# MULTICULTURALIDAD Y DERECHO: DESAFIOS Y OPORTUNIDADES PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

## *MULTICULTURALITY AND LAW: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW*

## *MULTICULTURALIDADE E DIREITO: DESAFIOS E OPORTUNIDADES PARA O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO*

**Luciana B. Scotti**

DOI: https://doi.org/10.31512/rdc.v20i50.2173 Autora convidada

**Resumen**: El paradigma clásico del Derecho Internacional Privado moderno nace con Savigny, en el Siglo XIX y se desarrolla con ciertos matices a lo largo del Siglo XX. En su Sistema del Derecho Romano Actual de 1849, Savigny justificada la extraterritorialidad del derecho en lo que denominó la "comunidad jurídica de los Estados", basada en dos pilares comunes: el derecho romano y el cristianismo. De tal manera, se posibilitaba la coordinación de ordenamientos jurídicos, que suponía en los hechos la existencia de un mínimo de valores comunes de los sistemas en conflicto. Sin embargo, esta comunidad se quiebra ante el conflicto de culturas y exige por tanto una reconsideración del estatuto de los valores del foro en el tratamiento de las relaciones privadas internacionales. En el Siglo XXI irrumpe la diferencia cultural en el corazón de la Teoría General del Derecho Internacional Privado.

**Palabras clave**: Derecho Internacional Privado. Multiculturalidad. Diversidad cultural. Sociedad multicultural.Técnicas y métodos.

**Abstract:** The classical paradigm of modern private international law originated with Savigny in the 19th century and developed with certain nuances throughout the 20th century. In his 1849 System of Modern Roman Law, Savigny justified the extraterritoriality of law in what he called the "legal community of states", based on two common pillars: Roman law and Christianity. In this way, the coordination of legal systems was made possible, which in fact presupposed the existence of a minimum of common values of the conflicting systems. However, this community has broken down in the face of the conflict of cultures and therefore calls for a reconsideration of the status of forum values in the handling of international private relations. In the 21st century, cultural difference bursts into the heart of the General Theory of Private International Law.

**Keywords:** Private International Law. Multiculturality. Cultural diversity. Multicultural society. Techniques and methods.

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

**Resumo:** O paradigma clássico do direito internacional privado moderno começou com Savigny no século XIX e desenvolveu-se com algumas nuances ao longo do século XX. No seu Sistema de Direito Romano Moderno, de 1849, Savigny justificava a extraterritorialidade do direito naquilo a que chamava a "comunidade jurídica dos Estados", assente em dois pilares comuns: o direito romano e o cristianismo. Desta forma, tornava-se possível a coordenação dos sistemas jurídicos, o que pressupunha, de facto, a existência de um mínimo de valores comuns aos sistemas em conflito. No entanto, esta comunhão de valores foi quebrada pelo conflito de culturas e, por conseguinte, exige uma reconsideração do estatuto dos valores do foro no tratamento das relações privadas internacionais. No século XXI, a diferença cultural irrompe no coração da Teoria Geral do Direito Internacional Privado.

**Palavras-chave:** Direito Internacional Privado. Multiculturalidade. Diversidade cultural. Sociedade multicultural. Técnicas e métodos.

## Introducción

El Derecho es expresión de la Cultura. En efecto, tal como afirma Erik Jayme, nuestro derecho actual es la reproducción de la cultura contemporánea, de nuestra civilización posmoderna, que se caracteriza por un pluralismo de estilos de vida[1]. Por ende, esta diversidad cultural, trae consigo la diversidad jurídica.

El contacto entre culturas diversas, genera el contacto entre ordenamientos jurídicos que responden a valores, principios, religiones diferentes.

En tanto la finalidad principal del Derecho Internacional Privado (DIPr) es la protección de la persona humana y la solución de los conflictos de leyes presuponen un diálogo intercultural, en respeto de la diversidad y de la identidad cultural de los individuos, el rol de nuestra disciplina es central en el mundo globalizado, multicultural, posmoderno, en el que vivimos[2].

Esta materia "tiende a hacerse multicultural, procurando aceptar, en mayor o en menor grado, los fenómenos e instituciones procedentes de civilizaciones distintas e intentando evitar el rechazo sistemático de la aplicación del Derecho extranjero que responde a valores distintos a los occidentales [...] Es más, este Derecho Internacional Privado multicultural tiende a convertirse en intercultural, puesto que se trata de regular una ´nueva cultura social´ resultado de la interconexión de culturas de países de recepción de emigrantes y de países de emigración"[3].

De hecho, "los fenómenos migratorios y la sociedad de la comunicación se combinan para poner en relación las diversas culturas, que, una vez terminada la era colonizadora, aspiran a dialogar en un plano de igualdad [...] Pero, sobre todo, convierte al Derecho Internacional

1 JAYME, Erik, "Direito internacional privado e Cultura pós-moderna", *Cadernos do Programa de pós-graduação en direito – PPGDir./UFRGS*, Universidad Federal do Rio Grande do Sul. Seleção de Textos da obra de Erik Jayme, volumen 1, número 1, Porto Alegre, Marzo de 2010, p. 60.

2 En igual sentido, JAYME, Erik, "O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: A proteção da Pessoa Humana face à Globalização", *Cadernos do Programa de pós-graduação en direito – PPGDir./UFRGS*, Universidad Federal do Rio Grande do Sul. Seleção de Textos da obra de Erik Jayme, volumen 1, número 1, Porto Alegre, Marzo de 2010, pp. 86 y 87.

3 DURAN AYAGO, Antonia, "El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural", en CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, COLEX, Madrid, 2004, pp. 296 – 297.

Privado en una pieza clave del diálogo jurídico intercultural, convirtiéndose en una suerte de "ius communicationis" o, si se quiere, en un canal de comunicación jurídica"[4].

La Multiculturalidad convoca al Derecho Internacional Privado, por medio de sus variadas fuentes y guiado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a procurar soluciones para resolver renovados "conflictos de leyes", "conflictos de jurisdicciones", "conflictos de calificaciones", y también, "conflictos de civilizaciones".

A tales fines, los Derechos Humanos han cobrado un rol relevante a la hora de resolver los conflictos del Derecho Internacional Privado[5]. Tal como destaca Diego Fernández Arroyo, la normativa internacional de derechos humanos ha tenido un fuerte impacto sobre la legislación y la jurisprudencia estatales en materia de DIPr, "impacto que se ejerce sobre variadas materias y en diversas circunstancias para garantizar cuestiones tales como el acceso a la justicia, los derechos de los trabajadores, la protección del medio ambiente o los intereses de niños y adolescentes. Íntimamente ligado a esto, se hace patente desde una perspectiva funcional que el DIPr puede difícilmente seguir siendo tomado como un mero instrumento ´neutral´ para la repartición de competencias a poco que se preste atención al rampante proceso de materialización que lo viene animando en las últimas décadas"[6].

Se observa que básicamente los principios, los valores de la cultura jurídica occidental, y por ende de los derechos estaduales que en ella se insertan, se encuentran recogidos por las Constituciones Nacionales, así como en los tratados de derechos humanos y libertades fundamentales. En esos instrumentos jurídicos, se reflejan y garantizan determinados derechos que configuran el modelo de sociedad occidental, entre los que figuran el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, el derecho de libertad religiosa, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la igualdad jurídica entre los cónyuges, el derecho a no ser discriminado, derecho a la identidad cultural de la persona humana[7].

Como bien afirma Dreyzin de Klor, los Tratados de Derechos Humanos "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"[8].

Los derechos fundamentales dan contenido, al menos en el mundo Occidental, al orden público internacional, al operar como límites a la aplicación de un derecho extranjero que los avasalle.

