

“La constitucionalización en el Derecho Internacional Privado argentino”*

Mariela Carina Rabino¹.

PALABRAS CLAVES: Derechos Humanos – Derecho Internacional Privado.

KEY WORDS: Humans Rights – Private International Law.

ABSTRACT: Los Derechos Humanos impactan en el Derecho Internacional Privado. La norma de conflicto, la jurisdicción y la cooperación internacional pierden su neutralidad característica y se muestran materialmente orientadas. La coordinación de los distintos mecanismos requiere una nueva aproximación a los fines de brindar una tutela efectiva de los derechos humanos involucrados en el caso.

ABSTRACT: Human Rights have an impact in International Private Law. Conflict law, jurisdiction and international cooperation lose their characteristic neutrality and appear substantially oriented. Coordination of the different mechanisms requires a new approach in order to assure an effective tuition of the human rights involved in the case.

I.- Introducción

Los Derechos Humanos impactan en todo el derecho, incluido el Derecho Internacional Privado. Recordemos que este último procura la solución de casos iusprivatistas internacionales, es decir, aquellos que presentan vínculos con el territorio de por lo menos dos Estados nacionales, mediante la determinación de la jurisdicción competente, el derecho aplicable y la cooperación jurídica internacional; con criterios que principalmente giran en torno a la proximidad. Entonces: ¿Cómo ocurre la mentada influencia?

Vivenciamos un proceso que parte de la modificación del objetivo o fin de la materia, por cuanto la solución del caso además de ser justa deberá velar por los derechos humanos comprometidos. La doctrina ha puesto de manifiesto el fin social del

* Trabajo publicado en la Revista Jurídica de Buenos Aires, año 41, número 93-2016, Facultad de Derecho.UBA, Departamento de publicaciones, pag. 3-31.

¹ Abogada. Profesora de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración, en grado y posgrado de universidades nacionales y en el exterior. Miembro de AADI, ASADIP, Institutos de la materia de la Academia Nacional de Derecho, CPACF y del CALZ, con cargo de Directora en el último. Autora de diversas ponencias y artículos en la especialidad. mcrabino@hotmail.com

Derecho Internacional Privado². Desde allí en adelante transforma la mayoría de los instrumentos jurídicos, los razonamientos, los mecanismos con el propósito de garantizar y efectivizar.

La influencia alcanza a la norma típica de la materia, la norma de conflicto, que pierde su neutralidad característica para convertirse en materialmente orientada. Luego sigue en el funcionamiento de dicha norma, en los razonamientos referidos a la aplicación del derecho extranjero como el reenvío, el control de orden público, entre otros.

La infiltración hace lo propio en materia de jurisdicción, contempla el acceso al juez, el derecho de defensa, el derecho a ser oído, entre otros. La cooperación de distintas jurisdicciones estatales a los efectos de obtener una solución efectiva que, por supuesto, involucra al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, se encamina en el orden de prevenir estatus, relaciones o situaciones claudicantes.

A su vez, presenciamos la constitucionalización en la parte especial, en algunas materias con mayor intensidad que en otras. Así, notamos un avance en la autonomía de la voluntad, la tutela de la persona humana, el paradigma protectorio y no discriminatorio, la protección del débil contractual como el consumidor, la familia en una sociedad multicultural, el niño como sujeto de derechos y su protección en base a su interés superior, son algunas de sus manifestaciones.

El Derecho Internacional Privado argentino ha recibido la influencia progresiva de los Derechos Humanos, lejos estamos aún de la culminación de este proceso, sin embargo la regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación muestra su punto más elevado al receptar la actual etapa de concreción, ya que no basta con su proclamación ni reconocimiento, sino que es preciso buscar caminos para que tengan efectividad³.

Procuraremos reseñar las influencias enumeradas como una suerte de invitación a profundizar en cada una de ellas en el entendimiento que más allá de su establecimiento en normas deviene en un razonamiento necesario e indispensable a la hora de resolver los casos.

² BUCHER, A., "L'ordre public et le but social des lois en droit international privé", Recueil des Cours, Academia de La Haya, 1993, T 239, esp. 53/4.

³ GROSMAN, C. P., "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia", La Ley, 1993-B, págs. 1089/1100, esp. Punto VI: Necesidad en que los derechos del niño resulten efectivamente tutelados.

II.- Los Derechos Humanos y su constitucionalización.

Adoptamos la terminología derechos humanos por ser la más utilizada en nuestro país y sin desconocer otras posibles denominaciones⁴. Su noción actual es la sumatoria de los aportes del *ius* naturalismo, del constitucionalismo liberal y del derecho internacional, lo que implica no solamente la consagración legal de los derechos subjetivos necesarios para el normal desarrollo de la vida del ser humano en sociedad, que el Estado debe respetar y garantizar, sino el reconocimiento de que la responsabilidad internacional del Estado queda comprometida en caso de violación no reparada⁵.

Una de las características de los Derechos Humanos es su universalidad⁶, mayoritariamente aceptada⁷ pero también cuestionada en tanto solo algunos derechos humanos la poseen (aquellos reconocidos por la costumbre internacional)⁸; o por la falta de una instancia de control, juzgamiento o cohesión supraestatal⁹; o ante la posibilidad de admitir reservas¹⁰, o la carencia de ratificación de la totalidad de los Estado¹¹ y de Organizaciones Internacionales¹²; o frente a la pluralidad de tratados regionales con características propias (nótese el Derecho Islámico¹³).

⁴ FAVOREAU, L., “Quelques considérations sur les droits de l’homme”, *Liberum Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-U.E., 1998, Vol. I, págs. 667 y ss.

⁵ PINTO, M., *Temas de Derechos Humanos*, Ed. Del Puerto, 2.011, pág. 10.

⁶ La Corte Internacional de Justicia en 1970 al zanjar el diferendo generado por la quiebra de la Barcelona Traction, Light & Power Co. Inc. reconoce la existencia de normas consuetudinarias y convencionales en materia de derechos humanos y señala expresamente que todos los Estados tienen un interés jurídico en que las normas sobre derechos humanos –compromisos *erga omnes*- sean respetadas (Arrêt du 5 février 1970, CIJ Recueil 1970, 33-34).

⁷ PINTO, M, ob. cit., pág. 13 y 57 donde refiere a “la consistente doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, decididamente impulsada en la Declaración de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1.993.

⁸ KINSCH, P., “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, *Recueil de Cours*, Academia de La Haya, 2.005, T 318, págs. 19 y ss., esp. 223/4

⁹ CHEMILLIER-GENDREAU, M., “A quelles conditions l’universalité du Droit Internationale est-elle possible?”, *Recueil des Cours*, Academia de La Haya, año 2.011, T 355, págs. 17 y ss., esp. 25.

¹⁰ CHEMILLIER-GENDREAU, M., ob. cit., pág. 31.

¹¹ KINSCH, P., ob. cit., pág. 229/30, quien cita jurisprudencia de la Corte europea de derechos humanos cuando excluye la aplicación de la convención a terceros Estados y remarca su “vocación regional”.

¹² BARBERIS, J. A., “Consideraciones sobre la convención americana sobre derechos humanos como tratado internacional”, *Liberum Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-U.E., 1998, Vol I, pág. 243 y ss., esp. 247/54.

¹³ “Declaración de los Derechos Humanos en el Islam aprobada en la Conferencia de El Cairo en el año 1990, donde es posible observar un distanciamiento mayor entre aquella concepción que le atribuye derechos al individuo por su condición de tal –haciendo abstracción de cualquier marco jurídico, social, político o religioso- y esta otra que considera que esos derechos humanos tienen su asiento en la divinidad. La Declaración de El Cairo es clara al respecto: ‘los derechos fundamentales y las libertades generales en el Islam son una parte de la religión de los musulmanes, Nadie, categóricamente, puede

Aunque no todos los Estados Miembro de las Naciones Unidas son parte en los principales tratados de derecho humanos, están igualmente obligados por las disposiciones de la Carta en la materia, y dado que la Declaración Universal dota de contenido a las obligaciones emergentes de la Carta, de este modo adquiere valor vinculante¹⁴, en consecuencia tales Estados están obligados a respetar, como mínimo, los derechos y libertades reconocidos en la Declaración¹⁵. Por tanto, la Declaración Universal, cuya fuerza jurídica proviene de la Carta, es para los Estados un estándar mínimo de protección de los derechos humanos¹⁶.

La constitucionalización de los Derechos Humanos¹⁷, entendida como una visión superadora de aquellas separatista e indiferente entre el derecho civil y el constitucional y dualista entre el derecho público y privado¹⁸, impacta también en el Derecho Internacional Privado.

En la mayoría de sus estipulaciones, los derechos humanos revisten la calidad de derecho programático, no susceptible de protección jurídica inmediata. Frente a normas

abolirlos total ni parcialmente, ni tampoco violarlos o ignorarlos, en tanto que decretos divinos revelados por Allah en sus Libros, enviados y restablecidos por medio del Sello de sus Profetas, culminando así cuanto habían legado las sagradas escrituras'. Ello implica un cambio sustantivo por cuanto los dos últimos artículos de la referida Declaración aclaran debidamente que 'todos los derechos y deberes estipulados en esta Declaración están sujetos a los preceptos de la Sharia islámica' y que 'la Sharia islámica es la única fuente de referencia para la aclaración o interpretación de cualquiera de los artículos del presente documento'. De tal manera entonces, que estos derechos humanos están dotados de una especial rigidez en cuanto se basan en la concesión por Dios, quedando limitados precisamente al marco que les ofrece la religión". En: BELANDRO, R. S., "Los derechos fundamentales y el derecho internacional privado", elDial.com - DC1A1F, Publicado el 22/03/2013.

¹⁴ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Dignidad frente a la barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, págs. 100 y ss.

¹⁵ COMISION DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar*. Documento E/CN.4/1993/37. Naciones Unidas, Ginebra, 1993, Párr. 140-142. ASAMBLEA GENERAL: *Situación de los derechos humanos en Myanmar*. Nota del Secretario General. Documento A/63/341. Naciones Unidas, Nueva York, 2008, Párr. 15. COMISION DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Islámica del Irán*. Documento E/CN.4/1987/23. Naciones Unidas, Ginebra, 1987, Párr. 20-21.

