

EL PAPEL DEL JUEZ EN LA NUEVA ERA

(Con especiales referencias al Proyecto de Código Civil argentino) (*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (**)

1. La actividad del juez en la *nueva era histórica* que impulsa la cultura de Occidente exige importantes cambios en el perfil respectivo, entre los que se encuentran la necesidad de una mayor *comprensión estratégica*, referida al complejo del desarrollo jurídico, y la integración del saber y el hacer judiciales en el marco de los *conocimientos científicos y técnicos* a menudo considerados «metajudiciales»¹. Sin

(*). Trabajo elaborado en el marco del Centro de Investigaciones sobre la Magistratura de la Facultad de Derecho de la U. N. R. en organización. Bases para la participación del autor como panelista en las XIII Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, a realizarse en Paraná los días 14 a 16 de septiembre de 2000.

(**). Profesor titular de la Carrera de Especialización para la Magistratura y miembro del Consejo Organizador del Centro de Investigaciones sobre la Magistratura de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

1. Es posible c. v. gr. nuestro artículo «La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo», en «Jurisprudencia Argentina», t. 1998-III, págs. 603 y ss.; asimismo nuestra «Filosofía de la Jurisdicción», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998. Además es posible c. nuestros «Estudios de Historia del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

Acerca de esta nueva era, que al menos por el momento suele ser denominada de la «postmodernidad», cabe v. por ej. nuestros artículos «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 19, págs. 9 y ss.; «La doctrina jurídica en la postmodernidad», en «Jurisprudencia Argentina», 18/VIII/1999 y asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, «Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad», en «Investigación y Docencia», N° 21, págs. 67 y ss. Es posible c. v. gr. LYOTARD, Jean-François, «La condición postmoderna», trad. Mariano Antolín Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I, 1991; VATTIMO, Gianni, «El fin de la modernidad», trad. Alberto L. Bixio, 3ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, «Critique de la modernité», Fayard, 1992; HELLER, Agnes - FEHER, Ferenc, «Políticas de la postmodernidad», trad. Monse-

caer en la confusión del derecho con las otras áreas de la cultura, su aislamiento no puede significar más que su impotencia.

La nueva caracterización del juez ha de ser ampliamente superadora del papel de «boca de la ley» (una boca sin cerebro propio) asignado por la escuela de la exégesis mediante un abuso de las ideas de Montesquieu. En este caso atenderemos en particular a dos aspectos, respectivamente *biojurídico* y *jusprivatista internacional* (de los contratos) del *Proyecto de Código Civil argentino* actualmente en consideración².

Con miras a tal referencia vale tener en cuenta -en relativa afinidad con los planteos de Gény- los *datos* materiales y formales y lo *construido*.

rrat Gurguá, 2ª. ed., Barcelona, Península, 1994; CALLINICOS, Alex. "Contra el Postmodernismo", trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven - KELLNER, Douglas, «Postmodern Theory - Critical Interrogations», Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., «Technology Time and the Conversations of Modernity», Nueva York - Londres, Routledge, 1995; DOCKER, John, «Postmodernism and Popular Culture - A Cultural History», Cambridge, University Press, 1994; FORNERO, Giovanni. "Postmoderno e Filosofia", en FORNERO, Giovanni y otros, "Storia della Filosofia fondata da Nicola Abbagnano", Turín, UTET, vol. IV, 1994, págs. 389 y ss.; AUDI, Robert (ed.), «The Cambridge Dictionary of Philosophy, Cambridge, University Press, 2ª. reimp., 1997, «Postmodern», págs. 634/5. Asimismo es posible c., v. gr., HABEL, Marc, «Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis», en «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», Vol. 83, 2, págs. 217 y ss. V. por ej. además DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Postmodernidad y Derecho", Bogotá, Temis, 1993; ROJAS, Enrique, «El hombre light», 11ª. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Respecto del individualismo de superficie de la época actual c. v. gr. LIPOVETSKY, Gilles, «La era del vacío», trad. Joan Vinyoli y Michèle Pendanx, 8ª. ed., Barcelona, Anagrama, 1995. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, v. por ej. ADORNO, Theodor W., «Minima moralia - Reflexiones desde la vida dañada», trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Altea - Taurus - Alfaguara, 1987. También cabe recordar, v. gr., MARCUSE, Herbert, «El hombre unidimensional», trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968.