---

4 SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, "Estado democrático, postmodernismo y el Derecho Internacional Privado", en *Revista de Estudios Jurídicos* N° 10/2010 (Segunda Época), Universidad de Jaén (España), p. 7. Disponible en línea en: http://www.rej.ujaen.es/. También en: SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, "Postmodernismo y Derecho internacional privado", *R.E.D.I.*, 1994, vol. XLVI,
núm. 2, pp. 557-585.

5 JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", en *Recueil des cours*, Volume 251 (1995), p 49.

6 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, "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,* Ed. Albremática, Buenos Aires, 2012. Cita: elDial.com - DC18BA.

7 Paralelamente, la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos, del 19 de septiembre de 1981, recoge los principios y valores islámicos.

8 DREYZIN DE KLOR, Adriana, "Derechos Humanos, Derecho internacional privado y activismo judicial" en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración,* Buenos Aires, Ed. Albremática, 2013. Cita: elDial.com - DC1A58.

Sin embargo, no podemos olvidar que las Constituciones reflejan la cultura y la tradición de cada país. Por otro lado, muchos de los tratados internacionales de derechos humanos no han sido ratificados por ciertos Estados, gran parte de ellos, islámicos. Aún más: la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que ha sido la más exitosa en relación con el número de Estados ratificantes, 196 a la fecha[9], cuenta con divergentes interpretaciones dado que tales derechos no tienen idéntico reconocimiento y alcance en todos ellos, existiendo abismales diferencias entre Oriente y Occidente.

## Cultura, diversidad cultural y sociedad multicultural

Para Erik Jayme, "la civilisation postmoderne est caractérisée par un pluralisme de styles et de valeurs inconnu autrefois [...] Aujourd'hui l'on a vu émerger — comme l'a dit M. René-Jean Dupuy — ´le droit à la différence. Son apparition est le signe d'une transformation radicale dans la perception de l'humanité´. Ce sont les droits socioculturels qui sont élevés au rang de droits de l'homme"[10].

De acuerdo a la definición de cultura del artículo 2 de la Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales de 2007: "El término ´cultura´ abarca los valores, las creencias, las convicciones, los idiomas, los saberes y las artes, las tradiciones, instituciones y modos de vida por medio de los cuales una persona o un grupo expresa su humanidad y los significados que da a su existencia y a su desarrollo". En tanto que la expresión "identidad cultural" debe entenderse como el conjunto de referencias culturales por el cual una persona, individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entiende ser reconocida en su dignidad. Finalmente, por "comunidad cultural" se entiende un grupo de personas que comparten las referencias constitutivas de una identidad cultural común, que desean preservar y desarrollar[11].

A su turno, según la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, adoptada en París, el 20 de octubre de 2005, la "diversidad cultural" se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. En tanto que la "interculturalidad" se refiere a la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo (art. 3).

Dentro de los principios rectores del artículo 2 de la mencionada Convención destaca el principio de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales: "Sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales. Nadie podrá invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y garantizados por el derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación".

9 Estados Unidos de América se ha limitado a firmar la CDN, pero no ha depositado el instrumento de ratificación.

10 JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", en Recueil des cours, tomo 251, 1995, p. 251.

11 Disponible en: https://culturalrights.net/descargas/drets_culturals239.pdf

A su turno, la Declaración Universal de la UNESCO del 2 de noviembre de 2001 sobre la diversidad cultural en su artículo 2, dispone que en nuestras sociedades cada vez más diversificadas, resulta indispensable garantizar la interacción armónica entre personas y grupos con identidades culturales plurales, variadas y dinámicas, así como la voluntad de convivir. Las políticas que favorecen la inclusión y la participación de todos los ciudadanos garantizan la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz. Definido de esta manera, el pluralismo cultural constituye la respuesta política a la realidad de la diversidad cultural. Inseparable de un contexto democrático, el pluralismo cultural propicia los intercambios culturales y el desarrollo de capacidades creativas que soportan la vida pública[12].

Ahora bien, tal como subraya Léna Gannagé: "La culture, en effet, n'a rien d'immuable ou de définitif car elle évolue, elle se transforme, elle est perméable aux influences extérieures et le développement des communications, des nouvelles technologies, la mobilité accrue des populations favorise considérablement la circulation des idées et des modes de pensée. Encore faut-il nuancer le propos, car toutes les cultures ne sont pas ouvertes de la même manière aux influences extérieures, que certaines sont plus jalouses que d'autres de leur intégrité, qu'elles sont de ce fait plus réticentes au changement»[13].

Pero qué entendemos, en definitiva, por "sociedad multicultural". Se refiere a una sociedad en la que coexisten diferentes estilos o modelos de vida (religión, valores, idioma, normas, instituciones), de distintas maneras de vivir de grupos humanos. Hace a la manera de pensar, de actuar, de sentir de una comunidad.

En este sentido, el derecho es un "producto cultural" y por ende los ordenamientos jurídicos están imbuidos de esos estilos de vida diversos.

Javier Carrascosa González, distingue varios enfoques (ideológicos, políticos, jurídicos) para analizar esta sociedad multicultural. En primer lugar, el etnocentrismo que coloca la cultura del "país de recepción" en lo más alto de la pirámide valorativa. En el ámbito del Derecho Internacional Privado, este punto de vista se traduce en un Derecho que debe resolver, de modo radical, "conflictos de civilizaciones", haciendo prevalecer la aplicación del Derecho correspondiente a la "civilización más desarrollada". En consecuencia, se produce un rechazo total y sistemático de la aplicación del Derecho extranjero que responde a valores distintos a los valores imperantes en Occidente. En segundo lugar, en un extremo opuesto, el relativismo cultural, que parte de la premisa según la cual todas las culturas tienen el mismo valor y son igualmente respetables y dignas de protección. En el campo del Derecho Internacional Privado, esta perspectiva llevaría a una aceptación incondicionada de la aplicación del Derecho extranjero y del reconocimiento de decisiones extranjeras sin ningún tipo de límite. Por último, el universalismo multicultural es el enfoque que se encamina hacia un Derecho Internacional Privado intercultural. La interculturalidad supone intercambio de valores, convivencia pacífica, cooperación, integración social de los extranjeros en el país de acogida, supone diálogo, y no discriminación. Este Derecho Internacional Privado en clave multicultural admite la existencia

12 Disponible en: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-cultural-diversity

13 GANNAGÉ, Léna, "Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures", en *Recueil des cours,* tomo 357, 2011, p. 244.

de ciertos límites excepcionales que debe ser respetados en los países occidentales y que son traducción de los "valores comunes" de Justicia universalmente aceptados[14].

Ahora bien, en ocasiones la diversidad cultural puede ser tal que se aproxime a un conflicto o choque de culturas. Veamos.

## ¿Conflicto de culturas? y Derecho Internacional Privado

Tal como advierte, Samuel Huntington, en el mundo de la pos Guerra Fría, las mayores diferencias entre los pueblos nos son ideológicas, políticas o económicas, sino culturales[15].

La mejor expresión de una sociedad multicultural que coexiste pacíficamente la encontramos, sin dudas, en el continente europeo. En efecto, en las últimas décadas, la mayoría de los Estados europeos han asistido al incremento significativo del número de extranjeros residentes en su territorio. Varias son las razones: tanto políticas como humanitarias, en parte como resultado de las diferencias de contexto económico y de la libertad de circulación resultante de los procesos de integración europea, en especial la Unión Europea. Cada vez más personas que no desean necesariamente obtener la nacionalidad del país de acogida, se han establecido de manera más o menos permanente fuera de su país de origen.

