

Ponencias

I JORNADAS INTERCÁTEDRAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires



.UBA
DERECHO



Salón Azul. 9,10 y 11 de septiembre 2024. 15 a 20 horas.

Av. Pres. Figueroa Alcorta 2263

C1425 – Buenos Aires - Argentina

Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Organizadas por:

- Cátedras de Derecho Internacional Privado a cargo de los Profesores Titulares Juan José Cerdeira, María Susana Najurieta, María Blanca Noodt Taquela, Luciana Scotti y María Elsa Uzal
- Secretaría de Investigación
- Secretaría de Extensión

Adhieren:

- Departamento de Derecho Privado II
- Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI)

I JORNADAS INTERCÁTEDRAS DE DERECHO INTERANCIONAL PRIVADO

Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires

Ponencias

Panel 1. El impacto de los tratados de derechos humanos en las situaciones privadas internacionales.

Panel 2. Desafíos del Derecho internacional privado argentino a 35 años de la Convención sobre Derechos del Niño.

Panel 3. Los dilemas de la responsabilidad civil no contractual frente a la violación de derechos personalísimos en el mundo digital.

Panel 4. La cooperación internacional en materia civil y penal.

INDICE

Contratos de trabajo internacional y justicia social Por Nancy Ordóñez Penagos	1
Foro de necesidad: Denegación de justicia como dificultad razonable Por Bianca Simoni y Sofía Sánchez	9
El rol del Derecho internacional privado en la lucha contra el Tráfico de Niños, Niñas y Adolescentes Por Sofía Ansalone	16
Derecho a la identidad: cómo el deber de reconocer las triples filiaciones internacionales representa la protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes Por Florencia Magalí Arias Cádiz	23
Incongruencias procesales e incumplimiento temporal en los procesos de Restitución Internacional que ponen en peligro el Interés Superior de la Niñez Por Candela Denise de Oliveira	31
El régimen de comunicación en contextos de violencia de género: Un análisis desde la mirada del Derecho Internacional Privado Por Daniela Díaz	35
Juzgar con perspectiva de género en los casos de restitución internacional: valoración de la violencia doméstica en procesos de sustracción Por Daniela Agustina Vuchich	43
Los datos biométricos y el derecho a la identidad: un dilema de la era digital Por María Belén Angella	52
Responsabilidad civil no contractual y protección de datos personales en el ciberespacio, desafíos a 10 años de la sanción del CCCN Por Federico Agustín Castro	60
La necesidad de incorporar el foro y derecho del domicilio del damnificado a partir de una interpretación de nuestro derecho constitucional y convencional Por Tomás Alejandro Cilio	68
Derecho al olvido en niños, niñas y adolescentes Por Lucia Gonnet	76
Responsabilidad civil extracontractual y supuestos especiales: propuestas para el DIPr argentino en materia de daños de derechos personalísimos de	

NNA en Internet Por César Patricio Montiel Arzamendia	85
Calificación y extensión del foro del “lugar de producción de los efectos dañosos directos” (art. 2656, inc. b, CCCN) en casos de violaciones a los derechos personalísimos en el mundo ital. Aportes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Por Sergio Alejandro Reynoso	92
Comunicaciones judiciales directas por vía electrónica como instrumento para la cooperación internacional en materia civil y comercial Por Ricardo Pintos	100

CONTRATOS DE TRABAJO INTERNACIONAL Y JUSTICIA SOCIAL

Por Nancy Ordóñez Penagos¹

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

Desde la perspectiva del derecho internacional privado argentino, los operadores judiciales deben interpretar las soluciones con fundamento en el valor justicia social, lo que les permite incluso apartarse del derecho indicado como aplicable por la norma de conflicto rígida y aplicar el derecho que sea más favorable al trabajador.

INTRODUCCIÓN

La Ley y la justicia están interrelacionadas. Los conceptos de justicia están reflejados en las leyes, varían dependiendo del objeto de regulación. A su vez, la justicia puede ser clasificada principalmente de dos formas: justicia distributiva y justicia correctiva o conmutativa. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho argentino se ha introducido el concepto de “justicia social” en las relaciones laborales.

Entonces, si el objeto de regulación es la relación derivada de los contratos de trabajo con elementos extranjeros, es necesario analizar la relación existente entre las normas de derecho internacional privado argentino en la materia y la justicia social como objetivo y principio rector de las normas laborales en la esfera internacional.

Es por ello que, el punto de partida del presente trabajo es la conceptualización del valor justicia en materia laboral, así como la identificación de los valores y estándares mínimos a considerar, su origen e interpretación, para seguidamente, establecer la incidencia de la justicia social en la solución de casos con elementos extranjeros, cuando entran en pugna sus valores con instituciones propias del derecho internacional privado (en adelante, DIPr).

FUNDAMENTOS

1. Justicia social en las relaciones laborales

La justicia es un valor que se funda principalmente en “dar a cada quién lo suyo”. Asimismo, el valor justicia siempre debe ser analizado teniendo en cuenta la comunidad desde la que se analiza y el momento determinado, pues es un concepto que por su naturaleza es mutable. A modo de ejemplo, la escala de valores o estándares que regían en materia laboral antes de la Revolución industrial, no son los mismos que en la actualidad.

¹ Abogada (Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca). Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA). Maestranda en Derecho Internacional Privado (UBA). Profesora Jefe de trabajos prácticos y adjunta interina de Derecho Internacional Privado (UBA).

Tal como recuerda Goldschmidt en su libro “La ciencia de la Justicia”², Aristóteles distinguía la justicia en términos de justicia distributiva “que se aplica al reparto de las cargas y de los bienes y consiste en que cada uno de los asociados reciba, tanto de las primeras como de los segundos, una porción adecuada a sus méritos. Así pues, dice Aristóteles, si las personas no son iguales, tampoco deberán dárseles cosas iguales” y justicia correctiva, buscando “corregir el desequilibrio producido en las relaciones mediante la imposición de la pena o la realización de la contraprestación. También se aplica el principio de la igualdad; pero en una forma diversa a la anterior, porque aquí se trata sólo de medir impersonalmente la ganancia o el daño, esto es, las cosas y las acciones en su valor efectivo, considerándose como iguales los términos personales”.

Desde la perspectiva del derecho laboral lo primero que se debe tener en cuenta es que, proponer la justicia de manera abstracta nos puede conducir a una solución injusta, pues la “igualdad ante la ley” debe ser interpretada como la “igualdad entre iguales”, atendiendo las condiciones individuales de los trabajadores y vinculada a la dignidad de los trabajadores.

En consecuencia, la justicia distributiva en los casos con elementos extranjeros se materializa en el establecimiento de estándares mínimos respecto de la forma en que se distribuyen los recursos, oportunidades y beneficios entre los trabajadores y los empleadores. Y sin que medie ningún tipo de discriminación. Mientras, la justicia correctiva busca la corrección de las desigualdades y remediar los daños que los trabajadores pudieron sufrir, que en la esfera internacional se vincula además con el acceso a la justicia y la igualdad de trato procesal.

Aunado a estos conceptos de justicia, fuentes como los Arts. 26 y 75 inc. 19³ de la Constitución Nacional (en adelante, CN) y el Párrafo Primero del preámbulo del Tratado de Asunción⁴, han incorporado el principio de Justicia Social, que la Corte Suprema de Justicia Argentina (en adelante, CSJ), ha concebido como:

“el principio fundamental de la hermenéutica jurídica en los Estados que, como el nuestro, que adoptan una “Constitución rígida”, consiste en interpretar las leyes conforme al fin que esa “superley” se propone promover...”el objetivo preeminente” de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el “bienestar General” (Fallos: 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la

² GOLDSCHMIDT, WERNER, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, 2ª ed. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 375-376.

³ “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores...”

⁴ Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre La República Argentina, La República Federativa Del Brasil, La República del Paraguay y la República Oriental Del Uruguay, 1991 (Tratado de Asunción). “Considerando que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social...”.

actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica; *in dubio pro justicia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona desarrollarse conforme a su excelsa dignidad”.⁵

En consecuencia, más allá de la función distributiva o correctiva de la justicia en los casos laborales, el principal objetivo de la justicia es el logro del bienestar, es decir, la justicia en su más alta expresión y vinculada al desarrollo de la persona humana en condiciones dignas.

1. Tratados de derechos humanos como mecanismo contra la injusticia en las relaciones laborales

La CSJ en el fallo Aquino⁶ reconoció que el Estado tiene la obligación de imponer las condiciones para que los derechos laborales, sean posibles, estableciendo los derechos de los trabajadores que deben ser interpretados como derechos humanos. Los que además deben atender al logro de la justicia social entendida como el logro del bienestar de los trabajadores.

Lo curioso es que, “cuando se habla de vulneración de los derechos humanos se piensa generalmente en violación por parte de los Estados hacia los individuos. No obstante, los derechos pueden estar amenazados, violados o entorpecidos por individuos particulares, grupos sociales o partidos políticos⁷.

Es por ello que, en el ámbito del DIPr, al momento de dar solución a conflictos entre privados –justicia correctiva-, no podemos dejar de lado los derechos humanos que se encuentran en juego y el rol de la justicia social, siendo necesaria su identificación plena.

Para ello debemos tener en cuenta que los derechos humanos laborales, deben ser “analizados desde diversos planos de la realidad humana: la imaginación, la memoria, la historia, la libertad, la felicidad, el sentimiento, el azar, la convivencia, la solidaridad o la justicia... Los derechos humanos, al igual que la persona que los encarna, se presentan también como realidades inquietantes, permanentemente provocativas a la interpretación. Su

⁵ CSJN. “Recurso de hecho deducido por el recurrente en la causa Berçaitz, Miguel Ángel s/ jubilación”, 13/09/1974. Fallos: 289:430. Disponible en: <https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomoId=310> p. 436.

⁶ CSJN, Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688” (Fallos: 327: 3753).

⁷ PÉREZ DUARTE, JAVIER, “La persona como proyecto: los derechos humanos en Julián Marías”, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos No. 60, Universidad de Deusto, 2010, p. 127. Disponible en: <https://bibliotecacorteidh.winkel.la/Product/ViewerProduct/1391#page=1>.

universalidad o su intemporalidad se ponen a prueba ante la realidad concreta de cada vida individual”⁸.

Es así como la CSJ siguiendo la impronta del Bloque de constitucionalidad, interpreta las normas laborales teniendo en cuenta los estándares establecidos en los Pactos y Declaraciones de los Organismos Internacionales, principalmente los contemplados en el Art. 75 inc. 22 2° Párrafo, y por los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT⁹).

Teniendo en cuenta sólo los tratados de derechos humanos que han sido expresamente enunciados en el art. 75 inc. 22 de la CN¹⁰, podemos clasificarlos en, derechos individuales del trabajador, a saber: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada, descanso y vacaciones pagadas, retribución justa y salario mínimos vital y móvil e igual remuneración por igual tarea; y la libertad de asociación sindical.

En razón de las disposiciones constitucionales y legales del sistema jurídico argentino, los operadores judiciales de todos los niveles¹¹ tienen la

⁸ PÉREZ DUARTE, Op. cit. p. 127.

⁹ En esta instancia conviene precisar que de los convenios adoptados por la OIT, 82 han sido ratificados por Argentina de los cuales 61 están actualmente en vigor, sólo tienen jerarquía superior a las leyes cfr. art. 75 inc. 22 de la CN y conforme lo establecido en el art. 37 párrafo 1° de la constitución del a OIT, la interpretación de tales convenios corresponde a la Corte Internacional de Justicia, por lo que no serán analizados en esta instancia.

¹⁰ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, DADDH), aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, 1948, Derecho al trabajo y a una retribución justa (art. XIV), Derecho al descanso y a su aprovechamiento (XV), Derecho a la seguridad social (Art. XVI) y Derecho a la justicia (Art. XVIII) y Derecho de asociación (art. XXII). Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, Derecho a la seguridad social y la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad (art. 22), Derecho al trabajo, no discriminación, salario justo y libertad de asociación (art. 23), descanso y jornada laboral razonable (art. 24) y Derecho a un nivel de vida adecuado y al bienestar (art. 25.1). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16/12/1966, en adelante PIDESC), Derecho al trabajo (art. 6), condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7), Libertad de asociación (art. 8), Seguridad social (art. 9), protección de la familia, madres antes y después del parto, niños y adolescentes (art. 10) y Bienestar (art. 11). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), 16/12/1966, prohibición de esclavitud (art. 8) y libertad de asociación (Art. 22) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de Noviembre de 1969, Prohibición de esclavitud y servidumbre (art. 6), Libertad de asociación (art. 16), Derecho a la propiedad privada (art. 21) y Igualdad ante la ley (Art. 24) y Derecho a la justicia (Art. 25), principio o regla de progresividad (Art. Art. 26) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18/12/1979, (en adelante, ICERD), consagran principalmente el Derecho al trabajo, remuneración, seguridad social, entre otros (art. 11). Convención sobre los Derechos del Niño, (en adelante, CDN) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York el 20/11/1989. Derecho al bienestar que asegure su dignidad (art. 23); prohibición de explotación económica, contra el desempeño de cualquier trabajo que vulnere su bienestar y obligación de adoptar medidas de protección (art. 32).

¹¹ CIDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia

obligación de verificar la conformidad de las normas y práctica interna con las Convenciones, Pactos y su jurisprudencia, concretando de esta forma la garantía de los derechos humanos –justicia social- en el ámbito interno. Es decir, tienen la obligación de realizar el control de convencionalidad¹², cfr. el principio *pacta sunt servanda*, consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (art. 26¹³) y con especial atención al propósito de cumplir con derechos fundamentales, es decir, lograr el bienestar de los trabajadores entendida como la justicia social.

A modo de ejemplo, la obligación de adecuar la legislación interna¹⁴, así como la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional *ex officio*¹⁵ de la obligación de garantía que asumen los Estados en virtud de la CADH¹⁶ debe hacerse conforme su vigencia y las pautas de interpretación que han dado los organismos “codificadores” y de aplicación a casos nacionales y con elementos extranjeros¹⁷, con un criterio armonizador evitando que los preceptos pugnen entre sí¹⁸.

En conclusión, al ser las normas de protección al trabajador normas protectorias de derechos humanos, aplicados a los casos con elementos extranjeros constituyen principios de orden público internacional laboral (cfr. art. 6 CIDIP II, normas generales y art. 2600 del CCCN), por lo que no podrían celebrarse pactos en contrario.

2. Normas de conflicto y principio protectorio

En cuanto a las fuentes de DIPr argentino de fuente convencional, es importante resaltar que en el tratado de Montevideo de Derecho civil Internacional (en adelante, TMDCI) de 1889 se regulan en forma general los contratos internacionales y respecto de la autonomía de la voluntad se guardó silencio, por lo que la jurisprudencia argentina la admite. Posteriormente, los

de 30 de enero de 2014, párr. 151; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311 y Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, párr. 75.

¹² Receptada en la CADH, Arts. 1.1., 2 y 29.

¹³ En consonancia con lo anterior también se debe tener en cuenta el Art. 27 de la Convención de Viena, pues los Estados parte no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales.

¹⁴ CIDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2018.2. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_279_esp.pdf.

¹⁵ CIDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253. disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_253_esp.pdf.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad / Corte Interamericana de Derechos Humanos. -- San José, C.R.: Corte IDH, 2021. ISBN 978-9977-36-276-2. P. 3-4. Disponible en: https://corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7_2021.pdf.

¹⁷ CSJN, “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n. 32/93”. 07/04/1995

¹⁸ CSJN, Fallos: 303:1185, “Alonso” y “Aquino”.

TMDCI de 1940 rechazan en forma expresa la autonomía de la voluntad, y el art. 5 del Protocolo adicional al TMDCI de 1940, dispone que si el derecho de fondo aplicable en virtud de la norma de conflicto del TMDCI, “autoriza a las partes a elegir la ley aplicable al caso, éstas podrán hacerlo, aunque sólo “en la medida en que lo autorice dicha ley”¹⁹. En consecuencia, si el derecho elegido es el derecho argentino, la autonomía de la voluntad será válida y conforme lo expuesto anteriormente tendrán como límite el orden público internacional laboral.

En fuente interna, también se aplican las disposiciones de los contratos en general, por lo que en el art. 2651 del CCCN, se admite la autonomía de la voluntad material (lit. c) y conflictual (lit. a) y se fijan las reglas para su validez, entre las que se incluyen los principios de orden público internacional (lit. e) antes señalados.

En consonancia con lo expuesto, señala Scotti “Las normas laborales gozan de una inderogabilidad relativa, esto es, solamente pueden ser derogadas en un sentido: a favor del trabajador (principio del *favor operarii*). Por ende, si la ley elegida resultara más favorable a sus intereses, no habría motivos para reemplazarla por la ley del lugar donde se cumple la prestación laboral”²⁰.

Ahora bien, en defecto de ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, desde la perspectiva del DIPr argentino, en los TMDCI de 1889 (art. 32-34) y de 1940 (arts. 37-38) se regulan los contratos en general, utilizando los puntos de conexión rígidos “lugar donde los contratos deben cumplirse” y en subsidio, “el lugar donde se celebran” los contratos.

Por su parte la fuente interna, está conformada por el art. 3 de la Ley de contrato de trabajo que sólo se aplica a aquellos contratos cuyo cumplimiento se realice en Argentina, por lo que en la mayor parte de los supuestos será aplicable el Art. 2652 CCCN se establece como puntos de conexión en subsidio de la autonomía de la voluntad, el lugar de cumplimiento (calificado en el inc. 2 del art. 2652) y en subsidio de éste, el lugar de celebración.

Al tratarse de conexiones rígidas, proporcionan certeza y previsibilidad, favoreciendo la seguridad jurídica internacional, pero no necesariamente logrando la justicia social que los casos ameritan.

Conforme lo expone Fernández Madrid²¹, en la esfera del derecho internacional lo primero que debemos tener en cuenta es que “el derecho del trabajo debe ser entendido como evolutivo y favorable al trabajador, de acuerdo al compromiso que tienen los Estados Parte de adoptar medidas para

¹⁹ NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, “Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños”. Derecho Internacional Privado en los Estados de Mercosur, coordinado por Fernández Arroyo, Diego P. ed. Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 989.

²⁰ SCOTTI, LUCIANA B., “Derecho internacional privado”, 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 794.

²¹ FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, “Relaciones Individuales de Derecho del Trabajo”. 1ª ed.- Buenos Aires, La Ley, 2011. P. 7.

lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos en ellos reconocidos” (tratados de DDHH).

El primer supuesto que debemos contemplar es que, si los derechos humanos de los trabajadores forman parte del orden público internacional argentino y el derecho señalado por la norma de conflicto no los reconoce, sin lugar a duda la consecuencia directa será que dicho derecho no será aplicado (cfr. art. 6 CIDIP II, normas generales y 2600 CCCN).

El segundo supuesto es, que pese a que el derecho señalado por la norma de conflicto reconozca los derechos humanos de los trabajadores el derecho de fondo señalado por la norma de conflicto ofrece menos condiciones “bienestar” al trabajador. Entonces, ¿puede el operador judicial dejar de lado el derecho de fondo señalado como aplicable al contrato de trabajo internacional, si considera que otro es más favorable al trabajador?

Una primera solución es la propuesta por el Profesor Gonzalez Pereira²², en virtud de la “cláusula escapatoria de la conexión más estrecha receptada en el art. 2653 podría poner una luz de esperanza a la ubicación del Derecho aplicable en los contratos de trabajo internacionales e incluso a la localización del que podría ser más favorable a la parte débil de la relación”, pero dada la rigurosidad en la interpretación de sus requisitos objetivos y subjetivos, puede no ser operativa.

La propuesta en el presente escrito es la aceptación para casos internacionales de los principios de progresividad y el principio de favorabilidad, receptado en la Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 26; en el PIDESC, art. 2.1. Art. 26. CN de 1994 Art. 75 inc. 19²³, tratado asunción²⁴ en su preámbulo, el PIDESC hace referencia en varios de sus artículos al compromiso de los Estados parte de presentar informes, por ejemplo, de las “medidas adoptadas y los progresos realizados para lograr el respecto general de los derechos reconocidos en el presente Pacto” (art. 21); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), 16/12/1966 y libertad de asociación (Art. 22.3) al establecer una norma de compatibilidad entre los tratados haciendo prevalecer aquel que sea más favorable a la libertad sindical.

Dado que, si con diferentes términos los tratados receptan el principio de progresividad y favorabilidad y la CSJ ha interpretado en el señalado caso Berçaitz²⁵ en relación con el principio de justicia social que “este principio de hermenéutica *in dubio pro justitia sociales* es aplicable a la interpretación de las leyes procesales, según se debe inferir de lo que tiene resuelto esta Corte con los siguientes términos: como “la justicia es una virtud al servicio de la

²² GONZÁLEZ PEREIRA, D. OSCAR, “El contrato de trabajo internacional. El impacto del Código Civil y Comercial”, en: La Ley, Año LXXXII No. 111, 15/06/2018, Buenos Aires, p.5.

²³ “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores...”.

²⁴ Tratado de Asunción. Cit.

²⁵ CSJN. “Recurso de hecho deducido por el recurrente en la causa Berçaitz, Miguel Ángel s/ jubilación”, 13/09/1974. Fallos 289:430, p. 437. Disponible en: <https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomoId=310>.

verdad sustancial, ella debe siempre prevalecer sobre los excesos rituales (Fallos 280:228)... tratándose de personas desvalidas, es de equidad y aún de justicia apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes o del descuido de su defensor” (Fallos: 5:459)”. En otras palabras, este fallo recepta claramente el principio de favorabilidad.

Posteriormente en el fallo Escalona²⁶ precisó que “el impulso a la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, sumado al principio *pro homine* determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana; y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales”.

En consecuencia, si esta solución se aplica a los casos internos, nada obsta que puedan ser aplicados a los casos con elementos extranjeros, atendiendo los principios de derechos humanos que se encuentran en pugna.

CONCLUSIONES

Desde la perspectiva de los operadores judiciales argentinos, en los contratos de trabajo con elementos extranjeros, la solución justa en la esfera internacional debe ser interpretada conforme al valor “justicia social”, es decir, como la búsqueda del bienestar de los trabajadores en condiciones de igualdad y dignidad.

En consonancia, la justicia social está conformada por aquellos estándares mínimos e irrenunciables de los trabajadores que se hallan receptados en los tratados de derechos humanos y constituyen el orden público laboral internacional.

Por lo anterior, al momento de determinar el derecho aplicable a los casos de contrato de trabajo internacional, la justicia social como principio de orden público internacional constituye el límite a la autonomía de la voluntad de las partes.

También, al encontrarse dentro de la categoría de derechos humanos los principios de progresividad e *in dubio pro operarii*, puede el operador judicial a los efectos de garantizar la obtención de la solución más razonable y justa en la esfera internacional apartarse de las conexiones rígidas señaladas por las normas de conflicto, lugar de cumplimiento del contrato y en subsidio, lugar de celebración; y aplicar la que a su criterio considere es la más favorable para garantizar el bienestar del trabajador y en consecuencia, lograr la justicia social pretendida por el derecho laboral internacional.