Más allá de la diferenciación de los jueces que se refieren más a las leyes o a la Constitución, que será tema también de las Jornadas, urge comprender la necesidad de que también posean una perspectiva estratégica. Es posible v. nuestras «Bases jusfilosóficas ...» cits.

2. Obra de la Comisión designada por decreto 685/95. V. «Proyecto de Código Civil de la República Argentina», Bs. As., La Ley, 1999.

1) Los datos

a) *Los datos materiales*

2. La cultura occidental, de raíces con equilibrio marítimo y terrestre signadas por el mar Mediterráneo y especial dinámica económica, difunde hoy por el mundo una realidad de profunda tensión entre la *economía* y el *mercado*, por una parte, y los *derechos humanos* (abarcando en general la protección de los débiles) y la *democracia* por la otra³.

a¹) La economía y el mercado

3. Como el nombre que suele asignársele lo indica, la economía occidental es «*capital-ista*», o sea de predominio del capital. Aunque ha contribuido a superar el «*militar-ismo*» y el «*clerical-ismo*», vale recordar que el sistema no es «*labor-ista*», ni «*natural-ista*», ni «*social-ista*» y notoriamente tampoco «*human-ista*»⁴. El capitalismo ha generado una enorme *tecnología*, que se manifiesta de manera abrumadora en las más diversas manifestaciones de la vida, al punto que puede decirse que ha pasado la llamada «edad de la ciencia» y estamos en una «edad de la técnica»⁵.

La presencia de la técnica que se advierte ya, por ejemplo, en los *juegos* de los niños, llega a las sorprendentes manifestaciones del *confort*, la *comunicación*, la *información* y el *dominio de la vida humana*, sea en su reproducción, su prolongación e incluso su misma reorientación. El conocimiento del *genoma humano* tiene signi-

3. El predominio que hoy tiene la economía sobre el resto de la cultura es quizás tanto o más absorbente que el que en otros tiempos ejerció la religión.
4. Vale recordar las denuncias que contiene el planteo de las etapas históricas propuesto por Saint-Simon, cuyo cumplimiento parecería estar produciéndose en la actualidad (v. por ej. SAINT-SIMON, «Catecismo político de los industriales», trad. Luis David de los Arcos, 2ª ed., en B. I. F., Buenos Aires, Aguilar, 1964).
Aunque no desconocemos el valor de la posición de Saint-Simon, creemos que lo más importante no es producir y poner a nuestro alcance bienes materiales, sino simplemente vivir.
5. Una descripción cada vez más sorprendente de muchas características de nuestro tiempo puede v. por ej. en MARX, Karl - ENGELS, Federico, «Manifiesto del Partido Comunista», en MARX, Karl, «El Manifiesto Comunista y otros ensayos», trad. Ediciones Progreso, Madrid, Sarpe, 1985, págs. 27 y ss.

ficados deslumbrantemente revolucionarios⁶. Es posible que las actuales sean las últimas generaciones de «hombres de vida corta», pronto será factible la clonación humana y quizás pueda reorientarse el patrimonio genético de las personas, tal vez con una muy peligrosa influencia del sistema económico en la selección de las características que le sean más útiles.

Como lo advirtió el marxismo, el sistema económico trae consigo una intensa *concentración del capital*, de modo que cada vez hay menos ricos que son más ricos y más pobres que son más pobres. El capital es fuerte, en tanto los sujetos son progresivamente más débiles. La sofisticación de la dominación es sorprendente y hay hombres «producidos» según las *necesidades del sistema, como sucede con los consumidores*⁷.

El capitalismo financiero envuelve el Planeta de una manera febril y todo, incluso los casos jurídicos y los propios hombres se convierten crecientemente en cosas. El mundo se hace mercancía; los *casos «mercancías»* son preparados a los fines de que puedan verse por los medios de comunicación de masas. El trámite judicial resulta a menudo demasiado lento y antifuncional para las exigencias del mercado.

