

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ARRAIGO EN PROCESOS MERCOSUREÑOS

EXCEÇÃO DE EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO NOS PROCESSOS MERCOSULINOS

*Liliana Etel Rapallini**

Resumen: *La excepción de arraigo o cautio iudicatum solvi consiste en la exigencia al extranjero demandante como condición previa al inicio de una acción ante una jurisdicción nacional y como condición previa para la viabilidad del proceso, que garantice anticipadamente el pago de las costas procesales mediante la prestación de la correspondiente caución. Conforman un plexo más o menos rígido de excepciones y medidas cautelares fundadas en la extranjería de una de las partes del proceso. Cuestionada, su escasa adhesión provocó que su presencia en un texto normativo fuera progresivamente desestimada. Pese a ello y en forma aislada reaparece su exigencia más no, su prosperidad. El objeto de la presentación es analizar sus peculiaridades y su efectiva razón de imposición dentro o fuera de un bloque integrado.*

Resumo: *A exceção de exigência de caução ou cautio iudicatum solvi consiste na exigência ao demandante estrangeiro, como condição prévia ao início de uma ação perante um tribunal nacional e como um pré-requisito para a viabilidade do processo, de que garanta antecipadamente o pagamento das custas processuais por meio da prestação de caução. Compõe um plexo mais ou menos rígido de exceções e medidas cautelares fundadas na condição estrangeira de uma das partes no processo. Questionada, a baixa adesão fez com que sua presença em textos normativos fosse gradualmente suprimida. No entanto, e de forma isolada, sua sua exigência reaparece, mas não sua prosperidade. O objetivo da apresentação é analisar suas peculiaridades e sua efetiva razão de imposição dentro ou fora de um bloco integrado.*

Palabras clave: Excepción, Arraigo, Cautelar

Palavras-chave: Exceção, Caução, Cautelar

* Docente de grado y de posgrado especializada en Derecho Internacional Privado. Investigadora estable de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Investigadora Invitada de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Directora del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de La Plata. E-mail: lilianaetelrapallini@hotmail.es

1. INTRODUCCIÓN: RAZÓN DE SU EXIGENCIA

La caución de arraigo en juicio se encuentra dentro de las excepciones y medidas cautelares fundadas en la extranjería de una de las partes del proceso llevado a cabo ante una jurisdicción nacional¹. Se entiende que son los litigantes quienes deben sufragar las costas derivadas del uso de la Administración de Justicia, cuestión ésta entendida y no cuestionada; ahora bien, la eximición de asumir las costas procesales deviene de expresas razones legales y será el juez a cargo de la causa quien dirima sobre el reparto y la modalidad en cuanto a la carga económica de las mismas.

Pese a ello, un infundado preconcepto dio cabida a la puesta en duda de la fiabilidad de un extranjero o de un nacional no residente, provocando que se exija la garantía previa y estimativa del pago de costas y gastos procesales que eventualmente deba soportar y ese medio consiste en la aportación de la llamada *cautio iudicatum solvi*.

Del análisis comparativo entre los ordenamientos jurídicos en los que se regula la prestación de dicha caución, se exponen los criterios que justifican su exigencia².

Así, se argumenta con base en la *reciprocidad* de manera que el extranjero parte en el proceso debe prestarla en los casos y forma en que el Estado de donde proviene la reclame al nacional del país ante cuya jurisdicción está litigando.

También se esgrime sobre la endeble base del *atributo nacionalidad*, imponiendo la caución a todo extranjero litigante ante una jurisdicción estatal determinada; criterio por cierto arcaico quizás vigente en épocas estatutarias, y que dio paso a la creación de la excepción de garantía previa.

Otra variable la ofrece la *conexión domiciliaria* con lo cual todo litigante sea nacional o extranjero del foro, no domiciliado en la jurisdicción o sin residencia permanente en ella estará obligado a prestarla y que posteriormente, será recortada en los supuestos en que dichos justiciables posean bienes en el territorio.

Como cautelar también aparece bajo la figura del *embargo preventivo* de bienes propiedad del litigante extranjero sitios en la jurisdicción del litigio.

Finalmente, la modalidad con menor frecuencia se sustenta en la *naturaleza de la materia* llevada a proceso quedando excluidas en la mayoría de los casos aquellas causas sin contenido patrimonial o bien, las llamadas de menor cuantía.

