civil de la Nación, ley 17454, modificado por ley 21305 y 22434). Se requiere prórroga explícita que puede ser efectuada antes, durante y después de trabada la Litis, con excepción de causas a que resulte aplicable la ley de la navegación, en que solamente procederá la prórroga efectuada con posterioridad al nacimiento de la litis. artículo 621. Brasil carece de norma expresa que faculte a los particulares a efectuar el pacto de elección de foro. Si bien parte de la doctrina siguiendo a H. Valladao se manifiesta favorable a la admisión de la elección de foro (siempre que no se trate de acciones reales sobre inmuebles sitos en Brasil y declaraciones de quiebra del comerciante domiciliado en Brasil), no parece haber suficiente consenso en la comunidad jurídica a favor de la admisibilidad de estos pactos. Paraguay tampoco posee normas de fuente interna que acepten los acuerdos de elección de foro en contratos internacionales. El artículo 3º del Código Procesal Civil ley 1337 de 1998 dispone que «la competencia atribuida a los jueces y tribunales es improrrogable. Exceptúase la competencia territorial, que podrá ser prorrogada por conformidad de partes, pero no a favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en leyes especiales». Uruguay en el Apéndice al Código Civil (ley 10084) contiene una regla que dispone que «Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este título no pueden ser modificadas por voluntad de las partes. Esta solo podrá actuar del margen que le confiera la ley competente (artículo 2403).

El domicilio de uno de los contratantes —al menos— deberá estar localizado en el territorio de un Estado parte (en cambio, para que se aplicara el Protocolo en ausencia de pacto de elección se requiere que ambos contratantes estén domiciliados en Estado parte, artículo 1º a), solución que por otra parte guarda coherencia con lo previsto para supuestos de jurisdicción subsidiaria).

Se exige además que el acuerdo se realice en favor de tribunal de un Estado Parte. Esto resulta razonable ya que el tribunal prorrogado normalmente intervendrá en el proceso. Si se tratara de Estado no miembro del Mercosur, el tribunal no aplicará el Protocolo.

Sin pretender tratar la totalidad de los problemas que plantea el texto (tiempo del acuerdo, derecho aplicable a su validez, etc.) la exigencia de razonabilidad de la elección para la determinación del ámbito de aplicación del Protocolo, será la que presente mayores dificultades. Porque si bien el artículo 4º no exige que exista conexión razonable, la ausencia de esta podrá implicar la inaplicabilidad del Protocolo conforme al artículo primero (recuerde que se ha subrayado que sus conexiones son acumulativas).

- ii. La razonabilidad de la conexión se desprende de las reglas del Protocolo. Así todos los supuestos de jurisdicción subsidiaria (artículos 7 a 12) constituirán elección razonable (cualquiera de los lugares de cumplimiento del contrato, el domicilio o sede de cualquiera de los contratantes, el foro del domicilio o sede del actor cuando demuestre que cumplió con su prestación, sede principal de la persona jurídica o de la sucursal o agencia que intervino en la negociación y la criticada cláusula del artículo 11).

Con esto se abre el interrogante respecto de la posibilidad de admitir como razonables otras jurisdicciones no previstas expresamente como foros subsidiarios en el mismo instrumento.

Como puede apreciarse, la determinación del ámbito de aplicación del Protocolo se ha complicado al incluir la exigencia de razonabilidad. Y ello resulta doblemente injustificado por cuanto esta exigencia no aparece entre los requisitos de validez y eficacia de la cláusula de elección de foro (artículo 4).

Pero por otra parte hay que considerar que lo más probable es que la jurisdicción prorrogada coincida con el domicilio, sede social principal o sucursal de alguno de los contratantes o con alguno de los lugares de cumplimiento del contrato o con el lugar de celebración del contrato.

La determinación del ámbito de aplicación no debiera quedar supeditada a la aceptación de la razonabilidad de la elección, porque la ausencia de razonabilidad conduce a la inaplicabilidad del Protocolo, provocando una nueva causal de incerteza respecto de las normas que deben aplicarse para determinar la jurisdicción.

- iii. Si el caso resulta comprendido en el ámbito de aplicación del Protocolo de Buenos Aires, la validez del acuerdo de elección de foro se regirá por el derecho del Estado parte «que tendría jurisdicción de conformidad al presente Protocolo». O sea que la validez de un acuerdo de prórroga se rige por el derecho del Estado cuyo

foro hubiera sido competente si las partes no hubieran acordado la prórroga de jurisdicción.⁽¹²⁾

