

Derechos humanos, derecho internacional privado y activismo judicial¹

Adriana Dreyzin Klor

«La duda inagotable tiene más fuerza
creadora que la certidumbre»²

1. Una aproximación al tema

En lo que va del siglo XXI las situaciones privadas internacionales han aumentado en forma exponencial con importantes consecuencias de cara a la juridicidad. Las causas que confluyen para destacar este fenómeno son variadas y numerosas. Así, se ha reiterado hasta el cansancio la importancia que reviste en la dinámica jurídica contemporánea, el incremento de los medios de comunicación internacional, el desarrollo de la informática, así como una paralela flexibilización de las fronteras nacionales y la incidencia de variables políticas, sociales, culturales y económicas, en tanto factores que contribuyen por un lado, a dinamizar los desplazamientos transnacionales y por otro, a acceder al conocimiento de datos con efectos inmediatos en las personas y las sociedades. En este punto adquiere el carácter de idea fuerza el concepto de gobernanza global que hace referencia a un nuevo entendimiento de la acción pública y sus estructuras organizativas a nivel internacional³.

¹ Este trabajo se publica en el volumen que recoge los Cursos de Derecho Internacional Privado organizados por la OEA, en Río de Janeiro, durante el mes de agosto de 2012.

Mi profundo agradecimiento a la abogada Cristina Britos por su colaboración en este trabajo.

² HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Madrid: Civitas, 1976, p. 13.

³ El término gobernanza, como el francés *gouvernance*, el inglés *governance* o el portugués *governança*, caídos en desuso en el lenguaje vulgar, fue rescatado en su versión inglesa por economistas y politólogos anglosajones y por ciertas instituciones internacionales (ONU, Banco Mundial y FMI, principalmente), para designar «el arte o la manera de gobernar» refiriéndose a las instituciones; por otra parte, se ha querido promover un nuevo modo de gestionar los asuntos públicos fundado en la participación de la sociedad civil a todos los niveles (nacional, local, regional e internacional). La gobernanza mundial actual no describe un gobierno mundial, sino que está basada en las relaciones entre Estados soberanos. Hace referencia a un conjunto de reglas, procedimientos y prácticas que permiten que todo el mundo camine en una dirección, sin embargo actualmente no

En el marco de la globalización⁴, la gobernanza implica la necesidad de redefinir un modelo operativo que cambia los procesos de decisión. Subyace en el concepto la importancia de centrarse en la capacidad de la comunidad internacional para cumplir la planificación o los objetivos que se propone realizar desde la visión política global. En consecuencia, bien se afirma que el debate en torno a la gobernanza global aborda el futuro de la política en el contexto de la globalización y algunos de sus efectos⁵. Ir al encuentro del tema en esta investigación es inescindible aunque no profundizaremos en la problemática sino que la pretensión es dejar sentado que la referencia a derechos humanos, derecho internacional privado (en adelante DIPr) y activismo judicial va de la mano de la gobernanza global desde una de sus fases, en tanto el concepto incluye una tensión sobre el significado de soberanía, el alcance de los poderes en el ámbito de la democracia, y las implicancias que reviste en la persona humana y particularmente en el DIPr⁶. El reconocimiento en esta sinfonía internacional de los instrumentos llamados a intervenir requiere la ponderación de temas que se interconectan y que hay que afinar para lograr vestigios de armonía.

La expansión de jurisdicciones internacionales, el desenvolvimiento de los foros de elaboración de normas y la creación y desarrollo de instituciones de gobernabilidad global que coexisten con los Estados, generan fuentes jurídicas con notable influencia ya que el fenómeno trasciende sobradamente el ámbito nacional y se inserta en la gobernanza global.

En este escenario de internacionalización procede la constitucionalización de los tratados de derechos humanos. Interesa destacar este hecho principalmente en Estados sudamericanos y centroamericanos que emergen de dictaduras y gobiernos de facto y como clara señal de incorporación a la democracia, ratifican y otorgan especial rango a los tratados aprobados en el marco de la ONU y la OEA.

se está en condiciones de afrontar los retos del mundo contemporáneo y se sufre de una falta de legitimidad. Frente a este fenómeno, se hace necesaria la definición de una nueva arquitectura para instituir una gobernanza mundial democrática y legítima. Sobre el tema se puede consultar: CALAME, Pierre (coord.). *Por una gobernanza mundial legítima, eficaz y democrática*. Ediciones Charles Léopold Mayer, 2003. «Los principios de la gobernanza: Guía para la elaboración de propuestas sobre la gobernanza mundial». En Foro por una Nueva Gobernanza Mundial (FnGM), 2003. En: <http://www.world-governance.org>.

⁴ Acerca del concepto y las causas de la globalización, ver BASEDOW, Jürgen. «Global Life, Local Law? About the globalization of law and policy-making». En *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Operti Badán*. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 2005, pp. 819-822.

⁵ BARREIRO, Ivonne. «La gobernanza global». En: http://portalsostenibilidad.upc.edu/detall_01.php?id=179&numapartat=9.

⁶ Un meduloso análisis acerca de la relación entre gobernanza global – DIPr, puede verse en MUIR-WATT, Horatia. «Private International Law as Global Governance: Beyond the Schism, from Closet to Planet», 2011. En: http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/2/.

Entre las expresiones inequívocas de la dinámica acaecida en un mundo al que se da en denominar posmoderno⁷, destacamos las siguientes manifestaciones:

- Aumenta el número de Estados que reconocen el carácter subsidiario de las normas internas y le otorgan a los tratados rango no solo normativo sino orientador de la interpretación del derecho interno, valiéndose del diálogo de fuentes⁸ a la hora de resolver un caso concreto⁹.
- Los foros de codificación extienden sus ámbitos geográficos, subjetivos y materiales¹⁰.
- Se crean y multiplican redes jurisdiccionales internacionales¹¹.
- Se conforman e institucionalizan reuniones con el objetivo de desarrollar y profundizar la cooperación internacional en diversos estadios, v.g.: reuniones de autoridades centrales, designación de jueces de enlace en materia de protección internacional de niños y niñas¹².
- El rol de la jurisprudencia es reflejo medular de la transformación producida; un muestreo del acervo jurisprudencial permite inferir la articulación entre los ámbitos en análisis.

⁷ Entre los valores de la posmodernidad y para caracterizar la época, se destaca reconocer el pluralismo de ideas, de estilos de vida, de religiones siendo de esencia rescatar la posibilidad de alternancia. Se ha expresado que el saber posmoderno no es solo un instrumento de poder, sino que se desarrolla, refina la sensibilidad humana a las diferencias y refuerza la capacidad de la persona para soportar lo irreconciliable y lo incommensurable. Conf. LYOTARD, J. F. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. París: Les Éditions de Minuit, 1979, p. 9. Su utilización para describir al derecho internacional actual, se debe principalmente al profesor Erik Jayme.