1 ESPINAR VICENTE, José María. *Derecho procesal civil internacional*. Madrid: Ed. La Ley, 1988.

2 GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y RECONDO PORRUA, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*. Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 1981.

Pero en suma, todo lo dicho se resume en el reconocimiento de dos razones que justifican la incorporación de la caución; una es de tenor político en donde se observa la estrecha vinculación del ámbito público en el privado y es la fundada en la básica condición de extranjero y en la correlación de trato entre nacionales y extranjeros y de allí en más, el diferenciado trato en el acceso a la justicia; la otra, se encuadra en un criterio de lógica jurídica indicando que el extranjero, en principio, reconoce *menor arraigo* al foro evidenciando falta de contacto o cercanía y éste debe prevenirse a través de mecanismos que aseguren los resultados procesales.

Igualmente, y aún cuando se exija su cumplimiento la excepción de arraigo reconoce márgenes de exclusión; ocurre por ejemplo, con el extranjero que presenta reconvencción o aquel que interpone recurso de apelación o el extranjero que inicia un proceso ejecutivo. También es aceptable que se exima de ella al extranjero por parte de la justicia del país donde litiga, si se encuentra comprendido en determinado y restricto enunciado legal; cuestión ésta que se apreciará por circunstancias fácticas tales como llevar un tiempo prudencial como residente, poseer bienes o registraciones de derechos especiales tales como patentes, o participar en sociedades constituidas en el país.

A ello, debe añadirse como eximente la circunstancia de haber obtenido *beneficio de pobreza o de litigar sin gastos*; ésta última exención puede presentarse por reconocimiento extrafronterizo vale decir, el extranjero obtuvo el beneficio ante la jurisdicción nacional y es reconocido en donde litiga o bien, por petitionarlo y obtenerlo ante la jurisdicción donde se entabla el proceso principal³. De más está decir, que también puede presentarse el episodio de exhibirse ante el proceso nacional una declaración de pobreza proveniente de una jurisdicción extranjera y el juez del proceso principal requerir abundamiento de la prueba⁴.

Otra situación a tener en cuenta es la transformación de un foro en exclusivo; así por ejemplo, una acción real reconoce como jurisdicción idónea a la del lugar de situación del bien y el actor irremediamente debe acudir ante ella; pero aún con posibilidad de concurrencia de foros, suele una opción de jurisdicción transformarse en única así el caso de las acciones derivadas del matrimonio, identificando al último domicilio conyugal como única jurisdicción previsible.

³ Se entiende que el beneficio de pobreza se concede tanto a nacionales como a extranjeros; tal principio de equiparación no se ha visto desvirtuado por el contenido de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado a través de la concertación de tratados. Concedido el beneficio, éste produce efectos y es allí donde se sitúa su relación con la excepción bajo estudio pues en la medida en que se ha concedido puede determinar para el actor extranjero la exención de la obligación de prestar la caución.

⁴ CORTES DOMINGUEZ, Valentin. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Madrid: Ed. Edersa, 1981.

En consecuencia, sólo podrán interponer la excepción exigiendo la prestación de la caución los nacionales de la jurisdicción donde se entabla el proceso y que son demandados en ella. En general, es el juez del proceso el que valorará las apreciaciones que la hacen exigible y en su caso fijará la cuantía; si desestimara su exigencia, la mayoría de los ordenamientos procesales consideran a la resolución de tenor irrecurrible.

2. TIPCIDAD DE LA EXCEPCIÓN

Estipulada sobre uno u otro criterio que justifique su imposición, los rasgos típicos de la excepción de arraigo en juicio pueden reseñarse en sus puntos salientes.

Así cabe referir, que cuando el demandante sea extranjero el efecto que produce su falta de cumplimiento es darse por desistida la demanda.

Otra peculiaridad indica que puede pesar tanto sobre personas físicas como jurídicas y en caso de ser el Estado el partícipe del proceso, será pasible en aquellas relaciones en las que actúe “*iure gestionis*”. Ahora bien, si se tratare de un extranjero que ha adquirido la nacionalidad del foro “*in fraudem legis*” detectada la conducta se hace pasible de ser impuesto de la caución si correspondiere. Desde ya, que detectar la intención voluntaria y maliciosa del justiciable que cambia de nacionalidad a fin de obtener el beneficio de no ser sujeto pasible de caución, no es cuestión sencilla y sólo demostrable por un plexo de prueba y dentro de los factores condicionantes, el factor temporal será contundente para determinar su existencia.