Ahora bien, la situación es muy diferente cuando se ponen en contacto culturas contrapuestas como la civilización occidental y el Islam. Sin embargo, no son los únicos supuestos de conflicto de culturas. Encontramos diferencias importantes en la cultura asiática, cultura africana, cultura budista. Dentro de occidente, hallamos dos tradiciones jurídicas muy distintas: el *common law* y *civil law.* Asimismo, no podemos menospreciar las diferencias existentes incluso dentro de una misma región sobre temas como el matrimonio homosexual o igualitario, o en materia de gestación por sustitución.

Es innegable, de todos modos, que las distinciones sustanciales que existen entre la cultura occidental y la musulmana sobre la concepción del derecho, y en especial sobre la organización de la familia tienen un fuerte impacto en el tratamiento de las relaciones privadas internacionales.

El sistema jurídico islámico es conocido como la Shari´a (el camino) que constituye la ley hecha por Dios, es, en sí misma, la palabra de Alá, que influye directa y principalmente en la organización de la familia. El Corán contiene la palabra de Dios transmitida a los musulmanes a través del profeta Mahoma, que es la fuente principal del derecho, tanto formal como material. La ley religiosa es una regla revelada, y en consecuencia es indiscutible.

En lo que concierne al Derecho Internacional Privado, la religión configura el punto de conexión, exclusivamente para establecer una distribución de competencias en el interior del ordenamiento jurídico. Para los musulmanes esa ley no admite fronteras, tiene vocación universal. Y se les aplica a las relaciones entre ellos, pero también a las relaciones entre musulmanes y no musulmanes. Así nos encontramos con un Derecho Internacional Privado que responde a un sistema unilateralista y exclusivista (tanto para determinar el juez competente

14 CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI", en *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, Número 21, 2003, p. 109 y ss.

15 HUNTINGTON, Samuel, "¿Choque de civilizaciones?, en *Teorema*, Volumen XX/1-2, 2001, pp. 125 – 148.

como la ley aplicable), de carácter plurilegislativo de base personal religiosa. Existe, por ende, una coincidencia indisoluble entre *forum* y *jus*.

A diferencia del orden público internacional de los países occidentales, esencialmente variable, y juzgado *a posteriori*, el orden público confesional se distingue por su inercia, y se juzga *a priori,* pudiéndose identificar prácticamente con las llamadas normas de aplicación inmediata o de policía.

Al orden jurídico musulmán le preocupa como objetivo su propia cohesión, no existiendo en principio, la posibilidad de coordinación de ordenamientos jurídicos, fundamento principal del Derecho Internacional Privado contemporáneo occidental, siempre que un musulmán esté implicado en la relación jurídica[16].

En palabras de Léna Gannagé: "Dans les systèmes de tradition musulmane, la place dévolue aux valeurs du for dans la réglementation des relations de droit international privé est exorbitante. Parce qu'elles sont fortement imprégnées de données religieuses, elles souffrent très difficilement la concurrence de la loi étrangère. Et, de fait, l'ordre religieux, parce qu'il s'estime détenteur d'une vérité absolue, ne tient compte d'aucune autre, du moins toutes les fois qu'un croyant est impliqué dans la relation juridique"[17].

Los países occidentales, en cambio, tienden a ser laicos y resguardan la libertad de cultos (son multiconfesionales). La ley es hecha por los hombres en los dos grandes sistemas de derecho occidental: el *Common Law* y el Derecho romano germánico (*Civil Law* o derecho civil continental). Las comunidades religiosas son respetadas pero no tienen poder legislativo. Los Estados de Occidente tiene como faro el respecto de los derechos humanos, del principio de no discriminación, y de las libertades fundamentales, bases comunes del orden público internacional. En el mundo occidental, la coordinación de ordenamientos jurídicos y la continuidad de las situaciones privadas internacionales son objetivos centrales del Derecho Internacional Privado.

Estas grandes diferencias se reflejan en dos ámbitos jurídicos de manera mucho más notoria: el Derecho penal y el que a nosotros más nos interesa en este trabajo, el Derecho de familia, que se erige en una suerte de refugio de las identidades culturales.

En Occidente, los modelos de familias comprenden uniones de hecho, familias monoparentales, matrimonios heterosexuales con o sin hijos biológicos, matrimonios homosexuales, matrimonios o parejas con hijos adoptivos, matrimonios religiosos, matrimonios "solo consensu", familias formadas por diversos vínculos de parentesco, las denominadas "familias ensambladas", entre otras.

Así lo reconocen los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos: "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado", reza el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. En igual sentido, se pronuncian el art. 10.1 del Pacto Internacional de

16 No debemos incurrir en el error de considerar un enfoque monolítico de la cultura islámica. Por ejemplo, en Túnez, el Código del Estatuto personal de 1956 suprime la poligamia, el repudio y reconoce la igualdad entre los esposos, y el Código de Derecho Internacional Privado de 1998 adopta el bilateralismo y el pluralismo metodológico. Marruecos cuenta con un Código de la familia de 2004, que facilita el reconocimiento de matrimonios y divorcios de marroquíes en el extranjero. Varios estados islámicos han ratificado tratados bilaterales con Estados europeos y algunos incluso se han vinculado a nivel universal a través de Convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

17 GANNAGÉ, Léna, "Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures", en *Recueil des cours,* tomo 357, 2011, p. 398.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el artículo VI de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre del mismo año, el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969, entre los principales, todos con rango constitucional en la República Argentina.

En suma, los derechos humanos han desarrollado modelos de familia construidos sobre el bienestar individual y la libertad de cada miembro. No hay un solo derecho de familia, porque no hay un solo modelo de constituirla, ni siquiera uno que podamos calificar de preponderante. En efecto, "el modelo hasta hace poco dominante de la familia quiso ser eterno pero no pudo, debido a que es imposible desligar a las familias de la cultura subyacente. Las instituciones que sociólogos y antropólogos de Occidente han designado con el nombre de familia alrededor del mundo carecen de esencia identificable. Por lo tanto, solo existen tipos particulares de ordenamientos domésticos y de sistemas de parentesco"[18].

En suma, mientras que el modelo de derecho de familia en Occidente se caracteriza por la monogamia, y por los principios de igualdad, laicidad, y libertad, que desde hace varias décadas permiten la disolución del vínculo a través de ciertas formalidades; los ordenamientos islámicos se definen como regímenes poligámicos, patriarcales, que consagran la desigualdad entre hombre y mujer y se encuentran consustanciados con la religión musulmana.

## Viejos y nuevos paradigmas del Derecho Internacional Privado en una sociedad multicultural

El paradigma clásico del Derecho Internacional Privado moderno, tal como es bien sabido, nace con Savigny, en el Siglo XIX y se desarrolla con ciertos matices a lo largo del Siglo XX. En su *Sistema del Derecho Romano Actual* de 1849, Savigny justificada la extraterritorialidad del derecho en lo que denominó la "comunidad jurídica de los Estados", basada en dos pilares comunes: el derecho romano y el cristianismo. El jurista alemán propone la "regla de solución", según la cual a cada relación jurídica se le deberá aplicar el derecho más conforme a su naturaleza, sin importar que se trate de derecho local o extranjero. Busca para cada relación su sede, asiento o siège, identificando lo que hoy llamamos "puntos de conexión". El único límite a la aplicación del derecho extranjero se presenta ante la vulneración de normas rigurosamente imperativas o ante una institución desconocida.

La Comunidad de Derecho de Savigny facilita el libre intercambio de leyes estatales que son equivalentes y fungibles. El orden público internacional se erige en una excepción ante la ruptura de esa comunidad.