⁸ El diálogo de fuentes se recepta en el Proyecto de Código Civil y Comercial elaborado en Argentina y elevado al Congreso en 2012 (Proy. Cod. Civ. y Com.). En cuanto al tema «diálogo de fuentes», ver JAYME, Erik. «Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne – Cours général de droit international privé 1995». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1995, II.

⁹ Proy. Cod. Civ. y Com.: artículos 1, 2, 3 y 2594.

¹⁰ Basta con ingresar en las páginas de la Conferencia de La Haya, de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), UNCITRAL o UNIDROIT para verificar que se ha producido un incremento en el número de Estados miembros que adhieren a las convenciones elaboradas en cada uno de estos ámbitos. Asimismo, es ilustrativo reportar los temas en los que se trabaja y verificar los actores que no se limitan a los Estados sino también participan asociaciones, organismos, institutos aunque sea en calidad de observadores. Se hace mención solo de estos foros a modo de ejemplo.

¹¹ Atendiendo a lo sucedido en Mercosur, cabe destacar la institucionalización de la Reunión de Presidentes de Cortes Supremas de los Estados Parte y los Estados Asociados. Ver: ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Justicia Constitucional y Unión Europea*. Cizur Menor, Navarra: Aranzandi, 2005. En el marco del Global Governance Programme que dirige el profesor Miguel Poiares Maduro se desarrolló un evento referido a estos temas. Ver *Courts, Social Change and Judicial Independence*, Adriana Dreyzin de Klor, Miguel Poiares Maduro y Antoine Vauchez. Florencia: Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute.

¹² Un ejemplo que ilustra la afirmación vertida es Iber Red integrada por los Ministerios de Justicia, los representantes de los Ministerios Públicos o Fiscalías Generales y los organismos judiciales de los países que integran la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

Cada uno de los factores enunciados merece un tratamiento particular que excede sobradamente la planificación considerada para este trabajo. Nuestro enfoque se centra en brindar una mirada práctica, realista, de las respuestas que brinda el derecho —no solo la ley— a las relaciones jurídicas privadas de carácter internacional, en las que los derechos humanos ejercen preponderante influencia y coadyuvan a sustentar la decisión que a su vez, muestra en qué medida se echa mano de lo que se conoce como activismo judicial.

El plan que proponemos es el siguiente: en primer lugar efectuamos una referencia a cada uno de los ámbitos propuestos a efectos de establecer la perspectiva desde la cual nos posicionamos en cada uno de ellos (2). Continuamos con una reseña de jurisprudencia que bajo ningún aspecto pretende ser exhaustiva; se aspira únicamente a demostrar mediante fallos dictados por tribunales de algunos Estados elegidos sin un criterio ordenador, cómo se articulan los derechos humanos (DDHH), el DIPr y el activismo judicial (3) para finalizar con las conclusiones que nos merece el análisis efectuado (4).

2. Los DDHH, el DIPr y el activismo judicial

Una aproximación a la relación entre estos tres ámbitos jurídicos requiere determinar el alcance que daremos a cada uno ya que tomados separadamente son espacios de infinito desarrollo en función del contorno material que les compete.

2.1. Los DDHH

Los DDHH pueden considerarse inherentes a todos los seres humanos, y se transforman en las exigencias de justicia universal que los ordenamientos jurídicos están obligados a satisfacer.

El proceso que viene desarrollándose en orden a la constitucionalización de los derechos humanos¹³ desde el siglo XIX hasta la actualidad, se refleja en la notable transformación de los sistemas jurídicos, pudiendo aseverar que son el sustento o fundamento esencial de todo orden jurídico y político. A nivel internacional, supranacional, intergubernamental y nacional se destaca la aprobación y ratificación

¹³ En este sentido, afirmaba Héctor Fix Zamudio en un artículo que data de 1992, desde el estudio del derecho constitucional latinoamericano, que es la materia de los derechos humanos «en la cual se observa una evolución más vigorosa en cuanto al reconocimiento de la primacía, así sea parcial, del derecho internacional». «La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones latinoamericanas». En *Estudios Básicos de Derechos Humanos II*. San José de Costa Rica: IIDH, 1995, pp. 51 y ss.

de tratados, protocolos y declaraciones¹⁴ que reafirman y reiteran la vigencia de estos derechos¹⁵. La bajada de línea de estos tratados se proyecta al derecho privado y consecuentemente al derecho internacional privado de fuente autónoma¹⁶, aunque nos interesa particularmente la repercusión de los enunciados normativos en cuanto a sus fundamentos filosóficos en la vida jurídica real y los conflictos que enfrenta el profesional del derecho en la actuación cotidiana.

2.2. El DIPr

La referencia al DIPr se realiza desde la perspectiva judicial, esto es desde la óptica del operador y aplicador del derecho frente al caso concreto. La ciencia del DIPr se explica por la coexistencia de distintos sistemas normativos y de situaciones jurídicas conectadas con más de un ordenamiento o con más de una jurisdicción. A su vez, la convivencia de diversas dimensiones normativas que responden a los distintos ámbitos de producción¹⁷ genera la posibilidad de que una misma situación pueda quedar captada por normas distintas y no siempre los resultados sean equivalentes.

¹⁴ Después de la Segunda Guerra Mundial surge un significativo acervo de declaraciones, convenios y pactos internacionales, que reconocen a la persona como sujeto de derecho internacional, fundamentalmente por los Estados. En 1948 se firma la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y meses más tarde, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Dos años después, en 1950, surge la Convención Europea de Derechos Humanos que entra en vigencia en 1953. En el seno de las Naciones Unidas en 1966, la Asamblea General aprobó y abrió a la firma tres convenciones: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el Protocolo Facultativo, que entra en vigencia en 1976. En el ámbito americano surge la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, cuya vigencia se produce en 1978.

¹⁵ Su vigor en no pocos países latinoamericanos, se produce recién en la década de 1980 a raíz de la existencia de regímenes dictatoriales o de facto. Recién con la llegada de la democracia como sistema de gobierno que llega para quedarse, se ratifican los tratados y en algunos Estados se incluyen en la Constitución nacional con igual jerarquía. Este es el caso de Argentina que los incorpora con rango constitucional en la reforma de la Carta Magna de 1994.

¹⁶ Un ejemplo de esta intencionalidad se observa en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 elaborado en Argentina. El Libro VI en el Título IV contiene las normas de DIPr interno y en ellas aparecen numerosos principios contenidos en los tratados constitucionalizados. Sin embargo, más que una reiteración de una normativa vigente en la República, el criterio que inspira dicha inclusión es la ratificación particular que los operadores del derecho debemos tener presente a la hora de articular el derecho con la realidad en el caso concreto; en esta línea se encuentra la protección del acceso a justicia, el interés superior del niño, principios que entre otros, informan el sistema autónomo de DIPr.