²⁶ CSJN. “Recurso de hecho deducido por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación en la causa Escalona, Martín Reynaldo y otro c/ Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) y otro s/ amparo ley 16.986”.

FORO DE NECESIDAD: DENEGACIÓN DE JUSTICIA COMO DIFICULTAD RAZONABLE

Por Sofía Daniela Sanchez¹ y Bianca María Simoni²

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

Al receptar normativamente el foro de necesidad en el artículo 2602 del CCCN, el legislador ha pretendido atribuir cierto grado de discrecionalidad al juzgador para decidir en qué casos no es razonable exigir a una persona la interposición de su demanda en el extranjero.

Sin perjuicio del carácter excepcional de esta herramienta y que el cumplimiento de los requisitos debe analizarse en cada caso, el juez deberá tener en cuenta que legislativamente se previó el foro de necesidad para casos que impliquen una “dificultad razonable” de acceder al tribunal extranjero y no una “imposibilidad” como requisito mínimo. Al respecto, deberá tener especial consideración el contexto económico y el costo que implicaría el proceso, así como la situación de vulnerabilidad que revisten algunos sujetos en la sociedad.

INTRODUCCIÓN

Como señala Paula María All, el *forum necessitatis* “es un remedio basado en el derecho de acceso a la justicia que permite otorgar jurisdicción internacional a los jueces que, en principio, carecen de tal potestad para conocer y sentenciar en el supuesto concreto, con la finalidad de evitar supuestos de denegación de justicia a nivel internacional”³.

La garantía de acceso a la justicia se encuentra comprendida junto con otras garantías y derechos fundamentales, en los artículos 18 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (CN) y en tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVIII), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 10 y 11), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1), que la República Argentina tiene la obligación de respetar.

La existencia de dicha garantía fundamental -incluso desde antes de la reforma constitucional de 1994- ha llevado a que, durante la vigencia del Código Civil derogado, que no contemplaba de forma positiva el foro de

¹ Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires. Diploma de Honor. Ayudante de 2da. en Derecho Internacional Privado (DIPr.), cátedra a cargo de la Prof. María Blanca Noodt Taquela, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

² Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante de 2da. en Derecho Internacional Privado (DIPr.), cátedra a cargo de la Prof. María Blanca Noodt Taquela, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

³ ALL, PAULA MARÍA. “Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna”, en *DeCITA. Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades*, N°4, Buenos Aires, Ed, Zavalia, 2006, pp. 422-444, p. 422.

necesidad, en el año 1960 se receptara dicho remedio en el ordenamiento argentino a través del fallo “Vlasov” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴.

Debido al posterior desarrollo jurisprudencial y de la doctrina formulada en la materia, el foro de necesidad fue introducido en el artículo 19 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado del año 2003 y receptado definitivamente en el artículo 2602 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), que establece:

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

Como puede observarse, la norma transcripta regula el foro de necesidad de forma general, es decir, que resultará de aplicación a los casos de Derecho Internacional Privado (DIPr) que presenten las condiciones allí enunciadas, independientemente de la situación privada internacional de la que se trate. Además, establece los requisitos que deben configurarse para que el juez argentino pueda declararse competente para entender en un caso de DIPr cuando no exista una norma de jurisdicción internacional que le atribuya competencia a través de criterio atributivo alguno.

Frente a la recepción legislativa de dicha herramienta en los términos transcriptos surge el interrogante respecto a cuáles son los supuestos en los que no sería razonable exigir la iniciación de la demanda fuera del país, es decir, cuál ha sido el alcance que pretendió asignársele a dicho requisito.

Por su parte, teniendo en cuenta que ciertos sujetos se encuentran o pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad en la sociedad (P. Ej.: mujeres, niños, niñas y adolescentes, consumidores, trabajadores, etc.) ¿debería tenerse especial consideración en alguna circunstancia para la aceptación del foro de necesidad en casos en los que intervengan estos sujetos?

1. La recepción del foro de necesidad en el CCCN

En aquellos casos en los que las normas de DIPr argentino sobre jurisdicción internacional no atribuyan jurisdicción a los jueces argentinos, excepcionalmente podrán intervenir: (i) con la finalidad de evitar la denegación de justicia, (ii) siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero, (iii) en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, (iv) se garantice el derecho de defensa en juicio y (v) se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

⁴ CSJN, 28/03/1960, “Cavura de Vlasov, Emilia c/ Vlasov, Alejandro”. *Fallos* 246:87.

Como se ha dicho, no basta con que se configure uno de los requisitos mencionados, sino que es necesaria la concurrencia de todos ellos. Además, como indica Carolina Iud, “han de tenerse presentes las exigencias de esta norma las cuales deben ser analizadas en cada caso concreto y con suma prudencia para que la asunción de la jurisdicción con fundamento en la citada disposición no resulte exorbitante”⁵.

2. El acceso a la justicia como finalidad de la norma

Como se ha visto, uno de los requisitos necesarios para que opere el foro de necesidad es que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero, lo que se relaciona de forma directa con la finalidad de dicha herramienta que es la de evitar la denegación de justicia. Ahora bien, ¿en qué supuestos no será razonable exigirle a una persona la iniciación de un proceso judicial en el extranjero para hacer valer su pretensión?

José Carlos Fernández Rozas⁶ indica que, dependiendo la regulación del foro de necesidad en el ordenamiento jurídico de que se trate, existen tres casos que justifican su acción, que son: (i) cuando existe una “imposibilidad jurídica”, es decir, la posibilidad de que ningún tribunal acepte tener competencia legal porque las normas de jurisdicción internacional aplicables conducen a la ausencia de tribunal internacionalmente competente⁷; (ii) cuando existe una “imposibilidad fáctica”, es decir, cuando un tribunal es competente en virtud de una norma de jurisdicción y no ha declinado su competencia, pero no se encuentra en condiciones de hecho para proveer una adecuada tutela judicial efectiva⁸; o (iii) cuando haya una “dificultad razonable” para iniciar un proceso judicial en el extranjero o no resulte esperable que el accionante lo haga.

En cuanto al supuesto de “dificultad razonable”, si bien incluye los supuestos anteriores de “imposibilidad jurídica” e “imposibilidad fáctica”, prevé otros supuestos tales como “que el demandante se enfrente a grandes amenazas si pone pie en el suelo extranjero, el hecho de que el país extranjero se vea afectado por guerras, inundaciones u otros desastres, o el hecho de que el coste de las actuaciones en el extranjero sería “desproporcionado” con los intereses financieros implicados en el asunto, siempre que se demuestre que el demandante quedaría privado en la práctica de su derecho de acceso

⁵ IUD, CAROLINA D. ““Booking.com” y la jurisdicción internacional en contratos electrónicos concluidos por consumidores”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires Abeledo Perrot, 2018, pp. 202-222.

⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. “Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional el *forum necessitatis*”, en *Desarrollos modernos del Derecho internacional privado. Libro homenaje al Dr. Leonel Pereznieta Castro*, Coord. Rojas Amandi, Víctor. México, Ed. Tirant lo Blanch México, 2017, pp. 24-30.

⁷ Véanse los hechos del fallo de la CSJN, 28/03/1960, “Cavura de Vlasov, Emilia c/ Vlasov, Alejandro”, *Fallos* 246:87, cit. en nota 4.

⁸ P. Ej.: afectación a la imparcialidad del juzgador, su independencia, el tiempo irrazonable del procedimiento judicial al cual se pretende someter el caso, entre otros.

efectivo a los tribunales si los procedimientos debían ser llevados al extranjero”⁹.

Dicho esto, podría decirse que en nuestro país se ha receptado normativamente el foro de necesidad para los casos de “dificultad razonable” dado que la norma del artículo 2602 del CCCN no exige sólo la imposibilidad, ya sea jurídica o fáctica, de acceder al foro extranjero, sino que requiere que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero. Motivo por el cual los jueces, al analizar el caso en concreto, no deberían pretender atribuirse jurisdicción únicamente en el caso en que fuera imposible para el accionante acceder al tribunal extranjero sino que deberá estar a los hechos del caso que impliquen una dificultad razonable para ello, lo que de ninguna manera implicará la aplicación de este instituto a conveniencia del demandante, sino una adecuada interpretación del requisito.

En relación con lo anterior, consideramos que el factor económico es el que actualmente en el contexto de nuestro país podría invocarse con mayor frecuencia, es por ello que corresponde poner en resalto lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tanto estima "que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales"¹⁰.

Sin perjuicio de ello, como lo hace la doctrina mayoritaria, entendemos que para la utilización del foro de necesidad no se deberá estar a la conveniencia de un foro u otro. Sin embargo, consideramos que no se debería apelar a una excesiva rigurosidad -con tal de cumplir el recaudo de excepcionalidad- que impida recurrir a esta herramienta cuando haya supuestos de “dificultad razonable” que lo justifiquen.

3. Personas en situación de vulnerabilidad, ¿alguna consideración?

En esta instancia, corresponde poner el foco en aquellos sujetos que se encuentran o podrían llegar a encontrarse en una situación de vulnerabilidad dentro de la sociedad (P. Ej.: mujeres, niños, niñas y adolescentes, consumidores, trabajadores, etc.) y analizar si debiera tenerse especial consideración en alguna circunstancia para la aceptación del foro de necesidad en casos en los que intervengan.

La realidad es que, como indican Luciana Scotti y Leandro Baltar, “cuando el legislador de un Estado redacta sus normas de jurisdicción busca garantizar el acceso a la justicia de manera igualitaria, es decir, no discriminando por la nacionalidad o domicilio de los sujetos, pero en ciertas ocasiones, inclina la balanza en favor de ciertos sujetos jurídicamente débiles

⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. “Rigidez versus flexibilidad...”, *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁰ Corte IDH, 28/11/2002, Caso Cantos Vs. Argentina, (Excepciones Preliminares), Serie C N°85, párr. 55. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.

o que se encuentran en situación de vulnerabilidad frente a la contraparte”¹¹. Debido a ello puede advertirse que en casos como los de filiación y alimentos internacionales, el legislador ha previsto la posibilidad de que el actor pueda interponer la demanda ante los jueces de su propio domicilio y, por ende, en aquellos casos en los cuales los demandantes tengan domicilio en Argentina no será necesario para ellos invocar el foro de necesidad en nuestro país.

Sin embargo, en los casos en los cuales no hay una regulación en este sentido, entendemos que la cuestión del foro de necesidad y los requisitos necesarios para su configuración deben analizarse teniendo en cuenta otros componentes cuando hablamos de acceso a la justicia para personas en condiciones de vulnerabilidad¹². En estos casos, surgen obstáculos propios de su condición, que dificultan el acceso a la justicia, tal como puede ser la desventaja considerable frente a la parte demandante debido al mayor poder que tiene la parte demandada y la cuestión de recursos necesarios para llevar a cabo un proceso judicial en el extranjero, anteriormente mencionada. Este panorama, sin dudas, podría conllevar que se resigne el inicio de la acción por parte del sujeto vulnerable, frustrando el acceso a la justicia proyectado en la normativa vigente.

Para ilustrar lo expuesto, puede observarse que para los casos de DIPr que involucren consumidores no se prevé en el artículo 2654 del CCCN el criterio atributivo “domicilio o residencia habitual del consumidor”. Al respecto, se ha dicho que “la norma busca dotarle de una mayor posibilidad de acceder a algún foro y ello se logra mediante una amplitud de posibles jueces competentes”¹³. Sin embargo, también se ha considerado que “el legislador debió establecer expresamente el domicilio del consumidor como criterio atributivo de jurisdicción cuando el éste inicie la acción, y no condicionarlo a la coincidencia de su domicilio con el lugar de celebración, de cumplimiento o del lugar de realización de actos necesarios para la celebración del contrato”¹⁴.

En ese sentido y sin perjuicio de las particularidades que presenta el caso, cabe mencionar el fallo “Booking” del año 2017 de la Sala C de la

¹¹ SCOTTI, LUCIANA B. y BALTAR, LEANDRO. “El *forum actoris* en el Derecho Internacional Privado argentino”, *Pensar en Derecho*, a. 9, no. 15, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones, 2020, pp. 373-415, p. 386. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/>.

¹² CERDEIRA, JUAN J. “El derecho internacional privado como facilitador del acceso a la justicia de sectores vulnerables”, *Biblioteca CEDEP - El acceso a la justicia en el derecho internacional privado*, Dir. Moreno Rodríguez, José A. Paraguay, IJ Editores, 2015, pp. 2-5. Cita: IJ-CDLXXXII-336.

¹³ SCOTTI, LUCIANA B. y BALTAR, LEANDRO. “El *forum actoris* en el Derecho Internacional Privado argentino”, *Pensar en Derecho*, a. 9, no. 15, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones, 2020, pp. 373-415, p. 399. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/>.

¹⁴ ORDOÑEZ PENAGOS, Nancy Rocío y ROSA VILARDO, María Laura. “La ley aplicable a los contratos de consumo en las disposiciones de DIPr del Código Civil y Comercial de la Nación” en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XXIV, Córdoba, Argentina, 2015, pp. 47-62, p. 62.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial¹⁵ en el cual destaca que “incluso en los casos en que resulta difícil y hasta casi imposible localizar el domicilio del demandado, si existen elementos suficientes que lo vinculen con nuestro país, se ha de preconizar una interpretación amplia del concepto, por el que los jueces argentinos podrían asumir jurisdicción internacional en virtud del llamado foro de necesidad cuando el cierre del caso pudiera producir una efectiva denegación internacional de justicia. (art. 2602 CCC)”.

Es claro que, en función de lo dicho, la cuestión del contacto suficiente con nuestro país también debe ser interpretada con flexibilidad, o mejor dicho, influenciada por los elementos del caso. Esto debe ser así, siempre y cuando quien tenga en juego la posibilidad de hacer valer sus derechos, sea una persona o grupo de personas que presentan características propias de vulnerabilidad, como requisito imperativo.

CONCLUSIONES

La norma prevista en el artículo 2602 del CCCN, que recepta en forma el foro de necesidad, atribuye cierto grado de discrecionalidad al juzgador para determinar en qué supuestos no sería razonable exigir la iniciación de la demanda fuera del país.

Para ello, el juez deberá tener en cuenta que legislativamente se previó el foro de necesidad para casos que impliquen una “dificultad razonable” de acceder al tribunal extranjero y no una “imposibilidad” como requisito mínimo.

En particular, debe considerarse un caso de “dificultad razonable” el hecho de que los gastos del proceso que deba llevarse a cabo en el extranjero sean desproporcionados con los intereses económicos implicados en la pretensión.

Respecto a aquellos casos que involucren sujetos considerados débiles en su relación con otros sujetos o vulnerables por sus condiciones particulares, en los supuestos en los cuales no se encuentre prevista la recepción del *forum actoris* para equilibrar el desbalance existente y a los efectos de analizar la procedencia del foro de necesidad, el juez deberá presumir la existencia de una dificultad razonable.

Sin lugar a duda, el DIPr no cumpliría su propósito de brindar soluciones razonables y justas en la esfera internacional si la garantía fundamental de acceso a la justicia no fuese asegurada de forma efectiva. El deber de su resguardo y garantía es indudablemente una de las responsabilidades que tiene a su cargo el Estado¹⁶, desde todas sus funciones,

¹⁵ CNCom., sala C, 10/08/17, “Pérez Morales, Gonzalo Martin c. Booking.com Argentina S.R.L. s. ordinario”. Disponible en: https://fallos.diprargentina.com/2018/07/perez-morales-gonzalo-martin-c_24.html.

¹⁶ ALBORNOZ, MARÍA MERCEDES. “Acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales: intereses en juego”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, N° 9 - 2017, II-CCCLXXXVIII-325, pp. 2-7. Disponible en: <https://revistastpr.com/index.php/rstpr/issue/archive>.

es decir, que no basta con el dictado de una norma positiva por parte del Poder Legislativo, sino que es deber del juzgador -Poder Judicial- hacer uso de su sana crítica para garantizar todos los derechos que se encuentran en juego en cada caso y que deben ser especialmente considerados¹⁷.

¹⁷ RUIZ, A. E. "Asumir la vulnerabilidad", en *AA. VV., Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, Ed. Ministerio Público de la Defensa, 2008, p. 115. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/001%20Reglas%20de%20Brasilia.pdf>.

EL ROL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Por Sofia Aldana Ansalone¹

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

A 35 años de la obligación asumida por los Estados parte de la Convención de los Derechos del Niño de impedir el tráfico de niños puede afirmarse que aún resta mucho por hacer. Las propuestas planteadas en esta ponencia que pueden contribuir para luchar contra este flagelo son: aumentar la visibilidad de la problemática; aprobar leyes que de manera expresa tipifiquen el delito de compra y venta de NNA cualquiera sea su forma y finalidad; promover la difusión de la CIDIP V y la capacitación de los y las operadores jurídicos de todo el territorio argentino respecto a su aplicación práctica; y la utilización de los mecanismos de cooperación previstos en CCCN y en las fuentes convencionales de DIPr.

INTRODUCCIÓN

El 20 de noviembre de 1989 los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño se han obligado a tomar todas las medidas que sean necesarias “para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”². Asimismo, y a los fines de optimizar las obligaciones asumidas en la mencionada Convención, los Estados han elaborado el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Allí se establece que “por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución” (art. 2.a).

Si bien hace 35 años que los Estados han asumido dichas obligaciones, el tráfico de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) continúa siendo una problemática que mantiene alerta a la comunidad jurídica internacional. En lo que respecta específicamente al Estado argentino puede afirmarse que aún queda mucho trabajo por hacer para combatir este flagelo que afecta a muchos/as NNA³. No debe olvidarse que el 27 de abril del año 2012,

¹ Abogada (UBA). Ayudante de segunda de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho - UBA (cátedra Scotti-Rubaja). Auxiliar docente de Derecho Internacional Privado de la UNDAV. Colaboradora de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en la preparación de sumarios para el sitio web www.incadat.com.

² Art. 35 de la Convención sobre Derechos del Niño: Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma. Esta obligación se encuentra estrechamente ligada a los compromisos asumidos por los estados en los arts. 11, 21 y 34 de la misma Convención.

³ Tan es así que, según los datos provistos por el Programa Nacional de Rescate y acompañamiento a las personas damnificadas por el delito de Trata de Personas, en Argentina desde el año 2008 hasta noviembre del año 2023 se rescataron y asistieron a 20.106 víctimas

Argentina fue condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), entre otras razones, por no haber impedido “por todos los medios, incluyendo la vía penal, la ‘venta’ de un niño o niña, cualquiera sea su forma”⁴.

Son diversos los factores que favorecen la existencia de este tipo de delitos, entre ellos se pueden mencionar: la facilidad de los traslados internacionales, los pasos fronterizos cada vez más flexibilizados, las situaciones de extrema vulnerabilidad en la que viven muchas familias - situación estrechamente ligada a los problemas económicos y políticos de los Estados- y el incremento de los fenómenos migratorios.

Frente a la complejidad que presenta este tipo de delito debido a que involucra a múltiples Estados, nos proponemos analizar cuál es el rol que el Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr.) es llamado a cumplir. Para ello, en primer lugar, haremos un breve recorrido por el marco normativo que regula y conceptualiza el tráfico de NNA tanto en la fuente convencional como en la fuente interna. Y, en segundo lugar, se presentarán algunas herramientas que ofrece el DIPr. para contribuir en la lucha contra este flagelo.

FUNDAMENTOS

1. La Conceptualización del delito de tráfico de NNA en la fuente convencional y la fuente interna

Previo a realizar el breve recorrido por el marco normativo que regula y conceptualiza el tráfico de NNA es menester destacar que en las fuentes convencionales que a continuación mencionaremos los términos “trata” y “tráfico” suelen ser utilizados indistintamente, sin embargo, se tratan de supuestos distintos. El primero consiste en acciones que vulneran “bienes jurídicos de las personas involucradas que se encuentren dentro y fuera de las fronteras de un país, mientras que el término tráfico se restringe al desplazamiento de seres humanos a través de las fronteras”⁵. A los fines de un mejor desarrollo del tema utilizaremos la terminología que emplea cada Convención al regular este delito.

En la fuente convencional fue elaborado en el marco de las Naciones Unidas la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Como se indica en el prefacio de la Convención, su elaboración se fundó en

del delito de trata de personas. Específicamente desde enero hasta noviembre de 2023 se asistieron a 1.609 víctimas, siendo 73 de ellos/as NNA. Datos provistos por el Link: <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/consejo-federal-para-la-lucha-contra-la-trata-y-explotacion-de-personas/estadisticas-del>. Por otro lado, desde el año 2009 se han dictado quinientas sesenta y una sentencias condenatorias de tratas de personas y delitos conexos. De esos casos, al menos 305 NNA fueron víctimas de estos delitos. Para más información ver: [https://www.mpf.gob.ar/protex/plataforma-estadistica/#:~:text=El%2065%2C1%25%20\(1670,5%25%20era%20menor%20de%20edad](https://www.mpf.gob.ar/protex/plataforma-estadistica/#:~:text=El%2065%2C1%25%20(1670,5%25%20era%20menor%20de%20edad)

⁴ Corte IDH. *Caso Forneron e Hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

⁵ MORALES DEGANUT, CAROLINA y FELLINI, ZULITA. “Delito de Trata de Personas”, Editorial Hammurabi, 2º Edición, Buenos Aires, Argentina, 2018, pp. 24.

la siguiente premisa: “Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales”. Su finalidad consiste “en promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional” (art. 1).

En el marco de la Convención fueron elaborados diversos Protocolos. Entre ellos, nos encontramos con el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños. El conocido “Protocolo de Palermo” define al delito de trata de personas como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación” (art. 3.a).

Asimismo, como complemento de la mencionada Convención contra la Delincuencia Organizada y en lo que refiere a otra arista del delito de tráfico ilícito como lo es el tráfico de NNA migrantes -que excede el presente trabajo por su específica complejidad-, Argentina ha ratificado el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. El Protocolo define al tráfico de migrantes como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material” (art. 3.a).

También podemos mencionar el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía. Dicho Protocolo entiende por venta de niños: “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución” (art. 2.a).

Finalmente y, a sabiendas de la existencia de otros convenios internacionales que regulan esta temática⁶, es menester destacar que en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA) se firmó, el 18 de marzo de 1994 en la Ciudad de México, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V) que regula tanto los aspectos penales como civiles del delito en cuestión. Sin perjuicio que en el apartado siguiente se abordará el mecanismo previsto por esta Convención, aquí debe destacarse que el tipo penal del tráfico de NNA es definido como “la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos” (art. 2 b).

Por otro lado y en consonancia con las obligaciones asumidas internacionalmente, la República Argentina incorporó el delito de tráfico de

⁶ Para más información ver: SCOTTI, LUCIANA. “Tráfico Internacional de Niños”, Editorial Eudeba, 1º Edición, Buenos Aires, Argentina.

NNA en particular y el delito de trata de personas en general en el año 2008 a través de la sanción de la Ley 26.364, la cual fue reformada en el año 2012 por la Ley 26.842.

Tras la modificación introducida por la Ley 26.842, se entiende por trata de personas “el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países” (art. 1).

