

XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Comisión de Derecho Internacional Privado: “Principios generales del derecho internacional privado”

Ponencia: Los Principios que iluminan el Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial

DR. ALDO MARCELO AZAR¹

AB. CRISTINA BRITOS²

FUNDAMENTOS DE LA PONENCIA

Sumarios: I. Introducción. II. Los Principios rectores del DIPr posmoderno. 1. Principio de Supremacía de los Tratados. 2. Principio de Tutela Judicial Efectiva. 3. Principio de Respeto a la Interculturalidad. 4. Principio a favor de la Cooperación Judicial Internacional. 5. Principio de Solidaridad en la Familia e Interés Superior del Niño. 6. Principio de Autonomía de la Voluntad. III. Reflexiones Finales.

*Tenemos que obligar a la realidad a que responda a nuestros sueños.
Hay que seguir soñando hasta abolir la falsa frontera entre lo
ilusorio y lo tangible, hasta realizarnos y descubrirnos que
el paraíso estaba ahí a la vuelta de todas las esquinas.
Julio Cortázar*

I. Introducción

Los principios surgen hoy vinculados al nuevo paradigma neoconstitucional³ que vivimos, para erigirse en un faro que debe iluminar todas las rutas del derecho.

¹ Profesor Titular de Introducción al Derecho y Profesor Adjunto de Derecho Privado II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

² Adscripta de la Cátedra “A” de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Escribiente del Poder Judicial de la Prov. de Córdoba.

³ Conf. PRIETO SANCHÍS, Luis quien expresa que “...como teoría del Derecho, el neoconstitucionalismo requiere una nueva teoría de las fuentes alejada del legalismo, una nueva teoría de la norma que dé entrada al problema de los principios, y una reforzada teoría de la interpretación, ni puramente mecanicista ni puramente discrecional, donde los riesgos que comporta la interpretación constitucional puedan ser conjurados por un esquema plausible de argumentación jurídica”, en “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, AFDUAM 5 (2001), págs. 201-228.

En este camino, el Derecho Internacional Privado (DIPr) despliega su verdadera esencia cuando “se erige como un instrumento específico de comunicación intercultural, como un canal de comunicación entre culturas jurídicas y, en definitiva, como instrumento de paz”⁴, frente a esta sociedad caracterizada por un pluralismo de estilos de vida⁵. Sólo así podrá alcanzar su fin último para brindar la justicia material⁶ en la solución de los casos multiestatales.

En esta oportunidad, pretendemos reflexionar acerca de los principios rectores propios del DIPr, que son aquellos que penetran en la realidad jurídica posmoderna⁷ que atravesamos y la transforman, encauzando la interpretación, aplicación y desarrollo de nuestra disciplina.

Desde esta visión, procederemos a replantearnos en profundidad los principios que consideramos redefinen a este DIPr actual, en especial aquellos que emergen del Proyecto de Código Civil y Comercial⁸ (en adelante P. Cód. Civ. y Com.), en cuanto es necesario tener presente el reconocimiento que se ha producido de los derechos humanos y las consecuencias jurídicas que ha traído aparejada dicha mutación.

Sólo desde el pleno reconocimiento de los principios que dan vida al DIPr actual, será posible orientar de manera razonable la interpretación y aplicación de todas las demás normas, adaptadas al caso concreto, con el fin de favorecer la previsibilidad y certeza de las decisiones judiciales.

II. Los Principios rectores del DIPr posmoderno

⁴ Conf. SANCHEZ LORENZO, Sixto A., “Postmodernismo e Integración en el Derecho Internacional” en *Posmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de siglo*, Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz 1996, Madrid, Tecnos, 1997, pág. 171.

⁵ En este sentido se sigue a Erik, JAYME, “Direito Internacional Privado e Cultura pós-moderna”, en *Cadernos do Programa de pós-graduação em direito – PGRDir./UFRGS, Universidad Federal do Río Grande do Sul Seleção de Textos da obra de Erik Jayme*, volumen 1, número 1, Porto Alegre, Marzo de 2010, pág. 60.