También es dable aclarar que ha de exigirse al litigante extranjero sólo cuando éste haya creado la situación de riesgo vale decir, cuando el pleito se haya planteado a iniciativa suya pues en el resto ha de gozar de la más amplia e igualitaria situación de defensa en juicio.

No está demás reiterar que no dará caución aquel extranjero que reconviene o aquel que tras haber sido demandado en primera instancia pasa a ocupar el rol de apelante en la segunda; en éstas instancias debe entenderse que ejerce precisamente el derecho de defensa, opción ésta que el actor debiera haber previsto. Aquí es necesario acotar que el derecho procesal rector será el del juez que lleva el pleito y desde un punto de vista subjetivo, el conocimiento del mismo se presume le favorece al demandado.

Si nos posicionamos en la irrelevancia de la nacionalidad y que ésta regla puede admitir excepciones, la doctrina resurge con la justificación de la exigencia de la “*cautio iudicatum solvi*” a través del principio de la *retorsión*; figura propia del Derecho Internacional Público, por él el desenlace consiste en un apartamiento del principio de igualdad o equivalencia de derechos entre nacionales y extranjeros que se supone,

es de grada constitucional, y se ve quebrantado por circunstancias que no incumben precisamente a las partes en el proceso sino a los países.

Se produce entonces y como polo opuesto, una desigualdad de trato para con el extranjero que se justifica por la presunción de existencia de cierta desigualdad en la que resulta perdidoso el extranjero ante un foro nacional. La retorsión opera entonces como un castigo a la parte extranjera que reflejada en el proceso, impone cargas procesales desventajosas por el mero hecho de la nacionalidad.

Convengamos, que excepcionalmente la falta de arraigo en juicio puede encontrar su justo sentido y equilibrio cuando se trata de procesos en los que impera el principio del vencimiento; en ellos, la caución podría encontrar su sentido pues se trata de asegurar y compensar al Estado en donde el proceso es llevado en cuanto a las costas procesales.

Pero en verdad, por sobre la nacionalidad subyace el término *desarraigo* entendido como la carencia de lazos afectivos y materiales o fácticos de una persona a un territorio.

3. APORTE DEL DERECHO COMPARADO

En los ordenamientos anglosajones aparecen las *injunctions*⁵ que tienen semejanzas con las cautelares y cuya finalidad es impedir al sujeto disponer del patrimonio equivaliendo a las llamadas anotaciones personales o inhibición general de bienes⁶.

Otra variable la ofrece el *embargo preventivo* como opción inversa pues se trata de un demandado extranjero con bienes en el país del foro cuestión que lo asemeja al deudor nacional. Si fuera el extranjero el actor, podría trabarse embargo preventivo en sustitución de la cautio o bien, no exigirla por contar con bienes en el país nacionalizándose el supuesto por una cuestión fáctica. Desde ya, resulta inadmisibles la posibilidad del juez nacional de proceder a embargar preventivamente bienes del actor sitios en territorio de otro Estado sea éste el de su nacionalidad o no. Potencial coactivo que requeriría de fuente normativa convencional internacional que avalara semejante dispersión e invasión de soberanías nacionales y de intereses privados.

En las legislaciones europeas ha tenido una clara función cautelar, pues su sentido radicó en imponer una garantía suficiente a los extranjeros demandantes para asegurar de ésta forma la hipotética

⁵ Son también conocidas como “*Mareva injunctions*”, “*orden Mareva*” o “*régimen Mareva*” siendo entendidas como orden o mandamiento judicial que tiene como finalidad la congelación de activos, acotándose el término activos a bienes del receptor de la medida. Se origina en 1975 a raíz del caso “*Mareva Compañía Naviera S.A. vs. Internacional Bulkcarriers*”.

⁶ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. “Medidas Cautelares. Derecho Procesal Civil Europeo”. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (ed). Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea. Madrid: Ed. Aranzadi, 2012.

obligación de soportar las costas procesales en caso de ser vencidos.