¹⁶ PEZZANO, L., "Fuentes de las obligaciones generales de los Estados en el sistema universal de protección de los derechos humanos", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XXI, 2012, págs. 67 y ss., esp. 99.

¹⁷ Tomamos esta expresión de MOCAYO, G. R., "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema", en *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Abregú-Courtis (comps.), 2º Ed., Centro de Estudios Legales y Sociales, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

¹⁸ AMBROGGIO, A. F., "Breves precisiones conceptuales sobre el proceso de constitucionalización del derecho privado en el marco de la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial", elDial.com - DC2071, Publicado el 21/12/2015.

no operativas que contienen soluciones inexactas y que corren el riesgo de convertirse en meras “fuentes espectáculos”¹⁹ surge el siguiente interrogante: ¿Cómo tutelar?

El Derecho Internacional Privado ha dispuesto todos y cada uno de sus instrumentos jurídicos a los fines de una tutela efectiva como veremos a continuación.

III.- Supremacía de la fuente internacional

El Código Civil y Comercial establece la supremacía de la fuente internacional por sobre la interna (arts. 1º, 2594 y 2601), recepta la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la reforma constitucional de 1994. Muchos podrán pensar sobre la inexistencia de novedad al respecto, lo cual es cierto, pero brinda claridad al operador jurídico.

El artículo 1º refiere expresamente a “los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”; y al comenzar con “los casos” indica una visión de actualidad, que requiere una interpretación vigente de la norma de fuente internacional.

Dicha norma viene precedido por una invariable jurisprudencia de la Corte según la cual toda norma debe ser considerada según las normas y principios constitucionales. Los tratados de derechos humanos son la Constitución misma.

En la doctrina tradicional del Derecho Internacional las fuentes son los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho. Entre dichas fuentes no existe ninguna primacía según la Convención de Viena sobre los Tratados (arts. 53 y 64), la cual admite las llamadas normas imperativas o ‘*ius cogens*’. La doctrina de los publicistas y la jurisprudencia son medios auxiliares para la determinación de la regla de derecho (art. 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)²⁰.

El valor de la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales de derechos humanos reviste el carácter de fuente, según lo dispuesto por nuestra Corte en referencia a la Corte Interamericana²¹, y receptado por prestigiosa doctrina internacional²² y en la propia como “*usus fori*”²³, aunque sin unanimidad respecto a sus alcances²⁴.

¹⁹ CIURO CALDANI, M. A., “Convención Interamericana de los Derechos del Niño. Su aplicación en el derecho interno argentino”, Investigación y Docencia N° 22, Rosario, 1994, págs. 13/15.

²⁰ TRAVIESO, J. A., “La jurisprudencia en el derecho internacional. Influencia de los tribunales internacionales sobre los tribunales nacionales. El caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, LL-1997-D, pág. 934/941.

²¹ Cabrera Washington c. Salto Grande 1983; Ekmekdjian c. Sofovich 1992; Servini de Cubría 1992; Girolodi, Horacio s/ recurso de casación, 1995 –LL, 1995-D, 462, ver comentario de HITTERS, J. C., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía para la interpretación de la Constitución (El Pacto de

Concretamente nuestra Corte ha dicho que: “... lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla...”²⁵.

El derecho pasó a ser de la mera regulación consensual entre Estados soberanos al producto de aquella “trama de normas fundamentales” que se imputan a una verdadera “comunidad internacional” diversa y superior a sus Estados miembros²⁶, cuyo norte es la construcción de un “derecho internacional para la humanidad”²⁷.

IV.- La norma de conflicto.

La norma de conflicto es aquella que en su tipo legal capta un supuesto de hecho y en la consecuencia jurídica elige el derecho aplicable mediante el punto de conexión.

La influencia de los Derechos Humanos se produce en el tipo legal (1), la consecuencia jurídica (2) y en el funcionamiento de la norma (3). La autonomía de la voluntad, en tanto norma individual, se suma al sistema normativo (4). Los cambios producidos generan nuevas interacciones entre los mecanismos de razonamiento (5).

1) Tipo legal: Categorías jurídicas

Las categorías jurídicas omnicomprensivas del siglo XIX han sido reemplazadas por categorías cada vez más específicas²⁸.

San José de Costa Rica, en la postura de la Corte Suprema Nacional), ED, 164-1238; BOGGIANO, A., “La Corte Sumprema y el derecho de los tratados internacionales”, LL, 2015-B.

²² ESCALANTE PIZA, R. E., “El valor del derecho y la jurisprudencia internacional en derechos humanos en el derecho y la justicia internos, el ejemplo de Costa Rica”, Liberum Amicorum Héctor Fix-Zamudio, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-U.E., 1998, Vol. I, págs. 169 y ss., esp. 176/8; RAMIREZ, M. B., “Las decisiones judiciales como fuente del derecho internacional de derechos humanos”, misma obra, pág. 431 y ss, esp. 435 y 446;

²³ TRAVIESO, ob. cit. pág. 937.

²⁴ Puede ampliarse en RAYA DE VERA, E. B., “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, elDial.com - DC1FED, Publicado el 25/09/2015.

²⁵ Cabrera Washington y Ekmekdjian, citados en nota 21.

²⁶ ESCALANTE PIZA, R. E., ob. cit., pág. 178.

²⁷ CANÇADO, A., “International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium”, Recueil de Cours, Academia de La Haya, 2005, t. 316, pág. 317.

²⁸ NAJURIETA, M. S., “Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos desafíos que presentan los casos multinacionales”, Módulo VII, Relaciones de Consumo Derecho y Economía, Academia Judicial Internacional, La Ley, 2006, págs. 216-251, esp. pág. 222.

Criterio receptado en el Código Civil y Comercial de la Nación, donde por ejemplo en materia de estatuto personal abandona el tratamiento en una única categoría y pasa a categorías más estrechas sobre capacidad (art. 2616), nombre (art. 2818) y ausencia con presunción de fallecimiento (art. 2620)²⁹. Incluso distingue a personas físicas, personas menores de edad, personas incapaces mediante una calificación autárquica del domicilio.

Sólo podríamos hablar de la necesidad de una nueva categoría autónoma de conexión cuando se advierte un fundamento que justifica la distinción. La razón determinante reside en las particularidades del supuesto de hecho que escapa de la calificación genérica y exige una elección propia, por cuanto la general se presenta desvinculada, sin contacto razonable. En palabras de Audit, es preciso encontrar la “masa crítica” a partir de la cual es deseable concebir un tratamiento independiente que será por tanto susceptible de separación³⁰.

Sin embargo, en los Estados de tradición savigniana, como el nuestro, que han reglamentado el conflicto de leyes mediante categorías amplias y no sobre la base de la ponderación de los distintos intereses como en los del *common law*, la diversificación de las categorías en otras materias como las obligaciones no contractuales tiene en mira la fuente de la obligación y no las específicas exigencias de proximidad entre un derecho y la cuestión a regir³¹.

2) Consecuencia jurídica: la elección

a) Los puntos de conexión

La elección operada en la consecuencia jurídica debe ser justa, neutral y determinable. Justa pues guarda un razonable contacto con el derecho elegido, a punto tal que la justifica. Neutral, ya que todos los derechos se encuentran en pie de igualdad y determinable, por cuanto recién podrá identificarse el derecho aplicable frente a un caso concreto.

²⁹ Puede verse nuestra Ponencia: Hacia una puesta en valor, en el XXIV Congreso de Derecho Internacional de la A.A.D.I., Rosario, 2012.

³⁰ AUDIT, B., “Le droit international privé en quête d’universalité”, Cours General, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, 2003, tomo 305, pág. 9-488, esp. pág. 345-352. También, el mismo autor en un trabajo anterior, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit”, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, 1984, III, t. 186, págs. 229-397, esp. págs. 314 y ss.

³¹ NAJURIETA, M. S., “La responsabilidad civil...”, ob. cit., pág. 243.

El Derecho Internacional Privado argentino tradicionalmente ha optado por los puntos de conexión rígidos, son aquellos que eligen de modo preciso y determinable el derecho.

La neutralidad típica de la norma de conflicto se ha perdido en procura de elegir el derecho más satisfactorio en vistas de la solución de fondo del caso. En consecuencia se torna materialmente orientada, no sólo la elección debe ser justa sino también la solución³² y se priorizan los derechos fundamentales por sobre el derecho designado³³. De este modo aumenta su complejidad técnica³⁴, con estructuras muchas veces en cascada, a través de puntos de conexión alternativos (arts. 2630, párr. 1º y 2º; 2632, 2633, 2645 y 2657 CCyC) y subsidiarios (arts. 2620, 2630, 2649 in fine, 2652, 2655 y 2660 CCyC). Los acumulativos iguales (art. 23 de los Tratados de Montevideo de 1940) y desiguales (arts. 15, Ley 11.723) son más escasos. Los acumulativos iguales procuran actos válidos en todos los sistemas jurídicos involucrados que conllevan una acumulación y adaptación de los derechos involucrados que arroja una solución aún más exigente que en el derecho interno. En cambio el punto de conexión alternativo busca la validez del acto, recurriendo a cualquiera de los derechos indicados, incluso con mayor amplitud que en el derecho interno.

Podemos a su vez enunciar criterios de favor presentes en las instituciones universalmente aceptadas como:

* *favor capacitatis* (art. 2º Tratado de Montevideo y art. 2616 segundo párrafo, CCyC).

* *favor matrimonii* en si mismo³⁵ y en post de un *favor filiorum*: que deja de lado las carencias formales impuestas por la ley del lugar de celebración y consiente el fraude a la ley (art. 2622, primer párrafo del CCyC).

* *favor filiationis*³⁶.

* *favor adoptionis*³⁷.

* en la actualidad vemos también un *favor divorti*³⁸.

³² BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, Abeledo Perrot, 2015, págs. 207 y ss.

³³ VISCHER, F., "General Cours on Private International Law", *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, 1992, I, t. 232, págs. 21-246, esp. págs. 95 y ss.

³⁴ AUDIT, B., "Le droit international privé...", ob. cit., págs. 337-339.