De tal manera, se posibilitaba la coordinación de ordenamientos jurídicos, que suponía en los hechos la existencia de un mínimo de valores comunes de los sistemas en conflicto.

Ahora bien, tal como advierte Gannagé, la tradición del bilateralismo en los sistemas europeos "s'est construite dans un contexte culturel bien déterminé: celui de la communauté de droit qui unissait au XIXe siècle les peuples d'Europe. Cette proximité des droits matériels a

18 SANTOS BELANDRO, Ruben, *Derecho Civil Internacional y de Familia*, Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo, 2009, p. 91.

longtemps garanti une communauté de valeurs entre les systèmes juridiques en conflit et elle a durablement dispensé les internationalistes d'une réflexion très approfondie sur la place de celles-ci dans la réglementation des relations internationales (...) La rupture de cette communauté qui s'opère, en raison du conflit de cultures, impose dès lors de reconsidérer le statut des valeurs du for dans le traitement des relations de droit international privé"[19].

En efecto, en el Siglo XXI el "otro" ya no es necesariamente un prójimo europeo (en todo caso, occidental), que comparte la misma cultura y donde se puede predicar la equivalencia entre la ley del foro y la ley extranjera. En el presente siglo irrumpe la diferencia cultural en el corazón de la Teoría General del Derecho Internacional Privado.

Ante esta realidad, podemos formular una serie de interrogantes: ¿el Derecho internacional Privado clásico (conflictual, localizador) da respuestas idóneas al conflicto de culturas? ¿Nos encontramos, realmente, ante una crisis de la Teoría General de la disciplina? ¿La cultura debe ejercer una incidencia concreta sobre la solución del conflicto de leyes y de jurisdicciones? ¿Es un objetivo de la disciplina respetar las identidades culturales? ¿Qué sucede si ese respeto vulnera principios fundamentales del orden jurídico del foro? ¿La coordinación de ordenamientos jurídicos de Occidente y del Islam exige el renunciamiento de los principios fundamentales del foro o nos cerramos a cualquier posibilidad de encuentro, de aceptación de los sistemas islámicos? ¿Es posible compatibilizar las instituciones islámicas con los derechos fundamentales del mundo occidental?

Ante estos interrogantes, se plantean discusiones metodológicas en el corazón del Derecho Internacional Privado, tanto en el seno de los Estados nacionales, como así también en los foros de negociación de convenciones internacionales.

En efecto, "au plan méthodologique, le conflit de cultures met à l'épreuve une théorie générale du droit international privé, qui s'est construite en Europe, en contemplation d'ordres juridiques unis par le christianisme et le droit romain, et dont la vocation à l'universel se trouve ici sérieusement ébranlée. Au moins dans le domaine du statut personnel, cette théorie n'est pas reçue dans les systems musulmans, et, au sein même des systèmes européens, elle éprouve des difficultés à appréhender les relations qui se nouent à la frontière d'ordres juridiques relevant de cultures différentes"[20].

Veremos a continuación cuáles son las principales modificaciones metodológicas que se discuten en la búsqueda de un "mejor" Derecho Internacional Privado.

## Construyendo un nuevo paradigma para un mejor Derecho Internacional Privado

Existe, pues, una relación estrecha entre los valores culturales, y las técnicas de reglamentación del Derecho Internacional Privado. El pluralismo metodológico le permite reconocer los derechos culturales de las personas extranjeras y los migrantes, concretamente en

19 GANNAGÉ, Léna, "Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures", en *Recueil des cours,* tomo 357, 2011, p. 398.

20 Ídem, p. 480.

sus relaciones de familia, tomando en consideración las particularidades de sus ordenamientos jurídicos de origen.

Desde el punto de vista del método clásico, es decir el conflictual, los puntos de conexión para el estatuto personal y familiar son la nacionalidad (derecho del país de origen), o bien la residencia habitual (país de acogida).

En incontables oportunidades, se han analizado las ventajas e inconvenientes de las conexiones nacionalidad y residencia en un mundo multicultural, respetuoso de los derechos de las minorías. Al respeto, María Pilar Diago Diago sostiene que "la conexión nacionalidad es respetuosa con la multiculturalidad ya que permite al individuo mantener su propia cultura y su propia identidad como perteneciente a un grupo", pero "no facilita la integración de aquellas personas que la desean y que, sin ánimo de retorno, viven en la sociedad de acogida. Pero además la nacionalidad no siempre refleja la vinculación real de una persona con un país y con su ordenamiento". Por otro lado, "la conexión residencia habitual presenta una virtualidad respecto de la nacionalidad y es que logra el trato igualitario de todas las personas que habitan en un mismo territorio, por cuanto supone la aplicación de la misma ley al margen de cualquier diferencia [...] Sin embargo, presenta una clara debilidad: no procura el respeto a la identidad cultural y puede ser fácilmente mutable"[21].

Es decir, se presenta una tensión entre el respeto a la identidad cultural, mejor proporcionado por la nacionalidad, y la necesidad de integración, que es más idóneamente realizada con la opción a favor de la residencia habitual.

En procura de una mejor solución, Erik Jayme proponía en 1995 una teoría de dos fases o etapas: "La première phase est la solution d'un conflit de lois par la désignation de la loi applicable, la seconde phase concerne l'interprétation de la loi substantielle en tenant compte de la loi ´culturelle´(...) Une telle méthode mixte est en même temps l'expression parfaite du droit international privé postmoderne. Elle utilise une combinaison de différentes approches en renonçant à tout dogmatisme pur"[22].

Otra alternativa idónea para superar esta disyuntiva consiste en recurrir a la autonomía de la voluntad, limitada a una opción a favor del derecho nacional o de la ley de la residencia habitual. De esta manera, según palabras de Jean-Yves Carlier se permite a los emigrantes reapropiarse de una parte de su vida privada al no imponerles una ley nacional de la cual desearían alejarse o una ley del domicilio que negaría su propia cultura[23].

En esta inteligencia, en la sesión de 2005, celebrada en Cracovia, el Instituto de Derecho Internacional de Ginebra en la Resolución sobre "Diferencias culturales y orden público en el derecho internacional privado de la familia" dispuso que: "Les Etats doivent éviter d'utiliser la religion comme critère de rattachement pour déterminer le droit applicable au statut personnel des étrangers. Ils devraient aménager pour ceux-ci une faculté d'option entre leur loi nationale

21 DIAGO DIAGO, María Pilar, "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual", en *Revista Española de Derecho Internacional*. Sección Estudios, vol. LXVI/2, Madrid, julio-diciembre 2014, p. 53.

22 JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", en Recueil des cours, tomo 251, 1995, p. 253.

23 CARLIER, Jean - Yves, "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", en CALVO CARAVACA, Alfonso L. y IRIARTE ÁNGEL, José L, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Ed. Colex, Madrid, pp 27-38.

et la loi de leur domicile dans le cas où l'Etat national est différent de l'Etat où est situé le domicile"[24].

Compartimos, en este punto, las palabras de Diago Diago, para quien "el reconocimiento de la libertad individual, manifestada en la autonomía para organizar las relaciones familiares, se torna un imperativo en la construcción de una sociedad pluralista y libre y en esta línea avanzan los diferentes Derechos materiales"[25].

Por otro lado, en materia de orden público internacional, distintas voces se han alzado a favor de su aplicación restrictiva en los casos iusprivatistas multiculturales: "… El recurso a la cláusula de orden público como excepción a la aplicación de la ley nacional señalada por la norma de conflicto alcanza especiales dimensiones, actuando como medida del grado de tolerancia de multiculturalidad que acepta la sociedad, y que nunca debiera sobrepasar el límite respecto a los derechos fundamentales. No hay que olvidar que el orden público debe ser siempre objeto de una interpretación y aplicación restrictiva cuando de valorar la multiculturalidad se trata"[26].