Por cierto, su evolución -sobre todo por el aporte de la jurisprudencia- ha permitido acabar con una presunción que cae en el absurdo y es la de estimar que el extranjero o no residente en el país del foro se presenta, en principio, como un sujeto procesalmente insolvente. Sondeo y presunción que la ley ni los jueces ponderan cuando el caso llevado a los estrados judiciales expone elementos objetivos y subjetivos de raíz nacional.

Pese a ello, no se admite ninguna medida cautelar sin haber escuchado previamente a la parte pasiva; en concreto, no prosperan las medidas a adoptarse sin que se haya llamado a comparecer al sujeto frente al que se decretan antes de acordarlas y de igual forma, las que estén destinadas a ser ejecutadas sin haber sido notificadas a esa parte. Tratándose de medidas coactivas su procedencia *in audita parte* carece de efectividad viéndose vulnerado el derecho de defensa en juicio.

Es de reconocer que en pos de los empeñados intentos por desterrar la caución, se observa que el legislador emplea medios aseguradores que soslayan garantías constitucionales desvirtuando el debido proceso no siendo el instituto ahora traído el único ejemplo.

Pasando ahora al derecho nacional, en Argentina se encuentra próximo a adquirir vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que destina el Título IV a Disposiciones de Derecho Internacional Privado.

Por vez primera la disciplina adquiere en el país cierta autonomía normativa; si bien no se trata de un código o de una ley específica, las normas de derecho internacional privado se han apartado del cuerpo general y es así como se destina como antes mencionara, el Título IV a "*Disposiciones de Derecho Internacional Privado*". En el Capítulo 1 se abordan las *Disposiciones Generales* en donde se trata la suma de principios y mecanismos propios de la disciplina encabezando con la jerarquía o prevalencia de fuentes para la resolución de casos vinculados a diversos ordenamientos. El Capítulo 2 se destina al tratamiento de la *Jurisdicción Internacional* desde una óptica general pues en particular es contemplada en el Capítulo 3 en función de cada instituto en particular, generando foros especiales. En el sector de jurisdicción genérica las legisladoras encauzan la problemática de la *excepción de arraigo* a través de la *igualdad de trato*⁷.

Si bien desde la óptica procesal el principio de igualdad de trato señala la calidad de trato dado a la causa llevada a proceso y sobre

⁷ Artículo 2610: "*Igualdad de trato. Los ciudadanos y los residentes 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. Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano permanente o residente permanente en otro Estado. La igualdad de trato se aplica a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero.*"

todo, a la concesión de la vía recursiva plena, precisamente en idéntica posición a la tenida para los casos internos o domésticos, el nuevo texto lo enfoca como un reflejo del principio de grada constitucional que concede igualdad de trato a nacionales como a extranjeros y en virtud de ello el libre y paritario acceso a la justicia tanto de ciudadanos como de residentes permanentes en el extranjero. En consecuencia, se orienta hacia la eliminación de todo tipo de caución o depósito en razón de cualidades subjetivas u objetivas que ofrezca la causa llevada a proceso.

Considerando que se trata de una ley de fondo y no de forma, soslaya una resolución aproximándose a la erradicación de la caución de arraigo. Con esto, quiero significar que no se ha modificado el art. 348⁸ del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por el cual subsiste su imposición al igual que en los códigos provinciales.

4. RESPUESTA DE LA FUENTE CONVENCIONAL INTERNACIONAL

La máxima respuesta sobre el tema la dio el Convenio de La Haya de 1954 en sus arts. 17 y 19⁹. El instrumento emplea los términos “*cautio judicatum solvi*” y “*caución de arraigo en juicio*” admitiendo ambas nominaciones.

Por el art. 17 elimina la aplicación de la garantía a extranjeros en procesos nacionales extendiéndolo a nacionales o extranjeros que carezcan de bienes en el Estado del foro y obviamente carezcan de domicilio. Y por el 19 reglamenta el efecto ejecutorio de las sentencias condenatorias de gastos causídicos en el territorio en donde el demandante se domicilie o tenga bienes vale decir, la resolución nacional de la condena en costas, es plenamente eficaz en otro Estado parte del convenio. Es de hacer notar que el criterio tenido en La Haya del 54 conserva total vigor en la actualidad a través del plexo de medidas que ofrece la cooperación jurídica internacional.

