
**NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA NACIÓN**

(PROYECTO DE INTERÉS INSTITUCIONAL: CÓDIGO PII 511)

*Luciana B. SCOTTI**

I. Consideraciones preliminares

El presente trabajo expresa una síntesis de los resultados principales obtenidos en el marco del Proyecto de Interés Institucional (Código PII511): “Nuevos paradigmas del Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

Dicho proyecto fue aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por Resolución (CD) N° 3532/2015 del 16 de julio de 2015, por el periodo agosto 2015 – agosto 2016.

Bajo mi coordinación, participaron en este proyecto, por orden alfabético: Mariana Antón Pérez, Leandro Baltar, María Eugenia Borrajo (becaria del proyecto), Jonathan Brodsky, Leopoldo Godio, Luciane Klein Vieira, Rubén Romero y Sabrina Romero.

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina), egresada con Medalla de Oro. Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires con tesis sobresaliente, recomendada al Premio “Facultad” (Área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”. Directora del Proyecto de Interés Institucional “Nuevos paradigmas del Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación”, 2015-2016 (PII511) Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

A ellos, mi agradecimiento por haberse sumado con entusiasmo a esta iniciativa.

II. Una aproximación al tema

El Derecho Internacional Privado (DIPr) de nuestros días se desenvuelve ante una realidad distinta a aquella de sus orígenes en la Edad Media y de su posterior desarrollo en la Edad Moderna. En el Siglo XXI, algunos de los pilares elementales sobre los que se construyó nuestra disciplina han desaparecido, o se han transformado.

Transitamos un período que algunos califican de neo-moderno o de posmoderno que exige un cambio de perspectiva, una lectura renovada, algunas adaptaciones ineludibles y por qué no, varias transformaciones profundas (KESSEDIAN, 2002: 290).

Sobresalen varias características del Siglo XXI que tienen una incidencia directa en el Derecho Internacional Privado, y en alguna medida ponen en crisis el paradigma clásico de nuestra disciplina.

Autores como Moreno Rodríguez (2013: 82) han indicado que “el escenario actual está marcado por una vuelta al universalismo, debido a varios factores. Uno, el... de la globalización o mundialización. Otro, la incidencia a este respecto de los procesos mundiales, regionales y locales de homogeneización normativa, como los propiciados por UNCITRAL, UNIDROIT, o los bloques regionales e incluso la armonización espontánea mediante la adopción de normativa local siguiéndose modelos prestigiosos. Además, se registra cada vez más la estandarización de prácticas internacionales a instancias de instituciones privadas, como las Cámaras de Comercio, las Asociaciones o los Institutos de Derecho. También se encuentra en desarrollo un nuevo derecho internacional privado que supera el conflictualismo clásico, a través de un amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la utilización de técnicas de derecho uniforme (...) Por último, se registra una ‘desestatización’ de la resolución de conflictos a través del arbitraje, desarrollado mayormente dentro de una ‘atmósfera cosmopolita’”

En similar sintonía, Galgano ha manifestado que “el futuro que nos espera se resume en la metáfora de la ‘aldea global’ (...): una sociedad sin Estado, que tiene dimensiones planetarias y que es disciplinada por su propio derecho, un derecho sobrenacional de formación espontánea, conocido como una nueva *lex mercatoria*” (2006: 129). Y agrega: “dentro de la aldea global el derecho civil puede encontrar de nuevo la antigua unidad, el original universalismo. Se acerca al crepúsculo el principio de la estatalidad del derecho, pero declina, además, dentro de los Estados, el principio de nacionalidad” (GALGANO, 2006: 132).

En suma, asistimos hoy a un mundo global a la par que integrado en regiones a través de distintos procesos que han sufrido distintas evoluciones e involuciones en los últimos años.

En estos nuevos escenarios se insertan, en gran medida, las disposiciones de Derecho Internacional Privado que contiene nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCN), aprobado por ley 26.994 y promulgado según decreto 1795/2014.

El Código Civil (CC) de Dalmacio Vélez Sarsfield contenía unas pocas normas, dispersas y aisladas con categorías muy amplias, que procuraban dar respuesta a los casos jusprivatistas internacionales.

En efecto, tal como indica Alicia Perugini refiriéndose a esta disciplina, “la especificidad de los temas que enfoca —casos de derecho privado con elementos internacionales— y el reconocimiento de problemas generales produjo como consecuencia la autonomía académica, literaria y jurisprudencial de la disciplina. En líneas generales, en cambio, la normativa no ha tenido la misma suerte” (PERUGINI ZANETTI, 2012: 659).

Por primera vez, y sin perjuicio de varios proyectos de reformas anteriores,¹ nuestro país legisla un número significativo de materias propias del Derecho Internacional Privado, en forma ordenada, en un título dedicado al efecto.

¹ Cronológicamente, el primer proyecto de Código se publica por Werner Goldschmidt en 1955. A su turno, en la primera gran reforma del Código Civil —decreto-ley 17.711/68— la nota de elevación de la Comisión Redactora declara expresamente que es preciso “reunir en una ley especial las normas del derecho internacional privado, consultando con especialistas de esa materia. Por otro lado, en 1973, el entonces subprocurador a cargo de la Procuración del Tesoro de la Nación, Adalberto Enrique Cozzi, le encargó a Goldschmidt la elaboración de un Proyecto, el que le fue entregado en noviembre del mismo año. El 10 de enero de 1974, los proyectos fueron presentados al Ministerio de Justicia de la Nación. En 1987, el Diputado Reinaldo Vanossi presentó a la Cámara de Diputados de la Nación el Anteproyecto de Ley Nacional de DIPr. – Proyecto de la Procuración del Tesoro – Ministerio de Educación y Justicia –, llamado “Proyecto Goldschmidt”, para su adecuación. Para analizar y actualizar este Proyecto se creó el llamado Cuerpo Asesor de Alta Especialización integrada por los Doctores Antonio Boggiano, Horacio Piombo, José Carlos Arcagni y Alicia Perugini. Esta Comisión elaboró el llamado Anteproyecto Actualizado del Código de Derecho Internacional Privado y de la Ley de Derecho Internacional Procesal Civil y Comercial (Proyecto Actualizado). El Proyecto fue presentado al Presidente de la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, el 2 de Julio de 1989. A su turno, el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio de 1998 elaborado a instancia y en el marco del Ministerio de Justicia de la Nación, finalmente, contó con el Libro VIII dedicado a las normas que Derecho Internacional Privado, elaboradas por las Dras. Berta Kaller de Orchansky, Amalia Uriondo de

Si bien no se logra la tan anhelada autonomía legislativa en sentido estricto, dado que las normas de DIPr quedan insertas en un Código Civil y Comercial, y no en una ley o código especial, sin lugar a dudas, el avance es importante.

El Título IV, bajo el título “Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, inserto en el Libro Sexto sobre “Disposiciones Comunes a los Derechos Personales y Reales”, consta de 77 artículos ordenados en Capítulos.

El Capítulo I regula los problemas generales del DIPr referentes al derecho aplicable (arts. 2594 a 2600). El Capítulo II se dedica a reglas sobre jurisdicción internacional (arts. 2601 a 2612). El Capítulo III contiene la Parte Especial (arts. 2613 a 2671), la que está subdividida en dieciséis Secciones, dedicadas a: Personas Humanas (Sección I, arts. 2613 a 2620); Matrimonio (Sección 2ª, arts. 2621 a 2626); Unión convivencial (Sección 3ª, arts. 2627 a 2628); Alimentos (Sección 4ª, arts. 2629 a 2630); Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida (Sección 5ª, arts. 2631 a 2634); Adopción (Sección 6ª, arts. 2635 a 2638); Responsabilidad parental e instituciones de protección (Sección 7ª, arts. 2639 a 2641); Restitución Internacional de niños (Sección 8ª, art. 2642); Sucesiones (Sección 9ª, arts. 2643 a 2648); Forma de los actos jurídicos (Sección 10ª, art. 2649); Contratos (Sección 11ª, arts. 2650 a 2653); Contratos de consumo (Sección 12ª, arts. 2654 a 2655); Responsabilidad Civil (Sección 13ª, arts. 2656 a 2657); Títulos valores (Sección 14ª, arts. 2658 a 2662); Derechos Reales (Sección 15ª, arts. 2663 a 2670); y Prescripción (Sección 16ª, art. 2671).

En esta oportunidad, nos dedicaremos a analizar algunas características del flamante Derecho Internacional Privado argentino que introducen, a nuestro criterio, un nuevo paradigma en el sistema de regulación de las relaciones privadas multinacionales.

Martinoli y Beatriz Pallarés. Nuevamente en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, promovido sucesivamente por dos Ministros de Justicia, los doctores Jorge Reinaldo Vanossi y Juan José Álvarez se impulsó la elaboración de un Código. En efecto, por las Resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 191/02 (Vanossi) y 144/02 (Álvarez) se creó una Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado. La Comisión finalmente fue integrada por los doctores Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo Leopoldo Fermé, Rafael Manóvil, María Blanca Noodt Taquela, Berta Kaller de Orchansky, Beatriz Pallarés, Alicia Perugini Zanetti, Horacio Piombo, Amalia Uriondo de Martinoli. El Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos mantuvo la Comisión en el que se hizo una revisión formal (Proyecto 2003) (PERUGINI ZANETTI, 2012: 659-662).

III. Las características del Derecho Internacional Privado de nuestros tiempos

Es evidente que el Derecho Internacional Privado de nuestra época tiene algunas características que lo identifican, y que no pueden soslayarse.

En efecto, entre estos rasgos característicos del DIPr contemporáneo Fernández Arroyo alude al marcado protagonismo del conflicto de jurisdicciones sobre el conflicto de leyes, la preponderancia de normas materiales y el avance del *soft law*, la necesaria distinción que debe hacerse entre las normas de DIPr de fuente interna, de fuente convencional y consuetudinaria, la incorporación de valores en la reglamentación de las relaciones de tráfico externo (FERNÁNDEZ ARROYO, 2010: 77–80).