¹⁷ Conforme los diversos ámbitos de producción las fuentes pueden ser autónomas, convencionales o institucionales. Las fuentes autónomas son las que nacen para regir en el ámbito del propio Estado y se encuentran diseminadas en las constituciones nacionales, los códigos nacionales o provinciales y las leyes especiales, de acuerdo al modelo de sistema que cada Estado adopte. Conviven junto a estas, las fuentes convencionales, que son producto de los acuerdos entre dos o más Estados, o se generan en el marco de organizaciones internacionales, como son las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado convocadas por la Organización de Estados Americanos (OEA), así como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y las fuentes institucionales, generadas en los procesos de integración regional. También, integran el cuadro las fuentes transnacionales

Es más, según la jurisdicción que entienda en el caso o el derecho que resulta aplicable a partir del sometimiento a uno u otro orden o a una u otra regulación, las respuestas pueden ser diferentes e incluso contradictorias. El reconocimiento y la ejecución de la sentencia extranjera que integra el trípode conformado además, por el derecho aplicable y la jurisdicción competente en cuanto a los problemas que integran el DIPr dedicado a las relaciones jurídico-privadas de carácter internacional, ya no pueden comprenderse sin estar atentos a los objetivos que subyacen en la problemática que la conforma. El DIPr no es una materia compartimentada y esta aserción cobra cada vez más vigor en los principios que inspiran al legislador a la hora de elaborar las normas y al aplicador y operador al momento de emplearlas. En la mira de esta ciencia se entrelazan cuestiones económicas, políticas y sociales cuyos efectos se dejan sentir con notable rigor¹⁸. En la actualidad el DIPr se articula y se concierta con el derecho internacional público y con los DDHH, debiendo explorarse en su profundización cuestiones que reflejan que el ámbito subjetivo, el ámbito material y su función no admiten un acotamiento metodológico ni estructural.

El análisis que efectuamos en esta oportunidad es desde una perspectiva práctica ya que es imprescindible realizar un estudio de los resultados obtenidos desde la visión de la realidad. Interesa explorar las sentencias que se dictan en casos jusprivatistas internacionales, a la luz de la faz teórica desarrollada doctrinalmente e identificar los problemas que se han ido descubriendo en el decurso de la historia de esta ciencia y que confluyen en el dictado de decisiones eficaces. Va de suyo que un estudio de este tenor requiere tener presente las diferentes dimensiones del DIPr y una cuestión de base, la coexistencia de tantos órdenes jurídicos independientes como Estados coexisten en el planeta. La tarea es ardua pero no por ello, inabordable. Estableciendo los límites que acotan este trabajo, el sustento enunciado hace las veces de orientador a futuros desarrollos de la doctrina autoral y jurisprudencial.

2.3. El activismo judicial

Afirmó Couture: «[...] el juez no puede ser un signo matemático, porque es un hombre; el juez puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley procede

que se generan en el ámbito del comercio internacional. Se sigue la clasificación efectuada en: DREYZIN DE Klor, Adriana y Teresita SARACHO CORNET. *Trámites judiciales internacionales*. Córdoba: Ed. Advocatus, 2006, pp. 15 y ss.

¹⁸ MUIR WATT, Horatia. «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*, Académie de Droit International de La Haye, Tome 307, 2004.

sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador¹⁹».

Estas ideas difieren abiertamente de las que en el siglo XVIII propiciaba Montesquieu dando sustento a la interpretación legislativa que se mantuvo incólume durante mucho tiempo. En efecto, la hermenéutica defendida por el ilustre francés de la Época de las Luces, cedió paso a la doctrina que alberga el activismo judicial²⁰, desarrollado principalmente en el campo procesal.

La fórmula integra las potestades de los magistrados de responder frente a situaciones diferentes no contempladas en el catálogo de respuestas judiciales habituales y propicia una dinámica judicial en la aplicación del derecho, que trasunta en la creatividad de la sentencia y la actualización del servicio judicial²¹. El desarrollo que trae esta corriente es una jurisprudencia renovadora, con claros signos paradigmáticos en el sentido de provocar innovaciones que se manifiestan en la judicatura, aunque más aún, en la sociedad en su conjunto. Asimismo, no es casual que a partir de sentencias ‘activistas’ no solo se produzca una transformación que opera en los tribunales inferiores cuando las sentencias provienen de los máximos tribunales del Estado, sino que los legisladores reciben el mensaje debiendo obrar en consecuencia, esto es elaborando o cambiando la legislación. También la sociedad recibe el fallo, modificando los usos y las costumbres.

La locución ‘activismo judicial’ es de larga data en la justicia norteamericana²² y se ha extendido a otras jurisdicciones nacionales empleándose tanto para casos nacionales como internacionales.

¹⁹ COUTURE, Eduardo. *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1949, pp. 69 a 77.

²⁰ Sobre el activismo ampliamos en: MANILI, Pablo. «El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema». *La Ley*, 2006-D:1285; MORELLO, Augusto M. «Un nuevo modelo de justicia». *La Ley*, 1986-C, 800; PEYRANO, Jorge W. «El perfil deseable del juez civil del siglo XXI». *JA* 2001-IV-863 y ss.; ALVARADO VELLOSO, Adolfo. «El garantismo procesal». *La Ley* 2010-F, 1212; ZARBIYEV, Fuad. «Judicial Activism in International Law – A conceptual framework for analysis». *Journal of International Dispute Settlement*, 3, 2 (2012), pp. 1-32.

²¹ Conf. MORELLO, Augusto M. *La Corte Suprema en acción*. Buenos Aires: Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, 1989, p. 119.

²² El activismo judicial (judicial activism) está ligado al derecho constitucional de los Estados Unidos, circunscripto a un lapso de tiempo relativamente reducido de su historia, que comprende los casi veinte años que correspondieron a la presidencia de Earl Warren en la Suprema Corte (1953-1969), así como los primeros años de la presidencia de Warren Burger (1969-1986). Se puede consultar la obra: STEPHENSON JR., G. «The judicial bookshelf». *Journal of Supreme Court History* 31 (2006), p. 306: «The Warren Court was both busy and consequential, and was one of the most remarkable in judicial history. By one count, in the approximately 150 years before President Dwight Eisenhower’s appointment of the fourteenth Chief Justice in 1953, the High Court had overruled seventy-five of its own precedents. During Warren’s sixteen years in the center chair, the Court added another fifty four to the list». El autor remite a L. Epstein, J. A. Segal, H. J. Spaeth y Th. G. Walker, «The Supreme Court Compendium: Data, decisions, and developments». Washington D.C.: CQ Press, 2003, pp. 129-137.

La relación que existe entre el activismo judicial y la interpretación judicial, ha sido expuesta en palabras del máximo tribunal de Argentina, al sostener que:

Las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está destinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción [...]»²³.

El activismo judicial propicia la realización de una jurisprudencia realista de necesidades²⁴.

Desde otra arista aunque concatenado al tema en análisis, cabe traer a colación la problemática planteada en torno a lo que se conoce como *Law in the book vs. law in action*²⁵. Pareciera que entre los libros y la acción debiera existir una relación directa. Sin embargo, dado que el proceso legal es un proceso humano a menudo hay una diferencia entre lo que fuera aprobado por el legislador y la experiencia de la persona al someterse a la ley. Esta circunstancia no es en sí misma virulenta. Las leyes se aplican en contextos sociales complejos y la realidad es dinámica, versátil; los profesionales pueden procurar de discreción con el fin de operar eficazmente con el detonante que esta actitud puede traer consigo la apariencia de acciones que se toman individualmente, y el operador aparece, más que sujeto a rajatabla a la ley tal cual es en los libros, a su propia comprensión de la ley.