⁶ Conf. lo sostiene el prestigioso doctrinario JUENGER, Friedrich K., se debe destacar la habilidad de los jueces que resuelven casos internacionales, para “diseñar normas sensatas a partir de fuentes” que pueden ser extranjeras o locales. En este sentido lo expresa en su obra “Derecho Internacional Privado y Justicia Material”, México DF, Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2006, págs. 265-267.

⁷ Para caracterizar la época de la postmodernidad se destacan: el pluralismo de ideas, de estilos de vida, de religiones siendo de esencia rescatar la posibilidad de alternancia. Se ha expresado que el saber posmoderno no es sólo un instrumento de poder, sino que se desarrolla, refina la sensibilidad humana a las diferencias y refuerza la capacidad de la persona para soportar lo irreconciliable y lo inconmensurable. Conf. J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Francia, Les Éditions de Minuit, 1979, pág. 9.

⁸ El Poder Ejecutivo, por Decreto 191 del 23 de febrero de 2011, creó la Comisión de Reforma integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci. Para colaborar en la elaboración de las normas relativas a DIPr fueron convocados los Dres. Adriana Dreyzin de Klor, Marcelo Iñiguez, María Susana Najurieta y María Elsa Uzal.

Es necesario poner de manifiesto que si bien la voz principio es un término ambiguo, que engendra multiplicidad de concepciones, nadie pone en juego que constituyen las bases inmovibles del sistema jurídico⁹. Así, siguiendo a Dworkin los principios son dinámicos y cambian con gran rapidez, frente a lo cual su aplicación no es automática¹⁰ sino que exige un razonamiento para alcanzar la decisión judicial.

El P. de Cód. Civ. y Com. innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, estableciendo una comunidad de principios entre nuestra Carta Magna, el derecho público y el derecho privado. En palabras del Dr. Ricardo Lorenzetti “esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos, (...) afirmando que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”¹¹.

Frente a ello, nuestro propósito nos lleva a indagar cuáles son los principios que serán protagonistas del trascendente rol que adquiere el DIPr de este siglo XXI “...en el mundo globalizado, multicultural, posmoderno, en el que vivimos”¹².

1. Principio de Supremacía de los Tratados

La Constitución Argentina, en su última reforma del año 1994 ha receptado el Principio de Primacía de los Tratados sobre el derecho interno¹³. Así y compartiendo la

⁹ Si bien no nos adentraremos en las concepciones que rodean la naturaleza jurídica de los principios, no desconocemos que la noción de principios ha merecido un reconocimiento tanto desde el positivismo encabezado por Kelsen, como desde las posiciones más relevantes formuladas por Dworkin o Alexy.

¹⁰ Conf. DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, traducción de Marta Guastavino, Ed. Ariel, 8° ed., 2010, pág. 14 y ss.

¹¹ Así lo expresó el Dr. Ricardo LORENZETTI, en su carácter de Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al aludir a los fundamentos del proyecto. Se puede consultar en <http://www.nuevocodigocivil.com/aspectos-valorativos-y-principios-preliminares-del-anteproyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>

¹² Conf. Erik, JAYME, “Direito Internacional Privado e Cultura pós-moderna”, Ob. Cit., págs. 85 y ss.

¹³ La Constitución argentina establece que “*Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*” (art. 75, inc. 22). Antes y después de la reforma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había sostenido que los tratados tenían jerarquía superior a las leyes en numerosos fallos: “Fibraca Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salta Grande”, Fallos 316:1669 y “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)”, Fallos: 317:1282.

máxima que reza que “la constitución es como la carta de navegación de un Estado”¹⁴, se incorporaron numerosos Tratados Internacionales.