Si reparamos en una fuente regional y específica que además nos comprende, encontramos al Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa¹⁰. Este valioso documento regional estructura en su contenido los lineamientos medulares de los mecanismos cooperativos pese a ello, no se define expresamente sobre la excepción de falta de arraigo pero de su inteligencia se desprende su desestimación.

En el art. 1 consagra el espíritu del Protocolo al decir que “*Los Estados*

8 Art. 348: “Arraigo. Si el demandante no tuviere domicilio ni bienes en la República, será también excepción previa la de arraigo por las responsabilidades inherentes a la demanda”.

9 Argentina ha ratificado el instrumento por ley 23.502 mientras que Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Venezuela, Uruguay no lo han ratificado. Es de hacer notar que la República Argentina formuló una declaración enfatizando la desestimación de la prisión por deudas.

10 Argentina lo incorpora a su ordenamiento por ley 24.578 siendo derecho vigente para Estados miembros y asociados del Mercado Común del Sur.

Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales”.

El art. 3 enfoca un principio de grada constitucional como es el de *igualdad de trato procesal* y lo hace precisamente bajo dicha nominación. El principio va más allá de la no discriminación entre nacionales y extranjeros como sujetos procesales, abarcando también la igualdad de trato procesal de la causa en sí misma, reflejando otro axioma de idéntica envergadura como lo es el de *acceso a la justicia*. Es así como consagra que “*Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses....*”

Ya en el art. 4 el tópico adquiere mayor consistencia pues si bien y como antes comentara, no se expresa puntualmente sobre la improcedencia de la caución en particular y con la identificación con que se la conoce, de su texto se desprende su rechazo: “*Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte....*”

La vinculación o diálogo entre fuentes nos haría concluir en que la excepción de arraigo ha quedado bastante recortada pues la invocación de su exigencia ante la justicia argentina, quedaría reducida a casos conectados a países que no hubieren ratificado el Convenio de La Haya ni el Protocolo de Las Leñas; como valor añadido, los países asociados al Mercado Común del Sur han incorporado Las Leñas de manera que el espectro espacial se amplía aún más.

5. RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia antiquísima denota lo discutida que ha sido la caución; así se ha dispuesto que la excepción de falta de arraigo en juicio no puede prosperar cuando el demandante reside desde antiguo en España y ha formado parte de sociedades mercantiles constituidas en España¹¹, criterio que se reproduce en otros países europeos en igual tiempo.

En Argentina, el criterio sobre el carácter *excepcional* - en sentido estricto del vocablo- de la caución de arraigo ha quedado plasmado en varias resoluciones jurisdiccionales.

Comento de entre ellas, que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala B¹² aclaró que la excepción de arraigo no resulta

11 STS, 13 de octubre de 1881, citada por RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Jurisprudencia Civil Internacional*. Barcelona: Ed. Bosch, 2001.

12 Acuerdo de fecha 6 de agosto de 2013.

procedente cuando el actor se ve obligado a demandar ante un juez determinado, que no es el de su domicilio, o bien cuando el sometimiento a una determinada jurisdicción le es impuesto por la ley. En el marco de la causa “*Palmeiro Guillermo Cesar c/Parador Norte S.A. s/ medidas precautorias*”, la demandada apeló la resolución de primera instancia que había rechazado la excepción de arraigo fundándose en que el actor se domicilia en Estados Unidos y no posee bienes en el país. Los magistrados que componen la Sala B recordaron que “el arraigo constituye la carga exigible al actor que se encuentra en determinadas circunstancias de prestar una caución destinada a garantizar el pago de los gastos del proceso frente a la eventualidad de resultar vencido. Sin embargo, el Tribunal deja un margen permisivo aceptando su procedencia en casos de actores sin domicilio “argentino” y sin titularidad de inmuebles, justificando su existencia en la protección que todo ordenamiento debe brindar a las personas frente a eventuales demandas temerarias incoadas por quienes premeditadamente conocen sobre la posibilidad de eludir responsabilidad frente a una condena en costas. Sin embargo, los jueces ratificaron la decisión que desestimó la excepción de arraigo, debido a que “la excepción de arraigo no resulta procedente cuando el actor se ve obligado a demandar ante un juez determinado, que no es el de su domicilio, o bien cuando el sometimiento a una determinada jurisdicción le es impuesto por la ley” constituyendo una jurisdicción única y exclusiva. La materia en juego comprometía al art. 251 de la ley de sociedades 19.550.