³⁵ "Si se invocara la aplicación directa de los precedentes (Fallos, 239:429, y Fallos, 249:91), éstos, que expresan el derecho argentino declarado por la Corte, serían más favorables a la validez del matrimonio que la eventual *lex loci* o la *lex fori* sobre prueba supletoria que condujera a la invalidez... Por tanto, en virtud del art. 14, inc. 4º del Código Civil, estos precedentes son aplicables aun a matrimonios celebrados en el extranjero" (Boggiano, ob. cit, págs. 360 y ss).

³⁶ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit, pág. 433 y ss.

³⁷ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., pág. 443.

* *favor al interés del acreedor alimentario* (art. 2630 CCyC).

* *favor a los derechos fundamentales del hijo* (art. 2632 CCyC) o *el interés superior del niño* (arts. 2634, párr. 2º, 2637, 2638, 2639, 2640 y 2642 CCyC).

* *favor al débil* (consumidor, arts. 2654 y 2655 CCyC).

El favor para el establecimiento de una situación es buscado en realidad en la sola medida en la que la ley material del foro crea conveniente seguir, y en la actualidad se amplían con los mínimos estándares dispuestos por los tratados de Derechos Humanos.

A su vez existen criterios de disfavor, como el consagrado hacia el desplazamiento de niños al extranjero³⁹ (art. 2614 último párrafo CCyC).

La materialización creciente⁴⁰ de la norma de conflicto trae aparejadas consecuencias en su funcionamiento.

b) La cláusula de excepción o escapatoria

En plena conciencia de la atipicidad de los casos, se ha flexibilizado la elección rígida al adoptar la cláusula general de excepción (art. 2597) y las especiales, en materia de responsabilidad parental (art. 2639 in fine) y contractual (art. 2653).

Las mencionadas cláusulas permiten escaparse de la elección operada por el legislador en abstracto, cuando se reúnan los requisitos por ellas exigidos y aplicar otro derecho más conectado, más justo, más protector del derecho humano, como el interés superior del niño del artículo 2639.

El “correctivo” no solo se justifica por razones de una conexión más próxima sino también en razones materiales objetivas y subjetivas, es decir, considera tanto una función meramente geográfica o territorial como una funcional.

Por primera vez, nuestro derecho cuenta con una flexibilización expresa⁴¹ y en consecuencia genera imprevisibilidad por la delegación al juzgador⁴². Vischer señala el quid del debate, al puntualizar que la cláusula permite evitar la petrificación a la cual

³⁸ Por ejemplo en el derecho francés citado por GAUDEMMENT-TALLON, “La desunión du couple en droit international privé”, Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haya, 1991, t. 226, pág. 100. En el derecho argentino, parecería que esta orientación se ha perdido ante la supresión de la conversión de la separación personal otorgada en el extranjero en divorcio vincular.

³⁹ V., M. N. c/ S., W. F. s/ autorización” – CSJN – 14/09/2010, elDial.com - AA658F.

⁴⁰ PICONE, P., “Cours general de droit international privé”, Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haya, 1999, t. 276, pág. 25- 296, esp. pág. 67.

⁴¹ Puede ampliarse en nuestra Comunicación: Hacia la flexibilización, en el XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional de la A.A.D.I, Tucumán, 2014.

⁴² BUCHER, A., “Le droit international privé...”, ob. cit., págs. 75 y ss., 207 y ss, esp. págs. 215/219 donde reseña varios casos de la jurisprudencia suiza.

tienden los sistemas codificados⁴³. Presente también en nuestra fuente internacional⁴⁴, deviene en un instrumento que aporta una invaluable flexibilidad, facilita una mayor coordinación entre nuestro sistema y los demás derechos conectados, y logra el balance entre justicia de la localización y justicia material, entre certeza y flexibilidad, en claro respeto de la constitucionalización en tiempos de recodificación⁴⁵.

Santo Tomás sabía que *en ciertos casos es malo seguir la ley constituida. Más es bueno, dejando a un lado las palabras de la ley, seguir lo que piden la razón de justicia y la utilidad común. Y a esto se ordena la equidad*⁴⁶.

3) Funcionamiento de la norma de conflicto

El funcionamiento de la norma de conflicto requiere, ante todo interpretación, luego puede requerirse integración, determinación, elaboración y finaliza con la aplicación. Aquí surgen los problemas que presenta: calificaciones, cuestión previa, reenvío, adaptación, entre otros.

Sin olvidar la advertencia de Boggiano sobre la norma completa que resuelve el caso, entendida como aquella que puede integrarse con varias normas fragmentarias de Derecho Internacional Privado. Así, pueden resultar necesarias varias normas de conflicto o hacer concurrir con la norma de conflicto otras normas incompletas materiales y de policía, a fin de completar la premisa mayor del silogismo de subsunción⁴⁷.

Desde una perspectiva del caso, el autor citado sostiene que todos los razonamientos y las teorías utilizadas para resolver los problemas de la norma de conflicto no son neutros, tienen en vistas la solución material.

a) *Calificaciones*: El problema de las calificaciones no está exenta de influencias valorativas materiales. Deja de ser una cuestión de lógica jurídica, para involucrarse en

⁴³ VISCHER, F., ob. cit. págs. 106 y ss.

⁴⁴ Convención de La Haya sobre ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías (1987) y sobre ley aplicable a las Sucesiones (1988)

⁴⁵ CIURO CALDANI, M. A., “La codificación civil y la internacionalidad (Significados internacionales del proyecto de Código Civil)”, Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social N° 24 (2000), Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario, págs. 93/99, disponible en: www.cartapacio.edu.ar; quien resalta la importancia de la codificación hacia el exterior. BOGGIANO, A., “El Código Civil y Comercial y el derecho internacional público y privado”, LL, 8/5/2015, AR/DOC/1462/2015.

⁴⁶ Comentario a la Etica a Nicómaco, 1085.

⁴⁷ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., pág 190.

los resultados concretos a los que puede conducir una u otra calificación⁴⁸. Audit sostiene que debemos inclinar la balanza, no a favor de una calificación sino a favor de un resultado⁴⁹.

b) *Cuestión previa*: Otro tanto ocurre con el problema de la cuestión previa, el cual no cabe mirar con criterios generales y rígidos, sino considerando la vía que conduzca a la mejor solución en cada caso, su orientación material es innegable⁵⁰.

Droz propuso descartar tanto la regla de conflicto de la *lex fori* como la regla de conflicto de la *lex causae*. En su opinión, deben considerarse las circunstancias de la especie concreta, particularmente, cuál sería el foro que mantiene los lazos más estrechos con la situación que se presenta como cuestión condicionante. Se trata de “insertar la situación existente en un ordenamiento jurídico sobre la base del principio de proximidad. Ese foro próximo es llamado ‘el foro de razonamiento’ y su derecho constituiría la ley más apropiada para regir la cuestión previa. Esta solución sería válida en tanto no existiesen otros imperativos preeminentes a satisfacer, desde el punto de vista de la regla de conflicto del sistema de derecho internacional privado del foro que rige la cuestión principal⁵¹. Según Picone, se trata de procurar la aceptación del derecho vinculado que permita realizar de mejor manera, en el plano funcional, los objetivos de carácter material protegidos y/o perseguidos por el legislador⁵². Los diferentes enfoques metodológicos consideran las preferencias de favor, como el *favor filiationis* y el *favor matrimonii* apuntados.

Otros autores lo entienden como problema de adaptación y para Boggiano se trata de un problema de corrección equitativa de la aplicación de normas de conflicto que concurren en someter un caso a diversos derechos materiales discordantes⁵³.

El Código Civil y Comercial contiene el artículo 2595, cuyo inciso c, toma esta última visión y dispone que “si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones

⁴⁸ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., pág- 195 y ss.

⁴⁹ AUDIT, B., “Le caractère fonctionnel...”, ob. cit, págs. 307 y ss., esp. pág. 312.

⁵⁰ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., pág- 204 y ss.

⁵¹ NAJURIETA, M. S., *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, Córdoba, 2004, pág. 59/60.

⁵² PICONE, P., ob. cit. pág. 104.

⁵³ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., pág. 232 y ss.

necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos”. Norma que Boggiano califica de “encomiable”⁵⁴.

c) *Aplicación del derecho extranjero*: Cuando un derecho extranjero resulta aplicable (art. 2595 CCyC), según Boggiano, el juez argentino “lo hace no por respeto o cortesía con un Estado extranjero u otro sujeto del derecho internacional, sino por respeto a las razonables expectativas de las partes en que se aplique ese derecho y de éste derivar algún efecto útil. Es crucial destacar que tal respeto a aquellas razonables expectativas de las partes constituye un elemento del debido proceso sustantivo y, consiguientemente, si no se respetara, se violaría el derecho humano a la tutela efectiva de la persona y de sus derechos y se provocaría una denegación de justicia sustancial. Así, pues, advertimos, con original énfasis, que el derecho internacional Privado argentino y comparado se basa esencialmente en el derecho humano a la defensa en sentido sustancial, esto es, a obtener garantías de que sus expectativas sobre el derecho que le confiere tutela, serán respetadas y observadas ante los tribunales de cualquier lugar”⁵⁵. La postura se basa en los derechos adquiridos de las personas a la aplicación del derecho extranjero.

d) *Reenvío*: El Código Civil y Comercial consagra el instituto en el artículo 2596 y en el supuesto de reenvío al derecho argentino indica aplicar nuestro derecho interno. “El célebre problema del reenvío, tan plagado de cuestiones de intrincada hermenéutica, no es puro asunto de lógica. La devolución al foro o la transmisión a un tercer derecho u ordenamiento competente están muy estrechamente vinculadas al resultado material. Aquí la armonía internacional de las decisiones puede resultar un valor más apetecible que el fraccionamiento... El expediente del reenvío puede conducir a la aplicación de uno u otro derecho que podría en definitiva elegirse por razones de equidad”⁵⁶. Picone lo denomina reenvío *in favorem*, que opera de manera subsidiaria⁵⁷ y Boggiano “reenvío-equidad”.

e) *Fraude a la ley*: En cuanto al problema de la exclusión de un derecho extranjero por fraude, las consideraciones materiales son también decisivas. Si se pretende hacer aplicar un derecho para evadir otro, esta evasión tiene por finalidad lograr la aplicación de unas consecuencias materiales que normalmente, es decir, sin el expediente

⁵⁴ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., pág. 231 in fine.