En similar sentido, "el control selectivo del orden público internacional es la pieza indispensable en los conflictos que nos ocupan. Si se precisa un instrumento de cohesión social, unos mínimos que igualen la condición humana, que garanticen la continuidad mínima del estado civil, atendiendo a la relatividad espacial y temporal y a las circunstancias del caso concreto, es en la excepción de orden público internacional donde se encuentra ese instrumento dentro del Derecho internacional privado".[27]

En este contexto, se ha propuesto el recurso a un orden público internacional atenuado, tesis que consiste en lo siguiente: "la intervención de la excepción de orden público internacional es distinta según se trate de la aplicación de una Ley extranjera al objeto de crear una situación jurídica, -caso en que la intervención del orden público internacional es más intensa y se habla de orden público internacional pleno-, o de la aplicación de una Ley extranjera a los efectos de una situación jurídica ya nacida en el extranjero con arreglo a una legislación extranjera que considera válida tal situación -caso en que la intervención del orden público internacional es más débil-. Pues bien, en este segundo caso, la aplicación de una Ley extranjera comporta distintos efectos jurídicos: algunos pueden ser contrarios al orden público internacional del país cuyos tribunales conocen del asunto, mientras que otros son perfectamente compatibles con el mismo".[28]

Es decir, la intransigencia del alcance pleno del orden público internacional pierde su fuerza en presencia de situaciones constituidas en el extranjero y llamadas a producir efectos en el foro (reconocimiento).

El fundamento principal es el respeto necesario a los derechos adquiridos en el extranjero: el sacrificio de los valores del foro está justificado por la necesidad de respetar la estabilidad del

24 Disponible en: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_02_fr.pdf

25 DIAGO DIAGO, María Pilar, "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual", en *Revista Española de Derecho Internacional*. Sección Estudios, vol. LXVI/2, Madrid, julio-diciembre 2014, p. 51.

26 DURAN AYAGO, Antonia, "El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural", en CALVO CARAVACA, Alfonso L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, COLEX, Madrid, 2004, p. 312.

27 GARCIA - VASO PÉREZ - TEMPLADO, Cristina, "El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento", en CALVO CARAVACA, Alfonso L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, COLEX, Madrid, 2004, p. 418.

28 CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Nuevos modelos de familia y derecho internacional privado en el siglo XXI", en *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, nº 21, 2003, p. 118 y ss.

estado de las personas. La seguridad jurídica se impone como valor supremo en detrimento de otros valores sustanciales del foro.

En suma, "la configuración de una sociedad abierta y tolerante, no excluye la identificación de una serie de valores informadores ni la posibilidad (más bien necesidad) de establecer criterios (pese a que su carácter universal sea cuestionable) que permitan calibrar (a la luz de nuestro ordenamiento) la corrección del contenido de reglas jurídicas extranjeras y hagan posible la crítica externa en particular de aquellas aberrantes"[29].

Por otro lado, en lo que concierne al método material podemos pensar en algunas reglas concretas sustanciales, en resguardo de los derechos fundamentales consagrados en normas convencionales de alcance universal[30]. Sin embargo, la unificación material en el Derecho Internacional Privado de familia es un proceso muy lento y complejo, de realización muy improbable. En efecto, "ni en el ámbito internacional ni, mucho menos, en el europeo es posible llegar a algo más que una débil armonización legislativa. Esa demora y recelo en materias cercanas al estatuto personal y familiar, es indicio no sólo de la ausencia de interés real sino también del arraigo que ciertas concepciones culturales y/o religiosas siguen teniendo en los Estados. Esta circunstancia se aprecia más a medida que nos adentramos en países confesionales, con una gran presencia de la religión tanto en las sociedades como en sus normativas. Por el contrario, los países laicos, alejados de condicionantes religiosos, presentan legislaciones más flexibles, con mayor grado de tolerancia y mayor permisividad en lo que a la aceptación de otros patrones se refiere..."[31]

Un método que, sin lugar a dudas, puede contribuir a regir las situaciones jurídicas que se presentan en una sociedad multicultural es el de reconocimiento que precisamente trata de preservar la validez de las situaciones jurídicas constituidas en el extranjero (justicia material) y las previsiones legítimas de las partes (seguridad jurídica). Así, contribuye a la continuidad de las situaciones privadas internacionales, y puede permitir el reconocimiento de instituciones de derecho musulmán desconocidas para el foro, como, por ejemplo, la *Kafala*, sobre la cual volveremos más adelante a la luz de un caso jurisprudencial argentino.

A este respecto, Gloria Esteban de la Rosa, admite que "ante las limitaciones que presenta la norma de conflicto (la comprensión tradicional de su función) para dar respuesta a las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración, se hace una propuesta de reglamentación nueva, que cabe denominar método del reconocimiento"[32].

---

29 MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, "Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho Internacional Privado", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, julio – agosto 1998, pp. 541 – 558.

30 El artículo primero de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de Ginebra, sobre Derechos de la Persona Humana y Derecho Internacional Privado, adoptada el 4 de septiembre de 2021 sostiene que: "Sont considérés comme des droits de la personne humaine aux fins de la presente résolution, tous les droits et libertés qui sont protégés par le droit international, y compris ceux qui sont inscrits dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les Pactes internationaux de 1966". Disponible en: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2021/09/2021_online_04_fr.pdf

31 GÓMEZ CAMPELO, Esther, "El derecho de familia ante la multiculturalidad: una expresión compleja de globalización social", en *Revista Internacional de Economía y Gestión de las Organizaciones*, Volumen 4, Número 1, Universidad de Burgos, España, 2015, p. 106. Disponible en: http://lascienciassociales.com/revistas/coleccion/

32 ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, "La multiculturalidad (de inmigración) relevante para el sistema español de Derecho Internacional Privado", en *Dereito,* Vol. 16, nº 2, 2007, p. 25

Tal como señala Baratta, dado que el fenómeno migratorio tiene una repercusión en el estado jurídico de las personas, es inevitable que ellas tengan un interés social: el mantenimiento de tales estados cuando cruzan fronteras[33].

En similar sentido, Amalia Uriondo de Martinoli sostiene que esta creciente movilización de las personas suscita la necesidad de ofrecer mayor seguridad jurídica en materia de estado civil, y de suprimir los obstáculos para que una relación privada nacida en un Estado no se vea alterada por el solo hecho que ellas se muevan de un país a otro. Advierte que: "teniendo en cuenta las dispares tradiciones jurídicas, culturales y religiosas que entran en relación, una misma situación podría ser tratada de manera diferente y, eventualmente, dar lugar a relaciones claudicantes, esto es, consideradas válidas en el país de origen, pero no en el país del reconocimiento [...] La tendencia moderna en el Derecho internacional privado es evitar estas relaciones claudicantes, a través de un principio general de reconocimiento en los otros Estados"[34].

Se ha sostenido, con acierto que dicho método "resulta particularmente útil cuando de lo que se trata es de hacer valer situaciones creadas al amparo de otro sistema jurídico. Es decir, partiría de una distinción fundamental entre la ´creación´ de las situaciones jurídicas –momento en el que la autoridad competente debiera aplicar la ley designada por su sistema de normas de conflicto- y el reconocimiento de situaciones ya creadas al amparo de un ordenamiento extranjero. En este segundo contexto, cambiaría el punto de referencia, puesto que de lo que se trataría es de determinar si el status jurídico creado en el extranjero puede ser aceptado en el foro de reconocimiento, independientemente de cuál haya sido la ley aplicada en el extranjero en el momento de haberse creado la situación"[35].