Es dable recordar que hay una línea que va vinculando el formalismo al pensamiento rígido en función de la interpretación por un lado; mientras que por el otro, se pergeña una teoría no formalista en la que se desarrolla el activismo judicial y toma auge la interpretación teleológica.

A tal efecto, es útil conciliar el diálogo de las fuentes²⁶ respetando la primacía de los tratados universales al hilo de la interpretación teleológica²⁷. La Corte Suprema

²³ CSJN, Caso Kot, Samuel S.R.L., Fallos 241:291.

²⁴ No desconocemos que la doctrina no es pacífica en relación con la admisión del activismo judicial como se propicia. En efecto, se señala la existencia de posiciones claramente diferenciadas entre quienes sostienen el activismo responsable del juez, y los que consideran que «esta dinámica destruye las garantías constitucionales que implementa el debido proceso (garantismo procesal)». Ver GOZAINI, Osvaldo. «El neoprocesalismo». *La Ley*, 2005-E, 1328.

²⁵ Ver: <http://openlearn.open.ac.uk/mod/oucontent/view.php?id=398260§ion=3.2>

²⁶ Sobre el tema ver: BRITOS, Cristina. «De cara a la postmodernidad: la superación del conflicto de fuentes a la luz del camino de la coordinación», en *elDial.com*, Citar: *elDial DC14CE*.

²⁷ Rudolph von Ihering fue inspirador de este método que pone el acento en el elemento finalista y su utilización es predicada más allá de los casos en que la redacción es ambigua. Se lo conoció como «método de la última palabra» (P. Pescatore) y en un análisis de la legislación española que refiere en el artículo 3.1.C.C. a «realidad social», de «espíritu» y de «finalidad» es propiciada la comprensión del método teleológico de diversas maneras, que abarcan desde la identificación con la voluntad del autor del texto, hasta considerarlo una herramienta de interpretación evolutiva. Conf. EZQUIAGA GANUZAS, F.J. *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 394.

argentina afirmó que «por encima de lo que las leyes dicen literalmente, es propio de la interpretación judicial indagar lo que expresan jurídicamente, y si bien no cabe al respecto prescindir de las palabras, tampoco corresponde atenerse rigurosamente a ellas cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere»²⁸.

El desarrollo de la globalización, el acortamiento de las distancias que es provocado por la era digital, sumado al progreso científico reflejan una aproximación entre los pueblos y pensamientos que no se conoció con anterioridad. La llamada aldea global se torna cada vez más palpable²⁹, se incrementa la movilidad de las personas y la comunicación por internet y medios electrónicos, así como las relaciones jurídicas que se desarrollan a través de la red. De pronto se instala un mundo de una riqueza intelectual y una diversidad cultural nunca antes siquiera imaginable.

Sin embargo, gran parte de la población mundial no tiene acceso a condiciones dignas de vida, y crece un enorme abismo entre el mundo globalizado por un lado y un mundo devaluado, desvalorizado, ignorado, por el otro. Se suman a este fenómeno los lamentables ejemplos de intolerancia religiosa que de modo paralelo a los intereses económicos generan los principales conflictos actuales.

A partir de esta realidad se entrelazan las relaciones que ligan a los particulares con los DDHH y el activismo judicial, hecho que estimula el surgimiento de interpretaciones que cuestionan el rigor conceptualista y el distanciamiento entre la teoría jurídica y la dinámica social³⁰. Diferentes reacciones que provienen de la sociedad comienzan a influenciar el discurso y la práctica de los juristas que en un importante número están insertos en la lógica del positivismo formalista.

El razonamiento judicial es permanentemente objeto de debate y se proponen diferentes métodos al efecto. Interesa considerar que la sentencia no es una pieza filosófica en la que se desarrolla una discusión que se resuelve a través de la pura discrecionalidad. En efecto, la discrecionalidad en su estado puro no puede ser defendida en aras de una sociedad que pretenda el respeto de la ley, pues los ciudadanos tienen derecho a percibir con claridad las razones de las decisiones judiciales³¹.

²⁸ Fallos: t. 291, p. 181.

²⁹ Marshall McLuhan, filósofo y educador canadiense, es quien acuña la expresión en la década de 1950, refiriéndose a un pronóstico de transformaciones de la vida y los medios de comunicación, mediante la globalización del mundo y de la sociedad. Ver, entre otras obras, *The Gutenberg Galaxy: the making of typographic man*. Toronto: University of Toronto Press, 1962; *The Global Village: transformations in world life and media in the 21s*. Oxford: Oxford University Press, 1992 y *Meios de comunicação como extensões do homem*. Octava edición. São Paulo: Cultrix, 1996.

³⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da Antigiuda de Clássica à Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 200.

³¹ Así lo sostiene Ricardo Lorenzetti en su obra *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2006, p. 181.

Coincidiendo con prestigiosa doctrina, es necesario considerar que toda interpretación contiene consustancialmente cierto grado de discrecionalidad, lo que no equivale a transformar al juez en un legislador. Si bien el juez podrá esclarecer la norma, integrarla o enriquecerla y hasta transformarla interpretando creativamente, es decir «descubriendo» el derecho, nunca podrá estatuirlo *per se* porque ello es una misión indelegable de la ley³².

Sin embargo, es indispensable reconocer que el ordenamiento jurídico no se agota en el espíritu de la ley ya que existen nuevos institutos jurídicos o modificaciones que sufren figuras existentes, que no siempre encuentran correlato en las normas de fuente autónoma, convencional e institucional y el DIPr es un terreno fértil en este campo.

Entre las modificaciones que han cobrado carta de ciudadanía con la vigencia de los TDDHH, las que se producen en el derecho de familia, ubican las normas incorporadas en el «escalón más valioso de la jerarquía, y en consecuencia estas no pueden ser descalificadas por ninguna norma inferior que las contradiga»³³.

En el ordenamiento internacional contractual también se manifiestan tendencias innovadoras pues surgen diversos modos de negociar y nuevas tipologías contractuales que traen consigo conflictos desconocidos hasta la aparición de los modelos que se van gestando.

El desarrollo de la ciencia es desde luego, un eje en torno al cual se pergeñan significativos efectos jurídicos y en este orden cobra relevancia el activismo judicial en tanto los tribunales deben ir diseñando decisiones sobre temas no regulados.

Los TDDHH 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.

Ahora bien, países del *common law* han reflejado en sus sentencias avances importantes en la articulación de los tres ámbitos delineados, esto es activismo judicial, derechos humanos y derecho internacional privado.

En Argentina se ha elaborado un Proyecto de Código Civil y Comercial³⁴ (en adelante P. Cód. Civ. y Com.) que se encuentra actualmente en el Congreso con altas

³² Seguimos los lineamientos esbozados por BERIZONCE, Roberto O. en «El activismo de los jueces». *La Ley* 1990-E, 920.