El despliegue de la economía genera a su vez, a través de las actuales fuerzas y relaciones de producción, un avasallante proceso de *globalización-marginación*, que toma a las personas y de las personas en la medida que le sea necesaria y descarta el resto⁸. Es posible que como resultado de este proceso se esté generando un

6. En cuanto a la investigación del patrimonio genético cabe tener en cuenta el Proyecto Genoma Humano y la labor de los laboratorios Celera Genomics (cabe v. por ej.: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/SCIENCE96/>; http://www.ornl.gov/TechResources/Human_Genome/home.html; <http://mbl.fmrp.usp.br/>; <http://fastnet.it/utenti/marinelli/bioetica/cnbp17.html>; <http://www.deusto.es/castell/castpags/estuc05/genoma/normas.htm> («Revista de Derecho y Genoma Humano»); <http://www.celera.com/>; <http://www.diariomedico.com/enlared/not230300d.html>. Con miras a la difusión general puede v. por ej. revista «Muy interesante», N° 179, págs. 45 y ss.
7. Puede v. por ej. nuestro estudio «Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (Aportes a la Filosofía del Derecho Privado)», en «El Derecho», t. 159, págs. 1022 y ss. En este mismo número de «Investigación y Docencia» es posible c. nuestras «Reflexiones para la jusfilosofía del consumo».
8. Respecto de la globalización/marginación es posible v. por ej. nuestros estudios «Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración», en «Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 24, págs. 41 y ss.; «Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», en «Investigación ...» cit., N° 27, págs. 9 y ss.; «Una perspectiva bioética: vida y globalización», en «Bioética y Bioderecho», N° 1, págs. 43 y ss.; «Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., N° 25, págs. 25 y ss. Asimismo es posible c. v. gr. McLUHAN, Marshall (con la colaboración

pre-Estado mundial encabezado por los Estados Unidos de América y en general por la Organización del Tratado del Atlántico Norte, que se hallaría en la etapa «hobbesiana» de concentración del poder pero no contaría con proyecciones liberales, democráticas ni «nacionales».

Estos despliegues de la economía necesitan el *modelo liberal* que, sobre todo a impulsos de la cultura anglosajona, se expande por el mundo. Sea cual fuere el título de razonabilidad que obtiene, en gran medida por imperio de la vocación de consumo, que impide romper con los grandes centros del poder económico proveedores, existe un fuerte *plan de gobierno* económicamente liberal en marcha en la sociedad global⁹. Otra de las grandes líneas de fuerza de ese plan mundial es en muchos países como el nuestro una gran deuda externa.

4. A veces el modelo económico de capitalismo liberal encuentra tropiezos, como en la *crisis petrolera* que se anuncia, y en ciertos ámbitos, como la Argentina, halla dificultades muy especiales. Argentina es un país *económicamente dependiente*, con escasas posibilidades de oponerse al modelo que hoy se impone, pero su cultura tiene dos sectores con *concepciones económicas* y receptividades muy diferentes.

En profundidad existen hay dos estilos culturales, con diversos grados de afinidad con el modelo de la globalización/marginación. En estrecha relación con la existencia de dos «Españas», la de Felipe II y la de Carlos III, hay dos «Argentinas»: una es «hispanica tradicional» reforzada con ingredientes itálicos meridionales y tiene más sentido católico medieval, comunitario y proteccionista; la otra es «anglofrancesada», con una vertiente afín a la cultura yanqui, y posee más sentido «calvinista» oculto, individualista y abstencionista. Para una rige más la bienaventuranza

de Quentin FIORE y Jerome ANGEL), «Guerra y paz en la aldea global», trad. José Méndez Herrera, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985; KAUL, Inge - GRUNBERG, Isabelle - STERN, Marc A. (ed.), «Global Public Goods», Nueva York, The United Nations Development Programme, 1999; ORSI, Vittorio, «Las Claves de Davos 97», Bs. As., ABRA, 1997; URRIOLOA, Rafael (coord.), «La globalización de los desajustes», Venezuela, Nueva Sociedad, 1996, TOMLINSON, John, «Globalization and Culture», The University of Chicago Press, 1999; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, «La aldea global», Tlalaparta, Tafalla, 1997.