- iv. Si el caso en cambio no se considerara comprendido en el ámbito de Buenos Aires, la validez del pacto de prórroga quedará regido por el derecho internacional privado de fuente interna de cada uno de los países partes. La solución no parece en absoluto adecuada para simplificar el acceso a la jurisdicción en casos de las partes que efectivamente tienen localizado su domicilio o sede en el territorio de alguno de los Estados parte, planteando serios problemas que podrán conducir a la no aplicación del Protocolo por cuanto por vía de interpretación se podrá llegar a la conclusión que el caso no cae en su ámbito de aplicación. A las dificultades de la materia jurisdiccional se ha agregado por vía de la complejidad de la determinación del ámbito de aplicación, un nuevo elemento de análisis.
- v. Las divergencias interpretativas que se pueden visualizar podrán conducir a que el mismo caso sea considerado desde la perspectiva de un foro nacional comprendido en el ámbito de aplicación de Buenos Aires en tanto que desde la perspectiva de otro foro nacional el caso resulte excluido del mismo. En tales supuestos se producirán situaciones en que la sentencia de jueces que han fundado su competencia internacional en las reglas de Buenos Aires, no sean reconocidas por jueces de otros países que entienden que el caso no cae en el ámbito de aplicación del Protocolo.
- vi. Si nos encontramos en presencia de un caso vinculado a Uruguay o Paraguay, la situación deberá analizarse en el marco de los tratados suscriptos por estos países. Y ello implica revisar la posibilidad de definir la cuestión en el marco del Tratado de Derecho Procesal Civil Internacional de Montevideo de 1940 o en el marco de las Convenciones Interamericanas.
- vii. Si en cambio, el caso es analizado desde la perspectiva del foro brasileiro, al no estar vinculado este país por los instrumentos internacionales precitados, el juez brasileiro aplicará sus propias reglas de derecho internacional privado de fuente interna. Así si conforme las reglas del Protocolo fueren competentes los jueces argentinos, la sentencia emanada de jueces brasileiros que se atribuyeron jurisdicción sobre la base de su derecho interno no será reconocida en Argentina (Supuesto de no aplicación de las reglas de Buenos Aires). En la hipótesis inversa, si la sentencia argentina emanada de juez competente conforme a las reglas de Buenos Aires no es reconocida y ejecutada en Brasil, se estará frente a una sentencia claudicante por incumplimiento de las normas del Tratado.

⁽¹²⁾ La determinación de la ley aplicable a la validez de los acuerdos de elección de foro resulta de la necesidad de regular aquellos aspectos que no están contemplados expresa o implícitamente en el Protocolo. Así la existencia misma del acuerdo (en lo que refiere a la norma) y los vicios del consentimiento requerirán ser solucionados en un derecho nacional. En la doctrina se han propuesto distintas soluciones, así algunos han propuesto someter las cláusulas de elección de foro al mismo derecho que rige el contrato, otros a la ley del tribunal elegido, otros proponen la acumulación de las soluciones del tribunal elegido y de la del prorrogado y en fin Batiffol-Lagarde proponen independizar la cláusula del contrato. El Protocolo de Buenos Aires ha optado por la aplicación de las leyes de los tribunales excluidos por el acuerdo, pero privilegiando la solución más favorable a la validez del acuerdo (artículo 5º, 2do. y 3er. párrafo).

d.

Corresponde en este estado plantear si las reglas del Protocolo de Buenos Aires han facilitado la obtención de efectividad de sentencias entre países vinculados al sistema y si han introducido soluciones que faciliten la previsibilidad y efectividad de las decisiones en materia jurisdiccional.

Cabe preguntarse entonces si las soluciones generadas a partir de Mercosur son mejores más efectivas y ofrecen mayor seguridad y protección a los particulares que las reglas de derecho internacional privado preexistentes.

e.

En ese contexto corresponderá examinar si el sistema ha previsto las cuestiones que resultan de la no aplicación o incumplimiento o problemas de interpretación que podrán derivar en la no aplicación o inexecución.

El artículo 15° dispone que las controversias que surjan entre los Estados Partes con motivo de la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Presente Protocolo serán resueltas mediante negociaciones diplomáticas directas.

Si mediante tales negociaciones no se alcanzare un acuerdo o si la controversia fuera solucionada solo en parte, se aplicarán los procedimientos previstos en el Sistema de Solución de Controversias vigente entre los Estados parte del Tratado de Asunción.

7.

Pero como se ha elegido plantear la cuestión desde la perspectiva de la persona privada, no de los Estados, cabe volver al interrogante que plantea su posibilidad de acceder a una jurisdicción efectiva.

O sea, si los mecanismos propuestos parecen aptos para garantizar a los particulares el fácil acceso a la jurisdicción y asegurar la ejecución de las decisiones que reconocen sus derechos.

En suma, si se vislumbra un avance en el ámbito de Mercosur en lo que respecta al ejercicio de derecho de defensa.