A su turno, Muir Watt se refiere a un rediseño de la economía política del DIPr y a las “sacudidas epistemológicas que acompañan la arquitectura del orden internacional como efecto del fenómeno de la globalización”, poniendo énfasis en la necesidad de analizar esta tensión que amenaza las relaciones de lo privado y de lo público con una nueva política emergente de la globalización de los mercados (MUIR WATT, 2004: 356–357).

Asimismo, Pamboukis sintetiza las tendencias de un Derecho Internacional Privado complejo y plural. En primer lugar, su materialización. En las esclarecedoras palabras del jurista: “*Le droit international privé n’est plus une science formelle, aristocratique, réfléchie depuis le haut, mais participe à la société–institution et tire des leçons aussi à partir du bas. C’est une phase de maturité sociale, celle qui s’ouvre devant nous. Le droit international privé localisateur devient de plus en plus un droit international privé régulateur par la force des choses*” (PAMBOUKIS, 2008: 97).

En segundo lugar, cabe mencionar el inevitable avance de la autonomía de la voluntad, íntimamente relacionada con la libertad del individuo y el liberalismo político. En tal sentido, cada vez con más frecuencia, los ordenamientos jurídicos reconocen con amplitud a los actores privados la facultad de elegir el derecho aplicable. Autonomía que está llegando incluso a ámbitos que le eran ajenos, como el derecho de familia, por ejemplo en materia de régimen internacional patrimonial del matrimonio.

En tercer lugar, puede considerarse la *jurisdiccionalización* del Derecho Internacional Privado, que en parte se explica por la importancia del *common law* fundado en el sistema jurisdiccional, en el litigio y en el rol del juez, a diferencia del *civil law*, fundado en los derechos y no en las acciones, en la figura del legislador y en la previsibilidad de la ley. En algún punto, se advierte que el conflicto de jurisdicciones tiende a absorber el conflicto de leyes, aun cuando aquél se ve influido por las consideraciones del Derecho Internacional Privado sustancial.

En cuarto lugar, podemos mencionar la reconsideración de las categorías jurídicas tradicionales y la presencia de un denominador común jurídico: los derechos humanos. Aquellas categorías clásicas, vinculadas a la concepción del derecho estatal, sufren el peso de los efectos de la globalización. Así, la distinción entre Derecho Privado y Derecho Público deviene vaga y quizás, inútil, ante los nuevos objetos jurídicos que deben ser aprehendidos de una manera global y que comprenden tanto aspectos públicos como privados.² A su vez, otras materias se vuelven “horizontales”, pues atraviesan el conjunto de sistemas jurídicos estatales, el mejor ejemplo son los Derechos Humanos.

En quinto lugar, la multiplicación y el pluralismo de fuentes es una característica del DIPr de nuestros días. Este pluralismo es precisamente el que ha tornado las cosas más complejas.

Sin embargo, esta complejidad —ampliamente estudiada por las doctrinas posmodernas (PAMBOUKIS, 2008: 97-103)— encuentra solución en la búsqueda de un diálogo entre ellas. Como afirma el Profesor Erik Jayme: *“Dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles 'parlent' l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent”* (JAYME, 1995: 259).

² Desde que se dividieron los estudios del derecho internacional, en público y privado, ha habido, una separación demasiado estricta entre ambas disciplinas. Es usual que dicemos las clases de una y otra, casi como si fueran compartimentos estancos. Como recuerda Wortley, el término “derecho internacional”, inventado por Bentham, es moderno y ambiguo. Sin ningún calificativo, “Derecho internacional” significa el derecho internacional público en el uso del inglés corriente, mientras que el derecho internacional privado se considera como una asignatura independiente y, a menudo se le conoce en los países de habla inglesa como el “conflict of laws” (conflicto de leyes). Esta dicotomía moderna fue hecha por Bentham. El término tradicional, utilizado antes de Bentham, el derecho de gentes, *Völkerrecht, le droit des gens, the law of nations*, por lo general, constaba de lo que hoy se llama el derecho internacional público y también el, aún poco desarrollado, conflicto de leyes. (WORTLEY, 1954: 246-247). Tal como expone Fernández Arroyo, “es cada vez más obvio que ambas disciplinas deben ir de la mano, más allá de lo que cada uno piense respecto a la conveniencia o no de superar o mantener la distinción entre sus respectivos objetos y métodos. El árbol de los debates en torno a ciertas cuestiones específicas..., no debe impedir ver el bosque de la evidencia de que muchos problemas están reclamando una visión complementaria de ambas disciplinas. No hay dudas de que con frecuencia las visiones del DIPr y del DIP respecto de una cuestión concreta serán más contradictorias que complementarias, pero eso no tiene por qué ser malo per se...” (FERNÁNDEZ ARROYO, 2012).

En suma, como señala Paula All (2013: 169-170; 203), “el DIPr de hoy no es un grupo de normas de conflicto de leyes (como lamentablemente muchos lo siguen entendiendo). Es una disciplina necesariamente abierta y receptora de regulaciones materiales de fuentes diversas, aunque no por ello ha de ser ingenuo y descuidado a la hora de resguardar el mantenimiento de las estructuras principistas que forman los cimientos de las organizaciones estatales e internacionales en sus distintas formas. Dicho resguardo se ejerce, como ha quedado dicho, mediante normas internacionalmente imperativas (que frenan a la autonomía de la voluntad de los contratantes y, con ello, son un dique de contención para el derecho oficial extranjero, las estipulaciones contractuales, la *lex mercatoria* y cualquier otro tipo de regla o principio que integre el *soft law*) y el tamiz del orden público internacional”.

Como anticipamos, muchas de las mencionadas características del DIPr de nuestra época han sido plasmadas en las disposiciones del Código Civil y Comercial de nuestro país. Intentaremos identificarlas a continuación.

IV. El objeto del Derecho Internacional Privado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Todas las definiciones de DIPr tiene algunos elementos en común de modo explícito o bien implícito: presencia de elementos extranjeros o foráneos en relación al derecho local, relaciones o coordinación entre dos o más ordenamientos jurídicos, intereses privados, relaciones o sujetos de Derecho Privado. Sin embargo, algunas restringen más que otras su objeto. Unas se refieren exclusivamente a la determinación de la ley aplicable a los casos multinacionales (el mal llamado “conflicto de leyes”),³ otras incorporan el problema de la jurisdicción competente, y otras no hacen alusión expresa a estas cuestiones, brindando una noción más abarcativa.

Efectivamente, no es ésta una cuestión menor, dado que se amplía o restringe el objeto del DIPr, y en consecuencia, su contenido según se adopte una u otra postura.

Tal como describe Diego Fernández Arroyo, las teorías normativistas han acotado erróneamente el objeto del DIPr, circunscribiéndolo al “conflicto de leyes”: “según el normativismo, el objeto se configura mediante una constatación empírica, según la cual al existir un tipo de normas diferenciadas del resto, que están destinadas a solucionar los

³ No existe tal conflicto o contradicción entre distintas leyes u ordenamientos jurídicos. Tal como afirma Fernández Arroyo, “no es que los ordenamientos de dos o más Estados entren en conflicto respecto de determinadas relaciones jurídicas, sino que éstas se configuran, muchas veces, con elementos “pertenecientes” a distintos sistemas jurídicos y esto requiere una reglamentación especial” (FERNÁNDEZ ARROYO, 2003: 44).

“conflictos” entre las leyes de los distintos Estados, puede hablarse de una disciplina jurídica particular compuesta por ellas (Kegel, Goldschmidt) (...). Y precisamente allí se halla el núcleo de la inadecuación del enfoque teórico, ya que, al partir de la evidencia de la norma, la ciencia se sitúa exclusivamente en un estadio ulterior al sistema (...). El conjunto de normas de DIPr es tomado así a un mismo tiempo como objeto y contenido de la disciplina (...). Para los normativistas la función exclusiva del DIPr es la de resolver el “conflicto” mediante la elección de una de las leyes implicadas (...). De este modo el DIPr queda reducido a los conflictos de leyes y la norma de DIPr a la norma de conflicto (...). Desde una perspectiva actual, no dejaría de ser chocante que todo el campo de acción de la disciplina se viera acotado a una norma (aunque fuera la principal y paradigmática) de lo que sólo es un sector de aquélla (el del derecho aplicable)” (FERNÁNDEZ ARROYO, 2003: 42).

Ahora bien, pensemos en un caso sencillo. Un contrato se celebra y tiene lugar de cumplimiento establecido en Argentina y los domicilios de las partes se hallan también en nuestro país. En este supuesto, no quedan dudas que, ante una controversia, los jueces competentes son los magistrados argentinos y que aplicarán el derecho local. Sin embargo, si una de las partes tiene su domicilio en Brasil, y el contrato se celebró en Uruguay (suponemos que las partes no han elegido la jurisdicción ni el derecho aplicable), surgen algunos interrogantes: ¿quién es el juez competente? ¿Qué ley aplicará para resolver la controversia contractual?

Advertimos, entonces, que tenemos tres posibles jurisdicciones y otros tres ordenamientos jurídicos en juego. De resolver quien será en definitiva el juez con competencia para dirimir la controversia, y de determinar qué ley aplicará, se hacen cargo precisamente las disposiciones de Derecho Internacional Privado.

En esta inteligencia, el CCCN se ocupa tanto de los problemas vinculados con el derecho aplicable, como de la jurisdicción internacional. Tal como afirman sus redactores: “el derecho internacional privado actual no puede prescindir de una localización jurisdiccional de los conflictos, motivo que ha llevado a prever ciertas normas de jurisdicción internacional”.⁴

No solo se contempla un capítulo con disposiciones de alcance general, sino que también en la llamada Parte Especial, en cada sección, se dedican reglas específicas para definir en cada categoría, la jurisdicción competente así como el derecho aplicable.