Su característica tipificante consiste, entonces, en el abandono del método conflictual tradicional, según el cual el reconocimiento de una situación jurídica acontecida en el extranjero se supedita a su conformidad con la ley aplicable según las normas de conflicto del Estado donde se pretenda dicho reconocimiento.

Sin embargo, Baratta admite que aún no existe una obligación o principio general de reconocimiento en el derecho internacional, pero que los mecanismos de reconocimiento tienen la flexibilidad necesaria para perseguir el objetivo de proteger los derechos fundamentales de las personas involucradas, incluido el derecho a la vida privada y familiar, y el respeto por el interés superior del niño. Advierte que la aceptación o no de un determinado estatus jurídico establecido en el extranjero necesariamente afecta a la persona, a su personalidad e identidad, pudiendo vulnerar sus derechos a la vida personal y familiar[36].

Por último, puede ocupar un rol principal en un Derecho Internacional Privado con perspectiva multicultural el sector de la cooperación jurídica internacional, ya sea a través de tratados bilaterales sobre protección de la familia, en especial niños[37], pero también de la

33 BARATTA, Roberto, «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales», Recueil des Cours, tomo 348, 2011, p. 463.

34 URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de familia,* Córdoba, Ed. Lerner, 2017, p. 195.

35 GARDEÑES SANTIAGO, Miguel, "El método de reconocimiento desde la perspectiva del derecho internacional privado europeo y español", *AEDIPr,* t. XVII, 2017, p. 380.

36 BARATTA, Roberto, «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales», Recueil des Cours, tomo 348, 2011, pp. 467-468.

37 Existen tratados entre Australia – Egipto (2000), Bélgica – Marruecos (1981), Bélgica – Túnez (1982), Canadá – Egipto (1997), Canadá – Líbano (2000), España – Marruecos (1997), Francia – Algeria (1988), Francia – Egipto (1982), Francia

participación de países islámicos en los foros de codificación de alcance universal. En este sentido, es dable recordar que Estados como Iraq (2014), Marruecos (2010), Pakistán (2016), Túnez (2017) ratificaron la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y Marruecos (2001) y Turquía (2016) ratificaron el Convenio de La Haya de 1996 sobre Responsabilidad Parental. Por otro lado, es importante recordar el Proceso de Malta, que expresa el diálogo entre jueces y funcionarios de gobierno de estados parte y no parte de la Conferencia de La Haya, cuyas leyes se basan en el Islam o están influenciadas por éste.

## ¿El Derecho Internacional Privado argentino está a la altura de una sociedad multicultural?

Sin perjuicio de las de normas convencionales, el Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna, cuenta con disposiciones idóneas[38] para reglar situaciones privadas internacionales que se desenvuelven en un mundo multicultural.

Esta afirmación se puede confirmar a partir del análisis de un caso resuelto recientemente por la jurisprudencia argentina[39].

La plataforma fáctica sintéticamente es la siguiente: la Sra. A. M. S. y el Sr. A. H. contrajeron matrimonio en diciembre de 2001. El proyecto de una familia los llevó a inscribirse en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (RUAGA). Encontrándose cultural y afectivamente conectados con el mundo musulmán, pues si bien el Sr. H se nacionalizó, es nativo de Argelia, y tras años de espera sin ser convocados, recurrieron como otra opción al instituto de la *kafala.* Luego de dos años de haber realizado los trámites necesarios a fin de realizarla en Argelia, desde la embajada de dicho país les informaron sobre una niña en situación de *kafala,* requiriéndoles la necesidad de viajar a la ciudad de Meskiana para iniciar el proceso judicial y administrativo correspondiente. Una vez cumplido el trámite, en octubre de 2019 regresan a Argentina junto a la niña y se presentan ante la justicia argentina solicitando el reconocimiento judicial de la sentencia dictada por la Corte Judicial de Oum El Boughu Tribunal de Ain El Beida de la ciudad de Meskiana, República de Argelia con fecha 17 de julio de 2019 en la que la autoridad extranjera les otorgó la *kafala* definitiva respecto de la niña N. H. En su pedido, explican que, si bien el instituto en cuestión no es reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, solicitan el reconocimiento conforme los alcances previstos por el instituto de la tutela judicial.

En su fallo, el juez argentino hizo lugar al pedido de reconocimiento de la sentencia, designándolos como tutores de la niña N.H., y ordenando su inscripción conjuntamente con la

– Líbano (2000), Francia – Marruecos (1983), Francia – Túnez (1982), Suecia – Egipto (1996), Suecia – Túnez (1997), Suiza – Líbano (2005), EEUU – Egipto (2003).

38 En particular, aludimos a disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el 1 de agosto de 2015, tales como los artículos: 2595, 2596, 2597, 2600, 2610, 2611, 2625, 2626, 2634, 2637, 2640, 2642.

39 Juzgado Civil 25, "S., A. M. y otro s/Exequatur y Reconocimiento de Sentencia Extranjera", 29/09/20. Véase los comentarios de NAJURIETA, María Susana, "Transposición de institutos de protección y diálogo de culturas", en *RDF* 2021-IV, agosto de 2021, p. 65 y ss. Cita: TR LALEY AR/DOC/1920/2021. y de SCOTTI, Luciana B., ANTÓN PÉREZ, Mariana y BALTAR, Leandro El reconocimiento en Argentina de la kafala islámica: la multiculturalidad y el Derecho Internacional Privado, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Ed. La Ley, abril de 2021, pp. 68 y ss. Cita Online: AR/DOC/546/2021.

del nacimiento. Para arribar a dicha decisión se consideraron varios argumentos. Invocando la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y el deber de garantizar los "derechos humanos de los niños" Argentina se comprometió, de conformidad al art. 20, a la protección y asistencia de todo niño o niña, entre los cuales se enumera la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Bajo estos preceptos, el magistrado pudo concluir "que –en principio- la *kafala* no es contraria a los principios de nuestro ordenamiento jurídico".

Otro problema que el magistrado debió afrontar se centró en la *kafala* como institución desconocida desde la mirada de nuestro sistema jurídico. Destaca que su naturaleza radica en brindar "una protección para los menores en el mundo musulmán por medio de la cual se asume el compromiso de proteger, educar y mantener a un menor desamparado". Aclarado ese punto, el juez se propone evaluar si la sentencia que se pretende reconocer y ejecutar satisface el interés superior de la niña.

En aplicación del "método de reconocimiento" receptado en el art. 2640 del Código Civil y la Nación (CCCN), menciona que su finalidad "no implica el reconocimiento de un acto jurisdiccional extranjero sino, propiamente, de la forma de colocación o de reubicación de niños creada en el extranjero".

De esta manera arriba a la decisión de admitir la inserción de instituciones provenientes de sistemas culturalmente diferentes respetando sus particularidades siendo ello sumamente respetuoso del derecho a la identidad. Entonces, recurre a la "técnica proporcionada por el Derecho Internacional Privado denominada 'ajuste' o 'adaptación'" por la cual se busca brindar una regulación armoniosa y coherente y llega a concluir como adecuada la pretensión de los peticionantes de aplicar las reglas de la tutela conforme las disposiciones de nuestro derecho. En palabras del juez: "Los principios expuestos y la doctrina citada, me permiten concluir que el reconocimiento de la sentencia extranjera resulta la respuesta adecuada para la satisfacción del interés superior de la niña de autos y, también, del interés familiar que debe preservarse".