Uno de los problemas graves de la globalización/marginación es que el sistema se ocupa de destruir todas las tablas de valores que no le sirven, de modo que fuera de la globalización parece haber sólo «vacío» y el régimen queda librado a una «autonutrición» cada día menos satisfactoria.

9. Respecto del plan de gobierno en marcha y la ejemplaridad como modos constitutivos del orden de repartos puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 83 y ss.

de los pobres, para la otra el éxito en los negocios puede ser una prueba de la elección divina¹⁰.

b') Los derechos humanos y la democracia

5. Los derechos humanos y sobre todo la democracia tienen actualmente una vía principal de realización en los *Estados modernos-nacionales*. Existe una «preestabilidad» mundial, pero no una democracia mundial.

Los Estados modernos se encuentran en estadio liberal político, democrático e incluso todavía en cierto sentido nacional. Los nombres de Locke, Montesquieu, Rousseau y Fichte tienen, por ejemplo, muy concreta significación.

Pese a que la tarea judicial responde a una realidad histórica mucho más antigua que los Estados modernos e incluso que toda estructura estatal, al punto que puede decirse que de cierto modo nuestra concepción del hombre es la de un *ser con jueces*, y no obstante la existencia de tribunales internacionales e incluso de la integración¹¹, en la actualidad los jueces son principalmente partes de las *organizaciones estatales*.

Aunque en los Estados los jueces se hallan en interrelación con los legisladores y los ejecutivos, ya no impera la pretensión exegética que en muchos países pretendió limitar su actividad de manera radical. La obra de pensadores de muy diversas orientaciones, como Gény, Holmes, Kelsen, Cossio y Goldschmidt, ha hecho que estemos muy lejos de pretender que los jueces sean o deban ser la «boca de la ley».

En el marco de los Estados, los poderes judiciales han de desenvolverse en un marco con frecuente *decadencia de los poderes legislativos*, en mucho afectados por la imposibilidad de discutir los problemas que tradicionalmente les correspondían y hoy son impuestos por la planificación mundial. Creemos que es una feliz excepción que, pese a no poder cuestionar el modelo económico impuesto, a veces -como hoy sucede en la Argentina- los legisladores puedan debatir cuestiones de la importancia de un Código Civil.

Ese «vacío» en el papel legislativo y el incremento que en cambio tiene el desempeño de los poderes ejecutivos, en general más eficaces y también a menudo más dóciles a los mandatos del modelo, contribuyen a que los jueces sean muchas veces llamados a cumplir tareas de sustitución de la actividad legislativa y de contención

10. Es posible c. nuestras «Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

11. Como los europeos.

e incluso sustitución del desempeño ejecutivo, labores que son muy diferentes de sus papeles tradicionales.

Por una parte, los jueces son acosados por los medios de comunicación y en ciertos ámbitos son sustituidos por los árbitros que son más afines a la libertad del mercado; por la otra son llamados para ampliar los espacios de su labor en un nuevo equilibrio de poderes.

6. En el contexto actual los Estados modernos-nacionales y los jueces han de cumplir una tarea tendiente a lograr el *equilibrio entre las exigencias de la economía y el mercado y la protección de los débiles*, como lo requieren los derechos humanos y la democracia.

Con frecuencia los jueces *nacionales* deben desenvolver su tarea con *proyección internacional*, por ejemplo atendiendo a cuestiones de jurisdicción, de cooperación y de reconocimiento y ejecución de pronunciamientos extranjeros que exceden en mucho los marcos nacionales y de la internacionalidad tradicional. Pese a ser nacionales, han de desenvolver una labor genéricamente «internacional». No obstante ser *estatales*, su principal objetivo ha de ser desplegar una tarea *humanista*.

Los jueces de los Estados modernos-nacionales no han de perder la referencia a los mismos, pero importa que vayan *por los Estados más allá de los Estados*.

b) Los datos formales

7. Como sucede en el Derecho Privado argentino, a diferencia de su situación en los marcos signados por la codificación y por la exégesis los jueces actuales se encuentran en ámbitos de frecuente *descodificación*¹². Otro de los rasgos imperantes en las formalizaciones del presente, que cambian el marco de referencia judicial y el papel de los desempeños de los otros poderes, en especial el legislativo, es la jerarquización y la multiplicación de los *tratados*¹³.