Vemos que la Ley 26.842 incorporó como verbo típico el “ofrecimiento” de personas con fines de explotación. Dicha incorporación es sumamente importante porque hasta el año 2012 la entrega de NNA “por parte de padres o tutores no constituía una forma de comisión autónoma”⁷. Fue bajo este fundamento que el Juez de Instrucción de Rosario del Tala y, posteriormente, la Cámara en lo Criminal de Gualeguay archivaron las denuncias realizadas por el Sr. Fornerón contra la madre biológica de su hija M.F por haberla vendido al matrimonio B-Z⁸, pese a la manda dispuesta en el art. 15 de la Constitución Nacional Argentina. Precisamente, la justicia penal argentina archivó las denuncias en dos oportunidades tras considerar que “los hechos relativos a la alegada ‘venta’ de la niña no encuadraban en ninguna figura penal”⁹.

1. El tráfico de NNA en las fuentes de DIPr

Habiendo hecho un breve recorrido sobre las fuentes convencionales que regulan y conceptualizan el delito de tráfico de NNA y sobre la penalización en la fuente interna resta por analizar si el DIPr tiene algún rol que cumplir en una materia que, en una primera aproximación, parecería ser exclusiva del derecho público, más precisamente, del derecho penal.

En primer lugar, debemos destacar que no se encuentran regulados en la fuente interna de forma específica los aspectos civiles del tráfico de NNA. Sin embargo, como mencionamos al final del apartado anterior, en la fuente convencional se encuentra vigente en nuestro país la CIDIP V sobre Tráfico Internacional de Menores¹⁰. Esta convención, a diferencia de las mencionadas anteriormente, es una fuente de DIPr.

⁷ SCOTTI, LUCIANA. “Tráfico Internacional de Niños”, Editorial Eudeba, 1º Edición, Buenos Aires, Argentina, pp 21.

⁸ Conforme se desprende del fallo emitido por la Corte IDH, el Juez de Instrucción de Rosario del Tala expuso: “el tráfico de bebés no se halla tipificado en nuestro Código Penal pudiendo ser sancionado únicamente como un atentado al estado civil e identidad de las personas (esto último a partir de la sanción de la Ley [No.] 24.410), siempre y cuando, que los compradores los inscriban en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas como “hijos propios”, cambiando una filiación por otra (equivalente de suprimir)”. Por su parte, la Cámara en lo Criminal de Paraguay, al confirmar el archivo de las actuaciones, expuso “la reforma [del Código Penal introducida por la ley No. 24.410 que modificó los artículos discutidos en la investigación judicial] no tuvo como propósito la represión de actividades de quienes lucran con la venta o intermedian con la entrega de niños, con fines benévolos o humanitarios”.

⁹ Corte IDH. *Caso Forneron e Hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242 considerando 134, pp 41 y 42.

¹⁰ Fue aprobada por la República Argentina mediante la Ley 25.179.

La Convención sienta sus bases en la cooperación internacional entre los Estados parte para prevenir y sancionar el tráfico internacional de NNA. Así, los/las legisladores convencionales, al elaborar esta Convención, lograron advertir el rol central del DIPr para combatir este fenómeno: la cooperación internacional.

A los fines que los Estados puedan cumplir con ese rol, se ha incorporado un mecanismo de cooperación que no se reduce meramente a la labor de los tribunales. Es decir, por un lado se recepta el “reconocimiento de sentencias penales extranjeras, no solamente en cuanto a la condena por resarcimiento civil, sino en cuanto a la existencia del delito y la responsabilidad penal del delincuente”¹¹. Pero, por otro lado, se recepta también la labor de las Autoridades Centrales, las cuales deben “cumplir funciones de comunicación, colaboración y coordinación entre autoridades judiciales y administrativas de la República Argentina y similares de los Estados extranjeros a donde sean llevados los niños víctimas de delito o de donde provengan los niños que se encuentren en territorio argentino y hayan sido víctimas en el país o en el exterior de un acto de tráfico”¹².

Se valora la labor de los/las legisladores/as convencionales al formular la CIDIP V y especialmente se destaca la incorporación de la protección especial de los NNA víctimas. El Convenio no se centra únicamente en la sanción penal de quien comete estos delitos, sino en el interés superior de la víctima al incorporar entre sus objetivos “...asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor” (art. 1, inc. c).

No obstante, es preciso destacar que esta Convención prácticamente carece de aplicación práctica. En este sentido se ha aseverado que esta carencia de aplicación “se evidencia en la falta de jurisprudencia y en el poco tratamiento doctrinario en comparación con otros temas vinculados a la protección internacional de los niños”¹³. Ello abre la puerta a un nuevo interrogante: ¿cómo puede contribuir el DIPr a la lucha contra el tráfico internacional de NNA?

Una posible respuesta consiste en instar a los Estados tanto a difundir la existencia de la CIDIP V, como a capacitar a los/las operadores jurídicos y miembros de las Autoridades Centrales sobre su importancia y su correcta

¹¹ NAJURIETA, MARÍA SUSANA. “Cooperación jurisdiccional y la lucha contra el tráfico internacional de niños”, *Prudentia Iuris. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*, Volumen 58, Universidad Católica Argentina, 2004, pp. 63.

¹² NAJURIETA, MARÍA SUSANA. “Cooperación jurisdiccional y la lucha contra el tráfico internacional de niños”, *Prudentia Iuris. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*, Volumen 58, Universidad Católica Argentina, 2004, pp. 64.

Como corolario, la Dra. Najurieta plantea tres caminos de cooperación: “procesos interjurisdiccionales, reconocimiento simplificado de sentencias penales extranjeras y transferencia de competencias”.

¹³ SCOTTI, LUCIANA. “Tráfico Internacional de Niños”, Editorial Eudeba, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, pp. 91.

aplicación. También se debe alentar a los especialistas en la materia a continuar con el debate y la discusión sobre la aplicación práctica de la Convención a los fines de mejorar su funcionamiento.

Sin embargo, esta propuesta puede llevar tiempo en materializarse y lamentablemente los derechos de los NNA no pueden esperar. Es por ello, que debe recordarse que tras la reforma del Código Civil y Comercial de La Nación (en adelante, CCCN), los/las jueces/as argentinos/as tiene el deber de brindar amplia cooperación en materia civil, comercial y laboral “sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales” (art. 2611 CCCN). Esta cooperación es fundamental para localizar al NNA víctima de tráfico, para garantizar su retorno seguro a los fines de neutralizar los posibles riesgos que pudiera ocasionarse con el regreso al Estado de su residencia habitual y para adoptar medidas tendientes a protegerlo/a en aquel Estado, máxime cuando el NNA no puede retornar con su familia de origen, por diversas razones. A raíz de ello, es importante recordar que, los tribunales argentinos están obligados a dar cumplimiento a las medidas solicitadas por autoridades extranjeras, con la única excepción de que se vea afectado el orden público internacional de la República Argentina (art. 2612 CCCN). Esto implica que independientemente de la escasa aplicación práctica de la CIDIP V¹⁴, si un Estado (sea o no parte de la Convención) solicita cooperación en un supuesto de tráfico internacional de NNA el Tribunal debe cooperar. Una herramienta muy útil para efectivizar esta cooperación es la posibilidad de que los/as jueces/as argentinos/as entablen comunicaciones judiciales directas con sus pares en el extranjero (art. 2612 CCCN).

CONCLUSIONES

A 35 años de la obligación asumida por los Estados parte de la Convención de los Derechos del Niño de impedir el secuestro, la venta o el tráfico de niños puede afirmarse que queda aún mucho por hacer. Por su complejidad y su dimensión extraterritorial es sumamente necesario que la comunidad jurídica internacional redoble sus esfuerzos y tomen las medidas necesarias para combatir este flagelo.

El primer paso es aumentar la visibilidad de la problemática que todavía permanece oculta. No puede resolverse aquello que no se quiere ver. Consideramos que se debe continuar trabajando para quitar el foco de atención principalmente puesto en el victimario y continuar centrando el análisis en los/as NNA víctimas de tráfico internacional que ven vulnerados sus derechos. Debería recordarse que la “entrega de un niño o niña a cambio

¹⁴ En el año 2020 la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de la Plata en el caso O. O. R. L. y otro/a s. abrigo debió fallar sobre un caso en el cual se había denunciado la venta de niños. En resumidas cuentas, el caso concierne a un niño y a una niña que fueron trasladados por su madre desde la República de Paraguay. Posteriormente al traslado, vecinos de la localidad de San Roque González denunciaron ante el Consulado de Paraguay que la niña había sido vendida por su madre. Ante la prueba reunida, el Juez Federal, Dr. Kreplak, ordenó el allanamiento del lugar, el rescate del niño y la niña y su traslado a un hogar de niños/as. Para más información consultar: <https://fallos.diprargentina.com/2020/05/o-o-r-l-y-otro-a-s-abrigo.html>.

de remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra un niño o niña, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad”¹⁵.

Son los/las operadores/as jurídicos y los/las funcionarios/as del Estado en todos sus niveles y poderes quienes deben poner en el centro de la discusión este delito que afecta a miles de NNA. En primer lugar, es esencial considerar -y así nos ha ordenado la Corte IDH¹⁶- que el poder legislativo argentino debe impulsar y aprobar leyes que de manera expresa tipifiquen el delito de compra y venta de NNA cualquiera sea su forma y finalidad¹⁷.

En segundo lugar, desde el DIPr se debe difundir la CIDIP V y promover la capacitación de los y las operadores/as jurídicos de todo el territorio argentino sobre esta temática haciendo especial hincapié en los NNA víctimas del delito de tráfico, su interés superior y los derechos que ven vulnerados. Asimismo y, como parte fundamental de la capacitación, debe instarse no solamente a la difusión y aplicación práctica de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V), sino también en la utilización de los mecanismos de cooperación -tales como las comunicaciones judiciales directas- que se encuentran reguladas en el CCCN.

Asimismo, consideramos que deben elaborarse tanto a nivel interno como a nivel internacional programas de recolección de datos a los fines de contar con estadísticas certeras que permitan contrarrestar el tráfico y la trata internacional de NNA.

Finalmente, estimamos que es sumamente importante que los Estados tomen serias medidas para prevenir este tipo de delitos erradicando con políticas públicas las causas, tales como la extrema pobreza, los conflictos armados, la escasez de educación, entre otras, que tornan vulnerables a los NNA frente a la explotación. Asimismo, es importante crear a nivel institucional programas de apoyo emocional, psicológico y económico a NNA víctimas de tráfico infantil.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Forneron e Hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242 considerando 140, pp. 43.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 51. En el considerando 173 la Corte IDH ha ordenado al Estado argentino a “adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para prevenir y sancionar la venta de niñas y niños, de manera de cumplir sus obligaciones establecidas en la Convención Americana”.

¹⁷ A la fecha la Comisión de Reforma del Código Penal del año 2024 se encuentra trabajando en un proyecto de ley para incorporar al código penal el delito de compra y venta de NNA. Proyecto que ha adquirido mayor impulso tras el caso del niño “Loan” desaparecido en la Provincia de Corrientes que sacudió a todo el país. En suma, el 02/07/2024 las Comisiones de Familias, Niñez y Juventudes y Legislación Penal recibieron a expertos que debatieron sobre los proyectos que modifican el Código Penal para incluir una tipificación de la compra y venta de niñas, niños y adolescentes. Para más información visitar: <https://www.diputados.gob.ar/prensa/noticia/EXPERTOS-EXPUSIERON-SOBRE-PROYECTOS-QUE-TIPIFICAN-LA-COMPRA-Y-VENTA-DE-NINOS-EN-EL-CODIGO-PENAL/>.

**DERECHO A LA IDENTIDAD: CÓMO EL DEBER DE RECONOCER LAS
TRIPLES FILIACIONES INTERNACIONALES REPRESENTA LA
PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES**

Por Florencia Magalí Arias Cádiz¹

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

Luego de un análisis pormenorizado del artículo 2634 del Código Civil y Comercial de la Nación (de aquí en adelante CCyCN) en torno al reconocimiento de las filiaciones constituidas al amparo del derecho extranjero, se propone la siguiente interpretación: el deber de reconocimiento que surge de la mencionada norma importa incorporar al ordenamiento jurídico argentino las triples filiaciones que provengan de un ordenamiento extranjero siempre que eso redunde en el interés superior del niño (de aquí en adelante ISN) de cuyos vínculos filiales se trate. Ello debido a que la estabilidad del estado de familia, es decir, mantener intactos los vínculos familiares, hace al respeto del derecho fundamental a la identidad de los niño, niña o adolescente (de aquí en adelante NNyA).

INTRODUCCIÓN

Con un enfoque puesto en los NNyA y con en la interconexión entre los vínculos familiares y el derecho a la identidad es que se propondrá la necesidad de la permanencia del estado de familia mediante el reconocimiento de la triple filiación cuando este implique el interés superior del niño en cuestión y el respeto de su derecho a la identidad. Por esto, se torna necesario estudiar cuál es la respuesta que otorga el Derecho Internacional Privado (de aquí en adelante DIPr) argentino respecto de aquellos emplazamientos filiales triples que tiene origen en un Estado extranjero. ¿Es receptivo el sistema argentino con respecto a este cambio?

En este sentido es menester el estudio de la normativa del sistema de DIPr argentino en materia de reconocimiento de filiaciones extranjeras y la injerencia de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos que ha suscrito Argentina, así como también la regulación de fuente interna que estableció el legislador argentino. En este análisis se abordarán los conceptos de orden público internacional y de orden público interno para dar cuenta de cuál es la limitación que impone el legislador respecto del mencionado reconocimiento.

FUNDAMENTOS

1. Nociones iniciales: (no tan) nueva conformación de la familia

¹ Alumna de la carrera de Abogacía en la Universidad de Buenos Aires. Ayudante Alumna de la materia de Derecho Internacional Privado.

Para comenzar resulta necesario delimitar la temática a tratar. Producto de la libertad y del derecho a planificar y organizar la vida familiar es que es posible aseverar que no existe un único tipo de familia. En este contexto es que una pluralidad de conformaciones familiares coexiste en la actualidad, desde hogares monoparentales hasta progenitores del mismo sexo. El enfoque de entre trabajo vendrá dado por aquellos casos donde se ha constituido en el extranjero emplazamientos de NNyA respecto a tres progenitores. Estos proyectos familiares pueden ser desde su origen triales o tener una conformación derivada producto de la socioafectividad². A modo de ejemplos, aunque resulte escasamente abarcativo de la multiplicidad de realidades que existen, se pueden pensar en casos donde, fruto de una muy breve relación, un hombre y una mujer tienen una hija, que es reconocida por la pareja de la ella. Frente a la duda de la paternidad, deciden realizar un estudio genético que confirma el vínculo filial entre la niña y el hombre de la primera relación de la mujer. Ante el pedido de impugnación del emplazamiento del padre reconociente que realiza el padre biológico, la pareja solicita la constitución de una triple filiación con fundamento en el vínculo socioafectivo estrecho entre la niña y quien había realizado el reconocimiento³. Por otro lado, podría darse un caso de un nacimiento por técnicas de reproducción humana asistida en que la persona que aportó el material genético, quien no forma parte de la pareja que tenía la voluntad procreacional inicial, se vincula con el NNyA y, por ende, deviene en el emplazamiento de los tres progenitores.

1. Protección del derecho a la identidad de los NNyA: el DIPr como vehículo de garantía de derechos fundamentales

Garantizar el derecho a la identidad de los NNyA, en tanto derecho fundamental, implica la ineludible incorporación de una perspectiva en Derechos Humanos. En este sentido, la transversalidad de este enfoque, que a lo largo de las últimas décadas ha tenido lugar en todas las ramas del derecho, representa un aporte esencial a la presente temática.⁴ En tanto disciplina autónoma, los institutos, herramientas, mecanismos y procedimientos DIPr deben encontrarse en concordancia y tender a la protección y respeto de los derechos fundamentales de todas las personas, en

² Ministerio Público de la Defensa. (2022). *La triple filiación en la jurisprudencia argentina*. Boletín de jurisprudencia, p. 4. Disponible en: <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/bitstream/123456789/4085/1/2022.12.%20La%20triple%20filiaci%C3%B3n%20en%20la%20jurisprudencia%20argentina.pdf>.

³ Ibidem, p. 16. Tribunal de Familia de Séptima Nominación de Rosario. “GMM”. Causa N° 21-11374982-9. 19/8/2022.

⁴ En tal sentido sostiene Adriana Dreyzin Klor: “El proceso que viene desarrollándose en orden a la constitucionalización de los derechos humanos desde el siglo XIX hasta la actualidad, se refleja en la notable transformación de los sistemas jurídicos, pudiendo aseverar que son el sustento o fundamento esencial de todo orden jurídico y político”. DREYZIN KLOR, ADRIANA (2012). *Derechos humanos, derecho internacional privado y activismo judicial*. Agenda Internacional, 19(30), 119-138. <https://doi.org/10.18800/agenda.201201.007>, p. 6.

general, y de los NNyA en particular. Es aquí donde pueden pensarse los casos como el presente en los que un cambio de paradigma y de concepción de los institutos existentes, como la filiación, despiertan el análisis de cómo debe ser el proceder del aparato jurídico con sus normas de resolución de casos iusprivatista internacionales. Se ha sostenido que “Una característica de nuestro tiempo es el impacto de los derechos humanos en el derecho internacional privado de la niñez, que ha inspirado las nuevas disposiciones (...)”⁵.

Tratándose del derecho a la identidad de los NNyA como derecho humano, surge la obligación internacional concreta de su protección de la Convención de los Derechos del Niño⁶, (de aquí en adelante CDN) y toda vez que “Los derechos establecidos en los arts. 7.1 y 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño hacen a la dignidad de la persona y están directamente involucrados en el establecimiento y reconocimiento de la filiación (...)”⁷. En lo que a la presente ponencia respecta, el foco se encontrará puesto en los vínculos familiares, que junto a otros derechos como tener un nombre, una nacionalidad, entre otros⁸, construye la identidad de los NNyA. Entonces, la identidad, que nuclea otros derechos, particularmente el relativo a que los NNyA tengan el emplazamiento filial que haga a su interés superior y a que se garantice su estabilidad, puede, en consecuencia, encontrarse vulnerada por la falta de reconocimiento de sus relaciones familiares con sus progenitores materializadas en un emplazamiento⁹.

2. El reconocimiento de la filiación otorgada en el extranjero en la regulación del CCyCN.

Atendido ya el fundamento de fuente internacional, corresponde el estudio de las disposiciones de DIPr de fuente interna. En la sección quinta,

⁵ NAJURIETA, MARÍA SUSANA (2016) *Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación*. Derecho Internacional Privado. Revista Jurídica de Buenos Aires. Año 41, número 93. 135-162, p. 135.

⁶ Artículo 8.- 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

⁷ NAJURIETA, MARÍA SUSANA (2016) *Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación*. Derecho Internacional Privado. Revista Jurídica de Buenos Aires. Año 41, número 93. 135-162, p. 140.

⁸ Ministerio Público de la Defensa. (2022). *La triple filiación en la jurisprudencia argentina*. Boletín de jurisprudencia, p. 11 (Juzgado de Familia de Luján de Cuyo. “FANR”. CAUSA N° 717/2020. 7/9/2022).

⁹ En este sentido, la Dra. Najurieta afirma que “Cuando un estado de familia existe y tiene realidad según un ordenamiento jurídico, la frustración de reconocimiento afecta los derechos fundamentales del niño”. NAJURIETA, MARÍA SUSANA (2016) *Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación*. Derecho Internacional Privado. Revista Jurídica de Buenos Aires. Año 41, número 93. 135-162, p. 162.

del capítulo tercero, del libro sexto se han introducido normas relativas a la filiación internacional¹⁰. Resulta menester, en relación con el tema de estudio de este trabajo, tomar especialmente en cuenta lo dispuesto en el artículo 2634 debido a que tanto el artículo 2631 como el 2632 regulan jurisdicción y derecho aplicable en torno al establecimiento y la impugnación de la filiación, mientras que el 2633 versa acerca del acto de reconocimientos de los hijos. Toda vez que lo que se encuentra en análisis aquí es la forma en la que se incorpora una situación jurídica correctamente constituida en el extranjero (triples filiaciones extranjeras), el instituto que operaría es el reconocimiento.

Al respecto, la referida normativa establece: Artículo 2634.- “Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el ISN. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño”.

La norma emplea el método reconocimiento, cuyo objetivo es “es garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio”¹¹, es la herramienta y/o procedimiento que no tiene como fin la creación de una situación jurídica como ocurriría con el caso de la determinación de una filiación, sino que se trata insertar una situación jurídica cuyo origen se desarrolló al amparo del derecho extranjero, para que de esta forma despliegue efectos en el foro¹². Es decir que mediante reconocimiento y entendiéndolo como motor de respeto y garantía de los derechos, se logrará que los desplazamientos transfronterizos no resulten en un detrimento de los derechos esenciales, sino que se garantizará la estabilidad de las relaciones, vínculos y situaciones de orden privado a través de los diferentes Estados.

Al tener esto en consideración, junto a la letra del mencionado artículo, se establece como principio general el deber de reconocimiento de los emplazamientos filiales constituidos de acuerdo con el derecho extranjero. Este principio no resulta irrestricto, sino que de la misma norma surgen las condiciones que debe cumplir.

¹⁰ Artículos 2361 a 2364 del CCyCN.

¹¹ SCOTTI, LUCIANA (2020). *El reconocimiento de situaciones familiares transfronterizas en el Derecho Internacional Privado*. Revista de la Facultad, Vol. XI, N° 1. NUEVA SERIE II. 105-132, p. 108.

¹² RUBAJA, NIEVE (2017). *Las disposiciones de Derecho Internacional Privado del nuevo Código Civil y Comercial sobre la triple fuente de filiación: por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción*. Revista Código Civil y Comercial, núm. 63, p. 4.

En consecuencia, deberá, en un comienzo, estarse en favor del emplazamiento, sin que esto resulte en la invisibilización de los parámetros limitativos que se tienen que respetar a frente a una situación de solicitud de reconocimiento. Como sostiene Scotti, L.: “El reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero debe estar guiado por el favor filiatonis, es decir, siempre corresponde inclinarse a favor de dicho emplazamiento”¹³.

3. Límite al reconocimiento de la triple filiación

3.1. Orden público vs. orden público internacional: nociones iniciales

La directiva limitante que surge de la norma en análisis es el único parámetro que permitiría negar el reconocimiento de una triple filiación proveniente del extranjero por esto merece una precisa delimitación. El artículo 2634 se da una clara derivación al artículo 2600¹⁴ del CCyCN ya que establece como límite para el reconocimiento que el emplazamiento extranjero sea compatible con el orden público argentino.

El orden público Internacional (de aquí en adelante OPI) se compone de todos aquellos principios fundamentales de diversa índole (cultural, social, religiosa, moral y jurídica) de una sociedad que resultan en el basamento del sistema jurídico en un momento y lugar específicos; a diferencia de lo que ocurre orden público interno argentino que se compone por normas e indisponibles para las partes de una situación privada nacional, que en consecuencia limitan su autonomía de la voluntad.