En igual sentido pero diferente materia, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala III en autos “*C. S., E. c. S. B., I. W. y otra*”¹³ convalida en su decisorio que aún cuando la actora no posee domicilio ni bienes inmuebles en territorio provincial, es improcedente la excepción de arraigo interpuesta por el demandado en un juicio de nulidad de matrimonio, ya que la misma estaba obligada a interponer la demanda ante la jurisdicción prevista por los arts. 227 del Código Civil y art. 5 inc. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Salta. Se destaca que la excepción de arraigo contenida en el art. 348 del miso ordenamiento procesal se funda, más que en cuestiones de extranjería, en el hecho de asegurar las responsabilidades por los gastos ocasionados por una hipotética sentencia desfavorable.

Un interesante fallo por la riqueza de su doctrina, es el dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Trenque Lauquen- Provincia de Buenos Aires- en autos “*Groisman, Horacio Pablo c. Groisman, Marcelo Marcos y otros s. Simulación*”¹⁴. En él, se enfatiza el alcance de la *cautio judicatum solvi* prevista en el art. 346 del Código de Procedimiento en lo Civil y

13 Acuerdo de fecha 19 de febrero de 2009.

14 Acuerdo de fecha 7 de agosto de 2013.

Comercial expresando que si realmente su imposición fuera a los fines de asegurar al adversario el pago futuro del eventual crédito por costas, la ley debería instrumentarla también a través de otros medios que permitan cumplir ese mismo fin cuestión que su procedencia sería viable no sólo cuando el demandante tenga domicilio en el extranjero. Pero lo cierto es que la ley se desentiende de ese fin cuando el demandante tiene su domicilio en el país; clara conclusión reparando en que el mentado art. 346 no exige arraigar a una persona domiciliada en el país y carente de bienes en él lo que nos llevaría a entender y extender, que mientras la persona tenga domicilio en el país, puede ser perfectamente insolvente y no por ello su adversario tiene derecho a exigirle que preste caución para el pago futuro de una eventual obligación procesal. Es más, si la persona domiciliada en el país fuera insolvente y por ello solicitase y obtuviese el beneficio de litigar sin gastos, menos aún podría concebirse la idea de que su adversario le pudiera exigir alguna clase de caución por la referida y posible responsabilidad procesal sobre costas. Pero resulta que si el fin realmente fuera asegurar al adversario el pago futuro del también eventual crédito por costas, sería su patrimonio el que operaría como “*garantía*” última del pago de las costas sin necesidad de caución por arraigo.

Pero no todo ha sido tan coherente si no fuera por el remedio procesal que ofrecen los recursos previstos por las jurisdicciones nacionales y aún así, ciertas sentencias ofrecieron insólitas fundamentaciones. Tal es el caso del criterio adoptado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L en fecha 19 de julio de 2007. El tribunal dicta sentencia en autos “*Mezaib Karima c. Las Artes Ensurance*”¹⁵; el caso vinculó al derecho argentino con el derecho francés siendo ambos Estados, parte de la Convención de La Haya de 1954. En primera instancia, se desestima el pedido de arraigo por considerarse la prevalencia de los tratados y en particular, la fórmula establecida por el art. 17 de la ley 23.502 ratificatoria del referido instrumento. Empero, la alzada confirma la sentencia pero su sustento es el art. 348 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de cuyo texto surge que la excepción de arraigo será exigible toda vez que se carezca de domicilio o de bienes en la República, cualquiera fuere la nacionalidad de las partes; lo que quizás resalta el peculiar criterio, es que la Cámara interpretó que la convención de La Haya no enerva la aplicación del citado art. 348 respecto de nacionales de los países signatarios. Finalmente, impone costas por su orden. Desde ya, se trató de un fallo que mereció serias objeciones y ningún acatamiento por jurisprudencia posterior sobre todo por desconocer la prevalencia o jerarquía normativa forjada por nuestra misma Carta Magna.