⁴ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV: Derecho Internacional Privado, 2012. Consultado en: [<http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>] el 30/10/2016.

Además, contiene algunas disposiciones sobre cooperación jurídica internacional (arts. 2603, 2611 y 2612, principalmente): el objeto más moderno, pero no por ello menos relevante, de nuestra disciplina.

V. Pluralismo y diálogo de fuentes

El artículo 2594, bajo el título “Normas aplicables” establece que: “las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna”.

Dicha disposición tiene por finalidad indicar las fuentes principales del Derecho Internacional Privado, dando cuenta además de su jerarquía. Los casos iusprivatistas internacionales se deben resolver de acuerdo, en primer lugar por los tratados internacionales, y en su defecto por las normas (directas e indirectas) de fuente interna previstas principalmente en el propio Código Civil y Comercial, todo ello en consonancia con el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, la interpretación y aplicación del artículo 2594 CCCN debe enmarcarse en lo que Erik Jayme denomina “diálogo de las fuentes”, es decir, la aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes legislativas convergentes.

Gaudemet-Tallon manifiesta que la multiplicidad de fuentes del derecho de las relaciones privadas internacionales es un fenómeno inevitable y reviste aspectos muy positivos, sobre todo cuando existe una coordinación bien organizada entre éstas y se puede hablar, entonces, de un verdadero “pluralismo” de fuentes. Sin embargo, advierte que su número no debe multiplicarse en forma indefinida. No deben adoptarse más normas de las necesarias, ya sea a nivel nacional, regional, internacional o transnacional (GAUDEMÉT–TALLON, 2005: 169).

En efecto, *“la question est de savoir si cette multiplicité est suffisamment organisée, si les rapports entre les sources sont maîtrisés par le droit pour que l’on puisse parler de pluralisme et non de simple pluralité, ou si, au contraire, on se trouve parfois en présence d’une mauvaise articulation, voire de conflits entre les sources”* (GAUDEMÉT–TALLON, 2005: 93–94).

En similar sentido, PAMBOUKIS considera que el gran desafío del pluralismo jurídico –asociado a la globalización y la complejidad– es el orden, en el sentido de conservar –en un sistema plural y dinámico– la coherencia y la calidad de todo sistema jurídico de tener sentido en su conjunto, como un todo.

La globalización creó nuevos espacios, multiplicó las fuentes de creación normativa y las instituciones. Provocó la consagración de la hipótesis plural, el pluralismo contemporáneo está caracterizado por la multiplicidad de lugares de producción de derecho, por una multiplicación y una superposición de órdenes jurídicos, por un policentrismo respecto de las fuentes del derecho, por un multiculturalismo social y por una remodelación de la soberanía.

El autor, ante este escenario, enuncia tres estrategias posibles: ordenar la multiplicidad (la hipótesis de la unidad plural), abolir la multiplicidad (la hipótesis de la integración) y desordenar o multiplicar la multiplicidad (la hipótesis de la diversidad) (PAMBOUKIS, 2008: 170-1; 403-410).

Nos debemos quedar con la primera estrategia. Es decir, la búsqueda de un pluralismo de fuentes, y no de una mera pluralidad, multiplicidad de fuentes superpuestas e incluso contradictorias. El verdadero pluralismo normativo persigue la coherencia, la complementación, la coordinación y el diálogo entre las distintas fuentes.

En suma, volviendo a las enseñanzas de Erik Jayme en el Curso General que brindó en 1995 en la Academia de La Haya: la pluralidad de las fuentes, propia del derecho posmoderno, requiere la coordinación de las leyes en el interior del sistema jurídico. Ésta es una condición para la eficiencia y la justicia en una época marcada por la tendencia de legislarse sobre las más variadas materias, muchas veces convergentes, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional (JAYME, 1995).

VI. Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos

Las nuevas soluciones se inspiran e impregnan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En efecto, la garantía y protección de los derechos humanos orientan a toda solución que se busque para un caso de Derecho Privado con elementos extranjeros, ya sea a nivel legislativo, nacional o internacional, o bien a nivel jurisprudencial.

Al decir de Erik Jayme, los Derechos Humanos han cobrado un rol relevante a la hora de resolver los conflictos de leyes, propios del Derecho Internacional Privado (JAYME, 1995: 49).

No podemos dejar de mencionar que si bien los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional no constituyen fuentes en sentido estricto del DIPr, tal como afirma Dreyzin de Klor, “son marco de toda sentencia — a nivel occidental — y la interpretación pasa

a ser una fuente de derecho necesaria para avanzar en soluciones justas para los casos concretos que se presentan diariamente en los estrados judiciales” (DREYZIN DE KLOR, 2013).

Por otra parte, debemos recordar que el artículo 1º del Código Civil y Comercial de la Nación, referido a las fuentes y a su aplicación, indica que “todos los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...”

El artículo 2º refuerza dicho mandato cuando establece que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.⁵

VII. Aplicación del derecho extranjero

El artículo 2595 se refiere a una cuestión que ha generado múltiples posiciones y arduos debates en la doctrina del Derecho Internacional Privado. Nos referimos al problema de la aplicación del derecho extranjero.

La disposición referida indica: “Cuando un derecho extranjero resulta aplicable: ... a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino...”.

Vélez Sarsfield previó una sola norma equivalente al art. 2595 inciso a), pero con una orientación distinta. Nos referimos al art. 13 del Código Civil derogado, según el cual “La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial”. En la nota del artículo, nuestro primer codificador, señalaba que el derecho extranjero es un hecho, y por tal razón, a diferencia del derecho nacional, debe aplicarse a pedido de parte interesada. Dado que es un mero hecho, debe ser además probado. Seguía, por ende, la teoría de la cortesía internacional de Joseph Story.

⁵ Pueden verse los comentarios a estos artículos en el primer tomo de BUERES (2014)

Esta norma fue criticada arduamente por la doctrina nacional y fue objeto de modificaciones sustanciales en proyectos de reforma anteriores.

El nuevo Código modifica sustancialmente la previsión del artículo 13 derogado. En efecto, el juez quedaría ahora obligado a aplicar de oficio el derecho extranjero cuando así lo indicaren las normas indirectas del foro, adoptando la célebre teoría del uso jurídico de Werner Goldschmidt.⁶

En similar inteligencia, se pronuncia la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (“CIDIP II” sobre Normas Generales): “Artículo 2: Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”.

En relación a la interpretación de la CIDIP II en el tema que nos ocupa, se ha expresado que con respecto al “mandato de aplicar la norma ajena ‘tal como lo harían — con el sentido y el alcance — los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable’, debe tenerse presente en relación a países en los que su ordenamiento no consagra la obligatoriedad del precedente judicial, que los tribunales del Estado aplicador no deben conferir a las decisiones judiciales del ordenamiento de origen de la norma mayor autoridad que las que ellas tienen en dicho país, por lo que corresponde concluir que el magistrado posee respecto al derecho ajeno una libertad interpretativa no inferior a la de los tribunales del Estado al que dicha norma pertenezca” (TELLECHEA BERGMAN, 2014: 115–130). “El magistrado al interpretar la norma ajena, si bien debe atenerse a las pautas proporcionadas por el derecho referido sin poder alterar la jurisprudencia existente, no es un copista, sino que realiza una actividad necesariamente valorativa... Esta necesidad de valorar la solución más adecuada se acentúa en el caso de que el sistema jurídico remitido esté fundado en un régimen de libertad jurisprudencial, donde de existir distintas soluciones respecto a una misma cuestión, la posibilidad de opción del foro será ciertamente aún mayor...” (TELLECHEA BERGMAN, 1980: 43).

⁶ Según la Teoría del uso jurídico de Goldschmidt, si se declara aplicable a una controversia, al derecho extranjero hay que darle el mismo tratamiento de fondo, con el máximo grado asequible de probabilidad que le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable. Como punto de referencia es preciso tomar al juez, ante quien la controversia podía haberse radicado si realmente se hubiera planteado en aquel país.

Por su parte, los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940⁷ también conducen a la aplicación de oficio del derecho extranjero: en su respectivo artículo 2º establecen que las autoridades deben aplicar el derecho extranjero de oficio sin perjuicio de que las partes lo aleguen y prueben.

No obstante, es necesario reconocer que el principio de la oficialidad no surge tan nítidamente de la redacción de la nueva norma (PERUGINI ZANETTI, 2012: 665). En efecto, la disposición que analizamos indica que “el juez establece su contenido”. En realidad, el juez no establece el contenido del derecho extranjero, que ha sido establecido por el legislador extranjero, sino que aplica el ordenamiento jurídico extranjero siempre que su propia norma indirecta así se lo señale. Además, el artículo 2595 CCCN habilita al juez a aplicar derecho argentino siempre que “el derecho extranjero no pueda ser establecido”. Esta situación debería ser muy poco frecuente si tenemos en cuenta que el juez dispone de varios recursos, incluyendo los medios electrónicos, para conocer el contenido, vigencia y alcance del derecho foráneo.

De acuerdo a Fresnedo de Aguirre existen casos excepcionales en los cuales el juez se enfrenta al problema de la imposibilidad fáctica de aplicar el derecho material extranjero remitido por la norma de conflicto. Son ejemplos aquellos supuestos en los que no existen elementos de prueba e información acerca del mismo, o cuando el derecho material extranjero presenta una laguna con relación a la categoría de que se trata. Dado que el juez está obligado a fallar, la autora recuerda que la doctrina ha planteado distintas soluciones: la más frecuente y práctica de ellas —aunque no por eso adecuada— es la aplicación de la *lex fori*, que es la solución que ha adoptado nuestro legislador. También se ha planteado en el derecho comparado la posibilidad del rechazo de la demanda por falta de prueba del derecho extranjero aplicable, lo cual es criticable porque constituye una denegación de justicia. Otra opción ha sido la aplicación de otro derecho extranjero, considerado como semejante al que resulta aplicable. Sin embargo, se corre el riesgo de ser una respuesta arbitraria, toda vez que la determinación de la semejanza es difícilmente objetivable; además, aunque parecidos, es difícil que se trate de derechos idénticos. Otra variante, de acuerdo a Fresnedo, ha sido recurrir a “los principios jurídicos comunes a los pueblos civilizados”; pero éstos posiblemente no serán de gran ayuda frente a cuestiones muy específicas (FRESNEDE DE AGUIRRE, 2003: 299).