La mayoría de los derechos occidentales consagran la institución de la adopción como mecanismo de protección de los niños y en su resguardo, intervendrán los poderes públicos, en general el poder judicial, y se revestirá al acto de una serie de formalidades y procedimientos, tras los cuales el adoptado adquirirá el *status* de hijo y tendrá los mismos derechos que los hijos biológicos.

En cambio, el Corán desconoce la institución de la adopción, reconociendo únicamente la filiación biológica. Sin embargo, para los niños abandonados o huérfanos existen la llamada "kafalá", mediante la cual el menor (*makfoul*) es recogido por un individuo, necesariamente varón (*kafil)* quien tiene el poder – deber de custodia por un periodo de tiempo indeterminado y especialmente tiene la tarea de instruir al niño en la fe musulmana. No hay en esta institución vínculo filiatorio, ni tutela, ni siquiera representación legal del menor frente a terceros, no genera derechos hereditarios, ni disuelve los vínculos con la familia biológica[40].

El caso encuentra solución principalmente en el artículo 2640 CCCN que se ocupa del reconocimiento de otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente

40 Vale destacar que hace excepción, entre los países de cultura islámica, Túnez que a través de una ley del 4 de mayo de 1958 incorporó a su ordenamiento la adopción plena, a través de la cual el hijo adoptado adquiere los mismos derechos que el hijo biológico reconocido.

constituidos según el derecho extranjero. Dispone: "Tutela e institutos similares [...] Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño".

En relación con esta norma, Adriana Dreyzin de Klor manifiesta que la inserción de estas categorías procura respetar el derecho a la identidad de las personas, alcanzadas por situaciones contempladas en diversos ordenamientos en función de sus culturas[41].

Sin dudas, la complejidad de la *kafala* como institución protectoria torna difícil su asimilación plena, con los institutos de los derechos occidentales. La doctrina española sostiene, al respecto: "Las resoluciones de *Kafala* una vez reconocidas en España, deben poder desplegar los efectos que le son propios, según la ley extranjera de origen. Para ello se requerirá el análisis del caso concreto para, conforme a lo que establece el Derecho de origen [...] poder fijar la función que en cada caso desarrolla y una vez fijada, buscar la institución jurídica española que cumpla una función similar. Se operará entonces una equiparación ´funcional´ a ella, pero reducida a los efectos que se desea que produzca"[42].

Ahora bien, de acuerdo a la Profesora Najurieta, "el legislador toma una opción en cuanto a la transposición de instituciones. En efecto, el reconocimiento puede limitarse a la existencia del instituto y a su validez, o comprender los efectos de la situación extranjera ´cristalizada´ en clara referencia a los efectos propios del derecho extranjero de constitución. Tan delicado es este punto, que los autores más prestigiosos han propuesto distinguir los efectos inescindibles de la existencia, de los efectos futuros, es decir, aquéllos que solo existirían virtualmente al tiempo de la inserción del instituto dado que necesitan de un derecho que les otorgue contenido a medida que se despliegan". Al respecto, concluye que nuestra norma "decide la inserción respetando los efectos propios de la institución extranjera, sin deformaciones, al menos en los límites compatibles con el orden público internacional del foro"[43].

En esta inteligencia, el magistrado sostiene que "el reconocimiento de la sentencia extranjera solicitada [...] convalida un vínculo fáctico ya existente". Sin embargo, advierte que la decisión extranjera en cuestión obliga al *kafil* a "...educar a la niña según la religión musulmana...". Ello es así pues es una obligación inherente a la institución, pero ese efecto ¿es compatible con los derechos fundamentales del niño?

El art. 2600 CCCN prevé que las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino. Es indudable, a su turno, que el interés superior del niño, resulta ser uno de los principios fundamentales que conforman el contenido del orden público internacional, con especial aplicación en cuestiones de niñez y adolescencia.

---

41 DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El Derecho Internacional Privado Actual*, tomo 2, Buenos Aires Ed. Zavalía, 2017, p. 60.

42 DIAGO DIAGO, María del Pilar, "La Kafala islámica en España", en *Cuadernos de Derecho Transnacional (*Marzo 2010), Vol. 2, Nº 1, pp. 140-164.

43 NAJURIETA, María Susana, "Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Jurídica de Buenos Aires: Derecho Internacional Privado*, año 41, número 93, 2016, pp. 158 – 159.

Específicamente, para el caso que nos ocupa, el art. 2640 CCCN consagra que otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes (como puede ser la *kafala*) regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño.

En este caso, el derecho argelino bajo el amparo del cual se ha creado la *kafala* cuya eficacia extraterritorial se ha juzgado, no resulta lesivo de los derechos fundamentales de la niña. El juez tiene en cuenta la necesidad de brindarle protección adecuada a la niña, mediante la concesión de la tutela judicial, pero también advierte, que en respeto de la autonomía progresiva de la niña, se le impone al Sr. A. H. el deber de guiar a N.H., de acuerdo a sus propias convicciones y en línea al culto que profesan, pero, de modo alguno pueden imponerlo ni cercenarle ninguno de sus derechos.

En la sentencia, el magistrado acude como fundamento adicional a la teoría del "ajuste" o "adaptación" según la cual a una institución desconocida por el sistema jurídico local (como es la *kafala)* le es correcto aplicar las reglas de la tutela de conformidad con nuestro derecho interno.

Esta problemática se genera como consecuencia misma del método de reconocimiento, es decir, de la eficacia en Argentina de los derechos adquiridos en el extranjero, en el caso, Argelia. Al mismo tiempo, se configura un problema de "calificaciones" pues "la figura jurídica extranjera ante la cual se encuentra el juez es desconocida para su ordenamiento jurídico, lo cual no lleva necesariamente a excluir el derecho extranjero que la reconoce"[44].

Tal como sugiere Fernández Rozas, siendo que el derecho es producto de la cultura, ante las diferencias de instituciones jurídicas y su momento de aplicación, lo que surge es el problema de adaptación. Según el jurista, el legislador nacional puede resolver el dilema de la inserción de la *kafala* de acuerdo con una de tres alternativas, a saber: a) ignorar el problema y tratar la institución como "desconocida"; b) efectuar una transposición a las categorías conocidas en el foro, a pesar de las deformaciones posibles, y c) introducir el instituto tal como es, sin alteraciones, procurando la coexistencia de sus efectos en el foro, con tal que no ofendan el orden público internacional[45].

En el entendimiento que estamos ante un instituto de protección que debe ser reconocido para respetar los derechos fundamentales de la niña, resulta necesario determinar bajo qué tratamiento encasillaríamos, "calificaríamos", a la *kafala* en nuestro país. Este proceso de subsunción es mucho más complicado cuando la figura ante la cual se encuentra el juez es desconocida para su ordenamiento jurídico.

En el caso bajo análisis, y para resolver este problema, el juez acudió a lo dispuesto en el art. 2595 inc c del CCCN. Ciertamente, esta disposición resuelve el problema radicado en la aplicación de diversos derechos a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso estableciendo el deber de armonizarlos procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos. El magistrado se enfrentó ante el deber de reconocer un instituto válidamente

44 SCOTTI, Luciana, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2º Edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 181.

45 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, «Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación», en *Derecho internacional privado. Derecho de la libertad y del respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Ed. CEDEP/ASADIP, Asunción, 2010, pp. 487-524.

creado en el extranjero, pero que al no contar con su regulación de manera local debe calificarlo teniendo en cuenta dicha armonización.