Dentro de dichos tratados se destacan los de derechos humanos que han adquirido jerarquía o rango constitucional, conforme el art. 75 inc. 22¹⁵. En este orden de ideas, se señala que dichos tratados son un “...límite heterónimo, externo y colateral al poder constituyente derivado...”¹⁶, en la aspiración de ampliar el abanico cerrado de derechos constitucionales que eran reconocidos por los Estados, y que hoy hacen a la columna vertebral de nuestro ordenamiento.

Siguiendo a De Miguel Asencio se afirma que “el DIPr (...) se vincula directamente con el derecho a la vida privada y familiar (art. 8.1. CEDH), en la medida en que el DIPr garantiza el respeto a la diversidad y paridad de los ordenamientos jurídicos que coexisten en el mundo, siendo las reglas jurídicas elemento integrante del estilo de vida propio de cada comunidad”¹⁷.

Desde esta perspectiva, la Carta Magna se erige como la máxima garantía para los derechos que acuna en su seno, inherentes a todo ser humano, para garantizarle su dignidad como persona, tanto en su condición individual como social, trascendiendo las fronteras nacionales.

2. Principio de Tutela Judicial Efectiva

Desde nuestra visión, un principio indiscutido es el Principio a la Tutela Judicial Efectiva que constituye una evolución tanto normativa, como fáctica del acceso a la justicia.

¹⁴ Conf. NINO, Carlos, quien emplea esta expresión que originariamente es de Juan Bautista Alberdi, Fundamentos de Derecho Constitucional, Bs. As., Ed. Astrea, 1992, pág. 1.

¹⁵ La Constitución enuncia que tienen esa jerarquía: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

¹⁶ Así lo sostiene el maestro BIDART CAMPOS, Germán, Manual de la Constitución Reformada, Tomo I, 2ª reimp., Bs. As., Ed. Ediar, 1998, pág. 378 y ss.

¹⁷ Para ahondar en la relación que se proguna sobre DIPr y Derechos Humanos se debe consultar la obra de: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Derechos Humanos, Diversidad Cultural y Derecho Internacional Privado”, en Revista de Derecho Privado, 1998, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, págs. 541-558.

La evolución normativa se ha cristalizado en tanto se positivo en la Constitución y tratados internacionales, y hoy se recepta en el P. de Cód. Civ. y Com en el art. 2602¹⁸.

En este sentido, y si bien la atribución de la jurisdicción internacional en los casos multiestatales se realiza sobre la base de foros, la figura del *forum necessitatis* permite que el juez se arrogue competencia judicial internacional cuando no está prevista legalmente, con sustento en el principio de la tutela judicial efectiva como contracara para evitar la denegación internacional de justicia¹⁹.

La evolución fáctica se vislumbra en cuanto se reconoce a las personas el derecho a acudir a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses legítimos y obtener una sentencia útil, que pueda circular libremente entre los diversos estados. Así su efectivo goce se encuentra en íntima relación con el resto de los derechos fundamentales.

3. Principio de Respeto a la Interculturalidad

En un mundo cada vez más intercomunicado, podemos afirmar que “el respeto a la identidad cultural y la garantía de la convivencia intercultural se convierten, hoy, en objetivos fundamentales”²⁰ de este mundo globalizado, en que el tiempo y la distancia han dejado de ser obstáculos para las relaciones jurídicas privadas internacionales.

La multiculturalidad está dando paso a la interculturalidad²¹, que nace del contacto entre las diversas culturas, lo que trae aparejado una profunda diversidad jurídica, ya no sólo desde el reconocimiento de la diversidad sino desde un diálogo permanente que coadyuve al enriquecimiento mutuo. De este modo emerge una nueva arquitectura para construir la gobernanza global²², que se refiere a la necesidad de

¹⁸ El art. 2602 del P. de Cód. Civ. y Com. reza: “*Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz*”.