⁷ Los Tratados de Montevideo de 1889 vinculan a Argentina con Bolivia, Perú y en materias específicas con Colombia, Ecuador, Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Hungría e Italia. Los Tratados de 1940 relacionan a Argentina con Uruguay y Paraguay, salvo el Tratado de Derecho Penal Internacional que nuestro país no ha ratificado y seguimos regidos por el de 1889.

Por otro lado, cabe señalar que las partes en cualquier caso podrán alegar y probar el derecho extranjero. Es más recomendable referirse a la “información” del derecho foráneo y no así a la “prueba”, que corresponde a las tesis realistas que consideran que el derecho extranjero es un mero hecho.

Tal como afirma Tellechea Bergman, “este deber de las autoridades respecto a la aplicación del derecho extranjero no inhibe la facultad de las partes de ‘alegar’ la ‘existencia y contenido’ del mismo. Actividad informativa que no corresponde interpretar como sinónimo de una potestad probatoria capaz de restringir los parámetros dentro de los cuales puede moverse el magistrado, que siempre será titular del poder —deber de identificar y aplicar el derecho llamado a regular la situación jurídicamente relevante llevada a su conocimiento” (TELLECHEA BERGMAN, 2014: 115–130).

En suma, si bien la letra del artículo 2595 del CCCN no es lo suficientemente clara como hubiéramos deseado, representa un avance significativo en pos de la aplicación de oficio del derecho foráneo cuando correspondiese esa solución en el caso concreto.

En efecto, las consecuencias procesales de la consideración de la ley extranjera como un mero hecho, tal lo dispuesto en el derogado artículo 13 CC, no son aceptables en nuestros días.

Las tendencias más modernas, en donde podemos incluir la disposición que analizamos, se orientan hacia una exigencia cada vez mayor para el juez y menor para las partes. Si el juez no conoce el derecho extranjero aplicable, debe adoptar las medidas necesarias para llegar a su conocimiento, aunque las partes puedan cooperar con él para lograrlo.

VIII. Flexibilización

En algunos casos, el legislador selecciona puntos de conexión con un elevado nivel de rigidez, pues al pretender minimizar la discrecionalidad judicial, provoca que la norma de conflicto tenga especial dificultad para adaptarse a la realidad del caso. Una forma de resolver este inconveniente es la inclusión de una cláusula de excepción, mediante la cual el legislador espera corregir la remisión a una ley que no cumple con el objetivo de la norma de conflicto, es decir, conduce a un “resultado injusto” (MARTÍNEZ LUNA, 2002).

Con este espíritu, el artículo 2597, CCCN establece: “Cláusula de excepción. Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy

estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. No obstante, esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

La norma nos recuerda a la teoría de los vínculos más estrechos, o teoría de la proximidad que tuviera su punto de partida con el caso “Babcock v. Jackson” (New York Court of Appeals, 1963), donde resultaba ostensible la insuficiencia de la conexión *lex loci delicti* frente al domicilio común de actores y víctimas en un accidente de tránsito en el que la víctima había sido transportada gratuitamente.

Evidentemente, nuestro legislador ha procurado flexibilizar el sistema de conexiones rígidas. En efecto, los redactores del Anteproyecto señalaron: “se han preferido soluciones que sean a la vez sencillas y de cierta flexibilidad, a fin de favorecer el equilibrio entre la certeza y la necesidad de adaptación particular al caso, muchas veces rebelde a encuadramientos rígidos”.⁸ La norma que analizamos, a todas luces, es el mejor exponente de esta orientación de las disposiciones de Derecho Internacional Privado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Así, nuestro Código se hace eco de una tendencia hacia la flexibilización que se había iniciado en el último tercio del siglo XX. Sin embargo, debemos advertir que cuando se habla de la conexión más estrecha, de otra ley más vinculada o de la agrupación de contactos, no se hace referencia a una medición puramente cuantitativa de los elementos de conexión. Si unos valen más que otros, cabe preguntarse acerca de los condicionantes de la valoración. Y la respuesta debe apuntar de manera exclusiva hacia consideraciones de carácter material y no fruto de meras situaciones de oportunidad. En rigor, deben ser consideraciones de justicia y no de carácter coyuntural (FERNÁNDEZ ROZAS, 2000).

Como advierte Menicocci, “esta norma es una verdadera revolución en el DIPr argentino: la posibilidad de que los jueces puedan marginar el derecho que declara aplicable la norma de colisión, cuando el caso carece de relación con el derecho del estado cuya aplicación la norma indirecta reclama. Se intenta, de esta manera, abrir nuestro DIPr de conexiones rígidas hacia un sistema de DIPr flexible, con un considerable aumento de la discrecionalidad judicial (...). La disposición es, quizá, la más esperada por los académicos y la menos aplaudida por los profesionales. Y ello porque mientras una fina intuición puede advertir que la localización espacial designada en la norma indirecta es poco significativa

⁸ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV: Derecho Internacional Privado, 2012. Consultado en: [<http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>] el 30/10/2016.

frente a otros elementos que se presentan en el caso, no es de esperar igual reflexión y conclusión por parte de quienes no están familiarizados con el DIPr y no dudan en echar mano a la poca relevancia de la extranjería para aplicar derecho local” (MENICOCCHI, 2014: 29).

Es de interés advertir que no encontramos ninguna norma equivalente en el Código Civil derogado, ni en el derecho argentino en general. Tampoco hallamos doctrina o jurisprudencia uniforme al respecto. Los proyectos de reforma de las normas de DIPr no habían previsto la llamada “cláusula de excepción”.

Sin embargo en el derecho comparado encontramos algunos ejemplos. Varios cuerpos jurídicos de fuente interna consagran dentro de sus normas cláusulas de excepción. Así, la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987, en su art. 15 trae la denominada “*exception clause*” en los siguientes términos: “1. The law designated by this Code shall not be applied in those exceptional situations where, in light of all circumstances, it is manifest that the case has only a very limited connection with that law and has a much closer connection with another law. 2. This article is not applicable in the case of a choice of law by the parties”.

Tal como podemos observar, esta previsión de la ley suiza es muy similar a nuestro nuevo art. 2597. En efecto, es una cláusula de excepción general, ya que se aplica a todas las normas de conflicto previstas sin perjuicio de la índole de la situación o relación jurídica, excepto cuando se admite la autonomía conflictual.

Asimismo, el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica de 2004, en su art. 19 prevé una cláusula de excepción similar a la de la ley suiza: “*Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre Etat. Lors de l'application de l'alinéa er, il est tenu compte notamment: – du besoin de prévisibilité du droit applicable, et – de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des Etats avec lesquels cette relation présentait des liens au momento de son établissement*”.

Esta disposición presenta dos importantes límites: la cláusula no puede ser empleada cuando las partes han escogido su ley aplicable, ni tampoco cuando la designación de la ley “depende del contenido del Derecho aplicable”.

Por otro lado, en el ámbito del derecho supranacional de la Unión Europea encontramos el art. 4.3 del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales

(“Roma I”) (cuyo antecedente es el art. 4.5 del Convenio de Roma de 1980). Este precepto contiene una cláusula que permite dejar de aplicar la ley establecida bajo las normas de conflicto generales en materia contractual: *“si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país”*.

A su turno, el art. 4.3 del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) indica que: *“si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la Ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión”*.

Volviendo al análisis del artículo 2597 CCCN, podemos afirmar que le brinda al juez una válvula de escape para aquellos casos en los que la norma indirecta lo conduzca a un derecho poco vinculado, en tanto otro ordenamiento jurídico, en cambio, se presenta estrechamente relacionado a la situación jurídica planteada.

Sin embargo, la disposición es rigurosa, pues es una atribución excepcional que tiene a su alcance el juzgador, en tanto: 1) del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho, 2) presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, 3) la aplicación de este derecho resulta previsible, y d) bajo las reglas de dicho derecho, la relación se ha establecido válidamente.

Además, el juez no podrá recurrir a esta cláusula de excepción cuando las partes han elegido el derecho aplicable en virtud de la autonomía de la voluntad. Esta exclusión se podrá configurar, normalmente, en materia contractual.

Es dable señalar que esta disposición ya ha encontrado ciertos reparos en la doctrina especializada que, en gran medida, compartimos. En tal sentido, All y Albornoz manifiestan que: *“(…) esta cláusula de excepción siembra dudas sobre la razonabilidad de la elección hecha por el autor de la norma de conflicto. De un lado, se muestra como algo excepcional, como una eventualidad que, debido al conjunto de circunstancias de hecho del caso, permite ver que gravita hacia un derecho distinto, aunque previsible, y bajo cuyas reglas la relación se ha ‘establecido’ válidamente. De otro, parece una especie de confesión del legislador, quien reconoce la falibilidad de su juicio cuando en abstracto valora la importancia de las vinculaciones del caso al momento de elaborar la norma general”* (ALL, 2014: 787). Agregan, por otra parte, que la norma omite mencionar si la excepción funciona a pedido de parte o puede el tribunal, de oficio, instalar el caso de un derecho diferente al previsto.

Por otro lado, otra modalidad de flexibilización que encontramos en las disposiciones del CCCN es la incorporación de normas indirectas con conexiones múltiples, las más de las veces orientadas materialmente.

Efectivamente, los puntos de conexión únicos, al estilo savigniano, dejaron paso a las conexiones múltiples. Estas conexiones más realistas y flexibles pueden o no estar jerarquizadas. Es decir, el legislador puede brindar puntos de conexión alternativos –a opción del juez o bien de los justiciables– o puede jerarquizar los puntos de conexión –una suerte de cascada de conexiones sucesivas–, de modo tal que operen una en defecto, en subsidio de otra, la que no se puede determinar por alguna circunstancia razonable.