⁵⁵ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., pág. XXVI.

⁵⁶ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., pág. 233.

⁵⁷ PICONE, P., ob. cit, pág. 99

fraudulento, no serían alcanzables⁵⁸. El fraude a la ley es sancionado por el artículo 2598 del CCyC pero otras consentido, “*aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen*” (art. 2622). Solo puede configurarse fraude en materia indisponible y como veremos más adelante ante el avance de la autonomía de la voluntad el campo sufre una reducción considerable. Actualmente, el fraude ha modificado la configuración de sus elementos característicos. El legislador se ha anticipado al fraude (dictando por ejemplo normas de policía que eliminan el razonamiento conflictual y abren la opción de cumplirlas o violarlas abiertamente), o bien lo ha vuelto ineficaz al limitar el margen de previsibilidad mediante un sistema conflictual flexible⁵⁹.

f) *Orden público*: El control de orden público dispuesto actualmente en el artículo 2600 CCyC, opera directamente cuando los jueces argentinos tienen jurisdicción en el caso, sea indirectamente cuando los jueces argentinos son requeridos para reconocer o ejecutar una decisión extranjera. “La exclusión de un derecho extranjero por contrario al orden público también presenta una problemática de conflicto axiológico material entre concepciones de justicia material inconciliables. Si no es posible cierta conciliación o suavización de las consecuencias prácticas que el derecho extranjero produciría en el foro, la solución foránea tendrá que ceder. Los principios fundamentales de justicia de la *lex fori* son los puntos finales de la técnica conflictualista...”⁶⁰. Un cartabón de principios que inspiran nuestra legislación se encuentra en la parte dogmática de Nuestra Constitución Nacional, integrada por los tratados de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22). De tal forma se brinda plena y efectiva vigencia a un conjunto de derechos humanos fundamentales (Standard mínimo de todos los ordenamientos jurídicos en una suerte de uniformidad del orden público) y que de ser vulnerados impedirían la aplicación de un derecho extranjero o bien el reconocimiento de una decisión extranjera. Pero por otro lado conlleva una flexibilización o atenuación de los principios de orden público interno⁶¹ en pos de la

⁵⁸ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., pág. 233

⁵⁹ NAJURIETA, M. S., “Fraude en el derecho internacional privado”, R.D.C.O., N° 4, noviembre de 1993, págs. 305/321.

⁶⁰ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., pág. 234.

⁶¹ KINSCH, P., “La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme”, RCDIP, 2011, pp. 817-824.

seguridad jurídica y de la cooperación. El orden público se transforma en el vehículo para la aplicación de los derechos humanos⁶².

Algunos sistemas jurídicos han adoptado el criterio del orden público según un criterio espacial, el modelo francés, otros prefieren otorgar un efecto atenuado y por último el modelo alemán se inclina por un “orden público de proximidad”, cuyos criterios de intervención fueron precisados por su jurisprudencia⁶³ y receptado por nuestra doctrina⁶⁴. En realidad no importa tanto el método sino alcanzar la plena efectividad de los derechos humanos involucrados; y el Derecho Internacional Privado ha sabido contener un criterio de apertura, que deviene indispensable a los fines del respeto a la diversidad, al multiculturalismo⁶⁵.

g) *Principio de igualdad o de no discriminación*: Las injerencias de derecho público no pueden soslayarse pero sí circunscribirlas a su real ámbito de aplicación. La sociedad multicultural, fenómeno que se produce por el aumento exponencial del flujo migratorio de todas partes del mundo, produce conflictos cuya tensión se centra en la idea de asimilación y de respeto de la identidad cultural. La disipación de dicha tensión debe buscarse siempre por referencia a la actuación de los derechos fundamentales, la cual implicará el reconocimiento de los derechos del “otro”⁶⁶. Es un principio de justicia solucionar igualmente casos iguales y desigualmente los desiguales.

El principio de no discriminación impacta en el razonamiento conflictual y según influyente doctrina el reto para el futuro será definir sus requisitos precisos para su aplicación práctica⁶⁷ que apunta a una justicia que respete la dignidad y los derechos de la persona humana sin discriminaciones⁶⁸.

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las leyes, y las norma legales de Derecho Internacional Privado han de considerarse comprendidas,

⁶² BELANDRO, R. S., ob. cit; NAJURIETA, M. S., “Orden público internacional y derechos fundamentales del niño”, LL, 1997-B-1436.

⁶³ KINSCH, P., ob. cit., esp. 152/158.

⁶⁴ FERNANDEZ ARROYO, D. P., “Concepto y problemas básicos del derecho internacional privado”, en Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Ed. Zavalía, 2003, Cap. 1, págs. 39-82, esp. pág. 77.

⁶⁵ BELANDRO, R. S., ob. cit.

⁶⁶ FERNANDEZ ARROYO, D. P., ob. cit. en nota N° 49, págs 77 y 78, quien destaca la trascendencia de la Convención marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa, firmado en Estrasburgo el 1° de febrero de 1995.

⁶⁷ MUIR WATT, H., “Reshaping Private International Law in a Changing World”, www.onflictflaws.net/2008

⁶⁸ PADILLA, N., “Una justicia que respete la dignidad y los derechos de la persona humana sin discriminaciones- El Papa Francisco a la Asociación Internacional de Derecho Penal”, elDial.com - DC1DF5, Publicado el 03/11/2014.

deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (*Fallos*, 302:1284). De modo que el funcionamiento de las normas de conflicto, que culmina con su aplicación a los casos, no puede conducir a soluciones injustas, pues en el ejercicio de la función judicial no cabe prescindir de la preocupación por la justicia (*Fallos*, 259:27).

3) La persona como generadora de normas

Fernandez Arroyo sostiene que se viene desarrollando un marcado proceso de “privatización” del poder regulador, fenómeno que puede analizarse en dos niveles: el referido a las personas físicas o jurídicas, y el vinculado a la actividad de alcance general elaborada fuera de los círculos oficiales⁶⁹.

Nos interesa el primer nivel que podríamos denominar como individual, aquí la autonomía de la voluntad posibilita a la partes autoregularse mediante la elección del derecho aplicable (autonomía conflictual) y la creación de sus propias normas/cláusulas (autonomía material). Mientras que la prórroga de jurisdicción permite elegir el juez o árbitro competente (arts. 2605 al 2608 CCyC).

El Código Civil y Comercial consagra la autonomía en materia contractual que fuera jurisprudencial y doctrinalmente aceptada (art. 2651).

A su vez no solo la admite en dicho ámbito más tradicional sino que la extiende a otros. De este modo, faculta su ejercicio en supuestos de régimen patrimonial del matrimonio (art. 2625) con convenciones matrimoniales o la elección del derecho argentino en caso de cambio de domicilio al país; y permite el acuerdo alimentario pero limita la elección del derecho al domicilio o residencia habitual de cualquiera de las partes al momento de su celebración (art. 2630).

Como contracara la prohíbe expresamente en el contrato de consumo (art. 2651 y 2654, ambos in fine).

La fuente internacional también evidencia un avance progresivo en materias o ámbitos antes impensados como La Convención Interamericana sobre Obligaciones alimentarias (CIDIP IV) cuyo art. 8 posibilita la prórroga tácita. En sucesiones, la

⁶⁹ FERNANDEZ ARROYO, ob. cit. en nota N° 49, págs. 79 y 80.

Convención de La Haya (no vigente) autoriza la *professio iuris*, faculta al testador a elegir entre los derechos designados por la norma de conflicto general.

Otro tanto ocurre en insolvencia transfronteriza, la Ley 25.589 crea el APE, acuerdo preventivo extrajudicial, cuya regulación y posterior aplicación contempla casos internacionales⁷⁰.

Puede apreciarse como varía el alcance o surgen límites según el grado de disponibilidad, del carácter protectorio o del nivel de injerencia estatal en la cuestión de que se trate. Por ejemplo, en material laboral recibe consenso doctrinal y jurisprudencial la autonomía conflictual y material, sin embargo, el derecho indicado por la norma de conflicto (art. 3º L.C.T.) funciona como límite mínimo, es decir que el derecho elegido sólo puede ser más beneficioso para el trabajador que el derecho aplicable subsidiariamente⁷¹. Así como la prórroga de jurisdicción siempre que sea invocada por el trabajador, y suma una jurisdicción concurrente más a las indicadas por el legislador⁷².

Jayme postula proteger a la persona humana más por medio de un refuerzo de su autonomía que por leyes imperativas que se imponen sin tener en consideración las necesidades del individuo, incluso en cuestiones de derecho de familia, específicamente en el divorcio⁷³. En la doctrina argentina, Menicocci la propone en materia de estatuto personal⁷⁴.

Parecería que la autonomía, tal y como es concebida en materia contractual, dificulta su traslado a otros ámbitos, pues requiere un pleno conocimiento de todas las consecuencias, información a un costo razonable⁷⁵, el acuerdo de alcanzar a todas las partes involucradas, implica una elección a futuro cuando se desconocen las modificaciones probables de la situación fáctica o no se cuenta con los elementos necesarios para una evaluación que solo podría ocurrir frente al hecho litigioso⁷⁶.

⁷⁰ Ver nuestro trabajo, El acuerdo preventivo extrajudicial desde la perspectiva del derecho internacional privado. Análisis jurisprudencial con especial referencia al caso 'Multicanal', RDCO N° 237, 2.009, 261 y ss., esp. 278/85.

⁷¹ Puede verse nuestro trabajo, "La autonomía de la voluntad en el contrato individual de trabajo con elementos internacionales", Revista del Derecho Comercial, 2.010-B, Año 43, Abeledo Perrot.

⁷² Id. Nota N° 101.

⁷³ JAYME, E., "Le droit international privé du nouveau millénaire", Recueil des Cours, Academia de La Haya, 2000, t. 282, págs. 13-40, esp. pág. 31.

⁷⁴ MENICOCCI, A. A., Ponencia: La autonomía conflictual en el estatuto personal, XXIV Congreso de Derecho Internacional de la A.A.D.I., Rosario, 2012.