¹⁹ El principio de acceso a la justicia ha sido desarrollado notablemente por la CSJN en el célebre fallo “Cavura de Vlasov, E. c/ Vlasov, A. s/ divorcio y separación de bienes”, 25/03/60, Fallos 246:87, en JA 1960-III, 216, con nota de C. A. Lazcano, en LL 98, 287, en LL 1975-D, 329, en ED 7, 324/327; en ED 62, 287/292, con nota de W. Goldschmidt.

²⁰ SANCHEZ LORENZO, Sixto y FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, *Derecho Internacional Privado*, 5ta. ed., Ed. Civitas, Madrid, 2009, pág. 36.

²¹ Cabe subrayar que la multiculturalidad e interculturalidad no son conceptos sinónimos. Para ahondar en este tema, se puede consultar: CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*. Vol. I, 6ª ed., Ed. Comares, 2005, pág. 19; JUÁREZ PÉREZ, P., “Hacia un Derecho internacional privado intercultural”, en CALVO CARAVACA, A. L. / BLANCO-MORALES LIMONES, P. (eds.), *Globalización y Derecho*, Ed. Colex, 2003, págs. 331-349.

²² El término gobernanza, como el francés *gouvernance*, el inglés *governance* o el portugués *governança*, caídos en desuso en el lenguaje vulgar, fue rescatado en su versión inglesa por economistas y politólogos anglosajones y por ciertas instituciones internacionales (ONU, Banco Mundial y FMI, principalmente), para designar “el arte o la manera de gobernar” refiriéndose a las instituciones. Desde otro punto de vista, se ha

redelinear un modelo operativo que cambie los procesos de decisión, convirtiéndose en la posible respuesta para la crisis de la postmodernidad que atravesamos.

Bajo este prisma, la normativa que refleja el P. de Cód. Civil y Comercial en materia de DIPr “tiende a hacerse multicultural, procurando aceptar, en mayor o en menor grado, los fenómenos e instituciones procedentes de civilizaciones distintas e intentando evitar el rechazo sistemático de la aplicación del Derecho extranjero que responde a valores distintos a los occidentales. De esta manera, se abandona un Derecho internacional privado entendido como un Derecho que debe resolver, de modo radical, “conflictos de civilizaciones...”²³.

4. Principio a favor de la Cooperación Judicial Internacional

En un mundo en el que el tráfico de personas y bienes ha cobrado un auge inusitado, las barreras fronterizas se alzan no pocas veces como obstáculo a la continuidad de los juicios que tramitan ante los estrados judiciales, y la cooperación se erige como un instrumento esencial e insustituible para que valores como la certeza, la previsibilidad y en definitiva la seguridad jurídica no queden en el campo de la simple enunciación teórica.

Desde esta perspectiva, el P. de Cód. Civ. y Com. recepta explícitamente el Principio a favor de la Cooperación Judicial Internacional (en adelante CJI) en su art. 2611²⁴, lo que afianza nuestra convicción acerca de la necesaria conexión existente entre CJI²⁵ y derechos humanos.

querido promover un nuevo modelo para gestionar los asuntos públicos fundado en la participación de la sociedad civil a todos los niveles (nacional, local, regional e internacional). La gobernanza mundial actual no describe un gobierno mundial, sino que se basa en las relaciones entre Estados soberanos. Hace referencia a un conjunto de reglas, procedimientos y prácticas que permiten que todo el mundo camine en una dirección, ya que actualmente no se está en condiciones de afrontar los retos del mundo contemporáneo y se sufre de una falta de legitimidad. Sobre el tema se puede consultar: CALAME, Pierre (coord.), *Por una gobernanza mundial legítima, eficaz y democrática*, Ed. Charles Léopold Mayer, 2003, Referencia: PP007 - ISBN : 2-84377-070-X; “*Los principios de la gobernanza: Guía para la elaboración de propuestas sobre la gobernanza mundial*” en Foro para una nueva gobernanza mundial (FnGM), en <http://www.world-governance.org>

²³ En este sentido se manifiesta DURAN AYAGO, Antonia en “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en Calvo Caravaca, A. L. & Castellanos Ruiz, E. (Eds.), *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Ed. Colex, 2004, págs. 295-318.