A su turno, las conexiones alternativas pueden presentarse materialmente orientadas a la protección del interés superior del niño, del hijo, del alimentado, del consumidor, del damnificado, optando siempre el juez por la ley más favorable.

Encontramos, por ejemplo, el *favor filii* en los artículos 2632 y 2633 (filiación) y 2639 (responsabilidad parental) y el *favor alimentari* en el artículo 2630 CCCN (alimentos).

IX. El rol de la autonomía de la voluntad

IX.A. Acuerdo de elección de foro

El artículo 2605 CCCN consagra la autonomía de la voluntad en el ámbito jurisdiccional ya que reconoce validez en el derecho de fondo al acuerdo de elección de foro. De acuerdo a dicho texto normativo, en materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

Si bien nuestros códigos de fondo no contenían normas en materia de acuerdo de elección de foro o prórroga de jurisdicción, encontramos el artículo 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) que permite la prórroga de jurisdicción internacional a favor de jueces extranjeros, bajo ciertas condiciones.

A su turno, en la fuente convencional, podemos advertir que mientras que el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 no reconoce la facultad de las partes de prorrogar la jurisdicción, el Tratado de Montevideo de 1940 admite en el artículo 56 la prórroga *post litem natam* en los siguientes términos: “(...) Se permite la prórroga territorial de la jurisdicción si, después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales. La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta”. Por su lado, en el ámbito del

Mercosur, el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual, en vigor entre los cuatro Estados miembros originarios del proceso de integración, permite a los contratantes la prórroga de jurisdicción. En efecto, el artículo 4 (Capítulo I: Elección de jurisdicción) dispone: “En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva...”. Por último, el artículo 5 establece que: “El acuerdo de elección de jurisdicción puede realizarse en el momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio. La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las disposiciones del presente Protocolo. En todo caso se aplicará el derecho más favorable a la validez del acuerdo”.

La denominada prórroga de jurisdicción permite, bajo ciertas circunstancias, elegir el foro judicial o arbitral que las partes deseen. Cualquier cláusula de elección de foro, para ser eficaz, deberá ser válida de acuerdo al Derecho Internacional Privado del Estado designado por las partes y por el derecho del Estado cuyos tribunales sean requeridos o ante quienes se solicite el reconocimiento y/o ejecución de la sentencia.

El artículo 2605 CCCN, en coincidencia con el artículo 1º del CPCCN, dispone que se podrá prorrogar la jurisdicción a favor de jueces extranjeros o árbitros fuera del país, siempre que la materia sea patrimonial e internacional, y excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

Por ende, en nuestro ordenamiento jurídico de fuente interna, la internacionalidad objetiva del asunto es un requisito ineludible. Será necesario buscar elementos extranjeros como el lugar de celebración y de cumplimiento del contrato, el lugar de residencia, domicilio o establecimiento de las partes, o el lugar de situación de la cosa objeto del contrato para determinar la internacionalidad del asunto y habilitar, entonces, la posibilidad de acordar voluntariamente el foro competente.

Asimismo, la cuestión deberá ser patrimonial de acuerdo al derecho argentino. Pero no procederá en los casos de jurisdicción exclusiva previstos en el artículo 2609 CCCN y los que pudieran disponer leyes especiales.

Adviértase finalmente, que el acuerdo de elección de foro podrá realizarse a favor de jueces extranjeros pero también de árbitros que actúen en el extranjero. De esta manera, se prevé el arbitraje privado internacional.⁹

IX.B. Elección de ley aplicable en materia contractual

Cuando estamos en presencia de un contrato internacional, la autonomía de la voluntad habilita a las partes no sólo a elegir a los jueces o árbitros que diriman sus controversias, sino también a seleccionar la ley aplicable que rija el contrato en caso de conflicto.

En los fundamentos, los redactores se refieren a la consagración del principio de la autonomía de la voluntad, receptado en la jurisprudencia de nuestros tribunales, en la doctrina mayoritaria, en las soluciones adoptadas en el derecho comparado y en convenciones de las que nuestro país forma parte.

Ahora bien, el CCCN no solo acepta la autonomía conflictual, sino también la llamada autonomía material. En los fundamentos, se justifica esta inclusión en los siguientes términos: “Según la práctica frecuente en la realidad argentina, se admite expresamente el ejercicio de la autonomía en su despliegue material, facultando a las partes a crear disposiciones contractuales que desplacen las normas coactivas del derecho elegido. También son aplicables los usos y prácticas comerciales, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, cuando las partes los han incorporado al contrato o cuando, razonablemente, deban haberse entendido sujetas a ellos. Esta regla integra a la autonomía material de la voluntad, la tendencia contemporánea a regir el contrato por principios o normas del llamado ‘derecho blando’ (*soft law*), elaborado en el seno de organizaciones intergubernamentales”.

Cabe señalar que la Sección 11ª del CCCN se ocupa de los contratos internacionales en general, mientras que la Sección 12ª contempla algunas disposiciones particulares sobre los contratos de consumo que tienen en cuenta las características especiales de tales actos debido a la presencia de una parte contratante débil que requiere la tutela del ordenamiento jurídico.

⁹ Los artículos 1649 a 1665 CCCN regulan el llamado contrato de arbitraje.

Sin embargo, no han sido regulados otras categorías de contratos. Los redactores han justificado tal decisión: “se ha concluido que es preferible dejar en manos del juez la concreta adaptación de las normas generales a las particularidades concretas del caso”.¹⁰

Debemos recordar que la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual ha sido objeto de al menos dos significados diversos. Por un lado, como fuente original del derecho, independiente de todo orden jurídico preestablecido. Por ende, estaríamos ante un derecho absoluto. Desde otra mirada, se entiende que la voluntad del sujeto es una fuente derivada del derecho, capaz de crear normas jurídicas porque determinado ordenamiento jurídico así lo permite. Entonces, sería un derecho subjetivo, derivado de un orden jurídico que lo acuerda (FELDSTEIN DE CÁRDENAS, 1995: 63–64).

En definitiva, “la facultad de elección de la ley del contrato encuentra su fundamento en el principio de libre disposición, al tiempo que aporta una significativa dosis de seguridad jurídica, permitiendo eliminar las dificultades propias de la determinación objetiva de la ley aplicable” (DE MIGUEL ASENSIO, 1998: 17).

IX.B.1. Autonomía de la voluntad conflictual

El Código Civil derogado no contenía ninguna norma expresamente consagrada a la autonomía de la voluntad en el orden internacional. Quienes defendieron su aplicación en el ámbito internacional se fundaron en el art. 1197 de ese cuerpo legal. En cambio, quienes negaron esta posibilidad se basaron en los Tratados de Montevideo, en especial en la versión de 1940. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales reconocían este principio con ciertos límites.

En este sentido, Goldschmidt entendía que hay una práctica contractual en Argentina favorable a la autonomía de las partes como punto de conexión (GOLDSCHMIDT, 1990: 198), recogida en convenios celebrados por la Nación y reconocida por la jurisprudencia.

Por su parte, Boggiano fundamentaba la autonomía conflictual en normas positivas, admitiendo dos alcances: a) con posibilidad de elección restringida a los lugares de real cumplimiento del contrato, con fundamento en los arts. 1209, 1210 y 1212 del Código Civil, y b) con criterio amplio de elección, aun cuando el derecho elegido no coincida con el lugar de ejecución del contrato, en base a la facultad de prorrogar la jurisdicción en jueces o árbitros

¹⁰ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV: Derecho Internacional Privado, 2012. Consultado en: [<http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>] el 30/10/2016.

que actúen en el extranjero que establece el art. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Dado que para este autor, “la elección de un tribunal implica una elección tácita, pero inequívoca del D.I.Pr. del tribunal elegido, y pudiendo ser elegido el DIPr —que es lo más—, se puede elegir el derecho privado aplicable, que es lo menos” (BOGGIANO, 2000: 678–679).

Respecto a la fuente convencional, mientras que el Tratado de 1889 no se pronuncia expresamente sobre la facultad de las partes de elegir la ley aplicable, en su versión de 1940, rechaza el principio (Protocolo Adicional de 1940, artículo 5).¹¹

Sin embargo, para un sector de la doctrina, si un contrato por ejemplo es celebrado en Montevideo, y la prestación tiene lugar de cumplimiento en Buenos Aires —resultando aplicable el derecho argentino—, por vía de la doctrina del reenvío sería admisible el acuerdo de partes en tanto nuestro país acoge el principio de autonomía de la voluntad (GOLDSCHMIDT, 1990: 392).

Ahora, el nuevo artículo 2651 CCCN reconoce con amplitud la autonomía de la voluntad contractual en consonancia con los lineamientos aceptados por la doctrina y jurisprudencia dominantes. En efecto, sienta un principio general: los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a: su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. Al delimitar las cuestiones que serán regidas por el derecho elegido, se advierte que otros aspectos se someterán a sus correspondientes leyes. Por ejemplo, la capacidad de los contratantes se rige por la ley de sus respectivos domicilios (art. 2616 CCCN) y la forma por lo dispuesto en el art. 2649 CCCN.

Entendemos que, aunque la norma no lo explicita, su aplicación se limita a los contratos que presentan elementos extranjeros objetivamente relevantes (internacionalidad objetiva).

Por otro lado, la disposición analizada admite la elección expresa del derecho aplicable, pero también puede resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

¹¹ Resulta muy ilustrativo el debate suscitado en torno a la aceptación o rechazo de la autonomía de la voluntad, que consta en las Actas de ambos Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado de Montevideo.