Pasando al entorno mercosureño, he tomado conocimiento a través

¹⁵Comentado por Julio Córdoba en <http://www.diprargentina.com/2007/11/la-convención-de-la-haya-de-1954>

del Profesor Alberto Manuel Poletti Adorno de una acertada sentencia dictada en jurisdicción de Paraguay.¹⁶ El caso expone una acción por daños y perjuicios incoada por demandantes de nacionalidad argentina y residencia efectiva en Argentina, carentes de bienes en el país hermano. Es así como la parte demandada solicita que la parte accionante provea de suficiente caución real de arraigo. Se forma entonces un incidente de resolución previa, con resultado adverso para la parte demandada que interpone la excepción; para desestimarla la justicia paraguaya en escueta pero suficiente resolución, se sustenta en normas procesales nacionales y en el Protocolo de Las Leñas rechazando la excepción con costas a la vencida. Textualmente expresa “...*Que, así las cosas, en mérito de la legislación transcrita entender que los actores al ser argentinos y tener su domicilio real en la República Argentina, son beneficiarios de los términos del mencionado protocolo, en el sentido de gozar del libre acceso a la jurisdicción paraguaya, sin que ninguna caución o depósito pueda serle impuesta por su calidad de extranjeros. Es evidente que la pretensión del excepcionante se exhibe constitutivamente inhábil para hacerse audible, por ser objetiva y legalmente improponible.....*”.

CONCLUSIÓN

Es necesario aparear principios; por el “*law of the land*” –*aplicación de la ley de la tierra*- prospera el derecho territorial y en su caso, el procesal; por el “*due process of law*” –*debido proceso legal*- nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal. Resulta evidente entonces, que la *excepción de arraigo* no procura denunciar la falta de un presupuesto procesal, porque bien puede realizarse un proceso válido sin que el demandado exija al actor fianza de arraigo¹⁷.

Un razonamiento lógico también indica que un residente accionando en jurisdicción propia, no provee de garantía alguna de cumplir con las costas procesales en caso de ser vencido en la causa. Por otra parte, su establecimiento conculca el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros plasmado en las cartas constitucionales, y universalizado a través de los pactos de derechos humanos sin desconocer que su exigencia enerva el derecho de acceso a la justicia.

Pero el gran interrogante es si dentro de un bloque de integración, los ciudadanos de cada Estado que lo componen son extranjeros entre sí o son ciudadanos del bloque. Obviamente, me inclino por la segunda opción, más aún considerando la dimensión cobrada hoy día por el Derecho Comunitario tanto de primera como de segunda generación.

¹⁶ “JCG y otro c/ LCV y otros s/Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual”. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno. Asunción, 19 de noviembre de 2010.

¹⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951.

Sólo basta en reparar que toda medida discriminatoria de personas como de bienes, atenta contra el pleno despliegue de las libertades reconocidas en el Tratado o Acuerdo Marco.

Sí considero propicio, el afianzamiento y simplificación de los mecanismos de cooperación que garanticen de manera expeditiva la ejecución en el extranjero de costas procesales nacionales; se trata ni más ni menos, de una *ejecución dineraria* que responde a la clara dirección hacia la que hoy se orienta la sistemática de las variables o modos de ejecución que toman como eje a la naturaleza de la pretensión y la adecuación del procedimiento a la misma. El *principio de vinculación mínima de la ejecución con el propio ordenamiento* es el criterio de mayor prosperidad para el caso de requerirse en el Estado donde el reclamante posee bienes, el cumplimiento de las costas procesales generadas en jurisdicción extranjera.

Consideremos finalmente, que la mutación del hombre por el mundo así como la flexibilización de las fronteras subsiste como ideal de nuestros días. La convivencia pacífica que es la meta más próxima que el Derecho persigue, y también la justicia, se resienten cuando las leyes no responden a las necesidades de la sociedad y no resuelven los problemas que la evolución y el progreso reclaman haciendo pervivir criterios rígidos o complejos que transforman en obsoletas sus disposiciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORTES DOMINGUEZ, Valentin. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Madrid: Ed. Edersa, 1981.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951.

ESPINAR VICENTE, José María. *Derecho procesal civil internacional*. Madrid: Ed. La Ley, 1988.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. "Medidas Cautelares. Derecho Procesal Civil Europeo". En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (ed). *Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*. Madrid: Ed. Aranzadi, 2012.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y RECONDO PORRUA, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*. Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 1981.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Jurisprudencia Civil Internacional*. Barcelona: Ed. Bosch, 2001.