²⁴ El art. 2611 del P. de Cód. Civil y Comercial subraya que “*Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral*”.

²⁵ Frente a la existente proliferación de fuentes en esta materia, concordamos con la Dra. Nood Taquela acerca de la importancia de la interpretación, ya que para la aplicación conjunta de distintos tratados, no debe afectarse el objeto y fin de los mismos, debiendo tenerse en cuenta el objetivo general de la cooperación. De la disertación de la Prof. Nood Taquela, María Blanca sobre “*Aplicación de los tratados o las normas locales más favorables a la cooperación judicial internacional*”, Univ. Nacional de Bs. As., 31 de octubre de 2012.

En su consecuencia, y en el camino por afianzar la CJI coincidimos con el Dr. Cerdeira en que es de vital importancia la utilización de las nuevas tecnologías en las comunicaciones administrativas y judiciales²⁶, lo que simplificaría y dinamizaría el cumplimiento de los exhortos internacionales, ya que uno de los mayores problemas radica en la creación de un espacio jurídico más expeditivo.

En este campo ejerce una notable influencia el activismo judicial, que propicia la realización de una jurisprudencia realista de necesidades²⁷. En efecto, dicha interpretación en palabras de la Corte Suprema no puede prescindir del análisis de las consecuencias económico-sociales²⁸ que la decisión puede producir²⁹, al hilo de la interpretación teleológica³⁰.

5. Principio de Solidaridad en la Familia e Interés Superior del Niño

Es tal vez la familia uno de los ámbitos que revela las mayores transformaciones en la sociedad actual, que atraviesan al sistema jurídico produciendo un verdadero cambio de paradigmas. Así el DIPr se hace eco de la nueva concepción de familia y teniendo en miras el interés superior del niño³¹, consagra en el Proyecto soluciones que “se inspiran en la aspiración de contar con un sistema de DIPr interno con aptitud de favorecer una

²⁶ Así lo expreso CERDEIRA, Juan José al aludir a la utilización de los medios tecnológicos para generar “puntos de encuentro familiar” virtuales o bien presenciales, en “Jurisdicción, Ley Aplicable y Cooperación Internacional en materia de Obligaciones Alimentarias”, Relato de la Sección de Derecho Internacional Privado en el XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, Buenos Aires, octubre de 2009.

²⁷ No desconocemos que la doctrina no es pacífica en relación con la admisión del activismo judicial como se propicia. Sobre el activismo ampliamos en: MANILI, Pablo, “El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *La Ley*, 2006-D:1285; MORELLO, Augusto M., “Un nuevo modelo de justicia”, en *La Ley* 1986-C, 800; PEYRANO, Jorge W., “El perfil deseable del juez civil del Siglo XXI”, en JA 2001-IV-863 y ss.; ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “El garantismo procesal”, en *La Ley* 2010-F, 1212; FUAD ZARBIYEV, “Judicial Activism in International Law – A conceptual framework for analysis”, in *Journal of International Dispute Settlement*, (2012), págs. 1-32.

²⁸ En este orden de ideas, el Máximo Tribunal ha sostenido que no puede prescindirse de las consecuencias sociales de su decisión, ni de la realidad que la precede, ya que es esa realidad la que rige como principio de interpretación de la Constitución Nacional, en los autos “Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otro s/ Acción de Amparo”, Fallos: 316:2624.

²⁹ Así lo sostiene Ricardo LORENZETTI quien señala que “la interpretación no puede prescindir de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad”, *Teoría de la Decisión Judicial*, Rubinzal-Culzoni ed., 2008, pág. 188 y ss.

³⁰ El propulsor de este método fue Rudolph von Ihering, análisis que pone el acento en el elemento finalista y su utilización es predicada más allá de los casos en que la redacción de las normas es ambigua, hasta considerarlo una herramienta de interpretación evolutiva. Conf. EZQUIAGA GANUZAS, F. Javier, *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pág. 394 y ss..