El cambio de una era de la historia tiende a convertir en *lagunoso* a cualquier ordenamiento normativo y una nueva concepción de las *fuentes* cuestiona el impe-

12. Cabe c. v. gr. IRTI, Natalino, «L'età della decodificazione», Giuffrè, 1979.

13. El crecimiento de la invocación constitucional en las referencias de los jueces de este tiempo suele corresponder en parte al acoso al que se encuentran sometidos los Estados modernos-nacionales. Esta invocación, sobre todo cuando la producen los jueces del Derecho Privado, puede ser peligrosa para concepciones como la de la burguesía continental, habituada a que las reglas de juego estén claramente establecidas en las leyes.

rio que desde la forma tuvieron las leyes durante el tiempo de la exégesis. La *jurisprudencia* y los *usos y costumbres* están llamados a cuestionar el predominio de la legislación.

2) Lo construido

8. En este marco se inscribe el *Proyecto de Código Civil* argentino actualmente en consideración, dotado de un *Libro VIII* referido al Derecho Internacional Privado, al que brindaremos particular atención.

No es nuestro propósito referirnos exhaustivamente al Proyecto, ni de modo integral al papel relativamente amplio que asigna a los jueces muchas veces con miras a la protección de los débiles. Sin embargo, creemos oportuno señalar, por un lado, la conveniencia de considerar los elementos del reparto y la manera de constitución del régimen que se produciría con la sanción del Código¹⁴ y tratar algunos casos que nos parecen expresivos del perfil de la obra y del rol judicial.

9. Como en todo reparto, vale atender por ejemplo a quiénes reparten, quiénes se benefician y se perjudican, en qué aspectos esto sucede y cuál es la forma con que se llega a la decisión. En nuestro caso, importa especificar que en definitiva el Proyecto de Código, como el actual derecho argentino, no se desenvuelven en un marco de «in-dependencia» del país, sino de imposibilidad de cuestionamiento del modelo económico liberal. Los legisladores poseen un marco de decisión claramente limitado.

Sin embargo, y sin desconocer que los poderes que se adjudican formalmente a los jueces están siempre sometidos al juego de los *factores de poder*, vale procurar que dentro del cuadro impuesto se logre, por la intervención legislativa y judicial, un aceptable equilibrio entre la *libertad del mercado* y el *resguardo de los débiles*¹⁵. La propia nota de elevación de la propuesta de Código dice «En el Proyecto hemos procurado proveer mecanismos de técnica jurídica adecuados a la libertad de comercio pero, a la vez, hemos intentado obtener un justo equilibrio entre ella y los valores esenciales de la persona humana, que están exaltados en la Constitución Na-

14. V. GOLDSCHMIDT, op. cit.

15. Juego de factores que ellos mismos integran. C. LASSALLE, Fernando, «¿Qué es una constitución?», trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

cional, especialmente a partir de la reforma de 1994»¹⁶. Se invoca la fórmula de libertad con justicia¹⁷. En cuanto a la *audiencia* que ha de contener la forma de un reparto para satisfacer las exigencias que consideramos justas, se está produciendo en el país un amplio debate sobre la propuesta.

Al menos en cuanto al Libro VIII, el Proyecto parece contar con la «ejemplaridad» del consenso del «espíritu del pueblo» que hubiese reclamado Savigny¹⁸. Aunque también vienen produciéndose debates referidos especialmente al Libro VIII, en general resulta que la mayoría acuerda con sus grandes lineamientos¹⁹.

Un nuevo Código significa una *nueva lógica*, que en este caso se pretende con menos determinación y más juego de principios que la de la codificación actual. Se trata, en gran medida, de una formalización más *técnica* y que -a semejanza de la Constitución de 1853/60, el Código Civil de 1869 e incluso los Tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo- procura dar una imagen clara hacia el *exterior*. Esto implica el pago de un costo elevado respecto de la preparación de los juristas en lo *interno*, al menos en cuanto se refiere a lo Civil y Comercial. Puede predecirse en cambio que el relativamente reducido grupo de especialistas en Derecho Internacional Privado asumirá fácilmente el cambio que en gran medida hoy puede contribuir a elaborar.