³³ Ver: HEREDIA, Claudio M. «Régimen de visitas – Daño por su incumplimiento». *Lex Foris*, 2009.

³⁴ El Poder Ejecutivo, por decreto 191 del 23 de febrero de 2011, creó la Comisión de Reforma integrada por los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci. Para colaborar en la elaboración de las normas relativas a DIPr fuimos convocados Marcelo Iñiguez, María Susana Najurieta, María Elsa Uzal y quien suscribe.

posibilidades de ser aprobado. Entre los caracteres de la regulación jurídica plasmada destaco el carácter pluralista, en tanto se abre a una sociedad ideológicamente diversa, se diseña pensando que su aplicación efectiva será en un país multicultural. Es preciso destacar que el código reconoce la autonomía de la voluntad en materia contractual internacional, la que actualmente es de recibo a nivel jurisprudencial aunque no está receptada expresamente en la legislación civil en vigor. Además no puede dejar de mencionarse una de las particularidades que devienen de la constitucionalización del derecho privado³⁵, me refiero a la normativa por la que se facilita el acceso a justicia y se consagran las reglas del debido proceso.

La regulación del DIPr en el proyecto reivindica la trascendencia de esta ciencia que debe promover una apropiada coordinación entre el derecho nacional y los sistemas de los demás Estados, de modo que favorezca una mejor inserción global, y con aquellos países de la región a la que pertenecemos, aprovechando los consensos ya alcanzados en diversos temas por medio de la trama de convenciones internacionales que vinculan a la República Argentina con el concierto de naciones³⁶.

3. La íntima vinculación entre DDHH, DIPr y activismo judicial desde la jurisprudencia

El punto neurálgico de la actividad judicial radica en ponderar o evaluar el nivel deontológico de los derechos fundamentales que entran en colisión en un caso concreto de acuerdo con las condiciones fácticas que lo identifican.

Desde la mirada actual del DIPr, el fenómeno de la multiculturalidad³⁷, el respeto al pluralismo y el reconocimiento de que el derecho no se agota en la ley misma,

³⁵ El P. de Cód. Civ. y Com. innova profundamente al aceptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia argentina. En palabras del doctor Ricardo Lorenzetti —Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— «esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos, [...] afirmando que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado». En <http://www.nuevocodigocivil.com/aspectos-valorativos-y-principios-preliminares-del-anteproyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>

³⁶ Ver: «Fundamentos». En *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011*. Presentación del Proyecto por Ricardo Luis Lorenzetti. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012, p. 705.

³⁷ Cabe observar que la convivencia en un mismo territorio de comunidades culturalmente diferenciadas conduce inevitablemente, a provocar lo que se conoce como conflicto de civilizaciones. Ver: MAESTRE CASAS, P. «Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de derecho internacional privado». En A.L. Calvo Caravacay J.L. Iriarte Ángel (eds.). *Mundialización y familia*. Madrid: Colex, 2001.

surge una íntima vinculación con la jurisprudencia como fuente que permite proyectar soluciones coherentes y sensatas con un mundo globalizado. De esta suerte, es posible esbozar soluciones inclusivas que doten a las resoluciones judiciales de la justicia material aceptada como la respuesta legítima del universo interconectado.

- En el caso «Sejean»³⁸ resuelto por la Corte Suprema de Justicia argentina en 1987, el alto tribunal declara la inconstitucionalidad de la ley 2393 de matrimonio civil³⁹ que llevaba un siglo de vigencia, en cuanto vedaba a los cónyuges divorciados recuperar la aptitud nupcial. El Tribunal entendió que lo dispuesto en la ley atentaba contra la dignidad humana.
- La decisión se dicta en momentos en que se debatían en el Congreso diversos proyectos de ley tendientes a consagrar el divorcio vincular. En este sentido el fallo de la Corte fue una clara señal hacia el Poder Legislativo que aprueba al poco tiempo la ley 23.515 (Adla, XLVIII-B, 1535).
- La justicia uruguaya reconoció un matrimonio homosexual celebrado en España⁴⁰. Se trata de un fallo en que la jueza actuante destaca «el derecho al proceso y al dictado de sentencia declarativa», y lo funda invocando el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, que refiere a las garantías judiciales y consagra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva⁴¹.
- En otro precedente, se trata de una sucesión de un hombre casado en segundas nupcias, con un hijo de ambos quien es declarado universal y único heredero junto con un hijo del causante de la primera unión, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite. El domicilio real del causante estaba en la República Argentina. Una vez dictada la declaratoria de herederos y homologado el acuerdo de partición respecto de los bienes del sucesorio, el hijo del primer matrimonio, denuncia un nuevo bien inmueble situado en la República de Chile solicitando la inscripción del mismo en la declaratoria. La segunda esposa y su hijo se oponen por manifestar que el bien no era ganancial. En primera instancia el juez argentino rechaza el pedido de inscripción por entender que no posee competencia judicial internacional para resolver sobre dicho bien, basándose en el Tratado de Montevideo de 1940⁴² que consagra el principio de

³⁸ Fallos 308: 2268.

³⁹ Adla, 1881-1888, 497.

⁴⁰ Sentencia No 1940 de 5/6/2012.

⁴¹ Ver FRESNEDO, Cecilia. «Validez y eficacia en Uruguay de un matrimonio homosexual celebrado en el extranjero: Sentencia No. 1940 de 5/6/2012 del JLF 28o (Dra. María Cristina Crespo)».

⁴² En el fallo se comete el error de aplicar el Tratado de Montevideo de 1940 a Chile, país que no ha ratificado dichos tratados.

pluralidad de jurisdicciones⁴³. La Cámara confirma la sentencia. El Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Neuquén hace lugar al recurso de casación planteado por uno de los coherederos, ordenando el reenvío de la causa al Juzgado de primera instancia por entender que resulta competente⁴⁴. En este punto es dable preguntarse si el juez argentino es competente para resolver sobre el inmueble situado en Chile, respecto de la sucesión abierta en Argentina.

- En primer término, hay que distinguir dos de los temas que hacen a la esencia del DIPr, esto es ley aplicable y juez competente. Se menciona que si bien el Código Civil pareciera establecer el principio de unidad sucesoria⁴⁵, al interpretarlo con los artículos 10 y 11 del Código Civil se acerca más a un sistema mixto, en el que los inmuebles son regidos por la ley de su situación. Ahora bien, los artículos mencionados se refieren a la cuestión de la ley aplicable, que según señala el tribunal consagra una suerte de paralelismo entre derecho aplicable y jurisdicción competente conforme el artículo 3284; en cuanto a este último el Código —a diferencia del Proyecto— consagra solo una opción: el último domicilio del causante; se cita también el Tratado de Montevideo de 1940. Sin embargo, es necesario remarcar que dicho Tratado no vincula a Chile con Argentina pues el país trasandino no es parte de los Tratados de Montevideo. En conclusión, de acuerdo a la sentencia dictada, el tribunal argentino tiene jurisdicción internacional por ser el juez del último domicilio del causante quien debe entender en el proceso sucesorio en razón del principio de unidad de jurisdicción consagrado en el Código civil. Hasta aquí la cuestión pareciera concernir solamente al DIPr. Sin embargo, los DDHH son marco de la sentencia, subrayando la garantía constitucional de la defensa en juicio⁴⁶, lo que conlleva «a analizar la cuestión con amplitud de criterio, propiciando en su caso, una interpretación que amplíe en la medida de lo posible, la competencia internacional de la justicia argentina para así evitar el indeseable riesgo de una denegación o privación de justicia frente a un eventual conflicto negativo jurisdiccional que pudiera suscitarse [...]»⁴⁷.