⁷⁵ VISCHER, F., ob. cit. pág. 132.

⁷⁶ PICONE, P., ob. cit.. pág. 188.

De allí que el legislador limite su ejercicio a cuestiones determinadas, a derechos que presupone justos, precise el momento que puede ejercerse (*post litem natam*, por ej.) o establezca derecho/s que funcionen como tope mínimo.

La combinación del poder regulador de las personas y los límites legislativos optimizan el resultado entre: los derechos fundamentales, la previsibilidad y el paradigma protectorio.

4) Interacción

Hasta aquí hemos enunciado cada uno de los mecanismos en forma individual, pero lo cierto es que a la hora de resolver un caso concreto, actúan en conjunto, de allí su interacción.

Debido a las modificaciones apuntadas, que podemos sintetizar en la orientación material, parecería que la aplicación simultánea de dos o más razonamiento resulta en una primera aproximación abstracta.

“No es posible hacer funcionar el método de elección flexible sin una adecuada tarea comparativa y una ulterior decisión sobre un criterio material creador de una solución del caso”⁷⁷. La norma de conflicto de carácter material subordina la producción del efecto buscado a la aplicación formal de una u otra ley designada, en instauración de reparticiones, hacia la jerarquización de carácter funcional entre dichas leyes⁷⁸.

El principio de proximidad se configura como una modalidad de designación de la ley aplicable que opera en el interior del método tradicional y tiende solamente a concretizar y a especificar, en los casos particulares y/o excepcionales, el funcionamiento⁷⁹.

Si la norma de conflicto contiene una elección alternativa, es decir, que considerada la solución de fondo del caso sin hacer jugar las normas de Derecho Internacional Privado, el reenvío que parte del presupuesto de razonamiento con las normas de conflicto quedaría fuera.

Al incorporarse un método de coordinación inexistente hasta el presente en el derecho argentino, la cláusula de excepción, debemos cuestionarnos sobre la interacción entre ella y el resto de las herramientas.

⁷⁷ BOGGIANO, A., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Abeledo-Perrot, 2000, pág. 56.

⁷⁸ PICONE, P., “Les methode de coordination entre ordres juridiques en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1999, t. 276, págs 15 y ss., esp. 92.

⁷⁹ PICONE, P., *ob. cit.*, pág. 81.

El fundamento y el sentido del reenvío es lograr el objetivo de la coordinación de sistemas. La única distinción que se produce entre los autores es que: a) sostienen que la coordinación que realiza el reenvío presenta méritos suficientes para que se erija en principio general, sin perjuicio de admitir algunas excepciones, y b) consideran que la admisión del reenvío sólo debe darse como excepción en ciertos casos bien determinados. En la primera línea de pensamiento, enumeran como excepciones a la regla general, los casos en los que está en juego una norma de conflicto que no responde al modelo tradicional sino que es “materialmente orientada”. Otra situación de exclusión es cuando la ley aplicable es determinada mediante la ponderación de un conjunto de índices apropiados que exige la intervención del criterio valorativo del juez. Tampoco es procedente esta técnica cuando el legislador ha previsto una cláusula escapatoria como correctivo de una primera designación que no satisface suficientes lazos de proximidad⁸⁰. Sin embargo es admitido en una forma particular, aquel reenvío denominado *in favorem*, no permite la aplicación de una ley diferente (del foro o de otro Estado) salvo que dicha ley se asegure ser “más favorable” a la realización del efecto buscado⁸¹.

El Código coordina la autonomía de la voluntad con el reenvío (art. 2596) y la cláusula de excepción (art. 2597), ambos son excluidos, y en el primero con la salvedad que la partes estipulen lo contrario. Una norma clara en orden al establecimiento de pautas de articulación⁸².

En síntesis, existe una fuerte tendencia a marcar también la autonomía del principio de proximidad en relación al método tradicional⁸³, haciendo valer esencialmente dos argumentos: a) el hecho que mediante tal principio se hace posible la “derogación” a la puesta en marcha de las soluciones de conflictos ordinarias y/o normales; b) el hecho que la designación del derecho aplicable deja de lado en tales casos por definición la posible aceptación del reenvío⁸⁴.

⁸⁰ NAJURIETA, M. S., *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, Córdoba, 2004, pág. 49.

⁸¹ PICONE, P., ob. cit. pág. 97, 99 y ss.

⁸² Puede consultarse el primer fallo en la materia proveniente del Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, publicado en ED, 7/6/2016, con comentario de MENICOCCI, A., “El régimen de alimentos en el derecho internacional privado en fuente interna y un debut previsible de la cláusula de excepción”.

⁸³ LAGARDE, P., “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueil des Cours*, 1986, t. 196, págs. 9 y ss., pág. 95.

⁸⁴ LAGARDE, P., “Le principe de proximité...”, ob. cit., esp. págs. 40, 76 y 95.

V.- Jurisdicción

a) En general

La norma de jurisdicción otorga competencia a los jueces próximos al caso, sin embargo tampoco es neutral, se elige el juez que mejor pueda garantizar el debido proceso. En ocasiones se autolimita la jurisdicción porque la defensa se puede garantizar mejor en otro foro (*forum non convenies*)⁸⁵.

Todo el proceso está presidido por esa garantía de tutela jurisdiccional. La Corte ha sostenido que “los tratados sobre derechos humanos establecen el derecho a toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial” (in re “Aparicio, Ana Beatriz y otros, sentencia del 21 de abril de 2015, consid. 18).

El Código Civil y Comercial ha venido a colmar las lagunas en esta materia y ha plasmar criterios jurisprudenciales de alto valor. Soluciona conflictos positivos y negativos de jurisdicción. El primero mediante la consagración legislativa del célebre caso Vlasov (CSJN, del 25 de marzo de 1960, LL, 98-277), en el foro de necesidad general del artículo 2602 y el especial del 2619.

Mientras que los conflictos positivos de jurisdicción se traducen en la litispendencia internacional, que el Código procura mitigar mediante la coordinación de los procesos extranjeros y argentinos desde una perspectiva local (art. 2604).

La redacción aumenta su complejidad, nótese que la norma citada que en materia de ausencia con presunción de fallecimiento (2619) utiliza un sistema en cascada cuya última posibilidad es la jurisdicción argentina, el único foro subsidiario del sistema.

Evidenciamos, a su vez, un paralelismo entre foro e *ius*. El correlato entre la competencia judicial y legislativa en materia de estatuto personal, por ejemplo, se muestra oportuna frente a la tendencia *cuasi* generalizada de aplicar la ley del foro⁸⁶. A veces es el foro que sigue al derecho otras a la inversa⁸⁷.

Las normas de jurisdicción del Código muestran un deseado equilibrio entre foros generales y especiales; entre foros concurrentes y exclusivos; con un marcado interés protectorio.

La norma general del artículo 2650 consagra un criterio atributivo de jurisdicción universalmente aceptado: el domicilio o residencia habitual del demandado. Su carácter

⁸⁵ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., pág- XX.

⁸⁶ AUDIT, B., ob. cit., pág. 352.

⁸⁷ ROMANO, G. P., “La bilateralité éclipse par l’ autorité. Developpements récenos en matière d’état des personnes, Rev. Crit. DIP, 95 (3), 2006, pág. 457 y ss.

general deviene en su expansión en todo el sistema normativo argentino, colmando cualquier laguna, o bien en función concurrente, con la clara ventaja de proteger el derecho de defensa tanto procesal como sustancial.

La relación entre criterios atributivos general y especial puede hallarse en materia de contrato, el artículo 2650 y la especial, en contratos de consumo, art. 2654).

La mayoría de sus normas presentan jurisdicciones concurrentes, entre las cuales el foro del domicilio del demandado o su residencia habitual reviste una constante (arts. 2621, 2627, 2629, 2631, 2643, 2650, 2654, 2656, 2658 y 2666). El resultado es la habilitación de una pluralidad de foros que facilitan el acceso a la jurisdicción, que solo se encuentra limitada en supuestos excepcionales de jurisdicción exclusiva, señalados en la norma general del art. 2609 y en las especiales: art. 2606, 2633 y 2654, ya que el consumidor solo puede ser demandado ante los jueces de su domicilio.

En materia alimentaria, además de la concurrencia jurisdiccional, se receptan dos criterios atributivos de fuente convencional, el foro del patrimonio de la CIDIP IV y el *forum actoris*; ambos con un evidente interés protectorio.

En grandes líneas, el juez argentino ha de ser estricto al asumir jurisdicción, a fin de no caer en una jurisdicción exorbitante, pero no inflexible en casos de excepcional gravedad o peligro de denegación internacional de justicia, porque en ambos supuestos conculcaría derechos fundamentales.

En el conflicto de jurisdicciones, se expande el fenómeno del forum shopping, que encuentra su sanción en la protección del derecho de defensa y del debido proceso y su límite en la falta de reconocimiento, sin necesidad de invocar la excepción de fraude⁸⁸.

b) En particular

En cuanto al acceso a una jurisdicción neutral, se ha avanzado notoriamente en aquellos casos en los cuales actúa un Estado Nacional, una Organización Internacional y el particular quedaba vulnerable. Al consagrarse el criterio restringido de inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros (Ley 24.488) se permite el acceso a la jurisdicción. Aún resta profundizar en la inmunidad de ejecución⁸⁹. Por su parte la inmunidad de las Organizaciones Internacionales fue acotada jurisprudencial y

⁸⁸ NAJURIETA, M. S., *Coordinación de ordenamiento...*, ob. cit. en nota N° 51.

⁸⁹ Puede verse el trabajo de nuestra autoría, "Inmunidad de Ejecución", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Editorial Desalma N° 197, Pag. 163 a 171, Marzo de 2.002.

doctrinalmente⁹⁰, aquí el peligro de desprotección es mayor ante la carencia absoluta de jurisdicción alternativa. En la misma línea, la comunidad internacional creó un fuero arbitral para que los particulares reclamen contra los Estados en materia de inversiones (CIADI). También se abren posibilidades a la participación de asociaciones o personas físicas en el sistema de resolución de conflictos de la Organización Mundial del Comercio⁹¹.

Todas ellas son claras muestras de los avances hacia una tutela judicial efectiva.