Al realizar un análisis de OPI, resulta menester mencionar sus principios. Como surge del leading case de Jorge Vicente Solá¹⁵, estos son la variabilidad, la concreción y la actualidad. El primero refiere a que el OPI no es inmutable y estanco, sino que en tanto las sociedades cambian, así lo hacen sus valores fundamentales que inspiran sus ordenamientos jurídicos. La concreción implica analizar la compatibilidad de los principios con el caso concreto en cuestión. Finalmente, el principio de actualidad es decir cómo se encuentra el estado de cosas y la recepción y evolución del principio en la actualidad en que se analiza.

Con respecto al reconocimiento de los emplazamientos filiales extranjeros, es del mismo artículo 2634 que surge la indicación acerca de que el OPI deberá tener particular énfasis en aquellos principios que refieren a la prioritaria consideración del ISN.

¹³ SCOTTI, LUCIANA (2015). *La filiación internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina*. Revista Ars Iuris Salmanticensis (AIS), Revista europea e iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología, Volumen 3, Número 1, pp. 77 – 104, p. 85.

¹⁴ ARTICULO 2600.- “Orden público. 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”.

¹⁵ CSJN, 12 de noviembre de 1996, “Solá, Jorge Vicente s/ sucesión ab intestato”.

3.2. Límite a la triple filiación: ¿OPI u orden público?

En lo que respecta a emplazamientos de filiación el orden público argentino se compone por la prohibición según la cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales, plasmado en el CCyCN en los artículos 558 y 578¹⁶. La naturaleza imperativa de esto podría llevar a cuestionar el reconocimiento de un decisorio extranjero que no cumpla con el binarismo filial. Sin embargo, es imprescindible tener presente que aquello que limita la labor de reconocimiento son aquellos principios inalienables de la sociedad argentina, que son lo que integran el OPI. Un conjunto de principios que, a pesar de que pueda tener contenido similar al Orden Público interno dependiendo de la situación de la que se trate, representa un orden de cosas diferente.

Por otro lado, respecto al contenido del OPI en materia de filiación, este además se compone, de acuerdo con Scotti, L.¹⁷, por los principios emanados de instrumentos internacionales que conforman el bloque constitucional argentino. En particular, la ya mencionada CDN, concretamente en lo que a este trabajo respecta, el artículo octavo que protege el derecho a la identidad y le impone deberes a los Estados parte. Es decir que al momento de analizar desde la perspectiva de DIPr en estos casos se debe tener en cuenta la obligación del Estado argentino de ser garante de los derechos reconocidos en ese instrumento. Por esto, al aplicar el artículo 2634 y analizar cuál es el contenido del OPI este debe encontrarse abarcado por los derechos fundamentales de los sujetos que se encuentran solicitando el reconocimiento¹⁸. Este mandato surge del mismo artículo donde se establece que el contenido de esos valores que inspiran el ordenamiento jurídico se circunscriben al ISN. Como sostiene Rubaja, N: “(...) el control que se efectúe para insertar el emplazamiento filial constituido en el extranjero deberá limitarse y responder al interés superior del niño de que se trate”¹⁹.

¹⁶ ARTICULO 558.- “Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

ARTICULO 578.- “Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial. Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación”.

¹⁷ SCOTTI, LUCIANA (2020). *El reconocimiento de situaciones familiares transfronterizas en el Derecho Internacional Privado*. Revista de la Facultad, Vol. XI, N° 1. NUEVA SERIE II. 105-132.

¹⁸ Con un análisis en profundidad de esta cuestión, Scotti, L. sostiene que “(...) principios fundamentales están representados, a nuestro criterio, exclusivamente por las garantías y derechos humanos de los niños, los sujetos más vulnerables en nuestra sociedad posmoderna e intercultural, que requieren, por ello, de una esmerada protección jurídica”. SCOTTI, LUCIANA. (2015). *La filiación internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina*. Revista Ars Iuris Salmanticensis (AIS), Revista europea e iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología, Volumen 3, Número 1. pp. 77 – 104.

¹⁹ RUBAJA, NIEVE (2017). *Las disposiciones de Derecho Internacional Privado del nuevo Código Civil y Comercial sobre la triple fuente de filiación: por naturaleza, por técnicas de*

3.3. Contenido del OPI: ¿argentina admite la triple filiación?

El estudio de compatibilidad que debe realizarse requiere ser, en el caso de las filiaciones extranjeras respecto de NNyA, en un marco más acotado ya que versará únicamente sobre aquellos parámetros esenciales que hagan al respeto de la dignidad de la persona, los derechos humanos y al ISN en materia filiatoria. Por esto, en respeto al principio de concreción, deberán tenerse en cuenta los principios que incidan sobre las circunstancias particulares de los sujetos en cuestión, es decir si la triple filiación constituida en el extranjero responde al interés superior de ese NNyA en particular.

Una vez definido qué se entiende por OPI, surge la interrogante: ¿en la actualidad existen valores troncales y esenciales de la sociedad argentina que se vulneran con el reconocimiento de una triple filiación extranjera o este tipo de emplazamiento resulta pasible de reconocimiento? Para poder responder, resulta necesario recurrir a otros parámetros para comprobarlo. Para esto, teniendo en cuenta que una sentencia judicial es una de las formas más concretas de cristalización del derecho puesto que es el contacto de la letra estanca con sujetos, circunstancias y momentos concretos, se recurrirá a estos instrumentos. En este sentido, se debe mencionar que, de acuerdo con un informe del Ministerio Público de la Defensa del año 2022, en nuestro país han tenido lugar un total de 29 sentencias de triple filiación²⁰, que a pesar de no contar con elementos que objetivamente internacionalicen el caso, permiten vislumbrar, con criterio de actualidad, un valor del OPI de la comunidad argentina respecto de la triple filiación y el mandato del binarismo filial.

Dentro de las mencionadas sentencias, un total de veinticuatro han tenido un resultado en favor de otorgar una triple filiación con únicamente tres casos resultando en la negativa, mientras que los dos restantes han dirimido cuestiones relativas únicamente a la competencia de los tribunales intervinientes²¹.

Dentro de las decisiones que han determinado el emplazamiento filial triple, las argumentaciones han sido variadas puesto que la multiplicidad de casos incluye las tres fuentes de la filiación. Un factor que sí ha sido transversal a numerosos decisorios ha sido la declaración de inconstitucionalidad y/o inconvencionalidad²² del último párrafo del artículo 558 y 578 del CCyCN donde se establece la prohibición de más de dos

reproducción humana asistida y por adopción. Revista Código Civil y Comercial, núm. 63, p. 5.

²⁰ Ministerio Público de la Defensa. (2022). *La triple filiación en la jurisprudencia argentina*. Boletín de jurisprudencia, p. 4.

²¹ *Idem*.

²² Algunos de los ejemplos son Juzgado de Familia de Lujan de Cuyo. “FANR”. CAUSA N° 717/2020. 7/9/2022; Juzgado de Familia N° 2 de Río Gallegos. “CCA”. 17/12/2021; Juzgado en lo Civil de Familia y Sucesiones de 5° Nominación de Tucumán, “GJM”. Causa N° 2409/2020. 4/6/2021. Para más información al respecto se recomienda la lectura del Boletín de jurisprudencia de diciembre de 2022 del Ministerio Público de la Defensa “*La triple filiación en la jurisprudencia argentina*”, donde se realiza una recopilación precisa de los casos que versan sobre triple filiación.

vínculos filiales. Esto implica que incluso el mandato prohibitivo que reviste la forma de norma imperativa ya ha comenzado a no tener asidero en la mayoría de los casos donde se busca el emplazamiento de NNyA con tres progenitores.

Es decir que respetando la variabilidad de los principios fundamentales del ordenamiento argentino y realizando el control del límite al reconocimiento de las filiaciones internacionales se logra dar cuenta de que el sistema jurídico argentino en general es receptivo de los emplazamientos filiales constituidos respecto a tres progenitores, por lo que su reconocimiento no vulnera los principio del OPI.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta el avance cultural y social que ha tenido el concepto de familia y que en la dimensión jurídica no cuenta con un contenido unívoco en pos de la no discriminación es dable afirmar que el derecho debe dar cuenta de esto, particularmente aquellos vínculos filiales triples que sean reconocidos por una autoridad o acto extranjero. Además, los vínculos familiares representan un elemento intrínseco del derecho a la identidad de los NNyA. Por ende, esta circunstancia debe ser acompañada por los mecanismos del DIPr, que en este caso es el reconocimiento de las filiaciones extranjeras emanado, en el ordenamiento jurídico argentino, del artículo 2634. Esta figura o mecanismo debe ser interpretado por las autoridades del foro a quienes se les solicite dicho reconocimiento de manera amplia y receptiva de esa forma de vinculación familiar toda vez que no encuentra una incompatibilidad en términos de valores fundamentales con el sistema argentino. Los principios fundamentales argentinos en materia de niñez, es decir aquellos que integran el orden público internacional y que surgen esencialmente de la CDN, protegen los derechos de los NNyA. Sumado a esto, la jurisprudencia argentina da cuenta de un cambio de paradigma (y, por ende, de evolución en el contenido del OPI) receptivo de la existencia de tres vínculos filiales para un NNyA. Por esto y con el objetivo de preservar y respetar el derecho a la identidad de NNyA, que a su vez está inescindiblemente relacionado a otros derechos como la estabilidad en el emplazamiento filiatorio, el respeto por el ISN y la dignidad humana, es que siempre que sea una manifestación de su interés superior, debería, de forma irrestricta, operar el reconocimiento de triple filiación extranjera.

INCONGRUENCIAS PROCESALES E INCUMPLIMIENTO TEMPORAL EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL QUE PONEN EN PELIGRO EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ

Por Candela Denise de Oliveira¹

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

La escasa legislación en materia procedimental y la dificultad de arribar a consensos en el derecho local sobre la sustanciación de los procesos de Restitución Internacional en nuestro país, origina que la jurisdicción tanto desde el ámbito administrativo como judicial utilicen diferentes vías procesales, generando demoras temporales, incertidumbre e inseguridad jurídica colisionando con la efectiva protección del Interés Superior de la Niñez al cual el Estado argentino se ha obligado a garantizar y resguardar internacionalmente. Siendo pasible de adjudicación de responsabilidad internacional ante el incumplimiento.

INTRODUCCIÓN

En la presente ponencia, el eje central bajo análisis estará dado por una valoración desde el Derecho Internacional Privado argentino a la importancia del accionar institucional efectivo en los procesos de restitución internacional y su analógica incidencia en el interés superior de la niñez, el cual se ha visto afectado por las demoras temporales de la judicatura.

La autonomía del derecho internacional privado en razón de los niños, niñas y adolescentes se asienta en las exigencias impuestas por el respeto a los derechos fundamentales de los mismos, garantizados constitucional e internacionalmente, englobándose en el principio del “interés superior del menor” o más acorde a los paradigmas actuales como el “Interés Superior de la Niñez”. Aún actualmente, este principio sigue siendo un término vago que a pesar de la existencia de parámetros para su observancia, su concreción epistemológica y jurídica se determina por la interpretación efectuada por parte de los operadores jurídicos en cada caso en particular.

La protección del Interés Superior de la Niñez, como principio jurídico medular que debe ser garantizado durante toda la sustanciación del proceso, es un mandamiento de derecho internacional plasmado en instrumentos internacionales específicos en la materia como lo es la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, como también plasmado en nuestro ordenamiento interno con la directriz dada por el artículo 2642 del Código Civil y Comercial de la Nación. Siendo pilar de esta estructura jurídica la Convención sobre Derechos del Niño.

¹ Abogada graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante alumna de Derecho Internacional Privado, cátedra de la Dra. Luciana B. Scotti (Facultad de Derecho, UBA).

Es por ello que, las demoras del proceso y el incumplimiento del plazo fijado por la Convención de La Haya de 1980 especial en la materia, en el restablecimiento de la situación, es decir, el retorno seguro del menor al Estado de su residencia habitual o centro de vida del cual fue ilícitamente sustraído incide sustancialmente en la vulneración del interés superior de los NNA, desnaturalizando el proceso de restitución internacional y su finalidad, la efectiva protección del interés superior de la niñez.

1. Las demoras temporales en los procesos de restitución internacional y su peligrosa incidencia en la consolidación de situaciones ilícitas de hecho

Los procesos de restitución internacional lamentablemente se ven inmersos en dilataciones temporales e incluso aún con sentencias judiciales favorables a la solicitud de restitución, en las que se demanda el inmediato traslado del NNA, ellas no logran ser ejecutadas en un tiempo real y urgente a la naturaleza de la pretensión.

Desde la jurisprudencia argentina fuimos testigos cómo estos procesos pueden estar sujetos a todo tipo de pruebas, tramitación de incidentes, recusaciones, apelaciones, hasta inclusive recursos extraordinarios, transcurriendo en muchos casos meses o años, teniéndose en cuenta además que llegado el caso de una sentencia favorable, la misma deberá ser ejecutada bajo las observancias de las circunstancias particulares, como lo es una efectiva revinculación y aquellas medidas cautelares que se impongan a fin de darse su cumplimiento en el lugar de centro de vida.

Desde los instrumentos internacionales a los que ha quedado jurídicamente vinculada nuestra república, han sido determinantes en cuanto a la certeza e importancia en garantizar plazos prudenciales y ágiles de tramitaciones para una efectiva protección de los derechos de los niños, niñas y/o adolescentes involucrados².

En el caso de la restitución internacional, se ha mantenido a lo largo del tiempo la inquietud en el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por medio de un instrumento internacional y el principio del interés superior del niño, niña y/o adolescente individual y particularmente considerado. Obligando a los Estados a la constante búsqueda de instruir procedimientos jurisdiccionales rápidos y expeditos a fin de evitar

² Convención de la Haya de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Artículo 2. “Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.”.

Artículo 11. “Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores [...]”.

Artículo 12. “...la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor [...]”.

los efectos no deseados que habitualmente se producen en estos casos con la dilación en el tiempo y el temible arraigo del niño por vías de hecho ya que en muchos casos la perduración en el tiempo significa un cambio de vida para el NNyA involucrado y que posteriormente ante la comprobación del accionar ilícito, se deberá efectuar un nuevo desarraigo, produciéndose la frustración de la finalidad y el objeto de los tratados/convenios de restitución.

Si bien, jurisprudencialmente se ha determinado que no puede alegarse, como defensa ante una sustracción y desplazamiento ilícito, la integración del menor a un nuevo centro de vida, por la permanencia temporal en el país requerido. Ya que se ha dejado claro en cuanto a el centro de vida del niño, niña o adolescente, no puede adquirirse por medio de un acto ilícito, evitándose de esta manera “premiar”, convalidando las consecuencias de ese traslado o retención ilícita por parte de la persona sustractora, esta nueva permanencia sociocultural afecta indudablemente el desarrollo de su pensamiento crítico y opinión que posteriormente se deberá tener en cuenta, como una posible negativa a lo solicitado, evaluándose su capacidad progresiva como un derecho fundamental.

Pero aun cuando el proceso pueda tramitar por vías “expeditas” reguladas internamente en la legislación procesal de nuestro país, su sustanciación se ve inmersa en largos plazos procesales que desnaturalizan el mismo.

Por ello, la restitución internacional, exige de mecanismos simplificados contando con una aplicación administrativa y judicial ágil y de fácil acceso. Es evidente que la rapidez a emplearse en el accionar jurisdiccional decantara la efectividad de la protección tutelar del Interés Superior de la Niñez.

Entendiéndose que lo solicitado es una tutela especial en favor de los derechos humanos de los NNyA requiere de un tratamiento diferenciado, expeditivo y a su vez respetuoso de las garantías del debido proceso adjetivo, situándose como un mecanismo de carácter urgente que demanda un comprometido accionar de nuestro derecho procesal.

Empero en un Estado federal como el nuestro, donde cada Provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conservan las facultades legislativas en materia procesal la problemática legislativa se acrecienta. Y ante un desfasaje legislativo procesal y poca certeza jurisdiccional, un supuesto de sustracción ilegal, se convalida la conducta ilícita del sustractor en perjuicio del Interés Superior del NNyA involucrado.

Es por ello que la prolongación en el tiempo durante la sustanciación del proceso de restitución genera un alto grado de incertidumbre para todos los protagonistas, al no existir de manera orgánica y homogénea un procedimiento interno específico para la restitución internacional de menores, en el que se manifieste un equilibrio entre la urgencia, la garantía del debido proceso y de defensa en juicio de manera efectiva.

Por lo tanto, ante las encrucijadas estructurales de un sistema deficiente, ¿es posible una solución?

CONCLUSIONES

Aunque a lo largo de la Argentina hay jurisdicciones que han legislado de manera procedimental la sustanciación de este proceso y se ha avanzado en la evaluación de diferentes proyectos normativos e implementación de leyes modelo. Nuestro país en gran medida presenta un vacío normativo en materia procedimental el cual origina que la judicatura utilice diferentes vías procesales, generando inestabilidad e inseguridad jurídica, reflejándose en un desfase temporal incongruente con la intervención de manera urgente que amerita la situación, siendo una deficiencia estructural preocupante.

Por ello se ve necesario avanzar con leyes procesales de manera local que contemplen medidas precisas para efectivizar la celeridad requerida por los convenios internacionales.

Ya que no es posible dar cumplimiento a lo ratificado por medio de tales instrumentos a los que jurídicamente se obligó nuestra República, sin contar con una legislación procesal y un cambio estructural en la materia en nuestro ordenamiento interno, para que de manera integral guíe y simplifique el accionar de los funcionarios públicos actuantes, garantizando una efectiva concreción del procedimiento y donde el principio del Interés Superior de la Niñez se encuentre plenamente resguardado.

Pero hasta tanto no puedan ser arribados consensos legislativos federales en materia procedimental de manera uniforme en todo lo largo y ancho del país, los procesos de restitución internacional se ven inmersos en las desmesuras temporarias de un sistema jurisdiccional con grandes carencias estructurales que vulnera la naturaleza jurídica de la restitución, la protección efectiva del Interés Superior de la Niñez.

EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: UN ANÁLISIS DESDE LA MIRADA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por María Daniela Díaz¹

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

¿Es posible garantizar en forma segura el derecho al contacto transfronterizo en contextos de violencia de género? Este es el interrogante que ha constituido el eje central del presente trabajo.

Ante una clara escasez normativa que se pronuncie en forma expresa en estos supuestos, y frente a las particularidades que complejizan el cumplimiento efectivo de este derecho, es posible concluir que los operadores de la justicia deberán aprovechar todos los recursos a su alcance para lograr la solución más justa. Entre estos recursos se incluyen: las perspectivas ofrecidas por el derecho comparado, la interpretación analógica de figuras con mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial, y el dinamismo y flexibilidad característicos del concepto del interés superior del niño.

INTRODUCCIÓN

La facultad del niño separado de uno o de ambos progenitores a mantener el contacto es un derecho que se encuentra receptado tanto en convenios internacionales como en el derecho doméstico argentino. Si bien fijar un régimen de comunicación no resulta sencillo en circunstancias ordinarias, esta tarea se complejiza aún más frente a un contexto de violencia de género. Cabe preguntarse entonces qué sucedería si a este difícil escenario le sumamos el elemento de la internacionalidad, esto es, cuando el niño, niña o adolescente (en adelante “NNyA”) se encuentra localizado en un Estado diferente del progenitor del que se pretende constituir un régimen.

El objetivo del presente trabajo es analizar el derecho al contacto transfronterizo y la posibilidad de fijar un régimen de comunicación con aquel progenitor que perpetró o perpetra violencia de género. ¿Es posible afirmar que la violencia entre progenitores no afecta directamente a los hijos? ¿Resultaría contrario al interés superior del niño en los términos del art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante “CND”)? ¿Es factible establecer condiciones adecuadas para lograr que el NNyA mantenga relaciones personales con ambos progenitores mientras simultáneamente se garantice su seguridad y la de sus padres?

FUNDAMENTOS

¹ Abogada en la Universidad de Buenos Aires; ayudante en la materia Derecho Internacional Privado, Cátedra de la Dra. Luciana Scotti. Correo electrónico de contacto: mdanieladiaz5@gmail.com.

1. El derecho al contacto en los supuestos de relocalización internacional

Cuando nos referimos al término “contacto”, el mismo suele utilizarse en forma amplia para referir a las distintas formas en las que un padre o madre que no dispone de la custodia de un NNyA mantiene relaciones personales con este y viceversa². Este derecho, que es su vez un deber para el adulto, constituye uno de los aspectos fundamentales que hacen a la responsabilidad parental³, motivo por el cual toda restricción o suspensión del mismo debe estar motivada por una justa causa.

En ese sentido, la CDN dispone que “los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. En la misma línea, los artículos 21 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 y el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 disponen que este derecho “comprende garantizar el derecho de los niños, niñas y/o adolescentes a mantener relaciones personales y un contacto regular con quienes ostentan su cuidado personal (...), a menos que se determine que dicho contacto podría ser contrario a los intereses de los niños, niñas y adolescentes, en los casos en los cuales vivan en distintos Estados⁴”.

Ahora bien, no resulta ajeno a nosotros el hecho de que, producto de la globalización, los procesos de integración regional y el aumento del flujo migratorio, entre otros factores, cada vez emergen más modelos de familia que conviven y divergen entre sí. Es por ello que no es extraño que se inicien uniones, ya sea matrimoniales o extramatrimoniales, entre personas que tienen contacto con diversos territorios y que, al momento de finalizar dichas relaciones, subsista un vínculo producto de la existencia de hijos en común⁵. Por dicha razón, tal como mencionan los Convenios de la Haya, resulta relevante destacar que el derecho al contacto deberá respetarse también en aquellos casos en que los padres vivan en distintos países, con las complejidades y desafíos que ello trae aparejado.

1. Marco convencional: los Convenios de La Haya y la Guía de Buenas Prácticas

² FLORES RÍOS & BENAVIDES SANTOS, “Importancia de mantener el contacto personal entre el niño y el progenitor desplazado durante el proceso de restitución internacional de niños”, p. 239.

³ SOLARI, NÉSTOR ELISEO, *Derecho de las Familias*, p. 664.

⁴ Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes y Contacto Transfronterizo | Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Cancillería Argentina. Recuperado en: <https://www.cancilleria.gob.ar/es/asistencia-juridica-internacional/menores> el 18/07/2024.

⁵ SCOTTI, LUCIANA B. *Manual de Derecho Internacional Privado*, p. 229.

A nivel internacional, existen dos convenios fundamentales para la protección y garantía del cumplimiento de los regímenes de comunicación transfronterizos: 1) El Convenio de La Haya de 25/10/1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante “Convenio de 1980”) y 2) El Convenio de La Haya de 19/10/1996 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 (en adelante “Convenio de 1996”), este último aún no vigente en la Argentina. Asimismo, la Conferencia de La Haya publicó en el año 2009 una Guía de Buenas Prácticas referidas al “Contacto transfronterizo relativo a los niños”, la cual resulta sumamente valiosa a la hora de la ejecución frente a incumplimientos. La misma, pese a no tener carácter vinculante para los Estados (*soft law*), complementa ambos Convenios⁶.