³¹ Coincidimos con la Corte Suprema en que tanto “los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el principio del interés superior del niño, estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; (...) incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente”³¹, en Comité, Observación general N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 4 y 42 párrafo 6 del artículo 44); 2003, HRI/GEN/1/ Rev. 7, párr. 12, p. 365; citado en CSJN, 16/09/2008, “G., M.G. s/ protección de persona”, Expte G. 617.XLIII, LL. 2009-A, 450.

apropiada coordinación entre nuestro derecho y los sistemas de otros estados, siendo la política legislativa favorable a plasmar respuestas normativas que sean a la vez sencillas y de cierta flexibilidad”³².

Teniendo presente que “la familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos...”³³, el P. de Cód. Civ. y Com.³⁴, sobre la base de los TDDHH que han enriquecido el concepto de orden público³⁵, no para limitar ni coartar los principios de autonomía, dignidad e inviolabilidad de la persona sobre los que se asienta nuestro orden jurídico, sino para ampliarlos y potenciarlos³⁶, responde a los nuevos paradigmas de las relaciones familiares.

A partir de allí, y en coincidencia con la Dra. Dreyzin de Klor consideramos que “la familia no conoce límites políticos ni fronteras sociales que la deslocalicen y menos aún que violenten el estado personalísimo de sus miembros”³⁷, y siendo el interés superior del niño un imperativo insoslayable, los operadores jurídicos debemos asumir el compromiso de resguardar sus derechos fundamentales, como núcleo básico de la sociedad en su conjunto y ratio última del ordenamiento jurídico.

6. Principio de Autonomía de la Voluntad

La autonomía de la voluntad se presenta en el ámbito contractual en torno a dos puntos de vista; por un lado, cuando las partes pueden elegir la jurisdicción a la que se

³² Conf. DREYZIN, Adriana, “Los desarrollos del derecho internacional privado en Argentina a doce años de iniciado el siglo XXI”, en Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 1ª ed., N° 30, Academia Mexicana de Der. Int. Privado y Comparado, mayo 2012.

³³ Fallo del Juzg. Civ. de Mendoza N° 10, 20/10/98, “A.A. Información Sumaria”, con crítica de ARBONES, Mariano, “Homosexualidad, discriminación y derecho”, en Semanario Jurídico, 1998-B, pág. 706. Citado por MEDINA, Graciela, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelve que no es contrario a los Derechos Humanos impedir la celebración del matrimonio homosexual”, La Ley 12/07/2010, 9.

³⁴ El. P. de Cód. Civ. y Com. regula la institución matrimonial, y las nuevas formas familiares como es la unión convivencial, los problemas de filiación vinculados a más de un sistema jurídico, y la obligación alimentaria como categoría autónoma. Respondiendo a las necesidades de la infancia, regula la adopción en el plano internacional, la responsabilidad parental y otros institutos protectorios, y el acuciante problema de la restitución internacional de niños.

³⁵ El criterio de variabilidad y actualidad del orden público internacional fue puesto de manifiesto por nuestra Suprema Corte en los autos “Solá, Jorge Vicente s/ sucesión *ab intestato*”, 12/11/96, JA 1997-IV, 654. En la aplicación de este precedente pueden consultarse también: CSJN, 14/09/10, “Boo, Héctor José s/ sucesión testamentaria”, en www.diprargentina.com y CSJN, 10/04/07, “Ulloa, Alberto s/ sucesión”, SJA 12/12/07, con nota de FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y RODRÍGUEZ, Mónica. Siguiendo al Profesor Erik Jayme hay que subrayar que el orden público debe ser objeto de una interpretación y aplicación restrictiva cuando de valorar la multiculturalidad se trata, en JAYME, E., *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne – Tours general de droit international privé 1995*” en: *Recueil des Cours de l’ Académie de Droit International de la Haye*, Tomo 251, 1995, pág. 235 y ss.