⁴³ Artículo 45 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo 1940.

⁴⁴ TSJ Neuquén, 22/06/2009, K. S., H. s/sucesión.

⁴⁵ Artículo 3283 del Código Civil.

⁴⁶ La garantía constitucional de la defensa en juicio supone en palabras del máximo tribunal de nuestro país «la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, la que no debe ser frustrada por consideraciones de orden procesal o de hecho», cfr. C.S.J.N., 25/03/60, «Cavura de Vlasov, E. c. Vlasov, A. s. divorcio y separación de bienes», Fallos 246:87, JA 1960-III, 216, con nota de C. A. Lazcano; LL 1975-D, 329; ED 7, 324/327; ED 62, 287/292, con nota de W. Goldschmidt.

⁴⁷ CNCiv, Sala K, 26/04/2006, «Talevi, Diego s/suc., La Ley, 2006-C, 875, con nota de A. N. Abella; SJA 12/07/06, 50-52; SJA 27/06/07 con nota de A. I. Podestá.

- En la articulación de los tres ámbitos en análisis, cabe consignar que la Corte Suprema de Justicia de Israel es la primera que se pronunció a favor de reconocer que «madre no hay una sola» [...] y con este fallo dio un paso fundamental en materia de DDHH y DIPr. Asimismo deja reflejada la independencia judicial como sustento democrático insoslayable de un Estado si bien esta Corte reconoce independencia desde la existencia del Estado de Israel⁴⁸.
- En el caso «G. S. M. s. exequátur» se solicita el reconocimiento de una sentencia de adopción simple dictada en la República de Haití y su conversión a adopción plena⁴⁹. En razón del terremoto, de público conocimiento, ocurrido en Haití no es factible la presentación de la sentencia original, adjuntándose copia de dicho fallo, partida de nacimiento del niño y documento provisorio emitido por el consulado argentino en Haití por el cual se permite la salida del menor de la república. El tribunal entendió que conforme los tratados internacionales incorporados a nuestro derecho interno y los principios plasmados en la Convención de los Derechos del Niño, —que reconocen el derecho de todo niño a crecer en el seno de una familia— debía hacerse lugar a lo peticionado, propiciando una interpretación iluminada por esos pactos para orientar la búsqueda de una solución justa para el caso concreto.
- La funcionalidad del DIPr se manifiesta en la aptitud que demuestra a la hora de brindar soluciones a las situaciones vinculadas con varios ordenamientos del modo más adecuado y razonable posible. En este mismo sentido, se propició igual solución en un fallo dictado en la provincia de Mendoza, por el cual un matrimonio solicita el reconocimiento de la sentencia de adopción de su hija adoptiva nacida en Haití, requiriendo la conversión de la adopción simple otorgada, a adopción plena. Se acompañaron copias simples de la sentencia de adopción de la pequeña, acta de nacimiento y resolución de custodia a favor de los presentantes, ya que la documentación original se perdió a raíz del terremoto acaecido en aquel país. Dicho fallo, que transita un camino de excepción respecto a la tendencia jurisprudencial argentina que no admite la adopción internacional, resolvió con un criterio ejemplar atemperar los requisitos de exequátur en relación con las legalizaciones de la sentencia cuyo reconocimiento se pretende, pues de lo contrario habría implicado el cumplimiento de una

⁴⁸ Conf. DREYZIN DE KLOR, Adriana. «Los nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el Derecho internacional privado. Familia – posmodernidad – DIPr». *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 26 (2010), pp. 73-92 México D.F.: AMEDIP.

⁴⁹ Tribunal de Familia N° 1, Quilmes, «G. S. M. s. exequátur -inscripción de partida extranjera - adopción y acciones vinculadas», 02/08/2010.

formalidad legal ajena a las normas que rigen en nuestro país y a la realidad de los hechos acaecidos en Haití⁵⁰.

- Otro caso relevante trata de un matrimonio divorciado con tres niños, en el cual la mujer, brasileña, solicita al tribunal autorización para radicarse definitivamente con sus hijas menores de edad en Brasil donde viven sus progenitores⁵¹. El padre de las niñas se opone a la radicación en Brasil. La sentencia dictada, argumenta desde los TDDHH —Convención de los Derechos del Niño— reafirmando el derecho de las menores a ser oídas en función de su edad y su madurez. Desde la interpretación de un concepto abierto, como es «el interés superior del niño»⁵², sopesando las circunstancias del caso concreto, sobre la base de los parámetros aceptados por la prudencia judicial y la doctrina, y desde las disciplinas afines, el juez rechaza la solicitud. Desde la noción de «centro de vida»⁵³, el tribunal entiende que «[...] someter a las menores P., V. y V. a una alteración drástica, que significaría el traslado a un país extranjero, compromete no solo el entorno físico de su residencia habitual, sino toda su realidad vital, en tanto deberán abandonar la convivencia con su padre prolongada por varios años, así como el medio en el que se desenvuelve cotidianamente, para ser trasladadas al nuevo domicilio donde habita la madre, a más de mil kilómetros de distancia, lo que provocaría un completo desarraigo con su lugar de origen, su espacio, su entorno y un tremendo desapego de la figura paterna que siempre estuvo al lado de ellas durante todo este tiempo[...]».
- En un caso reciente tramitado en la provincia de Córdoba, la Cámara interviniente resuelve favorablemente a la petición de una pareja que tiene por objeto lograr que el órgano judicial local emita un certificado de idoneidad de los pretensos adoptantes a los fines de presentarlo ante las autoridades competentes de Haití, país donde la pareja tramita la adopción internacional de un niño. El juez rechaza la demanda, frente a lo cual la Cámara, teniendo en consideración que los tribunales de familia son los únicos órganos con competencia exclusiva

⁵⁰ C.A.V. y otro, Juzgado de Familia de Mendoza N° 2, 9/11/2010, en www.fallosdiprargentina.com

⁵¹ La Corte Suprema Argentina ha expresado que «sin ignorar los disensos que ha generado el alcance de dicho concepto, sea que se le asignen unos contornos de mayor amplitud, o se lo subordine al interés general y familiar, o se lo identifique con el respeto por los derechos fundamentales de la niñez, lo cierto es que ese mejor interés es lo que define la consistencia de cualquier litis en la que se discuta la guarda de una persona menor de edad» (del Dictamen de la Procuración General en los autos «M. D. H. c. M. B. M. F.», 29/04/2008).