Ya en su prólogo, el Convenio de 1980 resalta como uno de sus objetivos centrales asegurar la protección del derecho de visita. Este derecho será enumerado a lo largo de su articulado en reiteradas oportunidades, llegando incluso a brindarse una definición expresa en el inciso b) de su artículo quinto⁷. El artículo 21, sin dudas el más relevante al objeto de estudio que nos ocupa, establece que las solicitudes para el ejercicio del derecho de visita podrán presentarse ante las Autoridades Centrales de los Estados Contratantes, las cuales están obligadas a cooperar para garantizar el ejercicio pacífico de este derecho, eliminando obstáculos y, de ser necesario, iniciando procedimientos o facilitando su inicio para asegurar el cumplimiento de los términos establecidos⁸.

El Convenio de 1996, por su parte, enuncia dentro de sus objetivos la determinación de la jurisdicción competente y el derecho aplicable en materia de responsabilidad parental. En su artículo 3, asimismo, prevé que dicha responsabilidad abarca, entre otros, el derecho de visita. Adicionalmente, el artículo 35 establece en sus tres incisos diversas facultades que tendrán las autoridades competentes del Estado contratante a los fines de asegurar el derecho de visita⁹.

Por último, la Guía de Buenas Prácticas, publicada en el año 2009, tiene por objeto brindar un modelo o patrón general para construir un sistema internacional de cooperación y así asegurar el respeto efectivo del derecho a mantener el contacto¹⁰, fomentando la promoción de acuerdos entre padres y otros titulares de la responsabilidad parental.

⁶ Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes y Contacto Transfronterizo...Op. Cit.

⁷ Artículo 5 inc) b: el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

⁸ Convenio de la Haya de 25 de Octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, art. 21.

⁹ Convenio de La Haya de 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, art. 35.

¹⁰ FLORES RÍOS & BENAVIDES SANTOS, “Importancia de mantener el contacto personal...” Op. Cit. p. 239.

2. Violencia de género y el riesgo de la retención ilícita

Tanto la CDN como el Convenio de 1980 disponen como principio general que deberán adoptarse todas las medidas posibles para asegurar el derecho de los niños a mantener relaciones personales y un contacto regular con sus padres, salvo que se determine que dicho contacto podría ser contrario al interés superior de los niños. A su vez, la CDN determina en su art. 10 que “el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres¹¹”

Ahora bien, resulta claro que esta excepción quedará configurada en aquellos supuestos en los que uno de los progenitores ejerza cualquier modalidad de violencia para con el hijo. No obstante, la solución no será tan evidente ante un contexto de violencia de género, esto es, cuando la violencia es ejercida por uno de los padres para con el otro. Dicho esto, si partiéramos de la afirmación que la violencia de género es un posible escenario frente al cual podría restringirse el derecho al contacto, cabe preguntarse cuáles serían las condiciones que habilitarían esta causal.

Si bien resulta evidente que no deben adoptarse soluciones generales sino analizarse cada caso en particular, existen ciertos parámetros indiscutibles, como considerar el factor de riesgo que la violencia de género constituya o pueda constituir una violencia invisibilizada al NNyA¹². Asimismo, es fundamental garantizar que la constitución de un régimen de comunicación transfronterizo no conforme un agente agravante del riesgo en el que se encuentra la víctima de violencia de género, o facilite la comisión de modalidades ilícitas como la retención. Considerando esto, habrá dos aspectos fundamentales a tomar en cuenta: por un lado, el interés superior del niño y por el otro, el riesgo en el que se encuentra el progenitor víctima de violencia de género.

Frente a este escenario, la Guía de Buenas Prácticas afirma que las restricciones legales al contacto no deben ser más que las necesarias para proteger los intereses del niño. Es por ello que los Estados signatarios tienen la obligación de garantizar la equidad en las negociaciones entre los padres, respetando los derechos del NNyA, lo que incluye su derecho a expresar sus opiniones y a que estas sean tenidas en cuenta en función de su edad y grado de madurez.

En el derecho comparado, más específicamente en el ámbito del Consejo de Europea, resulta sumamente valioso el artículo 31 del llamado “Convenio de Estambul”. Este determina que “las Partes tomarán las medidas

¹¹ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 10.

¹² GUADAGNOLI, ROMINA SOLEDAD, “Régimen comunicacional en contextos de violencia de género. Repensando obstáculos y dificultades” Sistema Argentino de Información Jurídica. Recuperado en: <http://www.saij.gob.ar/romina-soledad-guadagnoli-regimen-comunicacional-contextos-violencia-genero-repensando-obstaculos-dificultades-dacf180217-2017-07/123456789-0abc-defg7120-81fcanirtcod?&o=21> el 18/07/2024.

legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio (...) para que el ejercicio de ningún derecho (...) ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños¹³”.

Ahora bien, una de las razones más frecuentes que complejiza y obstruye el cumplimiento de las disposiciones relativas a regímenes de comunicación transfronterizos suele ser el temor por parte del padre o madre que detenta la custodia del NNyA de que este no sea restituido después de pasar un periodo de visita en el extranjero con el otro progenitor. Es por este motivo que la Guía de Buenas Prácticas dispone de una serie de garantías y salvaguardias, con el fin de asegurar el cumplimiento de las condiciones generales de contacto¹⁴.

Dicho esto, cuando las medidas precautorias resultarán insuficientes y se produjera un incumplimiento en el retorno pautado, entrarán en juego las disposiciones del Convenio de 1980 relativas a la sustracción internacional de menores. No obstante, cabe destacar que existen distintas razones que pueden justificar la decisión de un progenitor de oponerse al retorno del NNyA al país de origen una vez vencido el plazo estipulado¹⁵, siendo sin lugar a duda la llamada excepción de “grave riesgo” la que ha generado cuantiosa interpretación doctrinal y jurisprudencial¹⁶.

En este contexto, en los últimos años ha comenzado a verse un aumento exponencial de casos en los que el progenitor sustractor se opone a la restitución invocando situaciones de violencia de género para fundar la excepción de grave riesgo¹⁷. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que “en los supuestos en los que la excepción al traslado se sustenta en la violencia familiar o de género, quien la invoca (...) debe demostrar de forma ineludible, mediante prueba concreta, clara y contundente, que el efecto que aquella situación produce en el niño tras su

¹³ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. 01/08/2014, art. 23.

¹⁴ Dentro de estas medidas pueden nombrarse: exigir que el progenitor solicitante se presente regularmente ante la policía u otras autoridades durante el periodo de contacto; el depósito de una garantía financiera o fianza; la supervisión del contacto por un profesional o miembro de la familia; el facilitamiento al padre o madre que dispone de la custodia de un itinerario detallado y la dirección en que se le puede localizar, etcétera.

¹⁵ Cuando el NNyA genera un nuevo centro de vida y no desea retornar al país de origen; cuando hubiese transcurrido un tiempo suficiente para generar un arraigo en el país de tránsito; entre otras.

¹⁶ La Guía de Buenas Prácticas dispone que podrá alegarse que el grave riesgo resulta de la exposición del niño a violencia doméstica infligida por el padre o madre privado del niño al padre o madre sustractor (...) El enfoque específico del análisis (...) en estas instancias es el efecto que la violencia doméstica produce en el niño tras su restitución a su Estado de residencia habitual, y si dicho efecto alcanza el alto umbral de la excepción de grave riesgo, según la naturaleza, frecuencia e intensidad de la violencia y también las circunstancias en que es probable que se manifieste.

¹⁷ RUBAJA, NIEVE & GORTARI WIRZ, EMILIA, “Violencia de género. Restitución internacional de niños CSJN. “V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños”, p. 62.

restitución alcanza un alto umbral de grave riesgo que autoriza tenerla por configurada”¹⁸.

Si bien este acercamiento inicial apenas siquiera rasga la superficie de una problemática sumamente compleja, puede servir como referencia para ilustrar los diversos elementos que deben tenerse en cuenta al momento de tratar un caso de contacto transfronterizo de estas características.

3. El interés superior del niño como principio rector

Desarrollados los lineamientos generales en lo que hace al contacto transfronterizo y sus principales desafíos, así como las distintas fuentes en la materia, resulta preciso finalizar desentrañando el núcleo central que define y orienta este derecho: el interés superior del niño.

Sabemos entonces que el principio general establecido por el artículo 9.1 de la CDN es que se deberá garantizar al niño separado de uno o ambos padres la posibilidad de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, excepto cuando ello sea contrario al interés superior del niño. Asimismo, el artículo 3 de la CDN establece que en todas las medidas que se tomen concernientes a NNyA, será primordial atender al interés superior del niño.

Si bien primitivamente esta afirmación podría resultar autosuficiente, nos encontramos con que en muchas ocasiones no es tan sencillo poder determinar cuándo se está produciendo o no una afectación a dicho interés. Uno de los principales desafíos radica en la indefinición del concepto, puesto que el interés superior del niño no suele encontrarse definido en términos cerrados. En esa lógica, Ratvellat lo conceptualiza como “un concepto flexible, dinámico que permite que se vaya adecuado o perfilando caso a caso”¹⁹. El Comité de los Derechos del Niño, siguiendo la misma línea, estableció en la Observación General 14/2013 que “en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño [...] se lo considera como un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución y que debe evaluarse (...) en cada contexto”²⁰.

Resulta evidente entonces que la imprecisión del concepto permite ajustarse mejor a las particularidades de cada caso. No obstante, existen ciertos lineamientos generales que han sido delimitados, como por ejemplo, las garantías procesales que deben atenderse para velar por su observancia²¹. Asimismo, deberán ser tenidas en cuenta las características particulares de

¹⁸ Juz. de 1ra Inst. en lo Civil, Com. y Familia de 1ra, “L., A. c/ C., L. - Restitución internacional de menores de edad” 06/01/2023. Considerando IV.- c.

¹⁹ HERENCIA ESPINOZA, SILVIA, “El interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado y su concreción en la jurisprudencia nacional”, p. 86.

²⁰ ONU, Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general N° 14 (2013), p 3.

²¹ El derecho del niño a ser oído, la determinación de los hechos; la percepción del tiempo, etcétera.

cada NNyA, tales como su grado de madurez, experiencia, su contexto social y cultural, etcétera²².

Ahora bien, en los supuestos de violencia de género, resulta inminente entonces considerar el impacto de la misma al momento de valorar el interés superior del niño puesto que, como bien ya fue destacado previamente, existe un riesgo latente de derivación de violencia hacia los NNyA. Sin embargo, esto no significa que todos los casos tendrán la misma respuesta. Es deber del juez o la autoridad interviniente analizar minuciosamente las particularidades de cada caso para poder fijar la solución que sea lo más respetuosa posible a los deseos y necesidades del NNyA.

Dicho esto, es posible concluir que no existe un concepto único aplicable a todas las disputas que involucren NNyA, más aún cuando mediere violencia de género. Por el contrario, tal como establece la Dra. Najurieta “en cada conflicto, la solución que responda mejor a esa consideración primordial será aquella que permite concretar la operatividad y goce de los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto [...] ningún razonamiento es automático tratándose de niños y en ningún caso debe olvidarse que es un sujeto de derechos, no un objeto pasivo de protección”²³.

CONCLUSIONES

La presente ponencia ha tenido como objetivo central desarrollar el derecho al contacto transfronterizo en los supuestos de violencia de género. Con dicha base, el interrogante central se construyó sobre la posibilidad de fijar en forma segura un régimen de comunicación internacional en aquellos supuestos los que un progenitor ejerce o ha ejercido violencia de género con el otro.

Partiendo del análisis de la fuente convencional, resulta clara la existencia de un importante vacío legal. Si bien tanto los Convenios de la Haya como la Guía de Buenas Prácticas y la CDN afirman que el derecho al contacto podrá ser restringido cuando el mismo resultará contrario al interés superior del niño, no resulta claro si este supuesto quedaría configurado cuando la víctima de violencia no es el NNyA, sino el otro progenitor. Con todo ello, existen sin lugar a duda elementos que podemos utilizar para colmar esta laguna:

En primer lugar, en materia de derecho comparado, es posible apoyarse en el Convenio de Estambul, ya que su artículo 31 menciona de manera expresa la necesidad de tomar en consideración los incidentes de violencia de género al momento de fijar los derechos de visita relativos a los hijos.

En segundo lugar, es posible recurrir a la interpretación analógica a través de las conclusiones que ha ido desarrollando la jurisprudencia y la

²² RUBAJA, NIEVE, “El interés superior del niño en el contexto de los procesos de restitución internacional de niños” pp. 19-20.

²³ NAJURIETA, MARÍA SUSANA, “Introducción. Breve panorama de los dilemas que presenta esta excepción”, p. 269.

doctrina frente a aquellos casos en que un progenitor se opone a restituir, fundando la excepción de grave riesgo en causales de violencia de género.

Finalmente, la indefinición del concepto de interés superior del niño debe ser visto como una herramienta y no como un obstáculo, de manera tal que permita al juez o la autoridad interviniente tomar en consideración las particularidades del caso y así poder fijar la solución más respetuosa posible a los deseos y necesidades del NNyA.

En conclusión, los operadores de la justicia deben servirse de los numerosos elementos y fuentes que se encuentran a su disposición para hallar soluciones armónicas, sin perder de vista las variables que entraran en juego en cada caso y que la solución no será única. En cada disputa, la solución más adecuada será la que asegure la implementación y el goce efectivo de los derechos fundamentales del NnyA.

**JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS CASOS DE RESTITUCIÓN
INTERNACIONAL: VALORACIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN
PROCESOS DE SUSTRACCIÓN**

Por Daniela Agustina Vuchich¹

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

El presente trabajo aborda las dificultades que se presentan en el marco de los procesos de restitución en los que se alega la excepción de grave riesgo, por existencia de violencia de género hacia la madre sustractora por parte del otro progenitor.

Se plantearán las diferentes dificultades que tienen los jueces y juezas a la hora de analizar estos casos, la dificultad a la hora de probar los hechos de violencia, y el impacto que éstos tienen en los NNA, ya sea como destinatarios de violencia directa o de la violencia indirecta que puedan sufrir.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia del Derecho Internacional Privado (de ahora en adelante, DIPr.), la disciplina ha experimentado diversos cambios, vinculados muy estrechamente a las transformaciones sociales del mundo. En particular, en las últimas décadas, a partir del desarrollo de la globalización y de la transversalización de los derechos humanos en toda aquella materia relacionada al derecho, es que nuestra materia ha visto incorporada dicha perspectiva en su legislación, doctrina y jurisprudencia, como por ejemplo, en tener como horizonte el efectivo acceso a la justicia de las personas más vulnerables, lo que resulta particularmente desafiante en casos iusprivatistas y transfronterizos.

En este sentido, en lo que hace a las mujeres como colectivo, éstas continúan siendo un sector de la sociedad muy vulnerable frente a la discriminación por razones de sexo. Es así que la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible de la Asamblea General de las Naciones Unidas, puso de manifiesto la necesidad de proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y niñas como parte del objetivo de desarrollo sostenible (ODS) número 5.

Esta necesidad de bregar por la igualdad de hombres y mujeres, poner fin a la discriminación contra la mujer y eliminar todas las formas de violencia contra ellas, tienen su encuadre en instrumentos como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belem do Para), que proporcionan directrices importantes para la protección y asistencia a las víctimas de violencia doméstica. En el ámbito de nuestro país,

¹ Abogada (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Ayudante de segunda en Derecho Internacional Privado en la cátedra Scotti – Rubaja Nieve en la Universidad de Buenos Aires.

la primera de ellas posee rango constitucional, al igual que la Convención de Derechos del Niño (CDN).

Incluso, la Organización Mundial de la Salud (OMS), ha señalado que la violencia contra las mujeres es un problema global de proporciones epidémicas. En ese sentido, se indicó que tres de cada diez mujeres han sido víctimas de violencias sexual o física por parte de su pareja². Es así que la violencia de género se presenta en diversos contextos y grupos socioeconómicos, religiosos y culturales³.

Por ello es que, resulta de suma importancia incorporar la perspectiva de género en todo ámbito y, en particular, en la resolución de casos que involucran a varios Estados nacionales.

El presente trabajo se circunscribe a una problemática particular, como es la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), toda vez que, en muchos de estos casos, las personas sustractoras (en la mayoría de los casos, mujeres) alegan haber sufrido violencia de género por parte del otro progenitor.

Es así que, en estos casos, se evidencia una compleja intersección entre el deber de restituir -de profunda relación con el derecho de los NNA a no ser trasladados ilícitamente-, con la protección de los derechos humanos y la perspectiva de género. La restitución internacional presenta desafíos significativos cuando se trata de casos donde se alega la existencia de violencia de género, en los que se halla una gran dificultad probatoria a la hora de acreditar la violencia sufrida. A ello se le suma que las víctimas de violencia de género a menudo enfrentan múltiples barreras, como la falta de recursos, miedo a represalias, y la complejidad de los sistemas legales en diferentes jurisdicciones.

FUNDAMENTOS

1. Procesos de restitución. Excepción de grave riesgo

De acuerdo a lo establecido por el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores del año 1980 (de ahora en adelante, CH) y por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores del año 1989 (de ahora en adelante, CI), la sustracción internacional de menores se configura cuando un progenitor traslada o retiene de forma ilícita al NNA en un Estado que no es el de su residencia habitual, denominado Estado de refugio, violando así el derecho de custodia del otro progenitor del NNA.

² Organización Mundial de la Salud (2013a). Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence. Recuperado de: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625_eng.pdf?ua=1.

³ Organización Mundial de la Salud (2013b). Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Recuperado de: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98816/WHO_RHR_12.36_spa.pdf;jsessionid=DE8C55AC5206C7FD3996D445535F0852?sequence=1.

Ambos instrumentos poseen como principio la restitución rápida del NNA (art. 1 inc. A CH; art. 1 CI) al Estado de residencia habitual y, por lo tanto, existe una interpretación restrictiva de las distintas excepciones que podrá alegar el/la progenitor/a sustractor/a para oponerse a la restitución solicitada.

Según un estudio realizado por Niguel Lowe y Victoria Stephens en el año 2021⁴, un 75% de las personas sustractoras resultan ser las madres, y en un 94% de esos casos, son quienes ejercen el cuidado personal del NNA en forma conjunta con el otro progenitor.

Es importante aclarar que una decisión en favor de la restitución al país del Estado de residencia anterior no es una determinación sobre la custodia en favor de uno de los progenitores del NNA. Ello debe ser evaluado en otro proceso por la autoridad competente en el Estado de residencia habitual, ya que se entiende que se encuentra en mejores condiciones para decidir sobre la custodia y los derechos de contacto⁵.

Lo cierto es que en una gran cantidad de casos⁶ las madres sustractoras alegan que la única salida que han tenido para escapar de la violencia ejercida por los progenitores de sus hijos, es irse del país y regresar a sus países de origen. Ocurre que en muchos casos se trata de mujeres migrantes, quienes comienzan una vida en común junto al progenitor de sus hijos/as en un país distinto al de su origen. Es por eso que ante situaciones de violencia de género –o cualquier otra-, en algunos casos las mujeres se encuentran solas en un país que no es el suyo, lejos de su familia, y sin ninguna red de contención. De esta manera, las mujeres que son víctimas de violencia de género, encuentran como única forma de escapar de esta situación irse del país donde residen, y en la mayoría de estos casos, regresar a su país de origen.

Por ejemplo, en el caso “P. S., c/ S. M., M. V. s/ restitución internacional de menores de edad”⁷, el padre -de nacionalidad mexicana- y la madre -de nacionalidad argentina-, contrajeron matrimonio en Tulum, México en el año 2016, donde dos años después nació la hija en común. En el año 2020, la madre viajó junto a su hija a Córdoba, donde residía su familia materna. El progenitor viajó a la Argentina y la madre expresó su decisión de finalizar el matrimonio y permanecer en nuestro país con su hija. Iniciado el proceso de restitución, la madre sustractora alegó que el progenitor era una persona agresiva y que había ejercido contra ella violencia física, psicológica, sexual y económica, por lo que señaló que la restitución de su hija a México la expondría a un grave riesgo de sufrir un daño físico, o psíquico o a una

⁴ LOWE, N. y STEPHENS V., *Global Report – Statistical study of applications made in 2021 under the 1980 Child Abduction Convention* —, Parr. 41-47. Obtenido en <https://assets.hcch.net/docs/bf685eaa-91f2-412a-bb19-e39f80df262a.pdf>.

⁵ Guía de Buenas Prácticas – Parte VI Art. 13.(1)(b), Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado – HCCH, Oficina permanente, Octubre 2017, Países Bajos; párr. 15, p. 12.

⁶ *Tabacchi v. Harrison* (2/08/2000; Tribunal Federal de Distrito del Distrito Norte de Illinois, EE.UU); *Secretary for Justice v. Parker* (30/11/1999; Tribunal Superior de Zimbabwe); *X v. Y* (22/02/2018; Tribunal de Primera Instancia de La Haya, Países Bajos); CSJN, “V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños”, 22/10/2023.

⁷ CSJN, “P. S., c/ S. M., M. V. s/ restitución internacional de menores de edad”, 25/05/2022

situación intolerable en los términos del art. 13.1.b CH. En el caso, los tribunales de 1° y 2° instancia rechazaron la restitución, pero la CSJN ordenó el reintegro.

Es así que en los procesos de restitución internacional las madres sustractoras invocan la excepción de grave riesgo (art. 13 inc. 1 b) CH; art. 11. b CI) al alegar que en caso de volver junto con sus hijos/as al estado de residencia habitual anterior, ambos y, en especial el niño o niña sufrirán consecuencias físicas y psíquicas para su desarrollo. En los siguientes acápite se realizará el correspondiente desarrollo respecto a las posibles secuelas que la violencia doméstica podría ocasionar en los NNA y en las mujeres que la sufren.

1. Violencia doméstica y de género. NNA y mujeres víctimas. Dificultad probatoria

En primer lugar, corresponde observar que la violencia de género y el maltrato infantil son una especie dentro de la violencia doméstica. Al respecto, se ha señalado que: *“la violencia de género es la manifestación de las relaciones sociales, económicas y culturales históricamente desiguales entre mujeres y hombres, es un fenómeno de enorme calado que afecta no sólo a la integridad física de las mujeres sino al reconocimiento de su dignidad [...] En este sentido la violencia de género se ejerce sobre la mujer en los distintos ámbitos de la vida, tanto en esfera pública como privada, manifestándose como malos tratos, violación, acoso sexual, acoso laboral, mutilación genital femenina, matrimonios forzados.”* En cuanto a la diferencia entre violencia doméstica y de género, se ha apuntado que: *“Esta violencia de género se puede ejercer en el ámbito doméstico y sobre las personas que conviven con el agresor. En este caso nos encontramos ante una subespecie de la violencia de género, cuál es la ejercida por el hombre en la esfera familiar, la cual podemos denominar como violencia doméstica”*.⁸ En la mayoría de los casos⁹, la mujer es la receptora directa de la violencia que transcurre en su seno familiar.