Estimamos que para la comunidad en general el dictado de un nuevo Código no significaría dificultad, porque las reglas de vida son las mismas, pero sí para los juristas privatistas que no estén sólidamente vinculados a los centros de *información* y *formación*. En este sentido, entendemos que en su caso habrá necesidad de un amplio esfuerzo de información y formación posterior, que superará el plazo de vacancia que pueda asignarse. Las Universidades y las organizaciones de magistrados y abogados deberán empeñarse en tal sentido, con los recursos que tendrán que afectarse a tal fin.

La instalación de una nueva forma podría significar un *riesgo de detención* en la evolución material de las fuentes, que en todo caso hay que evitar, pero estimamos que la amplia discusión actual, en caso de desembocar en una real audiencia, puede dejar abiertos el debate y la evolución posteriores.

16. V. «Proyecto ...» cit., pág. 7.

17. Íd.

18. Es posible v. nuestro estudio «Análisis de los elementos materiales de la controversia Thibaut-Savigny y valoración de sus posiciones», en «Dos estudios tridimensionalistas», Rosario, 1967, págs. 7 y ss.

19. Creemos que en mucho ello se debe a la gran obra científica y docente de Werner Goldschmidt.

El Proyecto no pretende ser una sistematización total, al punto que en cuanto al marco interno deja afuera, por ejemplo, la importante regulación de protección de los débiles en su papel de *consumidores*.

10. En cuanto al *desempeño de los jueces*, cuyo alcance en general se *incrementa*, nos parece oportuno señalar, sin embargo, un caso de marginación, otro de derivación y otro de tal vez excesiva amplitud.

En el primer sentido se encuentra, a nuestro criterio, la solución de los casos de Bioderecho de «*cesión de vientres*». Al respecto consideramos claramente rechazable el criterio expreso de que para «desalentar los contratos de locación de vientres»²⁰ se adjudique la maternidad a la mujer que ha gestado al hijo, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer (art. 543). Dejando de lado que estimamos que esa norma sería contraria al derecho del hijo a la propia identidad genética, a la teoría por tantos sostenida de que el embrión no fecundado es persona e incluso a la sabia tradición salomónica de reconocer la maternidad por el amor, opinamos que al menos se debería dejar a los jueces la posibilidad de elastizar una solución que resulta totalitaria, pues mediatiza al nuevo ser²¹.

En el ámbito *internacional*, que acertadamente contiene normas jurisdiccionales, se establece que en materia patrimonial los tribunales argentinos serán competentes cuando las partes lo acuerden y que, básicamente, la competencia de los tribunales argentinos puede ser *prorrogada* a favor de *jueces o árbitros que actúen en el extranjero* en virtud de un acuerdo, en causas personales de contenido patrimonial (art. 2546). La libertad del mercado impulsa la posibilidad de prórroga de jurisdicción y en general parece acertado admitirla.

En cuanto a la ley aplicable, luego de consagrar la autonomía conflictual y material de las partes, como lo reclama el modelo económico imperante (arts. 2605 y 2606), el Proyecto establece que en ausencia de elección del derecho el contrato se rige por el derecho del Estado con el cual presenta los *vínculos más estrechos* (art. 1697)²². Esta amplísima facultad de los jueces viene suscitando debates, pues se teme que genere gran inseguridad y desorientación de los propios tribunales y se pro-

20. «Proyecto ...» cit., «Fundamentos del Proyecto de Código Civil», pág. 32 (punto 89).

21. Es posible v. nuestro artículo «Interrogantes y comentarios de Filosofía y Teoría General del Derecho respecto del Proyecto de Código Civil Argentino», en «Jurisprudencia Argentina», 15/III/2000, número especial «El Proyecto de Código Civil de 1998» (Primera Parte), págs. 10 y ss.

22. Pese a las normas de los arts. 2606 in fine y 2609, la autonomía de las partes permite que el gran comercio internacional quede en mucho fuera del sistema del Código.

pone, por ejemplo, la *orientación* en el sentido que en principio se considere que esos lazos existen con el país del domicilio o del establecimiento de quien debe hacer la prestación característica o, como preferimos para amparar a la parte a menudo más débil, el país del lugar donde dicha prestación deba realizarse²³.