En una dimensión internacional, además de la fuente convencional, encontramos la creación de jurisdicciones supraestatales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Penal Internacional y aquellas de los procesos de integración, aunque en el que integra nuestro país, el MERCOSUR, todavía los particulares tienen vedado su acceso directo. La característica común es la atribución de *iurisdictio* y la carencia de *imperium*. De allí que se propicie la creación un nuevo sistema jurídico internacional que pueda proporcionar una jurisdicción en la cual sus jueces o árbitros dispongan de ambas en el ámbito internacional e interno de los Estados, basada en la teoría jurídica de la soberanía de la tercera generación⁹².

c) El proceso

También para el trámite procesal las normas de derechos humanos establecen criterios específicos que deben respetarse cualquiera sea la jurisdicción y la correspondiente ley aplicable al proceso. Kinsch se refiere a un orden público del proceso regido por la *lex fori* que resulta insusceptible de comparación con el orden público de fondo⁹³ y que requiere estricto cumplimiento a la garantía del debido proceso, como estándar mínimo de los derechos humanos.

En síntesis, se trata de consagrar un amplio acceso a la jurisdicción⁹⁴, como derecho humano fundamental con ***clara nota de universalidad*** (según lo apuntamos en II), pues en los últimos tiempos abarca ciertas instituciones procesales, como el derecho

⁹⁰ Puede ampliarse en RABINO, M. C., “Inmunidad de Jurisdicción en las Organizaciones Internacionales”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Desalma N° 189/192, Pág. 541 a 562, Diciembre del 2.000.

⁹¹ Ver nuestro trabajo, “El Acuerdo de Marrakech (OMC) versus los derechos de los ciudadanos argentinos: aplicación directa y vías de reclamo”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 2.011, Año 44, Abeledo Perrot, pág. 867/879.

⁹² ARBUET-VIGNALI, H., “Actuales carencias de las jurisdicciones internacionales”, en Derecho Procesal Transnacional, Ed. Abaco, 2012, págs. 33/56, esp. págs. 41 y 55.

⁹³ KINSCH, P., ob. cit., pág. 293.

⁹⁴ PINTO, M., ob. cit., pág. 136.

a la jurisdicción, el amparo, el hábeas corpus, etc.⁹⁵, que se han incorporado a los estatutos supranacionales (arts. 7, 8, 9 y 25, Pacto de San José) por lo que el pleito se ha convertido en un instrumento para concretar uno de los derechos trascendentes del hombre, el *derecho a la justicia*⁹⁶.

VI.- Cooperación jurídica internacional⁹⁷

a) En general

También nos preguntamos si los Tratados de Derechos Humanos contienen normativas referidas a la cooperación judicial internacional.

Nuestra búsqueda nos arroja que la Carta de Naciones Unidas es la primera norma positiva que consagra la cooperación internacional como una pieza clave del orden jurídico-político a instaurarse. En su art. 1:3 enuncia el propósito de *realizar la cooperación internacional... en el desarrollo y el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*. La Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, en su art. 26 dispone: *“Los Estados Partes se comprometen a adoptar las providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica; para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos... en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa y otros medios apropiados”*. La Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo reconoce *“la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños...”*. Por su parte en el ámbito del MERCOSUR, hacen lo propio el Protocolo de Asunción sobre compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR (Decisión N° 17/05) y la creación del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos mediante la Decisión N° 14/09⁹⁸.

⁹⁵ CIDH, caso “García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”, sent. Del 25/11/2005, serie C, n° 137, 112.

⁹⁶ HITTERS, J. C., “El debido proceso y la responsabilidad internacional del estado y en particular la de los jueces”, en Derecho Procesal Transnacional, Ed. Abaco, 2012, págs. 57/84, esp. pág. 60.

⁹⁷ Este punto tiene como base nuestra ponencia, “La cooperación jurídica internacional: sus fuentes y los Derechos Humanos”, presentada en el XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional de la A.A.D.I., La Plata, 26 al 28 de septiembre de 2013.

⁹⁸ SOTO, A. M.- FLOREAL GONZALEZ, F., *Manual de Derecho de la Integración*, La Ley, 2011, pág. 327 y ss.

La cooperación aludida resulta un término amplio que comprende todo tipo de cooperación, incluida la judicial; y requiere de la adopción de mecanismos que permitan controlar su efectividad⁹⁹.

Reviste el carácter de una obligación estatal y se trata de una obligación *erga omnes* “de resultados” y no de “medios”. Los efectos jurídicos que se derivan de esta característica son varios: no resulta aplicable el principio general de derecho que establece que cuando una de las partes incumple obligaciones a su cargo, la otra queda liberada de las propias; de allí que la violación de las disposiciones del tratado no sea causal de denuncia ni de terminación (Convención de Viena de 1969, art. 60.5); la aceptación de las reservas formuladas es sin efecto respecto de la calidad de parte en el tratado; y las personas sujetas a la órbita de la jurisdicción estatal son sus beneficiarios directos, de allí el carácter de obligación interna además de internacional.

b) En Derecho Internacional Privado

Por su parte la cooperación en el Derecho Internacional Privado se ciñe a la jurídica y se ha convertido en la herramienta estelar para superar las diferencias entre los sistemas jurídicos.

Las tradicionales soluciones del conflictualismo de leyes y de conflicto de jurisdicciones son impotentes muchas veces para superar la fragmentación derivada del fenómeno de las fronteras y para permitir la articulación de dos o más ordenamientos jurídicos¹⁰⁰.

Jayme señala que: “*una nota característica del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo es el rechazo a soluciones abstractas o dogmáticas y el recurso a la colaboración práctica entre autoridades competentes de distintos países que puedan lograr resultados satisfactorios mediante la relación directa entre jueces o gracias a la acción conjunta de autoridades especializadas*”¹⁰¹.

Nuevamente la cooperación internacional no es neutra, tiene por finalidad garantizar la vigencia de los derechos fundamentales¹⁰².

⁹⁹ PINTO, M., ob. cit., pág. 119.

¹⁰⁰ NAJURIETA, M. S., *Cooperación Jurisdiccional Internacional en conflictos relativos a los niños. Desplazamientos y retención ilícitas, obstáculos al mantenimiento de relaciones personales con los progenitores, cobro de alimentos*, Relato de las VI Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado de la A.A.D.I., Mendoza, 2.007, disponible en www.aadi.org.ar.

¹⁰¹ JAYME, E., “Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 251, 1995, págs. 9/268, esp. págs. 257 y 258.

¹⁰² NAJURIETA, M. S., ob. cit. en nota N° 100.

Entendida como toda actuación procesal desplegada en un Estado al servicio de un proceso incoado o a incoarse en otro¹⁰³. Tomaremos su concepción más amplia, abarcativa de todas sus denominaciones¹⁰⁴ y contemplativa de todas las situaciones¹⁰⁵. La cooperación debe ser tanto formal como material¹⁰⁶.

Argentina cuenta con una rica trama de instrumentos internacionales de rango universal, regional y bilateral, tanto de índole general como referidos a procesos autónomos de cooperación (el cobro de alimentos¹⁰⁷, la sustracción o retención internacional, etc.). Abundante es la fuente convencional en materia de cooperación penal, donde además contamos con la Ley 24.767 de aplicación subsidiaria.

El Código Civil y Comercial establece la obligación de los jueces argentinos de cooperar en forma amplia (art. 2611) y le permite mantener comunicación directa con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso (art. 2612).

Ambas normas denotan una importante innovación y aportan flexibilidad, la primera al establecer una manda general y la segunda al dotar un instrumento *ad-hoc* que habilita una vía de cooperación antes inexistente. Dichas normas permiten auxiliar todo tipo de proceso, aún en el marco de una fuente internacional, y al ubicarse en la parte general se trasladan a toda norma especial, incluso a la insolvencia transfronteriza, donde la Ley Modelo de la CNUDMI la consagra en los artículos 25 a 27, Rouillon la ha calificado de “revolucionario” el llamado a la comunicación abierta y directa entre jueces y síndicos y ha afirmado que es la mayor garantía de lograr éxito en su finalidad de “establecer mecanismos eficaces”¹⁰⁸ para coordinar procesos en distintos países¹⁰⁹.

¹⁰³ TELLECHEA BERGMAN, E., “La cooperación jurisdiccional internacional con especial referencia al ámbito del MERCOSUR y al derecho uruguayo”, DeCita, 2.005, págs. 359/397.

¹⁰⁴ GOLDSCHMIDT, W., *Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2.002, págs. 429 y ss. CIURO CALDANI, M. A., “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997. UZAL, M. E., “Algunas reflexiones sobre temas de derecho procesal internacional”, La Ley, 1988-E, 1075/1080. TELLECHEA BERGMAN, E., ob. cit., quien excluye al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. FEUILLADE, M. C., “Concepción normológica de la problemática científica de la cooperación jurisdiccional internacional de primer y segundo grado”, Investigación y Docencia N° 41, Rosario, 2008, págs. 49/60.

¹⁰⁵ Debemos entender por reconocimiento no solamente decisiones judiciales o administrativas sino también mero actos de registro, a fin de incluir cualquier intervención de una autoridad determinada como condición necesaria para crear, constituir, declarar o modificar el estatuto personal.

¹⁰⁶ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., pág. XVII.

¹⁰⁷ Ver nuestro trabajo, “El cobro de alimentos y la cooperación internacional”, en Anuario Argentino de Derecho Internacional XVII, 2008, págs. 101 y ss.

¹⁰⁸ ROUILLON, A., Cooperación internacional en materia concursal. La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre insolvencia transfronteriza, LL, t-2002-D, págs. 998/1009, esp. pág. 1002 y 1007.

Nótese que en materia de quiebras, donde carecemos de fuente convencional, el diálogo entre jueces se afianza en pos de superar la carencia normativa y de la búsqueda de soluciones efectivas¹¹⁰.

En otro orden, y mediante la utilización de las últimas tecnologías (IberRed –ver punto VI c) B)) se procura fomentar un diálogo horizontal y directo entre jueces nacionales. En algunas materias de cooperación como penal y niños ha demostrado su utilidad y ha vencido la desconfianza. En consecuencia va adquiriendo paulatinamente el rango de costumbre internacional. ALI, mediante su Comité de Litigio Internacional propone su extensión a todo tipo de materias¹¹¹.