A partir de la investigación realizada a fin de trabajar en la presente ponencia, he reparado en que no existen investigaciones a nivel mundial –y muy pocas a nivel nacional– que den cuenta sobre el estado de situación de aquellas madres sustractoras que en los procesos de sustracción aleguen haber sufrido violencia doméstica.

Resulta importante y necesario avanzar con estudios empíricos sobre madres sustractoras que alegan violencia de género como excepción para

⁸ TOLEDO LARREA, J., *Mecanismos del Derecho Internacional Privado en relación con las mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica usuarias de los recursos integrales de acogida y protección*. España: Universidad de Córdoba, pp. 30-31, 2015.

⁹ El informe publicado por la Oficina de Violencia Doméstica de la Nación (OVD) refiere que en el 1° cuatrimestre del año 2024, un 71% de las personas denunciadas son mujeres. Disponible en: <https://www.ovd.gov.ar/ovd/novedades/detalle/8484>.

oponerse a la restitución de NNA con la finalidad de producir intervenciones eficaces basadas en evidencia.

En este sentido, destaco la iniciativa de la Conferencia de La Haya a partir del corriente año ya que en el mes de junio se celebró el primer Foro especializado en la Violencia Doméstica en el ámbito del HCCH1980¹⁰, lo que da cuenta de la relevancia de este tema en el ámbito del DIPr.

Ahora bien, uno de los principales obstáculos a la hora de alegar la excepción de grave riesgo por violencia doméstica es la práctica de las pruebas que puedan demostrar la existencia de esta situación.

En primer lugar, debe recordarse que las excepciones enumeradas en los convenios son taxativas y de interpretación restrictiva, ya que se advierte que “una invocación sistemática de las [...] excepciones, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado”¹¹

Según la jurisprudencia de la CSJN¹², la simple mención de maltrato o violencia sin ofrecer ningún tipo de prueba resulta genérica para poder constatar que se ha configurado un grave riesgo para el NNA. Esto significa que las alegaciones de las mujeres víctimas de violencia de género no resultan suficientes para establecer la existencia de un grave riesgo para el NNA, de manera que pueda cumplir con el estándar de la excepción. Aquí es donde debería darse lugar a la mentada perspectiva de género a la hora de analizar la alegación de violencia de género con las pruebas que puedan llegar a producirse.

Para poder superar esta compleja situación que se genera entre la protección de los derechos de los NNA y los de las mujeres, es que entiendo resulta fundamental la intervención de un equipo interdisciplinario, compuesto por trabajadores sociales, psicólogos/as, psiquiatras, psicopedagogos/as, que puedan producir informes respecto de la situación, y en sí, mantener entrevistas personales con los NNA, con sus progenitores, elaborar informes socioambientales e interdisciplinarios. Claro está que ello podría producir la extensión del proceso de restitución más allá de las seis semanas que exige el Convenio (art. 11 CH), y es allí donde resultará fundamental la correcta intervención de los profesionales que intervengan en estos casos, a los fines de brindar celeridad a este proceso.

Recordemos que en los casos de violencia de género para las mujeres resulta muy complejo tomar el valor para realizar la denuncia, en especial cuando se encuentran amenazadas o bien, cuando su contexto socioeconómico es tan complejo que provoca dependencia económica por parte de la persona violenta.

¹⁰ Forum on Domestic Violence and the Operation of Article 13(1)(b) of the 1980 Child Abduction Convention, recuperado de: <https://www.hcch.net/es/news-archive/details/?varevent=980>.

¹¹ PÉREZ VERA, E., Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, párr. 34.

¹² CSJN, E. S. *s/ reintegro de hijo*, E. 183. XLVIII, 11/06/2013.

En este punto, la Guía de las Buenas Prácticas¹³ sugiere que, aún cuando se encuentren constatados que los hechos de violencia alegados presentan suficiente entidad para que el grave riesgo sea considerado, los tribunales deberán analizar la posibilidad de tomar medidas de protección adecuadas para prevenir o atenuar el mismo. Esta articulación se encuentra en sintonía con la finalidad del Convenio –restitución inmediata del NNA- y con la interpretación restrictiva de las excepciones reguladas en él.

Ahora bien, para los NNA vivir en un ámbito donde su progenitora sufre situaciones de violencia significa verse expuesto a situaciones de opresión y control y a un modelo de relación basada en el abuso de poder y la desigualdad, y asimismo, ocasiona fuertes impactos en su desarrollo psicofísico.

Si bien existe una fuerte correlación entre la violencia doméstica y el abuso sexual infantil directo, lo cierto es que los NNA también pueden verse afectados al presenciar o escuchar dicha violencia, sin ser necesariamente destinatarios de la misma¹⁴. Esta exposición afecta la integridad física y psíquica de los NNA que presencian estas situaciones, por lo que se ve afectado su derecho a la dignidad e integridad personal amparado en diversos instrumentos internacionales -en el caso de los NNA se encuentra el art. 19 CDN-, así como en lo reflejado por la ley 26.061 del ámbito local en el artículo 9-.

En ese sentido, los NNA se ven expuestos a situaciones de violencia ejercidas por aquellas personas que deben velar por su cuidado, quienes deben protegerlos. Si las personas que pueden cuidarlos y protegerlos los atemorizan, los NNA aprenden a desconectarse y a desconocer lo que sienten¹⁵.

En lo que hace a la información y al estado de situación actual, el 1er. Índice Nacional de Violencia Machista (Argentina), refiere que de las 59.380 mujeres y mujeres trans mayores de 13 años entrevistadas, el 67% relatan haber vivido violencia de pareja, el 59% refiere haber sido agredida delante de sus hijos, el 22% que sus hijos fueron agredidos para castigarla, el 16% recibió amenazas con hacerles algo a sus hijos/as si no obedecían y para el 5% su pareja las obligó a mantener relaciones sexuales frente a los/as hijos/as¹⁶.

La investigación realizada por la Revista de Psicología de la Universidad Católica del Uruguay concluye que “*En el ámbito internacional, existe un amplio consenso a nivel académico y clínico, sobre las nefastas*

¹³ Guía de Buenas Prácticas – Parte VI Art. 13.(1)(b), Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado – HCCH, Oficina permanente, Octubre 2017, Países Bajos; pág. 18

¹⁴ LLOYD, M. (2018). Domestic Violence and Education: Examining the Impact of Domestic Violence on Young Children, Children, and Young People and the Potential Role of Schools. *Frontiers in Psychology*, 13(9), 2094. doi: 10.3389/fpsyg.2018.02094.

¹⁵ VAN DER KOLK, B. (2017). El cuerpo lleva la cuenta. Cerebro, mente y cuerpo en la superación del trauma. Barcelona: Editorial Eleftheria.

¹⁶ BECK, I. & ROMEO, M. (2016). Primer Índice Nacional de Violencia Machista. Recuperado de: <http://contalaviolenciamachista.com/Informe-ejecutivo-final.pdf>.

*repercusiones que tiene la violencia de género dado que configura una experiencia traumática infantil, persistiendo y afectando la vida diaria, incluso una vez finalizados los hechos.”*¹⁷. Es así que destacan las graves consecuencias psicológicas que influyen de manera negativa en el bienestar emocional, desarrollo psicológico, relaciones familiares, y en la salud mental y física de los NNA.

Sin embargo, en esta instancia existe una gran dificultad a la hora de poder probar los hechos de violencia que sufren tanto mujeres como los NNA. En este punto, “es dable considerar que, si la prueba de la violencia muchas veces resulta un desafío, la internacionalidad de las situaciones -en las que en general la violencia alegada ocurrió en otro Estado- lo redobla.”¹⁸

Los/as jueces/as deberán tener especial consideración al momento de evaluar las circunstancias que se alegan para la configuración de la excepción de grave riesgo, al valorar pruebas específicas como informes judiciales penales contra el progenitor, informes policiales, informes de refugios u hogares para víctimas, informes obtenidos de consulados o embajadas. Asimismo, deberán tenerse en cuenta mensajes de Whatsapp o cualquier otra plataforma, llamadas, grabaciones de voz. Resulta conveniente que los jueces/as entablen comunicaciones judiciales directas para verificar las actuaciones que hayan existido en un tribunal extranjero en torno a la familia, por ejemplo, si se dispusieron medidas de protección y si éstas fueron incumplidas. Es así que resulta fundamental la cooperación internacional en estos casos, ya que por lo general la prueba deberá ser recabada en el extranjero.

1.1. Medidas para un regreso seguro. Criminalización de madres sustractoras

Tal como se ha anticipado, en los procesos de restitución, aún cuando existen serios indicios de que ha existido violencia doméstica en la familia, y que se configuraría un grave riesgo del NNA al regresar al país de residencia habitual, los/as jueces/as podrán ordenar el retorno acompañado de ciertas medidas de protección. Éstas pueden ser: medidas de prohibición de acercamiento y de contacto, la asistencia jurídica, financiera, para la vivienda, servicios de salud, refugios, y apoyo a las víctimas de violencia¹⁹.

A fin de brindar un contexto sobre el cumplimiento de medidas de protección -fuera del marco de los procesos de restitución-, un estudio realizado en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 2017, sostuvo que que la respuesta más habitual de la justicia, frente a denuncias por violencia de género, fue ordenar la prohibición de acercamiento o prohibición de reintegrarse en el hogar (46%). No obstante, el 16% de las mujeres aseguraron que ello no fue suficiente para acabar con

¹⁷ Revista de Psicología de la Universidad Católica del Uruguay, Facultad de Ciencias de la Salud, Año 2021. Vol. 17, N° 34, pp. 47-61.

¹⁸ RUBAJA N. y GORTARI E., en “CSJN, ‘V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños’, “Revista Debates Sobre Derechos Humanos”, UNPAZ (5) (2021), pág. 65.

¹⁹ Guía de Buenas Prácticas sobre el art. 13. 1. B de la CH1980 (2017).

la violencia, o que el agresor no recibió sanción alguna (27%), e incluso, 7% de las mujeres manifestaron que aumentó la violencia luego de la denuncia²⁰. Es por eso que resulta ilusorio pensar que la violencia de género termina simplemente con la separación física del padre agresor y de la madre víctima.

Además de la falta de acatamiento de las medidas de protección, otro escollo a esta situación es la debida cooperación judicial que debe existir entre los jueces del Estado que ordena las medidas –Estado de refugio- con los del Estado de la residencia habitual, que son aquellos que deben efectivizar dichas medidas y velar por su cumplimiento.

Por estas razones, es que entiendo que las medidas resultan de difícil implementación, y asimismo, podrían resultar exiguas en algunos casos.

Es pertinente recordar que en estos casos, se trata de mujeres vulnerables, que muy probablemente se encuentren en países que no son de su nacionalidad, sin redes de contención presentes en dicho territorio, lo que agrava su situación de desigualdad e indefensión.

Por otro lado, en muchos países la sustracción internacional de NNA es considerada un delito, lo que puede implicar sanciones penales como penas de prisión o multas de grandes montos. A menudo sucede que cuando los progenitores inician la acción civil de restitución internacional bajo el CH1980, asimismo realizan la correspondiente denuncia penal por sustracción internacional. Esto provoca que las progenitoras no puedan regresar a los Estados de residencia habitual sin que sobre ellas recaiga una sanción penal por el delito en cuestión, que muchas veces se refleja en la privación de la libertad. Esto implicaría que los NNA se vean privados del contacto con sus progenitoras al regresar al país, por lo que cabría pensar si ello es respetuoso del interés superior de los niños. Máxime teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos, estas madres sustractoras son quienes ejercen en gran parte el cuidado de sus hijos e hijas.

CONCLUSIONES

Los procesos de restitución internacional ponen en juego los derechos humanos de diversos actores, y en especial, de los NNA a no ser trasladados ilícitamente. Es importante tener en cuenta que el norte de este proceso es el respeto del interés superior de los NNA y actuar en consecuencia a fin de garantizar su bienestar.

De todas formas, resulta fundamental que estos procesos puedan armonizar los diferentes instrumentos de derechos humanos.

Las alegaciones de violencia de género en este tipo de procesos deben analizarse desde una perspectiva de género, teniendo en consideración las

²⁰ GHERARDI, N., en “*Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, más que un mandato legal*”, Revista Pensar en Derecho, Nro. 9, Año 5, Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 2017, p. 43.

complejas circunstancias que atraviesan aquellas madres víctimas de violencia en el marco del proceso.

En estos casos, resulta preciso analizar qué sucede con aquellos NNA que se han visto expuestos a este tipo de violencia, en el caso de que deban regresar al país donde acaecieron estas situaciones, y en consecuencia, reinsertarse a la órbita del progenitor. Es esencial analizar el impacto que ello podría tener en el desarrollo y en la integridad psíquica de los NNA.

Es por eso que la restitución internacional no debe ser interpretada únicamente como un mecanismo legal, sino que debe ser visto como un proceso que respete los derechos del NNA y de todos los sujetos que en él participen. Sólo a través de un enfoque interdisciplinario y colaborativo se podrá asegurar que la restitución realmente sea respetuosa del interés superior de los NNA y de la protección de todos los sujetos involucrados.

Frente a esta situación, entiendo que se podrán abordar los casos de restitución a través de la intervención de la interdisciplina, tanto respecto al NNA y también en relación con sus progenitores. Con respecto a los actores que trabajan desde la interdisciplina, es clave que éstos posean una capacitación mediante la cual se instruyan acerca de las particularidades del proceso de restitución, esto es, saber a qué conduce y cuál es su finalidad.

Asimismo, es indispensable poder contar con mayores estadísticas que reflejen este problema, a fin de poder comenzar a trabajar en instrumentos – ya sea de *hard law* o *soft law*- que puedan dar otras posibles soluciones a los casos de restitución internacional en los que se alegue violencia doméstica.

LOS DATOS BIOMÉTRICOS Y EL EERECHO A LA IDENTIDAD: UN DILEMA DE LA ERA DIGITAL

Por María Belén Angella*

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

La presente ponencia aborda el concepto de datos biométricos y su regulación en distintas legislaciones internacionales y a nivel nacional. Asimismo, se hará foco en que el uso indebido de estos datos puede vulnerar derechos personalísimos, lo que deja en evidencia que el desafío principal en casos de daños de fuente no contractual radica en determinar la jurisdicción y la ley aplicable, dado que aún no existe una normativa internacional uniforme en relación con esta temática. Lo que trae aparejado que quizás el conflictualismo tradicional no resulte suficiente y requiera ser complementado con otros métodos.

FUNDAMENTOS

Introducción

En la era digital, los datos biométricos se han convertido en una herramienta omnicomprendensiva utilizada en una amplia gama de sectores, entre ellos, seguridad, salud y tecnología. Sin embargo, el manejo inadecuado de estos datos plantea riesgos significativos para la privacidad y la identidad de los individuos.

1. Datos biométricos: definición y tratamiento actual en la legislación.

Los datos biométricos se pueden definir como aquellos datos referidos a las características físicas o fisiológicas o de conducta de una persona que permite su identificación única, como imagen facial o datos dactiloscópicos. Asimismo, se puede destacar que el dato biométrico es un dato de naturaleza especial; en este sentido, el grupo de trabajo del artículo 29¹ sobre protección de datos manifiesta que tiene que ver con las características comportamentales, es decir, del comportamiento y fisiológicas de una persona y, lo que es primordial, puede permitir la identificación inequívoca de esa persona.

* Traductora Pública en idioma inglés (UBA). Actualmente, estudiante de la carrera de abogacía del CPO (UBA) y ayudante alumna de Derecho Internacional Privado en la comisión Uzal-Laje desde 2023.

¹ El Grupo se creó en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE y es el órgano asesor comunitario independiente sobre protección de datos y vida privada; sus tareas están fijadas en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y en el artículo 14 de la Directiva 97/66/CE.

Cada biometría, ya se utilice para autenticación/comprobación o para identificación, depende, más o menos, del elemento biométrico en cuestión, que puede ser:

- **Universal:** el elemento biométrico existe en todas las personas;
- **Único:** el elemento biométrico debe ser distintivo para cada persona y;
- **Permanente:** la propiedad del elemento biométrico es permanente a lo largo del tiempo para cada persona.

Se puede distinguir entre dos categorías principales de técnicas biométricas, en función de que se utilicen datos estables o datos dinámicos sobre el comportamiento. En primer lugar, existen técnicas basadas en aspectos físicos y fisiológicos que miden las características fisiológicas de una persona e incluyen: comprobación de las huellas digitales, análisis de la imagen del dedo, reconocimiento del iris, análisis de la retina, reconocimiento facial, resultados de muestras de las manos, reconocimiento de la forma de la oreja, detección del olor corporal, reconocimiento de la voz, análisis de muestras del ADN y análisis de los poros de la piel, etc. En segundo lugar, existen técnicas basadas en aspectos comportamentales, que miden el comportamiento de una persona e incluyen la comprobación de la firma manuscrita, el análisis de la pulsación sobre las teclas, el análisis de la forma de caminar, etc. Teniendo en cuenta la rápida evolución técnica y la creciente preocupación por la seguridad, numerosos sistemas biométricos funcionan combinando diferentes características biométricas del usuario con otras tecnologías de identificación o autenticación.²

El verdadero temor radica, en que en la mayoría de los casos, los datos personales, biométricos o sensibles son recolectados, analizados, almacenados, usados o compartidos con poco conocimiento y control de los individuos (Kindt, 2010: 136),³ lo que puede conllevar a la vulneración de sus derechos personalísimos.

A continuación, se llevará a cabo un breve recorrido del tratamiento de datos biométricos en algunas legislaciones globales específicas: europea, norteamericana y americana. En la legislación europea, el Convenio 108 de 1981 (vigente) es un tratado internacional legalmente vinculante que obliga a las partes a llevar a cabo medidas en la legislación nacional para aplicar los principios que aseguren la protección de los derechos humanos con respecto al procesamiento de datos personales.⁴ El documento Data Protection Directive 95/46/EC [EE95] de 1995, vigente hasta antes de 2018, sentó las

² Información tomada del documento de trabajo sobre biometría (3-4), adoptado el 1 de agosto de 2023, disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2003/wp80_es.pdf

³ QUINTANILLA MENDOZA, GABRIELA (2020), “Legislación, riesgos y retos de los sistemas biométricos”, Revista Chilena de Derecho y Tecnología. vol.9 no.1 Santiago jun. 2020, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-25842020000100063#affl.

⁴ «Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data», Consejo de Europa, 28 de enero de 1981, disponible en: <https://rm.coe.int/1680078b37>

bases para la protección de los datos biométricos.⁵ El Documento sobre Biométrica (WP80) de 2003 buscó contribuir a la aplicación homogénea y efectiva en la protección de datos en conjunto con la Data Protection Directive 95/46/EC [EE95]. El Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 fue aprobado en abril de 2016 por el Parlamento Europeo, para entrar en vigor el 25 de mayo de 2018.⁶ Esta ley regula en el sistema legal europeo la protección de datos y privacidad para los individuos de la Unión Europea y el Área Económica Europea, como sustitución de la Directiva 95/46/EC.⁷ Lo interesante de este nuevo marco normativo es que **el Reglamento es aplicable a todas las organizaciones, ubicadas en territorio europeo o fuera de éste, cuando ofrecen bienes o servicios que procesan datos personales de las personas que residen en la Unión Europea**. En la legislación norteamericana, a nivel local, solo tres instrumentos legales han servido en Estados Unidos para regular la biométrica: el Acta de Privacidad de Información Biométrica de Illinois, la Ley de Privacidad Biométrica de Texas y la Ley de Biométrica de Washington. Estas leyes tratan la privacidad y la seguridad de manera diferenciada y hacen que los procesos y la recolección de los datos sean lentos, además de tener diferencias en las definiciones, tratamiento y sanciones. De ahí que la legislación estado por estado no sea el ideal, y se considere que sería de mayor utilidad el desarrollo de una ley federal, que abarque al país y unifique criterios (Nguyen, 2018: 71, 73)⁷. En América Latina, la recopilación y el uso de los datos biométricos son evidente en los sectores públicos y privados; pero en general se observa la ausencia de un marco jurídico para el tratamiento de los datos biométricos. Todavía no hay información respecto de la recolección, uso o almacenamiento de los datos ni del acceso que tienen terceros sobre ellos.⁸

A nivel nacional, resulta menester mencionar la ley n.º 25.326⁹ de protección de los datos personales que, según lo que establece el artículo 1, tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en

⁵ «EU Data Protection Directive (95/46/EC) », EUR-Lex, recuperado de <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/2016-05-04>

⁶ Recuperado de: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

⁷ QUINTANILLA MENDOZA, GABRIELA (2020), “Legislación, riesgos y retos de los sistemas biométricos”, Revista Chilena de Derecho y Tecnología. vol.9 no.1 Santiago jun. 2020, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-25842020000100063#affl.

⁸ QUINTANILLA MENDOZA, GABRIELA (2020), “Legislación, riesgos y retos de los sistemas biométricos”, Revista Chilena de Derecho y Tecnología. vol.9 no.1 Santiago jun. 2020, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-25842020000100063#affl.

⁹ Publicada en el Boletín Nacional del 02-Nov-2000. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/texact.htm#1>.

Argentina fue pionera en la región a partir de la sanción en el año 2000 de la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales. Hay un proyecto de ley avanza hacia un modelo de gobernanza para el tratamiento de datos personales en línea con los estándares internacionales. Incorpora la aplicación extraterritorial para fiscalizar a los responsables o encargados del tratamiento de datos que no tienen oficinas radicadas en Argentina. Esta es la respuesta que han encontrado los principales países del mundo para proteger los datos de sus ciudadanos en manos de las grandes tecnológicas. (<https://www.argentina.gob.ar/noticias/datos-personales-hacia-la-innovacion-responsable-en-la-era-digital>).

archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.

2. Vulneración de los derechos personalísimos

La identidad es un derecho fundamental reconocido en el derecho internacional a través de diversas declaraciones y convenciones. El artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁰ establece que "*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*". En esencia, tener una identidad jurídica es fundamental para los derechos humanos, ya que permite que las personas sean reconocidas oficialmente como miembros de la sociedad y accedan a servicios y protecciones esenciales.

También existe una fuerte conexión entre la identidad jurídica y el derecho a la privacidad, que radica en el control y uso de los datos personales vinculados a esta identidad. El tratamiento de datos personales relacionados con la identidad jurídica es un aspecto fundamental para defender el derecho a la privacidad: las personas deben poder controlar su identidad y protegerla de cualquier uso indebido (fraude o suplantación de identidad, pero también targeting, elaboración de perfiles o vigilancia).¹¹

El considerando 75 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)¹² menciona explícitamente la usurpación de identidad o el fraude como uno de los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas, de probabilidad y gravedad variables, que pueden derivarse del tratamiento de datos personales. Por otra parte, el considerando 85 identifica la usurpación de identidad o el fraude como uno de los posibles resultados de una violación de la seguridad de los datos personales. Por último, el considerando 88 establece la importancia de **evaluar eficazmente las medidas técnicas de protección de los datos personales** para limitar eficazmente la probabilidad de usurpación de identidad. Reconocida en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros documentos de carácter internacional, la *privacidad* es un derecho humano esencial que permite al individuo establecer límites para la protección de intromisiones, por lo que su protección queda determinada en múltiples documentos constitucionales.