³⁶ Conf. DALLA VÍA, Alberto, *Relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal*, en Rev. Jur. De UCES, pág. 161, citado por Emilio Ibarlucía en L.L., 2000-F, 761.

³⁷ DREYZIN DE KLOR, Adriana, *Los nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el Derecho internacional privado*, trabajo presentado en el Seminario XXXII de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, realizado en Tijuana, México, 2009.

someterá el contrato si surgiere algún conflicto entre las mismas. Por otro lado, la autonomía también implica que las partes puedan realizar una elección del derecho aplicable al contrato (autonomía conflictual), así como también de las cláusulas y condiciones que estiman convenientes para regir el contrato (autonomía material)³⁸.

El P. Cód. Civ. y Com. consagra el Principio de la Autonomía de la Voluntad en materia de contratos internacionales, ya receptado jurisprudencialmente por nuestros tribunales, en la doctrina mayoritaria, en las soluciones adoptadas en el derecho comparado y en las Convenciones³⁹ de las que nuestro país forma parte. Ahora bien, será necesario resguardar el principio de igualdad de las partes contratantes ligado al principio de buena fe, que si bien exceden el ámbito contractual, condicionan todo el ordenamiento.

Desde otra arista, existe un consenso generalizado en la doctrina argentina⁴⁰ por restringir el principio de la autonomía de la voluntad en el marco de los contratos de consumo⁴¹. En este mismo orden, los Fundamentos manifiestan que los contratos de consumo representan “el punto de inflexión del principio de la autonomía de la voluntad debido a la presencia de una parte contratante débil que requiere la tutela del ordenamiento jurídico”⁴².

III. Reflexiones Finales

³⁸ Sobre la autonomía en la contratación internacional se puede consultar: FERNANDEZ ARROYO, Diego y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Obligaciones contractuales: aspectos generales”, en Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, Diego P. Fernandez Arroyo (director), Zavalia, Buenos Aires, 2003, págs. 949-978.

³⁹ Conviven junto a las fuentes autónomas del derecho interno, las fuentes convencionales y las institucionales, generadas en los procesos de integración regional. Se sigue la clasificación esbozada por DREYZIN DE KLOR, Adriana y SARACHO CORNET, Teresita, “Trámites Judiciales Internacionales”, Ed. Zavalia, Buenos Aires, 2005, pág. 15 y ss. En este ámbito, la excepción son los Tratados de Montevideo, en los cuales, sin embargo por vía jurisprudencial se entendió que la autonomía encuentra una recepción indirecta. El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (art. 56), que fue ratificado por Argentina, acepta la prórroga de jurisdicción en asuntos de índole patrimonial, si después de promovida la demanda, el demandado la admite en forma positiva y no ficta.

⁴⁰ La Dra. Feldstein de Cárdenas, ya había sostenido que no es posible ignorar en los contratos de consumo “que el terreno no resulta tan llano, ya que los proveedores de productos, los prestadores de servicios, pertenecen, tienen sus establecimientos, realizan sus actividades, despliegan sus negocios, ofrecen sus mercaderías, tienen su sede en el extranjero, en países desarrollados”. FELDSTEIN DE CARDENAS, SARA LIDIA, “Internet y derecho aplicable”, en Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 4, 24 de septiembre de 2004, en *elDial.com*

<http://www.eldial.com/suplementos/privado/doctrina/ip040924-g.asp> (20/08/12)

Nuestras ideas sobre esta temática fueron plasmadas en nuestro trabajo “Valoraciones en torno a los Contratos Internacionales Electrónicos, desde el Proyecto de Código Civil 2012”, Ponencia ganadora del “Concurso a las Mejores Ponencias” convocado por la organización de las “XIII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil y Procesal” (Junín, octubre de 2012) y por *elDial.com* “Biblioteca Jurídica Online”, publicado en *elDial* DC198D.