⁵² Convención de los Derechos del Niño, artículo 3.

⁵³ Para resolver por el rechazo de la autorización el a quo entiende que «adoptar una decisión distinta a la resuelta en este fallo, sería apartarme del principio del interés superior de las menores, alejándolas de su entorno, sin justificación alguna, alejándolas de su “centro de vida” que precisa la idea general de ‘mejor interés del niño’, en términos similares a los que adoptara la comunidad internacional en La Haya, y que —a finales de 2005—, mereció consagración legislativa en el artículo 3 inc. f) de la ley 26.061».

en materia de adopción, resuelve que el certificado de idoneidad requerido cae bajo la órbita de su actuación. Se destaca que no se está en un proceso de adopción, sino en un estadio anterior en el cual la vía idónea no es otra que la judicial, que «[...] le da el carácter oficial que en cuestiones de esta naturaleza se impone y luce como la más conveniente y adecuada. Es que no hacerlo de esta manera violentaría el orden público interno, ya que sería más fácil y sin control alguno adoptar en el extranjero que en Argentina [...]», subrayando que «la facultad de los pretendientes adoptantes nacionales a petitionar los trámites en sede judicial en su país de origen para obtener la documentación que luego es base imprescindible para iniciar los trámites de adopción en el extranjero y concretar así su proyecto familiar, es un derecho que no puede ser desconocido, pues lo contrario importaría una denegación de justicia que no puede cohonestarse»⁵⁴.

- Ahora bien, con posterioridad a esta decisión un tribunal ha sostenido que «ninguna norma del país donde los peticionantes pretenden adoptar un niño indica que el “certificado de idoneidad” que aspiran obtener deba hacerse ante autoridad judicial, él debe tramitarse —en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires— ante el RUAGA⁵⁵ y, oportunamente, ser objeto de las legalizaciones necesarias para el fin perseguido [...]»⁵⁶.
- También merece citarse un fallo por el cual se revoca la decisión de primera instancia que había rechazado *in limine* la solicitud de los cónyuges A. H. C. y G. B. I. S., —cuyo matrimonio se celebró el 28 de febrero de 2003— a los fines de obtener una declaración judicial para poder iniciar un trámite de adopción en la República de Haití⁵⁷. Se argumentó que en la legislación nacional no está previsto expedir certificados de idoneidad con los alcances y características que se requirieron, además de advertir que existen obstáculos a lo solicitado por

⁵⁴ Cam. Familia 2° Nom. Córdoba, 02/03/2012, «R. P. M. y otro – Actos de Jurisdicción Voluntaria - Sumaria Información – Recurso de Apelación – Expte. N° 319290, Auto Interlocutorio N° 13.

⁵⁵ La ley 258546 —que ha creado el Registro Único de Aspirantes a Guardas con fines Adoptivos (RUAGA)— todavía no funciona como única base de datos de alcance nacional, sin embargo muchas provincias cuentan con registros provinciales. Dicha ley establece los requisitos para integrar la nómina de aspirantes. Sancionada: diciembre 4 de 2003, promulgada: 6 de enero 2004.

⁵⁶ Juzg. Nac. Civil N° 82, «V.L., V.M. c/ R., D. s/ información sumaria», 16/05/2012, Recurso N° 598.391, Expte. N° 9.883/2012.

⁵⁷ Es claro poner de manifiesto que no se trata de convalidar o favorecer la colocación irregular de niños. Con ocasión del terremoto que azotó Haití en enero de 2010, la Conferencia de La Haya dictó un comunicado, a fin de instar a los Estados miembros y no miembros a resguardar los derechos fundamentales de todos los niños, estableciendo como prioridad el reencuentro de un niño desplazado con sus padres o con algún miembro de su familia. El comunicado alude a que no debe confundirse «evacuación» en un caso de catástrofe con adopción internacional. Se puede consultar en www.hch.net adopción, Communiqué de presse du 20/1/2010.

la posición del Estado con relación a la adopción internacional. La Cámara sostuvo, con meridiana claridad, que «el principio fundamental en materia de derecho de la minoridad es el *favor minoris* y que de no accederse [...] al trámite del presente, implicaría dejar a los peticionarios sin una vía adecuada para hacer valer legítimos derechos, con prescindencia de la solución final de su pretensión»⁵⁸.

Estos últimos casos en materia de cooperación a aspirantes a adoptar en el extranjero serán objeto de un mayor análisis, ya que el equipo que colaboró con la elaboración de normas de DIPr para el P. Cód. Civ. y Com. incorporaba en el texto original del artículo 2635, presentado a la Comisión de Reforma, un párrafo que disponía que «las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero». Lamentablemente, esta fórmula ha quedado en el camino ya que durante la etapa de estudio que transitaba el entonces Anteproyecto por el Ministerio de Justicia se quitó dicha disposición.

La aspiración que nos conduce a citar y analizar las sentencias relativas a la adopción, acotada a los aspectos puntuales del tema que nos ocupa, radica principalmente en evaluar las cuestiones que las originan a la luz de la realidad argentina. La tensión se plantea entre el rigorismo formal, que argumenta que en la legislación no está prevista la expedición de certificados de idoneidad con fines de adopción en el extranjero, y por otro lado, el derecho del niño a crecer en el seno de una familia que es ley a través de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁹.

⁵⁸ CNApel., Sala J, «I. S., G. B. y C., A. H. s/Información Sumaria», Expte. N° 84.815/2011, 29/05/2012, Tribunal de origen: Juzg. Nac. Civil N° 84.

⁵⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que «[...] Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana [...]» (Conf. CIDH, *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, sentencia de 1 de septiembre de 2010; *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 176; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225; *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 193).

En este sentido, y en palabras de la Corte Suprema de Justicia argentina se ha afirmado que: «queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en asuntos de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas, o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar»⁶⁰.

Es que, como venimos subrayando, las normas jurídicas no se encuentran aisladas entre sí, por el contrario, se interrelacionan en un sistema coherente y legitimado denominado sistema jurídico, que contiene normas materiales sustantivas y normas destinadas a regular la producción de normas y de decisiones. Solo desde esa proyección, aplicada a la realidad cotidiana, armonizándose con los valores en juego, es posible alcanzar la justicia material.

Desde la otra arista, en orden a la regulación en materia de adopción internacional que trasunta la legislación vigente y la planificada en virtud de lo expresado en el Proyecto no se admite expresamente expedir certificados de idoneidad con los alcances y características que requieren estos casos.

Ahora bien, consideramos que el activismo predicado en los supuestos que hacen lugar a la cooperación a favor de los aspirantes a adoptar en el extranjero no menoscaba la seguridad jurídica, ya que hoy no puede entenderse como seguridad estática sino que está íntimamente vinculada al dinamismo propio de esta época posmoderna, que pasa por reconocer la necesidad de un ordenamiento jurídico que responda a los cambios paradigmáticos que está viviendo la familia internacional.