11. Respetando en parte la necesidad de proteger al *consumidor* como parte débil, la parte del Proyecto que contiene su régimen jurisdiccional internacional especial sólo admite la prórroga mediante acuerdos posteriores al nacimiento de la controversia (art. 2563)²⁴. A su vez, el régimen de la ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores se aparta de las soluciones generales contractuales, de modo que no intervienen ni la autonomía ni la determinación judicial antes referidas (art. 2614).

A nuestro parecer, si bien la amplia autonomía jurisdiccional y de ley aplicable es una concesión necesaria pero quizás excesiva a la libertad del mercado (sobre todo cuando se trate de pequeñas y medianas empresas que pueden ser dominadas en su desenvolvimiento jurídico), creemos que es imprescindible defender las soluciones internacionales protectoras de los consumidores en el marco internacional²⁵. Obligar a un consumidor a litigar ante los tribunales que le imponga su proveedor y con aplicación de la ley que éste le obligue a elegir puede ser un grave avasallamiento de sus derechos²⁶.

23. Pueden v. nuestros trabajos «Aportes para la comprensión axiológico-histórica de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales», en «Boletín de la Sección Derecho Internacional Privado de la AADI», N° 5, págs. 27 y ss.; «Necesidad de una convención sobre Derecho aplicable a los contratos en el Mercosur», en «Derecho de la Integración», N° 3, págs. 157 y ss.; «Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)», en «Investigación ...» cit., N° 26, págs. 20 y ss.; «Bases para el régimen de los contratos en el Mercosur», en «Investigación ...» cit., N° 31, págs. 17 y ss.; «Nuevas reflexiones básicas sobre el régimen de los contratos en el Mercosur», en «Revista del Centro ...» cit., N° 23, págs. 49 y ss.; «Perspectiva estratégica para las pequeñas y medianas empresas en el régimen de los contratos del Libro VIII del Proyecto de Código Civil», en «Derecho de la Integración» cit., N° 10, págs. 31 y ss.

24. Tal vez sería conveniente aclarar que se trata de la controversia judicial o excluir totalmente la posibilidad de prórroga para evitar que en la práctica haya maniobras con la fecha.

25. Puede v. nuestro estudio «Perspectiva estratégica ...» cit.

26. Creemos, además, que siempre debería controlarse la validez de los acuerdos jurisdiccionales y de autonomía conflictual y material según el derecho que resultaría aplicable si no hubiese tales convenciones (es posible c. nuestro artículo «La autonomía de las partes en el mundo jurídico en general y en la elección del Derecho aplicable», en «Juris», t. 47, págs. 229 y ss.).

Nos parece relevante la comparación del rigor legislativo que se emplea en el enfoque biojurídico de la cesión de vientre y la importante apertura al desempeño de los tribunales en el área contractual internacional. A nuestro parecer, la disonancia al respecto es infundada.

12. Como sucede en general en las soluciones del derecho, y correspondiendo a la amplia estrategia jurídica en que se inscribió la sanción del Código Civil de 1869 (integrada dentro del modelo de la Constitución de 1853/60 y en especial en la concepción de país sarmientina), vale que en este momento el tratamiento del Proyecto de Código se efectúe dentro de un *planteo estratégico*, atento a lo jurídico, económico, científico, psicológico, etc., del que dependerá su sentido final más o menos satisfactorio del equilibrio que reclama, sobre todo en países como el nuestro, la cultura difundida por Occidente.

En cuanto al desempeño que según el Proyecto se espera de los jueces, vale atender a la posibilidad de *recibir* en la Argentina exigencias que en especial medida están vinculadas al equilibrio propio de la cultura anglosajona²⁷.

Un nuevo tiempo, un nuevo hombre y un nuevo derecho requieren un *nuevo juez*. ¿También un *nuevo Código*? ...

27. Pueden c. nuestros estudios «Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero», en «Revista de Derecho Civil», 8, págs. 73 y ss.; «Originalidad y recepción en el Derecho», «Boletín del Centro de Investigaciones...» cit., N° 9, págs. 33 y ss.