⁴¹ En este orden, el art. 2654 del P. Cód. Civ. y Com., dispone que “no se admite el acuerdo de elección de foro”.

⁴² Fundamentos de la Comisión Redactora del P. Cód. Civ. y Com.

El DIPr posmoderno se nos releva desde los principios que reconocemos son hoy su fundamento: la primacía de los tratados internacionales, la tutela judicial efectiva, el respeto por la interculturalidad, la cooperación judicial internacional, la solidaridad en la familia y el interés superior del niño, y la autonomía de la voluntad; entre otros que seguramente nacerán del devenir de nuestra disciplina.

Desde esta visión, consideramos que la normativa que se desprende del P. de Cód. Civil y Comercial se orienta hacia un “DIPr intercultural”⁴³, que deja de lado lo que antes se expresaba en términos de “conflictos de civilizaciones”, para dar lugar al diálogo de fuentes que sostiene Jayme⁴⁴, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de los casos multiestatales, para compatibilizar con la mejor solución que refleje los principios inspiradores del sistema.

Si bosquejáramos una nueva arquitectura del DIPr actual, bajo la luz de la correcta articulación de estos principios y del rol que asumen los derechos humanos, será posible el tan anhelado desafío de afianzar la justicia en los casos concretos. En este sentido, no debemos olvidar que el Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica⁴⁵ establece que la función judicial tiene por fin la justicia por medio del derecho.

Se nos exige como operadores jurídicos soluciones orientadas hacia la flexibilidad, que permitan no sólo el reconocimiento de la diversidad sino un permanente diálogo que coadyuve al enriquecimiento mutuo, para construir la tan ansiada gobernanza global.

Hoy es preciso que los Principios del DIPr traspasen al presente existencial de las relaciones privadas internacionales, y se proyecten al futuro tendiendo puentes para alcanzar la máxima armonía de las decisiones y realizarnos como sociedad, y descubrir en palabras de Cortázar “que *el paraíso estaba ahí a la vuelta de todas las esquinas*”.

⁴³ Así lo sostiene JUAREZ PEREZ, Pilar, “Hacia un Derecho internacional privado intercultural”, en AA.VV., Globalización y Derecho, Colex, Madrid, 2003, págs. 31-349.

⁴⁴ Nuestras ideas en este sentido han sido esbozadas en la Ponencia titulada “De cara a la postmodernidad: la superación del conflicto de fuentes a la luz del camino de la coordinación”, presentada en el marco de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, publicada en elDial.com, Citar: elDial DC14CE.

⁴⁵ Así lo subraya el art. 35 del Código de Ética para Iberoamérica, que fue aprobado en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, llevada a cabo en Santo Domingo, junio 2006.

CONCLUSIONES:

1- El Derecho Internacional Privado posmoderno se nos releva desde los principios que reconocemos son hoy su fundamento: la primacía de los tratados internacionales, la tutela judicial efectiva, el respeto por la interculturalidad, la cooperación judicial internacional, la solidaridad en la familia y el interés superior del niño, y la autonomía de la voluntad; entre otros que seguramente nacerán del devenir de nuestra disciplina.

2- El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, cuya normativa se orienta hacia un “DIPr intercultural” que deja de lado lo que antes se expresaba en términos de “conflictos de civilizaciones”, para dar lugar al diálogo de fuentes que sostiene Jayme teniendo en cuenta las circunstancias particulares de los casos multiestatales, para compatibilizar con la mejor solución que refleje los principios inspiradores del sistema.

3- Si bosquejáramos una nueva arquitectura del Derecho Internacional Privado de este Siglo XXI, bajo la luz de la correcta articulación de estos Principios y del rol que asumen los Derechos Humanos, será posible el tan anhelado desafío de afianzar la justicia. Es preciso que estos principios traspasen al presente existencial de las relaciones privadas internacionales, y se proyecten al futuro tendiendo puentes para alcanzar la máxima armonía de las decisiones.