El Código contempla las medidas provisionales y cautelares en general (art. 2603) y en especial (arts. 2641 y 2642, párr. 3º); igualdad de trato (art. 2610) y asistencia procesal (art. 2612). Se ha perdido la oportunidad de contar con normas uniformes sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, pero poseemos normas de reconocimiento autónomas como los artículos 2631 in fine y 2634 sobre filiación; el 2637 en materia de adopción; y 2640 in fine sobre responsabilidad parental.

La Corte Europea de Derechos Humanos se ha expedido en varios casos referidos a cooperación internacional en materia de niños¹¹² y en materia de reconocimiento¹¹³. En los primeros la Corte de Estrasburgo ha reforzado la obligación de reintegro en el marco de la Convención de La Haya sobre sustracción internacional con una abundante jurisprudencia, considerando como violación al art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos al fallar en adoptar las medidas para asegurar el pronto regreso del niño en evidente violación de las obligaciones¹¹⁴. Asimismo ha mitigado el control de

¹⁰⁹ UZAL, M. E., “Cooperación internacional en materia de insolvencia transfronteriza en procesos de reorganización”, en Derecho Procesal Transnacional, Ed. Abaco, 2012, págs. 541/553.

¹¹⁰ Véase especialmente el caso Multicanal, comentado por esta autora en trabajo citado en la Nota Nº 70, “El acuerdo preventivo extrajudicial...”.

¹¹¹ ALI, 68º Conferencia, Londres, 2.000, “*La corte original puede comunicarse directamente con la corte alternativa por cualquier aplicación referencial en orden a obtener información relevante para su determinación... donde tal comunicación es permitida por sus respectivos Estados. Los Estados son alentados a permitir a sus jueces a hacer, y responder también, tales comunicaciones. Cualquier comunicación deberá ser solicitada por las partes o de oficio. Cuando los jueces actúen de oficio, deberá notificarse a las partes y brindarles la información obtenida. La corte original puede comunicarse por escrito u oralmente y debe hacer en un idioma aceptable para la corte alternativa*”.

¹¹² SILBERMAN, L. J., “The Hague Children’s Conventions”, Recueil des Cours, Academia de La Haya, año 2.006, págs. 271/467, esp. 375/383, 420/427, 455/457.

¹¹³ Ver, en particular, TEDH, 29 abril 2008, as. 18648/04, MacDonald c/ Francia, y 3 mayo 2011, as. 56759/08, Négrépontis-Giannisis c/ Grecia.

¹¹⁴ Ver del mismo tribunal: “Silvestre v. Austria”, Nº 36812/97 y 40104/98, año 2.003; “Ignaccolo-Zenide v. Rogmania”, Nº 31679/96, año 2.000 y “Monory v. Romania and Hungary”, Nº 71099/01, año 2.005; “Iglesias-Gil et AUI c. Espagne”, Nº 56673/00, año 2003; “Marie c. Portugal”, Nº 48206/99, año 2.003;

competencia al sostener que en casos de reconocimiento y ejecución “*de cualquiera que sea la jurisdicción del cual provenga*”, la negativa estatal de cooperar vulnera la garantía del debido proceso¹¹⁵.

Como consecuencia de la influencia de los Derechos Humanos en materia de cooperación judicial internacional, la doctrina ha propuesto una cooperación materialmente orientada a fin de su efectivización¹¹⁶; y hasta ha llegado a proponer un reconocimiento *cuasi* automático en derecho de familia, abandonando la mayoría de los controles tradicionales¹¹⁷.

Parecería que no están dadas las condiciones para receptor la postura de Bucher, calificada por Kinsch como radical y revolucionaria. En los procesos de integración más avanzados como la U.E. cuentan con un sistema de libre circulación, conocida como la quinta libertad, de documentos como un reconocimiento automático de resoluciones judiciales, basado en la confianza recíproca, la eliminación del control de competencia, la simplificación de formalidades y procedimientos; y avanza en una armonización progresiva¹¹⁸. Sin embargo, la Corte de Justicia de la U.E. ha elegido, hasta ahora, la salvaguarda del derecho de defensa antes que la libre circulación de sentencias¹¹⁹.

La competencia indirecta debe dejar lugar a criterios flexibles para la verificación de la competencia judicial extranjera, respetando siempre los pilares en los cuales descansa todo sistema de conflicto de jurisdicciones; la concurrencia de foros, la competencia razonable (no exorbitante) del juez de origen y los derechos fundamentales. Puede recurrirse a dos postulados de Boggiano: el reenvío de jurisdicción y el multilateralismo crítico¹²⁰.

“Bianchi s. Suisse”, N° 7548/04, año 2006; “Paradis c. Allemagne”, N° 4783/03, año 2.005; “Eskinazi et Chelouche c. Turquie”, N° 14600/05, año 2005; “Gettcliffe et Grant c. France”, N° 23547/06, año 2.006; “Guichard c. France”, N° 56838/00, año 2.003; “Lindberg c. Suède”, N° 48198/99, año 2.004; Bosphorus c. Ireland”, N° 45036/98, año 2.005 y en materia de alimentos: “Hussin c. Belgique”, N° 70807/01, año 2.004.

¹¹⁵ Hornsby c. Grece, 19 de marzo de 1997; Iera Moni Profitou Ilion Thiras c. Grece, N° 32259/02, del 22 de diciembre de 2005, esp. párr. 35.

¹¹⁶ JAYME, E., ob. cit., págs. 9 y ss.

¹¹⁷ BUCHER, A., “La familia en droit international privé”, Recueil des Cours, Academia de La Haya, 2.000, T 283, págs. 9 y ss., esp. 96/115.

¹¹⁸ POCCAR, F., “Notas sobre el Reglamento Comunitario Europeo N° 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, en Derecho Procesal Transnacional, Ed. Abaco, 2012, págs. 555/575, esp. 557 y 573.

¹¹⁹ KINSCH, P., ob. cit. págs. 318 y ss.

¹²⁰ BOGGIANO, A., *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2000, pág. 298 y ss.

Asimismo en la prevención de actos claudicantes, el Derecho Internacional Privado posee sus propias técnicas de validación¹²¹. La falta de reconocimiento en el foro de una situación constituida en el extranjero sin ningún tipo de contacto con el foro al momento de su constitución, significaría un incumplimiento de los derechos humanos difícilmente justificable. En el otro extremo, la falta de reconocimiento frente a una situación adquirida en el extranjero con fuertes vínculos con el Estado requerido, a tal punto de ser evidente para las mismas partes (sin llegar a emitir un juicio de favor sobre situaciones fraudulentas), estaría justificada. Sin embargo, el problema más complicado son las situaciones intermedias, caracterizadas por los fuertes vínculos con el Estado requerido, adquiridas en otro Estado y con amplias expectativas de las partes, quienes jamás podrían esperar su rechazo. Sobre este punto Kinsch, a raíz de un caso de matrimonio putativo, propone dejar de lado soluciones esquemáticas, en las cuales el juego del principio de proporcionalidad debe ser afinado y tomar conciencia del grado de gravedad que la falta de reconocimiento produce¹²². Picone lo entiende como “derechos adquiridos en el extranjero” que puede presentarse como un conflicto móvil, de una cuestión previa, o de la aplicación de la *lex fori*, mediante el control de orden público¹²³. Cualquiera fuera, podrá recurrirse a los mecanismos correctivos vistos en el punto IV, 3) o a la cláusula de excepción (art. 2597 CCyC), sin perder de vista que determinados ámbitos se muestran más sensibles y plantean dificultades significativas, particularmente aquellos vinculados con sistemas jurídicos con marcadas diferencias¹²⁴.

c) *Soft law*

El fraccionamiento interpretativo y en consecuencia aplicativo de la norma de fuente internacional uniforme fue el motivo de desarrollo de distintas herramientas de superación. En este sentido, varios foros productivos como la Conferencia de La Haya han puesto en funcionamiento una base de datos jurisprudencial, han buscado coordinar las funciones de las Autoridades Centrales mediante reuniones periódicas, han emitido recomendaciones, dictámenes, resoluciones, códigos de conducta, principios, guías de

¹²¹ Por ejemplo: la protección de los derechos adquiridos, el método de la referencia al orden jurídico competente, situaciones generadas en el extranjero sin contacto con el foro, distinción entre foro de juzgamiento y foro de razonamiento, la cuestión previa, la solución al conflicto móvil, entre otros.

¹²² KINSCH, P., ob. cit., esp. 126/7.

¹²³ PICONE, P., ob. cit. págs. 227 y ss.

¹²⁴ Puede consultarse la reseña jurisprudencial de AUDIT, B., “Le droit international privé...”, ob. cit. págs. 125 y ss.

buenas prácticas, manuales para su correcta aplicación y leyes modelo¹²⁵, entre otros. Todo lo cual se pone en funcionamiento mediante la recepción de las nuevas tecnologías, un claro ejemplo lo encontramos en el e-APP (apostilla electrónica)¹²⁶.

En paralelo se han conformado nuevos foros dedicados específicamente a la cooperación como:

- A) REMJA (Reunión de Ministros de Justicia de las Américas) en el ámbito de la OEA, cuya primera reunión se celebró en Buenos Aires en 1997, donde abordaron la problemática de la cooperación penal y frente al éxito de las medidas adoptadas posteriormente han ampliado el campo de cooperación en otras temáticas como: derecho de familia y derecho de la infancia, propiciando la ratificación de las convenciones existentes en el ámbito de CIDIP y la designación de sus respectivas Autoridades Centrales. En la reunión del año 2008 estableció una red de Autoridades Centrales para permitir una cooperación jurídica continental en dichas materias y ha recomendado a los Estados americanos ratificar la Convención de La Haya sobre alimentos del año 2.007. Otro dato de interés sobre sus actividades es que a su propuesta, la OEA creó el Centro de estudios de la justicia de las Américas con sede en Santiago de Chile¹²⁷.
- B) COMJIB (Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos) nuclea a todos los Estados latinoamericanos junto a España y Portugal. Entre sus desarrollos podemos destacar: Estatuto del Juez Iberoamericano (2.001), Carta de los Derechos de Usuarios de la Justicia (2.002), Código Iberoamericano de Ética Judicial (2.006), Red Iberoamericana de Asistencia Judicial (IberRed, 2.004), Programa Iberoamericano de Acceso a la Justicia (2.010), Convenio Iberoamericano sobre el uso de videoconferencias (2.010), Portal Iberoamericano de Justicia Electrónica, Manual Operativo de Cooperación Iberoamericana, Manual de Buenas Prácticas, etc.
- C) MERCOSUR: Comisión técnica de cooperación jurídica.