Por un lado, entonces, tenemos un ordenamiento jurídico que regula un instituto (el derecho de Argelia), por el otro tenemos el derecho local que reconocerá dicha relación jurídica, pero debe buscar que tratamiento le dará, como adaptará a la *kafala* dentro de nuestro sistema jurídico. Tal como la doctrina señala, "la técnica de 'ajuste' o 'adaptación' del DIPr tiene por fin dar respuesta al problema de la incompatibilidad o fricción entre normas de distintos sistemas jurídicos que deben ser aplicados simultáneamente"[46]. Así el magistrado se encontró ante un gran dilema: determinar cómo calificaría a la *kafala*, es decir, qué instituto receptado en el sistema jurídico argentino sería el más similar a aquel creado en el extranjero, con las dificultades que implica.

Tiempo atrás, el primer reflejo era acudir al instituto de la adopción. En su tesis doctoral, María Susana Najurieta relata cómo se trató de asimilarla a la adopción simple ante tribunales franceses y alemanes, invocando la inserción del niño en la comunidad de recepción[47].

Pero, ¿corresponde equiparar la *kafala* a la adopción simple? La respuesta es negativa, pues se estaría reconociendo vínculos filiatorios que no son admitidos de conformidad al derecho de origen. En este sentido, y en ocasión de los debates con motivo de elaborar el texto del Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, quedó en claro que corresponde asimilarla a una colocación familiar de protección de la infancia, que no compromete un emplazamiento filiatorio[48].

En igual sentido, María Pilar Diago Diago, considera que la *kafala* "se aparta definitivamente de la figura de la adopción, pues ésta jamás creará vínculos de filiación, mientras que aquella siempre lo hará; desde su configuración más leve en la que se mantienen los vínculos de filiación con la familia anterior: adopción simple, hasta la configuración de la adopción plena, en la que se rompen definitivamente [...] Pero además, obsérvese que la kafala se constituirá por el *Kafil,* de confesión musulmana, lo que refuerza su carácter especial que vuelve a alejarla de la adopción y que responde a su instrumentalización hacía la tarea de la educación del niño en la religión musulmana"[49]. Concluye de manera categórica que estamos ante "dos instituciones que encuentran su fundamento último en el interés superior del menor, siendo sin embargo desde el punto de vista jurídico, figuras distintas y que por tanto, no deben ser confundidas"[50].

## A modo de colofón

46 RODRÍGUEZ, Mónica Sofía. "Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino: El tratamiento de las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado", en *Revista Pensar en Derecho*, Nº 8, p. 220.

47 NAJURIETA, María Susana, *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2004, p. 67.

48 NAJURIETA, María Susana, ídem, p. 68.

49 DIAGO DIAGO, María del Pilar, «La Kafala islámica en España», en Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2010), Vol. 2, N.º 1, p. 142.

50 Íbidem.

El Derecho Internacional Privado expresa una manera de relacionarse con el otro, de apertura o repliegue, de proximidad o alejamiento, de reconocimiento o de desconfianza.

Un Derecho Internacional Privado multicultural tiene que buscar el equilibrio justo entre la coordinación de sistemas jurídicos, la integración social de los migrantes procedentes de otras culturas y el respeto de los derechos fundamentales, baluartes del derecho occidental.

En tal sentido, el Instituto de Derecho Internacional de Ginebra, en los considerandos de la Resolución sobre Derechos de la Persona Humana y Derecho Internacional Privado, adoptada el 4 de septiembre de 2021, sostiene que "le droit international privé peut contribuer à l'interprétation et à la mise en œuvre des droits de la personne humaine, notamment en assurant le respect de la pluralité des traditions, cultures et systèmes juridiques".

En efecto, el debido respeto de la diversidad cultural, la observancia de los derechos de las minorías, el derecho a ser diferente, la tolerancia frente a estilos de vida distintos, extraños, desconocidos desde la mirada de la propia cultura se imponen en un Estado de derecho, que protege y garantiza los derechos fundamentales del ser humano.

Respetar una cultura diferente, implica también aceptar su sistema jurídico, con los valores que lo informan, que lo orientan, salvo que conculquen seriamente los principios esenciales de nuestro propio derecho.

Werner Goldschmidt expresaba: "Lo propio de la Justicia del DIPr, es la tolerancia hacia lo ajeno y diferente" (El DIPr como Derecho de la tolerancia). Hoy el desafío es mayor: no solo debe aceptar, respetar, tolerar lo ajeno, sino que debe dialogar**,** debe ir en búsqueda del encuentro fecundo entre sistemas jurídicos.

Sin dudas, nuestra disciplina ha aceptado ese desafío pues cuenta con instrumentos idóneos para conciliar culturas, y para promover y canalizar el diálogo entre las civilizaciones.

## Bibliografía

BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado y derechos humanos,* 7ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

CALVO CARAVACA, Alfonso L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, COLEX, Madrid, 2004.

CARLIER, Jean - Yves, "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", en CALVO CARAVACA, Alfonso L. y IRIARTE ÁNGEL, José Luis, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Ed. Colex, Madrid, pp. 27-38.

CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, "Nuevos modelos de familia y derecho internacional privado en el siglo XXI", en *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, n° 21, 2003, pp. 109-143.

DÉPREZ, Jean, "Droit international privé et conflits de civilisations aspects méthodologiques", en *Recueil des cours,* tomo 211, 1988, pp. 9-372.

DIAGO DIAGO, María Pilar, "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual", en *Revista Española de Derecho Internacional*. Sección Estudios, vol. LXVI/2, Madrid, julio-diciembre 2014, pp. 49-79.

DIAGO DIAGO, María del Pilar, "La Kafala islámica en España", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2010), Vol. 2, N.º 1, pp. 140-164.

DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El Derecho Internacional Privado de familia en la Postmodernidad,* 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2012.

ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, "La multiculturalidad (de inmigración) relevante para el sistema español de Derecho Internacional Privado", en *Dereito,* Vol. 16, nº 2, 2007, pp. 5-26.

GANNAGÉ, Léna, "Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures", en *Recueil des cours,* tomo 357, 2011, pp. 223-490.

GAUDEMET-TALLON, Hélène, "La désunion du couple en droit international privé", en *Recueil des cours,* tomo 226, 1991, pp. 9-279.

GAUDEMET-TALLON, Hélène, "Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général", en *Recueil des cours,* tomo 312, 2005, pp. 9-488.

JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", en *Recueil des cours,* tomo 251, 1995, pp. 9-267.

NAJURIETA, María Susana, "Transposición de institutos de protección y diálogo de culturas", en *RDF* 2021-IV, 10/08/2021, 65. Cita: TR LALEY AR/DOC/1920/2021.

PAMBOUKIS, Charalambos P. "Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé", en *Recueil des cours,* tomo 330, 2007, pp. 9-474.

SANCHEZ LORENZO, Sixto, "Estado Democrático, Postmodernismo y el Derecho Internacional Privado", en *Revista de Estudios Jurídicos* nº 10/2010 (Segunda Época). Universidad de Jaén (España). Versión electrónica: http://www.rej.ujaen.es/

SANTOS BELANDRO, Ruben, Derecho Civil Internacional y de Familia, Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo, 2009.

SCOTTI, Luciana, "Los escenarios del derecho internacional privado actual: globalización, integración y multiculturalidad", en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego; MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Coords.), *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración* – Libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano. CEDEP, Asunción, 2013, pp. 147-168.

URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, "El estatuto personal ante los desplazamientos transfronterizos. Criterios para la determinación del contenido del estatuto personal. Posibles conexiones localizadoras del derecho aplicable", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional XXI,* revista de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI), Córdoba, 2012, pp. 165 - 219.