La *seguridad* es la razón por la que la autenticación se hace necesaria y es vital para salvaguardar la privacidad. Integrados a este concepto se encuentran no solo los mecanismos de seguridad, sino los procesos y políticas

¹⁰ Recuperado de: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

¹¹ QUINTANILLA MENDOZA, GABRIELA (2020), "*Legislación, riesgos y retos de los sistemas biométricos*", Revista Chilena de Derecho y Tecnología. vol.9 no.1 Santiago jun. 2020, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-25842020000100063#aff1.

¹² <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>.

que administran quién y cómo tiene acceso a los datos personales. La creación de sistemas de seguridad depende de: i) la vulnerabilidad que ocurre como resultado de errores procedimentales, personales o problemas físicos de seguridad; ii) ataques técnicos, procedimentales, físicos o de programas maliciosos (*malware*); iii) la presencia de crackers y hackers; o iv) un mecanismo de seguridad o procedimiento diseñado para contrarrestar ataques (Kent y Millet, 2003: 82). Al establecer medidas de seguridad, se reduce la posibilidad de que los datos biométricos sean distribuidos sin consentimiento de los individuos y utilizados para fines distintos a los cuales fueron recolectados.¹³

3. Responsabilidad civil extracontractual ante daños

La responsabilidad civil de fuente no contractual *puede definirse como comprensivo de aquellas obligaciones que nacen sin convención de partes, es de base legal y se trata de una categoría de gran heterogeneidad, cuya enumeración, se define de modo residual, de manera que en la amplitud de los supuestos que resultan. Se incluyen pues, los actos humanos voluntarios, en razón de los cuales se infringe una norma jurídica o regla de derecho, sea deliberadamente, por culpa o negligencia, y los no voluntarios, pero que producen un daño y por ello obligan a su autor a repararlo* (Uzal, 2016:642).¹⁴ Lo cierto es que el abordaje del tratamiento de los datos biométricos, como todos los derechos de quinta generación, presenta una problemática compleja ante la necesidad de determinar la jurisdicción competente y la ley aplicable. De allí, radica el desafío principal.

En lo que respecta a la pregunta de qué tribunal es competente para resolver la cuestión, el principal problema que se plantea es el de “determinar si por país en que se produce el daño debemos entender el del lugar en el que se localiza el hecho causal (p. ej. el Estado donde radica el servidor desde el que se recaban de forma in consentida los datos) o el del lugar en que se verifica el resultado dañoso (p. ej., el Estado donde se encuentra el servidor desde el que se accede a dichos datos personales), sobre todo, en casos de disociación geográfica del ilícito (cuando el daño y el hecho generador se localizan en distintos países). **La determinación del lugar donde se ha producido el hecho dañoso plantea, en el mundo virtual, dos dificultades a reseñar: por un lado, la determinación del lugar donde tienen lugar el evento generador del daño; y, por otro lado, la concreción del lugar del resultado lesivo.**”¹⁵

¹³ QUINTANILLA MENDOZA, GABRIELA (2020), “Legislación, riesgos y retos de los sistemas biométricos”, Revista Chilena de Derecho y Tecnología. vol.9 no.1 Santiago jun. 2020, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-25842020000100063#affl.

¹⁴ UZAL, MARÍA ELSA (2016). *Derecho internacional privado* (1ª ed.). La Ley.

¹⁵ ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO (2018). *El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho a la protección de datos desde la perspectiva del derecho internacional privado: Redes sociales de internet y cloud computing. Perfiles de las Ciencias Sociales*, V. 6 N. 11, 167-168, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9493290.pdf>.

En la fuente convencional, lo cierto es que todavía escasea la regulación de tratados y convenios de esta problemática. En nuestro derecho interno, en materia de actos ilícitos o responsabilidad extracontractual, puede accionarse conforme a la tesis de la ubicuidad consagrada en el art. 2656, CCCN, por igual, ante *el juez del domicilio del demandado* (principio general); ante *el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño*, es decir, donde *se originó* el hecho causal del daño o los daños, con aptitud para conocer en todos ellos (teoría causal) o ante *el juez donde éste produce sus efectos dañosos directos*, si se trata de daños plurilocalizados, localizando las acciones en el lugar donde se producen los diferentes daños, en ese caso, los tribunales se atribuyen jurisdicción para conocer en los daños sobrevenidos *dentro de su propio territorio*, de modo que la indemnización total se construye a través de una variedad de sentencias (principio o tesis del mosaico). Sin embargo, si el daño *aparece* de modo sucesivo y diferido, pero es *sufrido en su integralidad por la víctima directa* del hecho ilícito o dañoso, el hecho conserva su unidad y la competencia debe fijarse en *el lugar donde ocurrió* el daño material a la *víctima directa*, siempre que ese foro sea previsible para las partes involucradas, pues si es imprevisible, no se aplicará ese foro (Uzal, 2016: 652, 653).¹⁶

En lo que concierne al derecho aplicable, el código civil conduce a la aplicación de la ley “**del país donde se produce el daño**, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.”¹⁷

En materia de jurisdicción, en el ámbito de Internet, la posibilidad de *forum shopping* es mucho mayor debido a la multiplicidad de foros disponibles. En efecto, el daño puede ser considerado virtualmente sufrido en todos los países en los que la información dañina pueda ser accesible. En este sentido, cabe preguntarse: ¿qué entendemos por el lugar donde el daño se generó y dónde se produjo? Nos hallamos en presencia de un problema de calificaciones. En cualquier caso, el lugar del domicilio del demandado siempre será considerado un foro razonable.¹⁸

La *lex loci delicti commissi* plantea problemas si los hechos que presuntamente vulneran el derecho a la protección de datos por *cloud*

Cita completa: “Respecto de la primera cuestión, la doctrina mayoritaria entiende que se debe ubicar dicho lugar donde se han introducido tales contenidos perjudiciales por parte del causante del daño. Y, respecto de la segunda cuestión, decir que, en tales supuestos, dicho lugar puede ser: a) el lugar desde donde se han introducido los datos; b) en el marco de Internet, el lugar donde está ubicado el servidor que los alberga; c) el lugar desde donde se puede tener acceso a los datos; o, d) el lugar donde reside el titular del derecho infringido, que es, en definitiva, donde se ha producido el hecho dañoso.”

¹⁶ UZAL, MARÍA ELSA (2016). *Derecho internacional privado* (1ª ed.). La Ley

¹⁷ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación*, art. 2657. Boletín Oficial. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/231429/20200630>

¹⁸ SCOTTI, LUCIANA B. (2020). *Incidencias de las nuevas tecnologías en el Derecho Internacional Privado*. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (UNLP), pág. 425, 17(50). ISSN 0075-7411 (impresa), ISSN 2591-6386 (electrónica).

computing se verifican, como puede ocurrir en la práctica con cierta frecuencia en esta materia, en varios países. En estos casos, se podría pensar que una plausible solución sería la aplicación de la denominada «teoría del mosaico»: el daño sufrido en cada uno se regulará por la ley del país correspondiente.¹⁹

No obstante, dado que los datos biométricos implican la recolección y tratamiento de información personal altamente sensible es fundamental integrar el conflictualismo con otros métodos más modernos y cooperativos: como el reconocimiento mutuo de normativas entre estados, la protección de derechos fundamentales, la armonización internacional de leyes a nivel internacional, y el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como los “ODR” (*Online Dispute Resolution*), que ofrecen un marco más flexible, rápido y efectivo para abordar la complejidad y sensibilidad de estos datos. Aun así, presentan ciertas desventajas como: la falta de reglas y principios claros, transparencias y seguridad en el intercambio de información, entre otras que se pueden hacer mención.

Con estas nuevas tecnologías de la información en auge es cada vez mayor el surgimiento de las empresas que se dedican al tratamiento de datos biométricos y la empresa Worldcoin²⁰ es un ejemplo bastante actual de los daños ocasionados por infringir el derecho a la información y vulnerar el tratamiento de estos. La vulneración del tratamiento de datos biométricos por parte de una empresa global como Worldcoin subraya las lagunas en la legislación internacional sobre la protección de este tipo de información altamente sensible. Los datos biométricos, al ser únicos y permanentes, requieren una regulación más estricta, pero la normativa existente está actualmente fragmentada y, como se ilustró con anterioridad, varía significativamente entre jurisdicciones, lo que deja a los usuarios expuestos a riesgos, ya que, por lo pronto, las protecciones y responsabilidades dependen del país en el que se encuentren.

CONCLUSIONES

En esta ponencia, se buscó enmarcar el concepto de datos biométricos y hacer una breve alusión al tratamiento actual de estos en algunas

¹⁹ ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO (2018). *El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho a la protección de datos desde la perspectiva del derecho internacional privado: Redes sociales de internet y cloud computing. Perfiles de las Ciencias Sociales*, V. 6 N. 11, 186, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9493290.pdf>.

²⁰ WorldCoin es una compañía internacional que se presenta a sí misma como una organización sin fines de lucro, radicada en las Islas Caimán. Según su sitio web oficial, su objetivo es “crear instituciones de gobernanza y de economía digital global más inclusivas y equitativas”. En ese marco, la empresa realiza un escaneo facial y del iris de las personas para generar una Identidad Digital única a nivel mundial (World ID), la cual les permitiría acceder a una moneda digital (World Coin) a través de una aplicación (World App). La empresa asegura que ya posee casi 3 millones de usuarios únicos de más de 120 países, entre ellos, Argentina. Información recuperada de: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/avanza-la-investigacion-de-la-aaip-sobre-worldcoin-y-el-uso-de-datos-personales>.

legislaciones globales. Asimismo, se planteó una cuestión crucial que es que el uso irresponsable o malintencionado de datos biométricos puede ocasionar la vulneración de derechos personalísimos, como el derecho a la privacidad y a la identidad.

Ante el sufrimiento de un daño extracontractual, el quid de la cuestión radica en determinar la jurisdicción y el derecho aplicable en este nuevo marco transfronterizo y extraterritorial. Esto hace necesario complementar el enfoque con otros métodos que permitan abordar de manera efectiva las cuestiones relacionadas con los datos biométricos dentro de esta disciplina del derecho internacional privado.

El ejemplo de la empresa Worldcoin trae a la mesa la necesidad imperiosa de construir principios jurídicos de validez mundial para el tratamiento de datos biométricos de manera tal de brindarle seguridad jurídica a los individuos para evitar la transgresión de sus derechos personalísimos

RESPONSABILIDAD CIVIL NO CONTRACTUAL Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL CIBERESPACIO, DESAFÍOS A 10 AÑOS DE LA SANCIÓN DEL CCCN

Por Federico Agustín Castro¹

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

Garantizar la protección de datos de índole personal y los derechos personalísimos a ella asociados frente a su tratamiento ilícito en el ciberespacio nos obliga a repensar el sistema de responsabilidad civil no contractual de fuente interna. A partir de la creación de una categoría específica, servirse del pluralismo metodológico mediante la elaboración de una norma indirecta materialmente orientada, junto con una norma material que permita valorar las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y momento del hecho ilícito, se presentan como herramientas idóneas a hacerse cargo del sector derecho aplicable.

FUNDAMENTOS

1. Introducción

Las últimas décadas han traído consigo cambios fundamentales en nuestras formas de existir. Aquel proceso de globalización que supo dar forma al mundo posmoderno en el cual vivimos nos sitúa ante una realidad que trae consigo los beneficios de la pluralidad, la ubicuidad y la libertad, junto con la inseguridad jurídica propia del desvanecimiento de las fronteras nacionales.

Enormes cantidades de datos son hoy generados y procesados a partir del monitoreo de la actividad desarrollada en la red. De esta forma, la información se convierte en la principal *commodity* para quienes pueden, a partir de ella, nutrir sistemas de inteligencia artificial, gestionar créditos y seguros, crear campañas publicitarias o bien replicar la identidad de una persona.

Protección de datos y privacidad son conceptos que se encuentran íntimamente relacionados, aunque lejos están de ser sinónimos. En tanto que la protección de datos se refiere a las reglas que han de regular el procesamiento de datos asociados con un individuo, la privacidad puede ser definida como ese ámbito de acción personal libre de toda injerencia arbitraria o abusiva.²

¹ Estudiante de Abogacía de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; ayudante alumno de la materia Derecho Internacional Privado, Cátedra de la Dra. Luciana Scotti. Investigador alumno del proyecto UBACyT “Una relectura del Derecho Internacional Privado en Clave de Multiculturalidad”, dirigido por Luciana B. Scotti; y proyecto de Investigación Jurídica en Temas Estratégicos 2023 “Herramientas del Derecho Internacional Privado para la Protección de las Personas Vulnerables en las Relaciones Familiares”.

² Ver Reglamento (UE) 2016/679 art. 1.; PIDCP art. 17.1 y DUDDHH art. 12.

En cumplimiento con los compromisos asumidos en el sexagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas³, hoy son más de cien los Estados que cuentan con normas específicas en la materia.⁴

En esta línea, cabe preguntarnos cuáles son las consecuencias de la fragmentación normativa para nuestra disciplina, el Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr).

La propia posibilidad de hacerse de los datos personales de un individuo de forma remota a través de la prestación o provisión de servicios muchas veces importa poner en relación, cuando no en conflicto, un sinfín de jurisdicciones y derechos materiales.⁵

De esta manera, los problemas jurídicos que pueden suscitarse producto de estos comportamientos crean una dificultad para la clásica tarea del DIPr, localizar territorialmente las relaciones a fin de resolver los interrogantes propios del sector derecho aplicable.⁶ La ubicuidad de las relaciones desplegadas por los actores en la red nos obliga a poner a prueba las históricas soluciones de nuestra disciplina, y porque no, ante la oportunidad de crear otras nuevas.

A continuación, nos ocuparemos de las cuestiones atinentes a la Responsabilidad Civil no Contractual (en adelante, RC) derivada del tratamiento ilícito de datos de índole personal en línea, reparando específicamente en la determinación del derecho aplicable, con el objetivo ulterior de elaborar una propuesta de reforma para el sistema de RC de fuente interna.

2. Datos Personales y Derecho a la Privacidad. El desafío de la Fragmentación

La complejidad del instituto bajo estudio nos obliga primero a detenernos inicialmente en la jurisdicción. En líneas generales, su esencia puede reducirse a la autoridad de un Estado para “declarar la ley”, lo que para el derecho internacional es consecuencia legal de la soberanía.

Es así que existe un consenso global respecto que, si un Estado no logra encuadrar sus pretensiones dentro de los principios jurisdiccionales reconocidos por la comunidad internacional, esta última puede calificar su accionar como exorbitante.

³ UN A/RES/68/167, disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n13/449/50/pdf/n1344950.pdf> (última consulta 15/8/2024)

⁴ GREENLEAF, G., “Global Data Privacy Laws 2015: 109 Countries, with European Laws Now a Minority”, UNSW Law Research Paper No. 2015-21.

⁵ HÖRNLE JULIA, *Internet Jurisdiction: Law and Practice*, 1ra edición, Oxford University Press, 2021, p. 33.

⁶ SCOTTI, LUCIANA. B., *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 45.

Así, la regulación del ecosistema digital se convierte en el caballo de Troya mediante el cual los Estados intentan restablecer sus fronteras, y con ellas, su soberanía.

Llevado al campo específico del DIPr, detentar jurisdicción no solo refiere a la competencia de un tribunal para conocer y decidir una controversia, sino que indirectamente importa la elección del sistema de derecho internacional privado bajo el cual se resolverá la cuestión del derecho aplicable.

2.1. El caso de los Estados Unidos

La Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protege no solo la libertad y la intimidad, sino también ciertas expectativas de privacidad.⁷ Si bien podemos afirmar que el derecho a la privacidad existe, difícilmente podemos elevarlo a aquel conjunto de derechos que entendemos como de carácter fundamental.

En tanto que el mundo anglosajón se niega aun a tal naturaleza, la necesidad de buscar un equilibrio entre los intereses nacionales, el acceso a la justicia y los pedidos de cooperación comienzan a motivar un cambio.

En líneas generales, la jurisprudencia estadounidense para estas cuestiones encuentra fundamento en la “third-party theory”, la cual sostiene que ninguna persona puede tener una expectativa legítima de privacidad respecto de información que voluntariamente entrega a otros.⁸

De esta forma, con interés nacional como estandarte, las agencias gubernamentales supieron hacer uso de los datos personales para desarrollar todo tipo de programas de vigilancia.⁹

En el año 2018, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act.*, la cual significó un gran avance en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

En tanto está sostiene la histórica obligación para todo proveedor de comunicaciones electrónicas o de servicios de computación remotos de compartir información a requerimiento de las autoridades estatales, “regardless of whether such communication, record, or other information is located within or outside of the United States”,¹⁰ al mismo tiempo introduce la posibilidad de que el requerido presente una moción para anular o modificar toda solicitud cuando crea que existe un grave riesgo material de violar las leyes de otro Estado.

⁷ Katz v. United States, 389 U. S. 347, 351 (1967).

⁸ United States v. Miller, 425 U. S. 435, 443 (1976) y Smith v. Maryland, 442 U. S. 735, 743–744 (1979).

⁹ Ver SNOWDEN, EDWARD, *Permanent Record*, Pan Macmillan, 1ed 2019.

¹⁰ Sección 18 USC “§ 2713.

2.2. La Unión Europea y el Gold Standard por ella establecido

La protección de datos surgió en Europa como derecho independiente mucho más tarde que el derecho a la privacidad. Uno de los precedentes más importantes lo encontramos en una sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, quien para el año 1983 crea el derecho a la protección de datos personales con fundamento en que este es precondition para el libre desarrollo de la personalidad.¹¹

Por su parte, el derecho comunitario ha contribuido enormemente a la consolidación de la protección de datos personales como derecho fundamental. Aquella labor que inició con la Directiva 95/46/CE,¹² continuó con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,¹³ y culminó en la adopción del Reglamento General de Protección de Datos Personales (en adelante, GDPR) no tiene precedentes en otra parte del mundo.

En lo que hace a la protección de datos, el art. 3 del GDPR extiende su ámbito de aplicación respecto del tratamiento de datos personales de sujetos que se encuentren en la Unión, aun cuando el responsable o encargado del tratamiento no se encuentre establecido en ella.¹⁴

2.3. ¿Qué ocurre en la República Argentina?

En nuestro país, la protección de datos personales se encuentra regulada por la ley 25.326, la cual vino a reglamentar lo dispuesto por el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Con el recurso de habeas data como estandarte, la protección de datos se incorpora como parte integrante de nuestro cuerpo de derechos fundamentales. De esta manera, el objetivo del sistema gira alrededor de dotar a los usuarios de herramientas destinadas a proteger sus derechos frente al registro indiscriminado, sobre todo sopesando los avances tecnológicos, especialmente en materia de almacenamiento de datos informáticos.¹⁵

Así, la protección de la información personal forma parte de la vida privada y se trata, como el honor y la propia imagen, de uno de los bienes que integran la personalidad.¹⁶

Al igual que la mayoría de las disposiciones nacionales, la Ley 25.326 contiene escasas normas de interés desde la perspectiva del DIPr. Mientras que el art. 2º determina las personas cuyos datos resultan objeto de protección, el art. 12 se encarga de las transferencias de estos al exterior.

¹¹ Bundesverfassungsgericht, sentencia del 15 de diciembre 1983 (cons. 146-147).

¹² Directiva 95/46/CE.

¹³ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/3 346/01).

¹⁴ Ver CJUE, asunto “Google Spain SL Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos”.

¹⁵ CSJN. Urteaga, Facundo R. c/Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas”. Fallos: 321:2767. 15 de octubre de 1998. Ver voto del Dr. Enrique S. Petracchi.

¹⁶ CSJN. Martínez, Matilde Susana c/ Organización Veraz S.A. - 5/04/2005 - Fallos: 328:797. Ver disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco.

3. Criterios para la determinación del derecho aplicable

Como venimos analizando, las legislaciones extranjeras pueden crear obligaciones legales conflictivas, sobre todo cuando en un Estado se exige la revelación de ciertos datos que la legislación del otro, en donde ésta es almacenada, prohíbe su revelación o tratamiento.

En estos términos, las posibilidades de que alguno de los actores involucrados incurra en RC son muy altas, lo cual significa un importante punto a considerar para cualquier solución que se intente dar desde el DIPr.

3.1. Los aportes del lugar del hecho generador del daño

En líneas generales, la determinación del derecho aplicable se encuentra reducida a las siguientes conexiones: a) el domicilio o residencia habitual común de las partes b) el lugar donde se producen los efectos dañosos directos; c) el lugar del hecho generador; y d) la posibilidad de habilitar la autonomía de la voluntad que, aunque interesante, merece un análisis aparte.

Permitámonos reparar en el lugar del hecho generador del daño, opción que a pesar de ser la menos popular de aquellas enunciadas, guarda para la materia que nos ocupa interesantes aportes.

Si bien se trata de una conexión imprevisible para la víctima, en definitiva, se trata de la ley presumiblemente conocida por el demandado. En la ubicuidad de internet, podría éste alegar no saber dónde se producen los daños, pero jamás desconocer las leyes del lugar donde parte la conducta dañosa.

En lo que respecta a la protección de datos, obviar por completo tal consideración podría hacernos someter al sujeto titular de la información a un derecho menos favorable, sobre todo cuando, las más de las veces, coincide con el foro en donde el actor podría impulsar una ejecución de su sentencia. En esta línea, habilitar la aplicación de una ley que garantice el mayor estándar de protección se convierte en una excelente forma de orientar materialmente una norma indirecta.

En suma, la elección de la ley del lugar del hecho causal está diseñada para no permitir a las empresas beneficiarse de sus conductas, imponiendo los costos sobre quienes habitan en Estados con menores estándares de seguridad. De esta forma, estaríamos permitiendo que los Estados internalicen los costos de las actividades conducidas en su territorio.¹⁷

3.2. La siempre latente posibilidad de flexibilizar

¹⁷ ROOSEVELT III, K. *The Third Restatement of Conflict of Laws*, Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, volume 431, Brill | Nijhoff, Leiden, The Netherlands, 2023, p. 261.

La naturaleza y los medios técnicos-jurídicos empleados para llevar adelante estos ilícitos en contra de la privacidad nos sitúan más ante una situación de alta complejidad.

Frente a ello, la posibilidad de flexibilizar los preceptos contenidos en la norma de conflicto encuentra fundamento en dotar de herramientas a quien es llamado a entender en el caso para corregir, en tanto se cumplan los presupuestos de la excepción, el derecho inicialmente designado por aquel que presente vínculos de mayor proximidad con el caso.¹⁸

3.3. Local Data Theory, una solución ecléctica que puede abonar a la solución.

El enfoque conflictualista tradicional, centrado en contactos personales o territorialistas, suele materializarse en normas que suelen ignorar por completo las políticas públicas de derecho sustantivo, resultando en que en la mayoría de los casos la cuestión se encuentre enteramente regida por una sola ley.¹⁹ En estos términos, la determinación del derecho aplicable se convierte en un juego de suma cero, aquello que Jose Jitta denominó “guillotina conflictual”.²⁰

En este orden de ideas, T. W. Dornis introduce la *Local Data Theory* como una instancia que permite valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega. Así, el derecho del país donde opera el infractor puede ser tenido en cuenta como un “dato de hecho” para valorar la legalidad o ilegalidad de su conducta cuando la cuestión principal se rige por la ley de otro Estado.²¹

De esta manera, la ley del país donde ha actuado el actor no desaparece de la solución jurídica del caso, sobre todo teniendo presente que será allí donde la víctima intentará medidas de disuasión o coordinación.²²

Podemos encontrar soluciones de este estilo receptadas en el artículo 17 del Reglamento (CE) N° 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, así como también en el artículo 77.1 de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987, en materia adopciones internacionales.