Es así que desde la relación que pregonamos entre derechos humanos, DIPr y el activismo judicial, «el tribunal se enrola en el pensamiento doctrinal sustentado en aras de reconocer que es facultad de los jueces valorar la realidad fáctica y subsumirla en el derecho vigente que interpreta y aplica a esa realidad, por cuanto la función de hacer justicia no es otra cosa que la recta determinación de lo justo *in concreto*, o sea, la solución justa del caso, porque, de lo contrario, la aplicación de la ley se convertirá en una tarea mecánica reñida con la naturaleza misma del derecho»⁶¹.

En este mismo sentido, autorizada doctrina ha señalado que es el camino que transita la jurisprudencia el que «permite flexibilizar los contenidos de la ley, armonizarlos con otras fuentes jurígenas y, más aún, brindar soluciones adecuadas colmando

⁶⁰ CSJN, 15/2/2000.

⁶¹ BIDART CAMPOS, Germán J. *La Corte Suprema – El Tribunal de las Garantías Constitucionales*, actualizado por Pablo L. Manili. Segunda edición. Buenos Aires: Ed. Adiar, 2010, p. 44.

las «lagunas» de la ley e interpretándola mutativamente a partir de su letra y de su espíritu»⁶², como único guardián de la Constitución.

De este modo, el recorrido jurisprudencial bajo análisis reafirma el compromiso del más alto tribunal del país, en función de las manifestaciones vertidas por la doctora Highton quien sostuvo que «el objeto de la Corte es la democratización» pronosticando que «este será el siglo del acceso a justicia»⁶³.

Así se reafirma el modelo según el cual «los jueces deben pesar las consecuencias futuras de sus decisiones»⁶⁴ para alcanzar su máxima eficacia, haciéndonos eco de la frase de Bobbio que habla de nuestro tiempo como la «era de los jueces».

4. Conclusiones

Como corolario de las reflexiones expuestas, cabe deducir la necesidad de construir a través de modelos innovadores una nueva arquitectura para instituir una gobernanza global, que en palabras de Barreiro «es un nuevo método que cristaliza en la coordinación de tareas de gobierno entre diferentes actores —públicos y privados— y en diferentes escalas; lo que habrá que articular de manera armónica para asegurar su eficiencia»⁶⁵.

Por otra parte, en nuestros días ya no se discute el impacto de la normativa internacional de derechos humanos sobre la legislación y la jurisprudencia estatales en materia de DIPr. La influencia de la normativa y los principios que impregnan los tratados palpita en variadas materias y concretamente la jurisprudencia recoge en cuestiones que avienen con las garantías de acceso a justicia⁶⁶, debido proceso⁶⁷, protección de niños, niñas y adolescentes, protección de discapacitados, y también en aspectos que engarzan en el DIPr de las más variadas materias. Así se observa por ejemplo,

⁶² BERIZONCE, Roberto O. Ob. cit., p. 17.

⁶³ Disertación de la Dra. Elena Highton —jueza de la Corte Suprema de Justicia Argentina— en el IV Congreso Internacional de Derechos Humanos, celebrados en la facultad de Derecho, abril de 2007.

⁶⁴ Conf. C.S.J.N., 13/3/2007, Fallos, 331:941; con cita de 312:371.

⁶⁵ BARREIRO, Ivonne. Ob. cit. http://portalsostenibilidad.upc.edu/detall_01.php?id=179&numapartat=9.

⁶⁶ En este punto compartimos la opinión de la Dra. Highton que manifiesta que «acceso a justicia quiere decir que los ciudadanos tengan la posibilidad de acceder a una solución justa y adecuada para sus conflictos. Debemos hablar de «acceso a justicia» y no «a la justicia», porque no consiste únicamente en obtener una sentencia en todo tipo de casos, sino que «acceso a justicia» significa la resolución del conflicto de manera inmediata y justa». En «Entrevista a la Dra. Elena Highton de Noláscio». *Lecciones y Ensayos*, 88 (2010), pp. 341-367. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/88/lecciones-y-ensayos-88-paginas-341-367.pdf>

⁶⁷ Se parte de la noción del debido proceso como un derecho humano que está universalmente reconocido, y en palabras de Alvarado Velloso «el proceso es la gran y máxima garantía que otorga la Constitución para la defensa de los derechos individuales [...]». En «El garantismo procesal». *La Ley* 2010-F, 1212.

en cuestiones relativas a la protección del medio ambiente⁶⁸, el derecho de los consumidores⁶⁹ y el derecho de los trabajadores, entre otros.

En este camino alcanza su máximo vigor la relación entre derechos humanos, DIPr y activismo judicial. Así desde los TDDHH se iluminan las resoluciones judiciales, ya que concebimos que «[...] de la dignidad del juez dependerá la dignidad del derecho. El derecho valdrá en un país y en un momento histórico determinado, lo que valgan los jueces como hombres. El día que los jueces tienen miedo, ningún ciudadano puede dormir tranquilo»⁷⁰. Desde esta visión, «las sentencias valdrán lo que valgan los hombres que las dicten»⁷¹, porque en palabras del máximo Tribunal de Justicia argentino «la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia»⁷².

Es desde el lugar de los operadores jurídicos, en esta época que se ha dado en llamarla «era del desorden», que debemos impulsar la reconstrucción de un derecho acorde a la multiculturalidad que nos impregna de cara a los constantes cambios, siempre bajo límites razonables dentro del marco que brindan las Cartas Magnas estatales, y desde el diálogo de fuentes que debe iluminar el dictado de una sentencia sensata⁷³.

⁶⁸ Conf. LORENZETTI, Ricardo, quien alude al surgimiento de un paradigma ambiental que si bien está en proceso de maduración, ha producido un redimensionamiento del modo de examinar el derecho, «que actúa como un principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio, que se vincula con la interacción sistemática y con los enfoques holísticos», en su obra *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni ed., 2008, pp. 425-447.

⁶⁹ Sobre el derecho del consumo se puede consultar: LORENZETTI, Ricardo. *Consumidores*, segunda edición Actualizada. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni ed., 2009. Con relación al derecho del consumo y su relación con el comercio electrónico en la doctrina argentina pueden consultarse: BRITOS, Cristina. «Valoraciones en torno a los Contratos Internacionales Electrónicos, desde el Proyecto de Código Civil 2012», publicado en elDial.com, elDial DC198D, 6/11/12; «Las nociones de consumidor y de ciberconsumidor en los espacios integrados»; y «Aspectos jurídicos de la contratación electrónica». En M. Rico Carrillo (coord.). *Derecho de las nuevas tecnologías*. Buenos Aires: Ed. La Rocca, 2007, p. 269 y ss.; entre otros.

⁷⁰ COUTURE, Eduardo. Ob. cit., pp. 69-77.

⁷¹ Ídem.

⁷² CSJN, «Colalillo contra la Compañía de Seguros España y Río de la Plata», 18/09/1957, Fallos 238:550.

⁷³ JUENGER, Friedrich K. *Derecho internacional privado y justicia material*. México D.F.: Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2006, pp. 196 y ss.