IX.B.2. *Autonomía de la voluntad material*

La doctrina ha distinguido dos especies o tipos de la llamada autonomía de la voluntad. Por un lado, tal como vimos, las partes pueden elegir el derecho aplicable al contrato (autonomía conflictual de las partes). Pero éstas pueden asimismo convenir normas, reglas, para que rijan el contrato (autonomía material). En este punto, se han diferenciado dos situaciones: “sea que las partes desconecten el contrato del imperio de cualquiera de los derechos positivos del mundo (autonomía universal de las partes o autonomía material de primer grado), sea que las partes combinen normas civiles y comerciales establecidas o admitidas por cualesquiera de los derechos que ellas podrían haber elegido (autonomía material de segundo grado). La autonomía material de segundo grado se basa en la facultad de las partes de declarar aplicables a su contrato fragmentos de los diversos derechos elegibles, por ejemplo: a la validez, el Derecho del lugar de la celebración; a la ejecución, el Derecho del lugar de cumplimiento, etc. En este supuesto, las partes no están obligadas por el Derecho coactivo de cualquiera de los derechos elegibles, porque podrían haber elegido otro que no conociera estas normas coactivas. Pero tampoco las partes se pueden liberar de todas las normas coactivas; ellas están supeditadas al Derecho coactivo común de los derechos elegibles por no poder escapar a éste por ningún acto de elección permitido” (GOLDSCHMIDT, 1980: 375).

Por otro lado, según la tesis de Boggiano, mientras que en la autonomía de la voluntad conflictual las partes no pueden desplazar las normas coactivas del Derecho Privado elegido, haciendo uso de la autonomía de la voluntad material, “además de poder elegir el derecho aplicable al contrato, pueden también excluir del derecho privado elegido las normas coactivas vigentes en él. Tal exclusión sólo puede operarse mediante la incorporación al contrato de normas materiales contrarias a las normas coactivas del derecho privado rector del negocio” (BOGGIANO, 2011: 506). Es decir, siguiendo la tesis del autor, “las normas coactivas de los sistemas de derecho privado son dispositivas en los contratos internacionales. Todas las normas del derecho privado contractual son dispositivas para el DIPr. Esto significa que las partes, en los contratos multinacionales, no están imperativamente sujetas a ninguna norma coactiva de ningún derecho privado del mundo. Es éste un punto que debe aparecer claro. Las prohibiciones o mandatos imperativos dispuestos por los derechos privados para casos nacionales no obligan a las partes en sus negocios internacionales” (BOGGIANO, 2011: 510).

El autor razona de la siguiente manera para aseverar tales conclusiones, que son centrales en su teoría y obra: “Las partes pueden excluir el derecho elegido por el legislador para regir el contrato, eligiendo otro (cfr. Autonomía conflictual del D.I.Pr.). Si las partes pueden excluir las normas coactivas del derecho privado elegido por el legislador íntegramente, eligiendo otro derecho privado nacional, pueden también excluirlas parcialmente, mediante la ya considerada autonomía material. Además, si las partes pueden

desplazar íntegramente el plexo de normas coactivas y dispositivas del derecho designado por el legislador, también pueden excluir las normas coactivas del derecho por ellas elegido. No se advierte razón que obste a la procedencia de estos argumentos analógicos a *maiore ad minus*. En definitiva, esta autonomía se funda en los mismos razonamientos que sustentan, a mi juicio, la autonomía conflictual, pues sus consecuencias están virtualmente implícitas en la facultad de elegir el derecho aplicable excluyendo el determinado por las normas de conflicto subsidiarias del legislador. Se trata del ejercicio de autonomías *secundum legem*, considerando que la voluntad del legislador es que las partes obvien investigaciones sobre imprevisibles derechos aplicables y tribunales competentes, asegurando un derecho cierto y razonable para que aquéllas sepan a qué atenerse en el cumplimiento de sus obligaciones. Nada más justo que facultar a las mismas partes para efectuar una razonable elección mientras se celebran las negociaciones” (BOGGIANO, 2011: 507).

En síntesis, el art. 2651 CCCN reconoce la autonomía material en los términos de la tesis sustentada por Boggiano (2011): las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido.

IX.B.3. Límites y reglas para el ejercicio de la autonomía de la voluntad

Encontramos algunas reglas y ciertos límites a los que está sujeto el ejercicio de la autonomía contractual:

1. La elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato. Es decir, se permite el llamado *depeçage*.

2. En cualquier momento las partes pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones del Código. Pero la norma impone un límite claro: esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros.

3. Se rechaza el reenvío. Efectivamente, elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario. En igual sentido, se expide el art. 2596, segundo párrafo del CCCN.

4. La elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país.

5. Los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los

principios del Derecho Comercial Internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato. Dada la importancia de esta inclusión, nos detendremos en este punto más adelante.

6. La autonomía de la voluntad es limitada:

a) por los principios de orden público (art. 2600 CCCN);

b) por las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino, cualquiera sea la ley que rija el contrato (art. 2599 CCCN, primer párrafo);

c) por, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso (art. 2599 CCCN, segundo párrafo);

d) por el fraude a la ley: los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno (art. 2598 CCCN);

e) en los contratos de consumo, en los cuales no se admite la elección del derecho aplicable. La ley aplicable a estos contratos se rige por lo dispuesto en el art. 2655 CCCN.

IX.B.4. Autonomía de la voluntad y *lex mercatoria*

El art. 2651 CCCN, inciso d) admite que las partes incorporen al contrato los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional.

Esta disposición introduce en el DIPr contractual argentino a uno de los conceptos más difíciles de definir en el ámbito de nuestra disciplina, como es la intrincada *lex mercatoria*,¹² que surge en la doctrina a partir de mediados de la década del cuarenta y tiene su auge especialmente en la década del sesenta.

Para algunos constituye un tercer género, entre el derecho interno y el derecho internacional, un sistema jurídico universal, flexible y autónomo respecto a ambos; para

¹² También ha sido llamada “nueva *lex mercatoria*”, “common law of international transactions”, “autonomous law of world trade”, “droit (coutumier) du commerce international”, o “internationales Handelsrecht”.

otros, en cambio, es una ficción, “un fantasma creado por profesores franceses de la Sorbona”.

El debate doctrinario en torno a la noción de la *lex mercatoria* es álgido puesto que roza cuestiones relevantes de la teoría general del Derecho, principalmente el concepto mismo de sistema jurídico y las relaciones entre el Estado y el Derecho.¹³

La *lex mercatoria* constituye una realidad sumamente dinámica y rica desde el plano conceptual que se presenta como un polo de atracción inevitable para todo especialista del Derecho Comercial Internacional (STRENGER, 1991: 217). Tal como manifiesta Madrid Martínez, no se trata de una noción unívoca, sino más bien de un continente dentro del cual se agrupan muchos elementos diferenciados entre sí y con sólo dos características comunes: su carácter anacional y la ausencia de fuerza vinculante *ex proprio vigore*. Por ello, efectivamente la gran mayoría de las definiciones tienden a ser descriptivas (MADRID MARTÍNEZ, 2013: 333–334).

¹³ El debate más serio y complejo está relacionado con las respuestas que se puedan dar al interrogante: ¿la *lex mercatoria* es un orden jurídico autónomo?

Para Goldman, la *lex mercatoria* es un orden jurídico autónomo, de carácter transnacional o anacional. Esta afirmación la funda en la existencia de una *societas mercatorum* coherente, que produce su propio derecho y que sanciona ya sea a través de una justicia privada, constituida por los tribunales arbitrales, ya sea por su propia organización o administración, formada por las organizaciones corporativas. Según este autor emblemático en el tema que nos ocupa, las reglas de la *lex mercatoria* no son disposiciones dispersas, sino que forman un sistema de reglas coherente, cuya finalidad es la satisfacción de las necesidades del comercio internacional (GOLDMAN, 1963: 477).

A su turno, esta teoría encuentra sustento en los trabajos de la escuela del pluralismo de los ordenamientos jurídicos, en particular en los desarrollos de Santi Romano. Para este autor, todo cuerpo social constituye un orden jurídico, no solamente el Estado. Todo lo que es Derecho no debe necesariamente proceder del Estado, y mucho menos de una voluntad estatal ficticia. El orden jurídico supone una comunidad organizada por una institución capaz de garantizar el respeto de las normas generadas por la propia comunidad organizada. De entre sus obras, ver principalmente: ROMANO, 1975. Sin embargo, esta asimilación de la *lex mercatoria* a un orden jurídico ha sido seriamente criticada. En su “Approche critique de la *lex mercatoria*”, Paul Lagarde cuestiona la existencia de una sociedad de mercaderes suficientemente organizada para constituir un orden jurídico. Para este destacado autor, solamente existirían islotes de organizaciones que aparecen en el comercio internacional, pero no existe una organización única. Constata que las reglas de la *lex mercatoria* tienen la necesidad de un contrato, como soporte, para devenir obligatorias y que, a su vez, la validez del contrato depende de la ley de los Estados: “*la réception par les ordres étatiques des normes de la lex mercatoria ne se ferait que sous réserve d’un contrôle des Etats sur le moyen d’accès des parties (qui sont aussi sujets des ordres étatiques) à ces normes extraétatiques*”. Además, Lagarde sostiene que la *lex mercatoria* no tiene un órgano jurisdiccional propio y por ende, no es un orden jurídico completo. En fin de cuentas, la eficacia del arbitraje depende del reconocimiento estatal (LAGARDE, 1987: 141-142).

A la hora de definir la *lex mercatoria*, se puede advertir tres grandes orientaciones. La primera la define como un orden jurídico autónomo, creado espontáneamente por las partes vinculadas en las relaciones económicas internacionales, que existe independientemente de los sistemas nacionales; una segunda tendencia la presenta como un cuerpo de reglas suficiente para resolver una controversia, actuando como alternativa a la ley nacional aplicable; y la tercera la considera como un complemento de la ley nacional que resulta aplicable, y como una consolidación gradual de los usos y de ciertas expectativas del comercio internacional.