¹²⁵ RUBAJA, N., *Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectivas desde el ordenamiento jurídico argentino*, Ed. Abeledo Perrot, 2.012, págs. 60/62; quien referencia sobre el particular la Ley Modelo para la Implementación y Puesta en Práctica de Manera Uniforme de las Convenciones de La Haya y la Interamericana en la especie.

¹²⁶ FERNANDEZ ARROYO, D., “Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días”, elDial.com - DC1620, Publicado el 24/06/2011 .

¹²⁷ ARRIGHI, J.-M., “L’OEA et le droit international”, Recueil des Cours, Academia de La Haya, año 2.011, T 355, págs. 392 y ss., esp. 413/17.

- D) Propuesta para una Ley Modelo Latinoamericana para juicios internacionales¹²⁸, Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica¹²⁹ y Propuesta de Principios Procesales de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).
- E) Principios del proceso civil transnacional (que incluye principios y reglas del año 2005) elaborados por ALI-UNIDROIT¹³⁰, todos ellos relevantes en materia de cooperación, sin perjuicio de destacar sus últimos dos artículos que textualmente rezan: “*Art. 30. Reconocimiento: Una sentencia definitiva dictada en otro foro en un proceso sustancialmente compatible con estos Principios debe ser reconocida y ejecutada, salvo que razones de orden público material dispusieran lo contrario. Las medidas provisionales deben ser reconocidas en los mismos términos. Art. 31. Cooperación judicial internacional: Los tribunales de un Estado que ha adoptado estos Principios deberán prestar asistencia a los tribunales de cualquier otro Estado en los que se esté desarrollando un procedimiento de conformidad con estos Principios, incluida la concesión de medidas cautelares y provisionales y la cooperación en la identificación, conservación y producción de pruebas*”¹³¹.

Todo lo cual ha conformado en un verdadero *soft law* en materia de cooperación que viene a completar al *hard law* a los fines justamente de favorecerla¹³².

El *soft law* carece de coactividad, sin embargo constituye una referencia importante para los operadores jurídicos¹³³. Entre sus ventajas se ha considerado que genera un derecho flexible y evita los problemas propios del derecho de los tratados: ratificaciones, denuncias, reservas, etc.¹³⁴.

La costumbre y los principios generales del derecho poseen una plasticidad y poder de expansión extraordinario en una época de globalización con tecnología

¹²⁸ DAHL, H. S., “Propuesta para una Ley Modelo Latinoamericana para juicios internacionales”, DeCita 3, Zavalía, 2.005, págs. 392/99.

¹²⁹ SOSA, G. L., “El proyecto de código procesal civil modelo para Iberoamérica: normas internacionales”, disponible en <http://www.bibliotecajuridica.org/libros/2/592/28.pdf>

¹³⁰ Comienzan diciendo: “*Estos principios son estándares para la solución jurisdiccional de los litigios comerciales transnacionales. También pueden ser útiles para resolver otros tipos de litigios de naturaleza civil y servir de base a las futuras iniciativas de reforma del proceso civil*”.

¹³¹ DREYZIN DE KLOR, A., A., ob. cit.

¹³² SILBERMAN, L. J., ob. cit., pág. 465/66.

¹³³ DREYZIN DE KLOR, A – SARACHO CORNET, T., Trámites judiciales internacionales, Ed. Zavalía, 2005, pág. 16.

¹³⁴ RUBAJA, N., ob. cit., págs. 60/62.

creciente. Se trata de un poder de generación en primer término y posterior cristalización¹³⁵.

d) Cooperación *in favorem*

A la luz del criterio *pro homine* que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria¹³⁶. En tanto funcionan como un derecho mínimo y subsidiario, el derecho interno opera en todo cuanto amplía, acrece y mejora.

La cooperación internacional nacida en la cortesía adquirió el rango de fuente del Derecho Internacional en tanto costumbre¹³⁷, para luego transformarse en una obligación internacional tras la multiplicidad de tratados suscriptos (*pacta sunt servanda*)¹³⁸ y actualmente en materia de Derechos Humanos se ha convertido en una obligación *erga omnes*¹³⁹ y de resultado.

VII.- A manera de corolario.

Podemos señalar que:

- 1) Las distintas ramas del derecho involucradas¹⁴⁰ han abandonado sus compartimentos estancos para vincularse¹⁴¹, cada uno interfiere en el otro, lo condiciona y lo transforma, obliga a replantearse no solamente los conceptos básicos, en su relación recíproca, sino también los cambios profundos que sus relaciones provocan¹⁴².
- 2) El Derecho Internacional Privado queda impregnado por los Derechos Humanos, quienes producen una influencia de tal magnitud que transforman

¹³⁵ TRAVIESO, J.A., ob. cit., pág. 936.

¹³⁶ PINTO, M., ob. cit., pág. 81.

¹³⁷ Tellechea Bergman, E., “La cooperación jurisdiccional internacional con especial referencia al ámbito del MERCOSUR y al derecho uruguayo”, DeCita 2005, pág. 359 y ss, esp. 361/62.

¹³⁸ Chemillier-Gendreau, M., ob. cit., pág. 32.

¹³⁹ Pinto, M., ob. cit. pág. 58.

¹⁴⁰ BOGGIANO, A., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, pág. 1 y ss, postula la tesis “*ius inter iuria*”.

¹⁴¹ FERNANDEZ ARROYO, D., “Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público”, elDial.com - DC18BA Publicado el 22/06/2012.

¹⁴² ESCALANTE PIZA, R. E., ob. cit. pág. 182.

todos y cada uno de sus mecanismos de razonamiento dejando de lado los silogismos puros basados en criterios de proximidad objetiva entre el caso y el derecho, entre el caso y la jurisdicción; y pasa a teñirse materialmente en procura de brindar tutela efectiva a los derechos humanos involucrados.

- 3) Se advierte la multiplicidad de fuentes, internacional e interna, formal e informal, todas coadyuvan a favorecer la protección de los derechos humanos. Y a ellas se suma el progresivo avance de la autonomía de la voluntad, en claro respeto del paradigma protectorio de la persona.
- 4) *“Por lo general, actuar dentro de un sistema de normas jurídicas es como construir un castillo, una imagen que en la complejidad del proceso elaborador revela la necesaria conjunción de varios factores para obtener el resultado. En realidad, para la construcción de un castillo es condición necesaria pero no suficiente que tenga torres. De la misma manera para la construcción o la formación del derecho, es **condición necesaria aunque no imprescindible la existencia de normas**. Los ladrillos y las piedras no forman el castillo hasta que estén integrando un plan homogéneo, que forma lo que es el castillo en su estructura y funciones. El castillo será en definitiva la suma de diversos elementos, todos debidamente unidos en la argamasa del conjunto. Una vez que todos los elementos que lo integran se hallen unidos dentro un concepto determinado, nos hallaremos en presencia de un verdadero castillo. En caso contrario se trataría sólo de elementos separados, sin dar idea de conjunto: un castillo de naipes.”*¹⁴³
- 5) Cabe a los operadores jurídicos ponderar todas las fuentes a su alcance a fin de garantizar los derechos humanos mediante una adecuada y favorable elección del derecho aplicable, arrogación de competencia y cooperación efectiva.
- 6) En esta búsqueda de la convergencia en lugar de la discordancia, y de la sincronización en vez de la oposición o del recelo; se perfila un andamiaje jurídico de compleja estructura que va mucho más allá de una norma expresa.

¹⁴³ TRAVIESO, J. A., ob. cit, pág. 934/35.

- 7) Un sistema de derecho en un estado democrático debe interpretarse de tal modo que logre completitud y quede cerrado a través de dos fuentes: “la interna y la internacional”¹⁴⁴.
- 8) A más de un siglo después que se expuso el método conflictual se puede afirmar que carece de un mecanismo abstracto¹⁴⁵ y lejos de entrar en crisis¹⁴⁶, se muestra enriquecida por la mentada influencia.
- 9) “*El juez con su jurisprudencia es el que cuida que la construcción del castillo tenga bases, fundamentos y medios suficientes para hacerlo coherente y homogéneo. Pero el juez es algo más: es el que nos permite salir del laberinto iluminando la oscuridad y haciendo clara la penumbra*”¹⁴⁷. En este camino alcanza su máximo vigor la relación entre Derecho Internacional Privado, Derechos Humanos y activismo judicial¹⁴⁸.
- 10) De allí que además de la orientación material, las soluciones se encuentran necesariamente impregnadas de equidad.

No olvidar, como sostuvo el juez Anthony M. Kennedy¹⁴⁹, que “la naturaleza de la injusticia es tal que no siempre podemos verla en nuestro tiempo”.

¹⁴⁴ BIDART CAMPOS, G., “La interpretación de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Internacional y en la jurisdicción interna”, ED, 159-914.

¹⁴⁵ AUDIT, B., “Le droit international privé...”, ob. cit., pág. 291 y ss.

¹⁴⁶ AUDIT, B., “Le caractère fonctionnel...”, ob. cit., 241 y ss. OPERTTI BADAN, D., “Reflexiones sobre un tema esencial: Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos”, Derecho internacional privado y derecho de la integración, Libro homenaje a Roberto Ruiz Diaz Labrano, CEDEP, Asunción, 2013, págs. 63-86, esp. 73.

¹⁴⁷ TRAVIESO, ob. cit., pág. 941.

¹⁴⁸ DREYZIN DE KLOR, A. “Derechos Humanos, Derecho Internacional Privado y activismo judicial”, eDial.com - DC1A58 , Publicado el 26/04/2013

¹⁴⁹ El 26 de junio de 2015, caso *Obergefell vs. Hodges*.