Según lo expuesto el problema de las sentencias claudicantes sino se agravó, por lo menos subsiste. Y en lo que respecta a la indagación del foro ante el cual ir a plantear sus pretensiones, la cuestión no se simplificó sino que se agravó al introducir mayor complejidad al problema.

La novedad está dada por la introducción de las vías diplomática y arbitral para la solución de conflictos que se originen por vía de la interpretación aplicación o incumplimiento.

El problema está en que la vía diplomática no es apta para las cuestiones que estoy planteando. No se trata de responsabilizar al Estado por el incumplimiento de obligaciones internacionalmente contraídas. Es otra la problemática en análisis y para la cual no cabe sino sostener la inadecuación del sistema.

La vía diplomática no es apta para resolver estas cuestiones, no solo por el carácter técnico de las mismas sino fundamentalmente porque la vía diplomática carece de inmediatez.

La persona que pretende ejercitar su derecho debe conocer con certeza ante qué foro puede acudir para defenderse eficientemente.

De lo contrario hay que concluir que el sistema provoca un grave peligro a su derecho a la jurisdicción.

Y no es acaso que —en las palabras de la Corte en el caso *Manauta*— el derecho internacional actual tiende a prevenir y no precisamente a provocar el «grave peligro de pérdida de su derecho humano a la jurisdicción».

8. Las soluciones propuestas⁽¹³⁾

a.

Tribunal Supranacional. La creación de órganos supranacionales, el reconocimiento del carácter obligatorio de sus decisiones y el establecimiento de un régimen de sanciones para su inejecución, parecen cuestiones alejadas —al menos por ahora— de la voluntad política de los socios de Mercosur.

b.

Coordinación preventiva de los distintos derechos estatales a fin de hacer posible la obtención de una decisión jurisdiccional susceptible de reconocimiento y ejecución en los foros decisivos.

Especialmente en casos de jurisdicciones concurrentes los jueces podrían comunicarse durante el curso de los respectivos procedimientos para armonizar medidas de auxilio jurisdiccional que implicarían el acuerdo sobre interpretación y aplicación de normas de jurisdicción.

- i. Institucionalización de la participación de los jueces de los Estados parte.
- ii. Participación de jueces nacionales en «acuerdos interjurisdiccionales» en el marco de las competencias que sus respectivas soberanías les confieren.

c.

El análisis de las soluciones propuestas, la explicitación de los problemas que podrá presentar la adopción de una u otra vía de solución, deberá ser realizado en el marco axiológico y normativo en que se inserta la garantía de defensa.

9. El derecho humano a la jurisdicción

La expresión utilizada por la Corte Suprema en fallo precitado⁽¹⁴⁾ inscribe el derecho de defensa y su correlato de acceso a un foro efectivo, en el discurso de los derechos humanos.

Desde la perspectiva del derecho argentino ello podrá conducir a fundar la obligación del Estado argentino de prever el establecimiento de los mecanismos conducentes a asegurar la efectivización de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados internacionales a ella incorporados.

⁽¹³⁾ Boggiano, A. *Introducción*. . . p. 45 a 48.

⁽¹⁴⁾ *ob. y lug. cit.*

El Pacto de San José de Costa Rica —que es posiblemente el más conocido de estos instrumentos— actualizó la Declaración Universal de los Derechos Humanos y le confirió vigor jurídico y alcance regional.

El intenso debate interdisciplinario que generó este Pacto en las distintas comunidades jurídicas latinoamericanas permiten alentar alguna esperanza de lograr un avance en materia de acceso a la jurisdicción, no ya solamente en el orden nacional sino regional.

Todos los socios de Mercosur han ratificado el Pacto.

Y si el Pacto puede considerarse incorporado a los sistemas jurídicos nacionales de los países miembros, el principio del debido proceso será considerado como un principio general tanto en el derecho como en el internacional público y privado. Y así una persona debiera poder hacer valer este principio en todos sus dominios, incluso el de las Convenciones internacionales de derechos humanos.⁽¹⁵⁾

Planteada así la cuestión podrá considerarse que existe una regulación común que deberá inspirar «progresivamente» la adopción de soluciones compatibles con la defensa de los derechos.

Así orientada la movilización y el esfuerzo de los juristas de cuatro comunidades nacionales se ampliarán considerablemente las posibilidades de difusión y conocimiento del tema. Y así la labor de quienes consideran la defensa de los derechos como algo importante e imprescindible para el desarrollo de la persona humana, deberían volcarse a la tarea de mejorar los mecanismos de que se valen los pueblos y el derecho para lograr su efectividad.⁽¹⁶⁾

⁽¹⁵⁾ *ob. y lug. cit.*

⁽¹⁶⁾ Squella, Agustín. *Positivismo Jurídico y Democracia*. Academia Chilena de Ciencias Sociales. Santiago de Chile, 1989. pp. 78 a 79.