De la mayoría de las definiciones de la *lex mercatoria*, se desprende la necesidad de poner de relieve un cierto estado de insatisfacción en relación con los sistemas nacionales, que son vistos como incapaces de brindar una solución a los problemas principales del comercio internacional.

Lo cierto es que más allá de los problemas de legitimación y eficacia que enfrenta aún la *lex mercatoria*, y de los debates doctrinarios, “los comerciantes siguen haciendo negocios en un mundo que se hace cada vez más pequeño, siguen estableciendo relaciones cada vez más complejas para las cuales el derecho estatal se está quedando sin respuestas. Las organizaciones internacionales y los gremios profesionales siguen procurando soluciones que, en buena parte de los casos, responden a necesidades prácticas, desplazando poco a poco el rol estelar del Estado en la codificación” (MADRID MARTÍNEZ, 2013: 354).

Por ello, tal como afirma Moreno Rodríguez (2013: 244), “(...) desde una perspectiva más pragmática, se ha dicho que la pregunta no debería ser: ¿*lex mercatoria*, sí o no?, sino: ¿cuándo y cómo?; es decir lo que últimamente importa es el grado en que los Estados hoy día permiten que las partes, en un contrato comercial internacional, se refieran a ella para escapar de la aplicación de leyes domésticas”.

En efecto, la *lex mercatoria*, así como el *soft law* en general, encuentra sus límites en los derechos estatales. Como bien manifiestan Albornoz y All, “abrirse al *soft law* no puede significar una libertad tan grande que permita a los grupos de interés que los motorizan, dar por tierra con las pautas básicas de convivencia de cada sociedad nacional, individualmente o en agrupaciones u otras formas de uniones de Estados. Todo sistema oficial tiene sus características particulares, muchas de las cuales son esenciales para la subsistencia de la comunidad como tal y, otras, son estructurales de sus ordenamientos jurídicos. En ambos casos deben resistir los embates liberalizadores para lograr un justo equilibrio como resultado del cual, se beneficie el comercio pero también éste beneficie a las sociedades en su conjunto y a los individuos sin ningún tipo de distinción. Esta puja siempre ha existido, pero parece presentarse con más ímpetu con motivo de la globalización de la economía y de la vida en general” (ALL, 2011: 273).

Por ello, las normas de policía o de aplicación inmediata y los principios de orden público internacional limitan la autonomía de la voluntad de los contratantes y constituyen un freno, una valla, para el derecho estatal extranjero, como para las estipulaciones contractuales, la *lex mercatoria* y cualquier otro tipo de regla o principio de *soft law*.

IX.C. Elección de ley aplicable en materia de relaciones patrimoniales del matrimonio

Según el art. 2625 CCCN sobre los efectos patrimoniales del matrimonio, las convenciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración.

En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes.

En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros.

En el DIPr comparado, existen dos criterios extremos en la materia que nos ocupa. Uno de ellos opta por permitir, en términos generales, que los cónyuges elijan el régimen patrimonial matrimonial que consideren más conveniente a sus intereses. En este supuesto, la legislación habilita a los consortes a hacer ejercicio de la autonomía de la voluntad.¹⁴ En cambio, desde otra postura, nos encontramos con un criterio mucho más restrictivo que veda tal posibilidad y sujeta esta cuestión a la ley que el propio legislador estima más conveniente. En tal caso, se presentan dos variantes: someter las relaciones patrimoniales del matrimonio a la ley personal (nacionalidad o domicilio) o a la ley del lugar de situación de los bienes que integran la sociedad conyugal.

¹⁴ Numerosos sistemas de derecho internacional privado extranjeros permiten a los cónyuges elegir la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales, ya sea éste legal o pactado, así la Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995 (art. 30); la Ley de Derecho Internacional Privado Suiza de 1987 (art. 52); la Ley de Derecho Internacional Privado de Rumania de 1992 (art. 21.2), la Ley de Derecho Internacional Privado de Turquía de 1982 (art. 14.1), entre otros.

A su turno, el legislador podrá elegir un punto de conexión mutable –es decir el domicilio o residencia habitual o nacionalidad efectiva de los cónyuges–, o bien inmutable –o sea que optará por la ley del lugar del primer domicilio o de la primera residencia habitual conyugal o la ley de la nacionalidad común de los contrayentes al momento de la celebración del matrimonio–. De esta forma, se imposibilita el cambio de régimen legal.

El Código Civil derogado en su artículo 163 sometía el régimen patrimonial del matrimonio, sea legal o convencional, a la ley del primer domicilio conyugal: “Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio”.

Este punto de conexión –que es el primer lugar de radicación efectiva del domicilio conyugal– se muestra pleno de rigidez, y en ocasiones el tiempo transcurrido desde su establecimiento puede haber ocasionado que no guarde ningún vínculo con el acaecimiento de las vicisitudes matrimoniales.

Además, la autonomía de la voluntad se encontraba vedada también en el derecho interno aplicable a las relaciones domésticas, dado que contemplada un régimen de bienes único, legal y forzoso (la ganancialidad).

Las normas hoy vigentes, si bien mantienen la conexión rígida del primer domicilio conyugal, la subordinan a las convenciones matrimoniales que los cónyuges pudieron haber celebrado en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En consonancia, en el orden interno, los cónyuges pueden optar por el régimen de comunidad de ganancias o de separación de bienes (arts. 446 a 508 CCCN).

IX.D. Elección de ley aplicable en materia de alimentos

El art. 2630 del CCCN dispone especialmente la ley aplicable a los acuerdos alimentarios: a elección de las partes, se rigen por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos. Nos encontramos aquí con conexiones alternativas principales (domicilio o residencia de cualquiera de las partes del acuerdo), y con una conexión simple que opera en subsidio (la ley que rige el derecho de alimentos).

A su turno, a falta de acuerdo el derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario; el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario.

El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo.

Tal como podemos observar, la autonomía de la voluntad en materia de alimentos se limita a dos opciones razonables: el derecho del domicilio o la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo de la celebración del acuerdo.

Téngase presente que dicha elección, por la sensible materia sobre la que versa, estará condicionada por el debido resguardo de los derechos elementales del alimentado.

X. Cooperación jurisdiccional internacional como deber jurídico

Recordemos que “el instituto de la cooperación consiste en la entreatyuda que se prestan los órganos jurisdiccionales de los Estados con el propósito de no interrumpir la continuidad de un proceso incoado ante un tribunal, que —a ese efecto— se ve necesitado de solicitar asistencia a otro tribunal foráneo” (DREYZIN DE KLOR, 2010: 264).

El concepto mismo de cooperación internacional se desprende claramente del artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas como un propósito de la Organización que se despliega en diferentes esferas materiales: económica, social, cultural y humanitaria especialmente, asumiendo los Estados el compromiso genérico de adoptar medidas conjuntas o individuales para la realización de los objetivos de la Organización en el artículo 56 de la Carta.

La obligación de los Estados de cooperar entre sí también ha sido plasmada en la célebre Declaración sobre los Principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 12 de noviembre de 1970 (Resolución 2625 (XXV)) (SALINAS DE FRÍAS, 2003: 157–178).

Tal como nos recuerda Tellechea Bergman, tradicionalmente se ha recurrido para justificar la prestación del auxilio internacional a conceptos de reciprocidad, de conveniencia, de *comitas gentium* o cortesía internacional. Sin embargo, en la actualidad, “la base de la prestación de la cooperación radica en una práctica suficientemente asentada entre las naciones que concibe que la justicia en tanto cometido esencial del Estado, no puede verse

frustrada por fronteras nacionales que se erijan en obstáculos al desarrollo de procesos incoados más allá de las mismas” (TELLECHEA BERGMAN, 2002: 221–222).

En similar sentido, Elisa Pérez Vera señala que este deber de cooperación interestatal significa “la traducción de esa idea de justicia que desde sus orígenes se ha reivindicado como fundamento del DIPr” (PÉREZ VERA, 2001: 39).

En esta inteligencia, el artículo 2611 CCCN establece: “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral”.

En el ámbito del Derecho Civil y Comercial de fuente interna, la República Argentina no había reconocido con anterioridad un deber general de cooperación internacional en cabeza de nuestros jueces.

De acuerdo al artículo 2611 del CCCN, el deber de cooperación en materia civil, comercial y laboral solo podría denegarse en caso de ausencia de requisitos básicos exigibles para proceder a la cooperación solicitada o bien que la rogatoria afecte de manera grave y manifiesta algún principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

Adviértase que el artículo 2611 se aplicará en defecto de disposiciones convencionales o bien con la finalidad de complementarlas. La República Argentina ha ratificado un número significativo de tratados internacionales en materia de cooperación jurisdiccional internacional en general o en materias específicas. Entre ellos, destaca el Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, de 1992, vigente entre los Estados parte del Mercosur, que en su artículo 1º dispone: “Los Estados Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales”.

Asimismo, cabe señalar que el artículo 2611 CCCN referido a la cooperación internacional en los ámbitos civil, comercial y laboral, encuentra una disposición similar en la Ley 24.767 de Cooperación Internacional en materia penal que en su art. 1º establece que: “La República Argentina prestará a cualquier Estado que lo requiera la más amplia ayuda relacionada con la investigación, el juzgamiento y la punición de delitos que correspondan a la jurisdicción de aquél. Las autoridades que intervengan actuarán con la mayor diligencia para que la tramitación se cumpla con una prontitud que no desnaturalice la ayuda”. Sin embargo, en el ámbito penal, el art. 3º del mismo cuerpo legal, subordina la ayuda a la existencia u ofrecimiento de reciprocidad.

XI. Conclusiones principales

- El Derecho Internacional Privado (DIPr) de nuestros días se desenvuelve ante una realidad distinta a aquella de sus orígenes en la Edad Media y de su posterior desarrollo en la Edad Moderna. En el Siglo XXI, algunos de los pilares elementales sobre los que se construyó nuestra disciplina han desaparecido, o se han transformado.
- Asistimos a la metamorfosis del Estado, y por lo tanto, del DIPr clásico. Pero ello no significa que aquél cumpla un rol prescindente, irrelevante. Todo lo contrario, es el Estado precisamente quien debe asumir, en primer lugar, el rol de garante de los derechos fundamentales de todos los seres humanos, ya sea en sus relaciones internas, regionales, internacionales, transfronterizas, o transnacionales. Las relaciones entre Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos es primordial, y el Estado no debe perder de vista que la razón de nuestra disciplina solo puede ser alcanzada si son resguardados los derechos y garantías fundamentales del hombre.
- El DIPr ha dejado de ser una materia especializada y elitista, alejada del resto del ordenamiento jurídico, como la Cenicienta de las materias en las Carreras de Abogacía. Las situaciones jurídicas privadas de alcance internacional hoy nos involucran a todos, no solo a las grandes multinacionales, que operan en el mundo de los negocios internacionales.
- Los escenarios hoy son más complejos: la globalización, la diversidad cultural, la integración socio – económica, el ciberespacio, el fenómeno migratorio temporal y permanente. Nuestra disciplina necesita adaptarse a las nuevas exigencias. A ello responde el pluralismo de fuentes y de métodos.
- La complejidad de la sociedad posmoderna exige soluciones renovadas, plurales, a través de una multiplicidad de fuentes estatales y extra estatales, en donde actores públicos y privados deben cumplir sus respectivos roles para el logro de una óptima gobernanza global.
- Nuestro DIPr debe organizar las reglas nacionales, internacionales, supranacionales y transnacionales en pos de la coordinación de los sistemas jurídicos en juego y debe evitar la mera multiplicidad de fuentes superpuestas, inconexas e incluso contradictorias. Un buen pluralismo normativo persigue la coherencia, la complementación, la coordinación y el diálogo entre las distintas fuentes.
- En estos nuevos escenarios se insertan, en gran medida, las disposiciones de Derecho Internacional Privado que contiene nuestro nuevo Código. Sin lugar a dudas, las nuevas

normas del Título del IV del Libro Sexto sobre Disposiciones Comunes a los Derechos Personales y Reales, configuran un avance significativo para esta disciplina.

- Si bien los desarrollos jurisprudenciales, académicos, y en investigación en el ámbito del DIPr argentino alcanzan reconocimiento a nivel nacional, regional, e incluso mundial, la carencia de autonomía legislativa, la ausencia de un conjunto de normas ordenadas y coherentes en la materia constituían un déficit notorio y arduamente criticado por los especialistas.

- Hasta la entrada en vigor del CCCN, teníamos una serie de reglas antiguas, aisladas, incompletas, inconexas y, en algunos casos, contradictorias. El Título IV del Libro Sexto del nuevo Código nos brinda, sin perjuicio de críticas menores a algunos artículos en especial o a omisiones, un cuerpo de normas modernas y consistentes.

- Sin embargo, aún no contamos con un conjunto completo de disposiciones de DIPr que contemplen el abarcativo contenido de esta rama jurídica. Hemos observado varios temas que, por motivos diversos, no han podido ser incluidos en el nuevo cuerpo legal. En consecuencia, en algunas materias seguiremos padeciendo de normas vetustas o bien nos enfrentaremos con vacíos legislativos.

- Esta situación podría haber sido superada de haberse adoptado una Ley o Código de Derecho Internacional Privado, reconociéndole su plena autonomía. En efecto, lo deseable hubiera sido una ley especial destinada a todos los problemas que se generan en el vasto campo del DIPr; lo posible ha sido la entrada en vigor de estas disposiciones, acotadas a la materia civil y comercial.

En suma, las nuevas disposiciones del Título IV del Libro Sexto del CCCN recogen las modernas tendencias de la disciplina y responden, en líneas generales, a los nuevos paradigmas del DIPr y de las Relaciones Internacionales en un mundo globalizado, multicultural, intercomunicado e integrado.

Bibliografía

ALL, P. (2003) “Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada internacional”, en FERNÁNDEZ ARROYO, D. y MORENO RODRÍGUEZ, J. (coords.), *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración – Libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, CEDEP (Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política), Asunción.

ALL, P. y ALBORNOZ, J. (2011) “Desarrollo del soft law e impacto de las normas internacionalmente imperativas en el comercio internacional: desafíos sustanciales y procesales (con relación a algunos instrumentos contractuales)”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional XX*, revista de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI), Lerner Editora, Córdoba.

— — (2014) “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 1: Disposiciones generales”, en RIVERA, J. y MEDINA, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires, La Ley.

BOGGIANO, A. (2000) *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

— — (2011) *Derecho Internacional Privado. En la Estructura Jurídica del Mundo Actual*, 6ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

BUERES, A. (dir.) (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado (tomo 1)*, Hammurabi, Buenos Aires.

DE MIGUEL ASENSIO, P. (1998) “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, en *Diritto del Commercio Internazionale*, volumen 12, N° 4.

DREYZIN DE KLOR, A. (2010) “La cooperación jurídica internacional: instrumento imprescindible para la integración”, en OROPEZA GARCÍA, A. (Coord.) *Latinoamérica frente al espejo de su integración (1810–2010)*, Secretaría de Relaciones Exteriores, UNAM, México. Consultado en Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2923/19.pdf>] el 30/10/2016.

— — (2013) “Derechos Humanos, Derecho internacional privado y activismo judicial” en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Ed. Albremática, Buenos Aires. Cita: elDial.com – DC1A58. Consultado en [<http://www.eldial.com>] el 30/10/2016.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. (1995), *Contratos internacionales, Segunda Parte: Autonomía de la voluntad*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, *Derecho Internacional Privado, Parte especial* (2000). Ed. Universidad. Buenos Aires, p. 346. Asimismo, UZAL, M. E., “Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet”, en *El Derecho* t.208, pp. 721–722.

FERNÁNDEZ ARROYO, D. (coord.) (2003), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Ed. Zavalía, Buenos Aires.

— — (2010) “Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días”, en *Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, CEDEP / ASADIP, Asunción.

— — (2012) “Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Buenos Aires, Ed. Albremática. Cita: elDial.com – DC18BA.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. (2000) “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° 9.

FRESNEDO DE AGUIRRE, C. (2003) “Aspectos generales del sector del derecho aplicable”, en FERNÁNDEZ ARROYO, D. (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Ed. Zavallía, Buenos Aires.

GALGANO, F. (2006) “Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización”, en SILVA, J. A. (coord.) *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, UNAM, México, consultado en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2201/7.pdf>] el 30/10/2016.

GAUDEMET-TALLON, H. (2005) “Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel): cours general”, *Recueil des cours*, Tomo/Volumen 312.

GOLDMAN, B. (1963) “Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé”, *Recueil des cours*, Tomo/Volumen 109.

GOLDSCHMIDT, W. (1980) “Transporte internacional”, en LL 1980–B, 375.

— — (1990) *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. Basado en Teoría Trialista del Mundo Jurídico. 7ª edición. Ed Depalma, Buenos Aires.

JAYME, E. (1995) “Identité culturelle et intégration: le droit privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *Recueil des cours*, Tomo/Volumen 251.

KESSEDIAN, C. (2002) “Codification du droit commercial international et droit international privé. de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales”, *Recueil des cours*, Tomo/Volumen 300.

LAGARDE, P. (1987) “Approche critique de la lex mercatoria. Le droit des relations économiques internationales”, en *Mélanges Goldman*, Paris, Litec.

MADRID MARTÍNEZ, C. (2013) “Notas sobre la *lex mercatoria*: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos”, en FERNÁNDEZ ARROYO, D. y MORENO RODRÍGUEZ, J. A. (coords.), *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración – Libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, CEDEP (Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política), Asunción.

MARTÍNEZ LUNA, W. F. (2002) *La ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección. El artículo 4 del Reglamento Roma I*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Social e Internacional Privado, Getafe. Consultado en [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/15110/williamf_martinez_luna_tesis.pdf?sequence=1] el 30/10/2016.

MENICOCCHI, A. (2014) *Codificación de Derecho Internacional Privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Relato presentado al XXVIº Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, San Miguel de Tucumán. Consultado en [<http://www.aadi.org.ar/index.php?acc=4>] el 30/10/2016.

MORENO RODRÍGUEZ, J. (2013) *Derecho aplicable y arbitraje internacional*, CEDEP (Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política), Asunción.

MUIR WATT, H. (2004) “Aspects économiques du droit international privé: (réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)”, *Recueil des Cours*, t. 307.

PAMBOUKIS, C. (2008) “Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé”, *Recueil des cours*, Tomo/Volumen 330 (2007).

PÉREZ VERA, E. (2001) “El Derecho internacional privado”, en PÉREZ VERA, E. (dir.), *Derecho internacional privado*, UNED, vol. I, 3ª ed., Madrid.

PERUGINI ZANETTI, A. (2012) “Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. El Derecho, Buenos Aires. Consultado en [<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf>] el 30/10/2016.

ROMANO, S. (1975) *L’ordre juridique*, Dalloz, París.

SALINAS DE FRÍAS, A. (2003) “La cooperación judicial en materia civil en la Unión Europea: origen, evolución y fundamento”, en *Revista Seqüência*, nº 46.

STRENGER, I. (1991) “La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international”, *Recueil des cours*, Tomo/Volumen 227.

TELLECHEA BERGMAN, E. (1980) *Tratamiento e información del Derecho extranjero*, Montevideo, FCU.

— — (2002) *La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional*, 1ª edición, FCU, Montevideo.

— — (2014) “Una cuestión de creciente actualidad, la aplicación del derecho extranjero”, *Judicatura*, Nº. 56. Consultado en [<http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/TELLECHEA-Una-cuestion-de-creciente-actualidad-la-aplicacion-del-derecho-extranjero.pdf>] el 30/10/2016.

WORTLEY B. A. “The Interaction of Public and Private International Law Today”, *Recueil des cours*, Tomo/Volumen 85.