4. La solución del Código Civil y Comercial de la Nación

¹⁸ NAJURIETA, MARÍA SUSANA, “Aportes y desafíos de la regulación de la responsabilidad civil no contractual en casos multinacionales”, Relato Sección Derecho Internacional Privado, XXVIII Congreso Anual de la A.A.D.I., p. 26.

¹⁹ DORNIS T. W., “Local data” en BASEDOW, J. (Ed.), *Encyclopedia of Private International Law*, 1ª Ed, Edward Edgar Publishing, Cheltenham, 2017, p. 6.

²⁰ JITA, JOSEPHUS, *Método de Derecho internacional privado (traducción de Joaquín Fernández Prida)*, Editorial Analecta, Madrid, 2015. Pp.118-126.

²¹ CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER (Dirs.), *Tratado de derecho internacional privado*, 1ª Ed., Tomo 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 3876.

²² Reglamento (CE) No 864/2007 art. 17.1.

El sistema de DIPr de fuente interna en materia de RC se encuentra regulado por los arts. 2656 y 2657 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN), el primero abocado al sector de la jurisdicción internacional y el segundo encargado de resolver las cuestiones atinentes a la determinación del derecho aplicable.

En este caso, el legislador ha optado por una categoría omnicomprendiva, con normas pensadas y diseñadas para atender el enorme mundo de posibilidades que hacen a una materia cuya naturaleza podríamos definir como residual.

Para el derecho aplicable, el CCCN dispone una norma que presenta cierta rigidez. El legislador presupone que el derecho del domicilio o residencia habitual común de las partes es el derecho más vinculado con la situación jurídica, representando la mayor proximidad con el caso y presentando el menor costo conflictual.²³ Cumplida esta premisa, podríamos decir que las partes “hablan el mismo idioma”.

En defecto de ley común, se optó por el lugar donde se producen los efectos dañosos directos, lo cual consiste en la aplicación de la ley del lugar donde la víctima sufre el daño derivado del ilícito, independientemente del lugar donde se hubiera producido el hecho generador del daño.

Estos criterios, junto con la posibilidad de flexibilizar la solución atendiendo al principio de proximidad mediante la herramienta del art. 2597 CCCN, constituyen todo el sistema en cuestión.

CONCLUSIONES

No hay que subestimar las dificultades que ejecutar una orden contra un responsable domiciliado en el exterior, sobre todo cuando el derecho allí vigente impone obligaciones menos extensas que el derecho aplicable a la cuestión de la responsabilidad.²⁴

Todo punto de partida para una reforma del sistema de RC deberá estar dado por una fragmentación de aquella norma que todo pretende abarcar en categorías específicas.

En lo que respecta a la protección de datos personales, no hay duda de que los intereses en juego atraviesan horizontalmente tanto el ámbito del derecho público como del derecho privado.

Damos por sentado de que los instrumentos internacionales son aún una deuda para con la sociedad, máxime cuando gran parte de los Estados comparten un interés común en la materia.

²³ CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER (Dirs.), *Tratado de derecho internacional privado*, 1ª Ed., Tomo 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 3873.

²⁴ OYARZABAL, MARIO, “El derecho a la intimidad y el tratamiento de datos personales en el derecho internacional privado argentino”, *Lecciones y Ensayos*, volumen 83, Buenos Aires, 2017, p. 56.

En tanto se producen los consensos necesarios para avanzar hacia un sistema de gobernanza global que entienda los pormenores de la ubicuidad, no hay que ver con malos ojos pensar en sistemas de RC que tomen como brújula arribar al derecho más favorable al titular de los datos, aunque sin dejar de considerar las normas de seguridad y comportamientos vigentes en el Estado de donde provienen los hechos que dan lugar a la responsabilidad.

Los derechos humanos han cobrado un rol relevante a la hora de resolver los conflictos de leyes propios del DIPr. Las bases de nuestra disciplina deben orientar toda labor legislativa, más no podemos aferrarnos a soluciones que son rémoras de un mundo que ya no existe, debemos repensar las soluciones del clásico método conflictual.²⁵

En este sentido, para concluir, mi propuesta a la hora de regular la RC en materia de protección de datos personales podría materializarse en dos normas con la siguiente estructura:

Derecho aplicable. El derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil derivada del procesamiento ilícito de datos personales es el del país del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos, aquel que garantice el mayor grado de protección para la privacidad del titular de los datos.

No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país.

Normas seguridad y comportamiento. Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad.

²⁵ SCOTTI, LUCIANA B., *Gobernanza global: alternativas para la regulación jurídica del ciberespacio*, 1ª Ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p 52.

LA NECESIDAD DE INCORPORAR EL FORO Y DERECHO DEL DOMICILIO DEL DAMNIFICADO A PARTIR DE UNA INTERPRETACION DE NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

Por Tomás Alejandro Cilio*

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

Nuestro ordenamiento jurídico constitucional y convencional, así como los principios y fundamentos relativos a los derechos humanos de nuestro derecho, exigen necesariamente reinterpretar los casos de responsabilidad civil internacional cuando se ven afectados los derechos personalísimos. Nuestra normativa importa priorizar necesariamente la dignidad y derechos de la personalidad vinculando entonces naturalmente el domicilio de la persona damnificada al caso. Bajo el mismo razonamiento, esto no debe presentar un perjuicio para el reconocimiento de la personalidad y dignidad del vulnerado, debiendo necesariamente marcarse una preponderancia por el derecho más beneficioso para con la protección de los derechos personalísimos a través de una norma materialmente orientada.

FUNDAMENTOS

1. Introducción

En la actualidad, se estima que hay 5.35 mil millones (66,2% de la población mundial) de personas en todo el mundo utilizando internet¹, dedicando en promedio 6 horas y 40 minutos diarios de su día en interacciones en la web². A su vez, el 80,7% de las veces, el motivo de conexión a la web, se trata de exploraciones realizadas a través de motores de búsqueda³. Como último dato, al menos 1.88 millones de publicaciones son realizadas solamente en Facebook a diario⁴.

Evidentemente, que el ciberespacio se ha incorporado en la vida del humano es un hecho innegable a nivel mundial. Concebir cualquier aspecto de la vida social del humano sin hacer alguna referencia a su vida en el ciberespacio es imposible o, en cualquier caso, un anacronismo. En tiempo récord, el humano ha reescrito la manera a través de la cual interactúa entre sí a nivel mundial. Lamentablemente, el derecho no ha visto esta misma velocidad para adaptarse al nuevo mundo de las tecnologías.

* Investigador estudiante Proyecto UBACyT 2023-2025 “Una relectura del Derecho Internacional Privado argentino en clave de multiculturalidad” y Proyecto DeCyT 2024-2025 “Herramientas del Derecho Internacional Privado para la protección de personas vulnerables en las relaciones familiares”; ayudante de cátedra en Derecho Internacional Privado – Cátedra Scotti; Paralegal Nicholson & Cano desde 2022.

¹KEMP, Simon, “Digital 2024, Global Overview Report, The Essential Guide to the World’s Connected Behaviours”, *we are social Q. 2024*, Meltwater, 02/2024, p. 33.

² Ibid., p.57.

³ Ibid., p.55.

⁴ Ibid., p.285.

De hecho, el internet ha resultado ser una herramienta para facilitar la vulneración de derechos por sobre su protección. Particularmente los derechos más asociados a la intimidad, honor y la imagen se han visto principalmente afectados en el actual mundo cibernético, caracterizado por el fácil acceso, la publicidad, la cosificación y la deshumanización, cuando todo lo que está del otro lado de la pantalla parece tan distante a nosotros. Si estas tendencias ya establecen un marco complicado de lucha para la protección de los derechos, aún más se complejiza la situación a partir de la naturaleza universal del internet.

En base a las tendencias de nuestro ordenamiento interno y convencional, a continuación, intentaré verificar que a partir del compromiso de nuestras normas fundamentales con los derechos personalísimos y el valor absoluto y universal de la dignidad humana, cuando se trata de cuestiones de responsabilidad civil internacional por violación a los derechos de la personalidad, debe contemplarse el domicilio del vulnerado a momento de atribuir jurisdicción (en adelante *forum actoris*) y el derecho de su domicilio como aplicable al caso, en un marco de priorización y prevalencia a sus intereses.

2. Carácter *erga omnes* de los derechos personalísimos y universalidad de la dignidad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos –aquí considero vale la pena hacer una breve enunciación en relación al hecho de “universal” y es que actualmente es reconocida por todos los miembros de las Naciones Unidas–, plantea en la actualidad el más mínimo consenso internacional sobre el criterio de humanidad. A día de hoy, los Derechos Humanos conciben –al menos de manera declarativa– una característica del humano y son definitorios del concepto con el que individualizamos a las personas –se ha dicho que son inherentes al humano por definición–. Ya en el preámbulo encontramos “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la **dignidad intrínseca** y de los **derechos iguales e inalienables** de todos los miembros de la familia humana[,] (...) que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, **el respeto universal**”⁵ (los resaltados me pertenecen) y más precisamente en los artículos 1^{ero} “los seres humanos **nacen libres e iguales en dignidad y derechos**” y 6^{to} “[t]odo ser humano tiene derecho, **en todas partes**, al reconocimiento de su personalidad...”⁶ (los destacados me pertenecen).

De igual manera se dispone regionalmente desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre este criterio de universalidad, disponiendo en su preámbulo “[t]odos los hombres nacen

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el día 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), preámbulo.

⁶ Ibid., artículos 1 y 6.

libres e iguales en dignidad y derechos”⁷. De hecho, más precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH más adelante) “considera que **la inherencia e inalienabilidad** se refieren al atributo que se predica de un derecho debido a su **conexión inescindible con la naturaleza del ser humano**. En efecto, este Tribunal estima que hay derechos cuyo ejercicio únicamente puede ser llevado a cabo personalmente por la persona física titular de los mismos, porque dicho goce implica la existencia de **un vínculo entre la naturaleza humana y el derecho mismo**”⁸ (los remarcados me pertenecen).

Si efectivamente nuestro derecho comprende que la dignidad y los derechos personalísimos son de carácter universal y deben su respeto por igual en cualquier estado del mundo, claramente es entendible por definición entonces que cualquier juez o derecho podría poseer cercanía con casos de vulneración de la dignidad. Evidentemente, la otorgación del término *erga omnes* es a los efectos de luego habilitar instrumentos para su protección que sean acordes, por el contrario, es simplemente un decorado con el que se ornamentan.

3. Insuficiencia de nuestro Derecho Internacional Privado y del concepto de *centro de intereses* propio del Derecho Comunitario Europeo.

La norma del artículo 2656 de nuestro Código Civil y Comercial (en adelante CCCN), dispone como competente al juez del domicilio del demandado (en adelante *foro general*) y tanto aquel del lugar de comisión del hecho dañoso, como el lugar donde se produce el daño en sí. En cuanto a derecho aplicable, del artículo 2657 mana que será la ley del lugar donde se produce el daño, desplazado por el domicilio común entre las partes cuando lo hubiera.

En primer lugar, en cuanto a jurisdicción, tenemos como problemática la imposibilidad propia de los casos surgidos a partir de daños provocados en uso del internet de fijar un “lugar donde se producen los efectos dañosos directos”. Dada la inherente accesibilidad universal del internet, lo publicado a través de la red es accesible desde cualquier lugar del mundo, por lo que la producción de un hecho dañoso a través de una plataforma de internet produce efectos simultáneamente en múltiples países, resultando imposible determinar un solo lugar como el más ligado a los efectos dañosos, reconociendo en todo momento la unicidad de la personalidad y dignidad humana a nivel mundial, este punto de conexión carece de efectividad. Así es que la norma quedaría para este caso simplemente en la competencia del foro general y el lugar donde se produce el hecho generador del daño, que dada la naturaleza de estos casos suele ser el mismo. No obstante, naturalmente el foro del domicilio del

⁷ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX^o Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, preámbulo.

⁸ Corte Internacional de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 22/16 solicitada por la República de Panamá, del 22/02/2016, párr.109

demandado también resulta insuficiente siempre que la particular deslocalización del medio dificulta la posibilidad de identificar o mínimamente localizar al publicador del contenido que resulta dañoso⁹. Ni hablar de que obligar al damnificado a iniciar un proceso en un país lejano para un caso de derechos personalísimos, genera una deslocalización que resuena impropia del carácter prioritario que nuestro ordenamiento reconoce a la protección de este tipo de derechos. De esta manera, nuestro ordenamiento plantea una solución mediocre para la protección de los derechos personalísimos de los damnificados en casos de esta índole. No es demasiado distinto el resultado que obtenemos para el caso del derecho aplicable, dictando nuestra norma que será de aplicación el derecho del país donde se produce el daño que, nuevamente, resulta ser un criterio de imposible empleo para casos de la naturaleza como los que estamos tratando.

La jurisprudencia europea ha incorporado a partir de los precedentes “eDate Advertising y Martínez y Martínez”¹⁰ y más recientemente “Gtflifx Tv c. DR”¹¹, la competencia del tribunal en cuya circunscripción territorial se encuentra el centro de los intereses de esa persona – vinculando este criterio con el lugar donde se materializa el daño—^{12 13}. No obstante, a mi criterio, este concepto también es insuficiente siendo que las cuestiones relativas a la dignidad escapan meramente del entorno que rodea directamente a una persona. Según este concepto, podríamos decir que una celebridad ostenta una multiplicidad de países en los cuales puede hacer valer su reclamo –pudiendo tal vez presentar un recurso judicial incluso en literalmente cualquier país del mundo si hablamos de figuras mundiales como por ejemplo Lionel Messi, el papa Francisco, etc.–, pero en cambio un ciudadano corriente solo puede ejercer un reclamo en, con suerte, un par de países. Esta afirmación, creo, sería contraria al concepto *erga omnes* de los derechos personalísimos. La personalidad humana es de carácter universal, y un ataque a sus derechos más íntimos plantea una vulneración grave a la persona y su dignidad, tanto si se produce en un país en el cual desarrolla su vida como si es en la otra punta del mundo. Sin ir más lejos, el término “centro de intereses” es usualmente interpretado en la doctrina y jurisprudencia a partir del lugar de desarrollo profesional, limitando el daño aparentemente a una cuestión comercial, que poco tiene que ver con la personalidad y dignidad de la persona. Parte de la doctrina también reconoce la residencia habitual como señaladora del “centro de intereses”, pero a mi parecer la limitación parte de la base del sentido textual de la frase centro de intereses que no redundo directamente en el

⁹ URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA "Lesión de Derechos a la Personalidad a través de Internet", *Revista de la Facultad vol.III N°2*, Nueva Serie II, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, pp. 155 a 175.

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “eDate Advertising y Martínez y Martínez” del 25/10/2011 [ECLI:EU:C:2011:685].

¹¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “Gtflifx Tv c. DR”, del 21.12.2021 [ECLI:EU:C:2021:1036].

¹² COURNELOUP, SABINE y HORATIA MUIR WATT, “Le for du droit à l’oubli”, *Revue critique de droit international privé N°2*, Dalloz, Francia, 2018, pp. 290 a 306.

¹³ BRACHOTTE, SANDRINE y ARNAUD NUYTS, “Jurisdiction over cyber torts under the Brussels I Bis Regulation”, *Research Handbook on EU Internet Law 2nd Edition*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2023, pp. 215 a 230.

carácter universal de la personalidad, limitando los efectos de y para con la personalidad a un país “central”.

4. Derechos personalísimos y vulnerabilidad en el Derecho Internacional Privado argentino.

Evidentemente nuestra norma de conflicto plantea una solución insuficiente a la hora de designar el foro y derecho aplicable con vínculos más cercanos a la cuestión en pugna. En razón del carácter erga omnes y absoluto de la dignidad humana, vemos presentada una clara incompatibilidad con los institutos instaurados para su protección, frente al similar carácter de universalidad de la red de internet. Esto implica necesariamente, entonces, la interpretación de los casos de estudio a través de, en todo momento, una priorización de la dignidad y la protección de los derechos personalísimos. Evidentemente, esto lleva a que deba otorgarse la mayor cantidad de opciones de foros y derechos aplicables a fin de encontrar el que mejor reconozca, según el caso, la vulneración a la dignidad que está sufriendo el damnificado, centrando como principal conocedor de la dignidad de la persona, el mismo juez que nuestra visión del derecho internacional privado considera competente para las cuestiones más arraigadas a la personalidad.

En efecto, dada la importancia de los derechos de la personalidad, nuestro ordenamiento reconoce un vínculo natural con el domicilio de la persona, como lo ejemplifican los casos de capacidad (art. 2616 CCCN) – “La capacidad de derecho forma parte de la personalidad jurídica del sujeto humano, por lo que es contrario a nuestro orden público admitir que un derecho extranjero exija condiciones [...] (...) la capacidad del sujeto está sujeta al derecho de su domicilio (...) por esa conexión personal”¹⁴ – y el nombre (art. 2618 CCCN) – “[e]s un derecho básico del sujeto humano y (...) se trata de un derecho personalísimo (...) las normas atinentes a las personas humanas ajustan en la conexión domicilio el derecho aplicable”¹⁵.

En efecto, dada la importancia de los derechos de la personalidad, nuestro ordenamiento reconoce un vínculo natural con el domicilio de la persona. Que la norma de los artículos 2656 y 2657 relativa a la responsabilidad civil, no disponga una cercanía especial con el domicilio del damnificado, es lisa y llanamente porque no fueron consideradas las implicancias que un caso relacionado de naturaleza internacional pudiera tener sobre los derechos personalísimos. Claramente, nuestra norma no hace alusión de los derechos personalísimos no a modo de exclusión puesto que esto sería completamente contrario con nuestro sistema de priorización de normas según la jerarquía constitucional y de tratados internacionales de derechos humanos y hasta presentaría una contradicción en la lógica aplicada

¹⁴ HERRERA, MARISA, GUSTAVO CAMELO Y PICASSO SEBASTIÁN, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo VI*, 1era Edición, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 352.

¹⁵ Ibid., pp. 354 y 355.

por el propio CCCN para casos en los que toman una presencia preponderante los derechos personalísimos.

Por otro lado, el artículo 2629 del CCCN dispone la concurrencia de cinco jueces distintos en cuanto a la jurisdicción para casos de alimentos donde, claramente, el legislador quiso establecer una priorización sobre el derecho del acreedor de los alimentos ofreciendo multiplicidad de jueces competentes¹⁶.

De igual manera, los artículos 2634, 2637, 2639 y 2642 del CCCN, disponen de manera literal el “interés superior del niño” como regulador de, respectivamente, la filiación de menores, el reconocimiento de adopciones realizadas en el extranjero, la responsabilidad parental y la restitución internacional de menores. Si bien para todos estos casos la residencia habitual del niño hace aparición en el CCCN en base a su particular vínculo con los casos relacionados con menores, aun así, nuestra norma sostiene el interés superior del niño como guía máxima y lente necesaria a través de la cual el juez deberá observar continuamente el caso para arribar a una conclusión que necesariamente priorice los intereses del niño por sobre cualquier otro interés en pugna.¹⁷

En nuestro caso, en consonancia con los argumentos hasta aquí esgrimidos, la necesidad de aplicar una norma materialmente orientada a nuestra norma de conflicto en la materia, buscaría más bien proteger un derecho que nuestro ordenamiento entiende como más esencial y con una mayor vinculación a la dignidad humana que a cualquier otro elemento en cuestión. Definitivamente la afectación que los casos que estamos estudiando presenta sobre los derechos personalísimos y la dignidad, no es de carácter menor a los vistos en este punto. Para nuestro ordenamiento la protección de los derechos personalísimos y la dignidad resulta prioritaria, me arriesgo a decir que incluso mucho más que algunos institutos para los cuales nuestro CCCN sí plantea directamente una norma materialmente orientada para el derecho aplicable y el *forum actoris* como centro jurisdiccional –como claramente lo es al menos para el caso del derecho al consumidor–. La jerarquía con la que instituímos a los derechos personalísimos importa necesariamente involucrar este tipo de interpretaciones y protecciones en favor de ellos.

5. Sobre la imprevisibilidad.

Los actos realizados a través del ciberespacio no limitan sus efectos simplemente al lugar en el que se encuentra la persona que hizo la publicación. Con igual razonamiento con el que el Tribunal de Justicia Europeo en el caso “Bier y otro c. Mines de Potasse d’Alsace”¹⁸ entendió

¹⁶ SCOTTI, LUCIANA Y LEANDRO BALTAR, “El *forum actoris* en el Derecho Internacional Privado Argentino”, *Pensar en Derecho – ed. N°15*, Eudeba, Ciudad de Buenos Aires, 2020, pp. 393 y 394.

¹⁷ HERRERA, MARISA, GUSTAVO CAMELO Y PICASSO SEBASTIÁN, Op. cit., p. 397.

¹⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “Société Anonyme Handelskwekrij G.J. Bier BV y otro c. Société Anonyme Mines de Potasse d’Alsace”, del 30/11/1976 [ECLI:EU:C:1976:166].

razonable que la demandada pudiera haber previsto la generación de daños producto de su accionar en literalmente cualquier lugar contiguo al río Rin, considero que, por su naturaleza, la web plantea igual facilidad de distribución de un contenido perjudicial en cualquier lugar desde el que se pueda tener acceso –lo que es literalmente cualquier país del mundo hoy más que nunca que existen incluso las llamadas VPN (Virtual Private Network), que permiten a personas hasta de países ultra intervencionistas que prohíben el acceso a sus habitantes a determinadas páginas web como por ejemplo Corea del Norte, acceder a sitios de cualquier lugar del mundo– que el cauce de un río para sustancias llevadas por el caudal del agua.

Aquí aludo nuevamente al rol que tiene el internet y las redes sociales a día de hoy en la sociedad humana con el que di comienzo a este trabajo. A día de hoy, no parece verdaderamente lógico reconocer que una persona no hubiera podido –o al menos debido– saber que una publicación que esta hiciera en internet podía ser vista y producir efectos en cualquier lugar del mundo –de hecho, a modo ilustrativo y como dato de color, actualmente la Estación Espacial Internacional posee acceso a internet y a día de hoy existe un proyecto de la NASA y Nokia que pretende llevar Wi-Fi a la luna, por lo que vale interpretar la alocución “cualquier lugar del <<mundo>>” en sentido amplio –.

CONCLUSIONES

Así es que, solo queda preguntarse si no esgrime todo lo visto hasta aquí entonces una demostración de que a día de hoy, aplicar estrictamente lo expuesto en los artículos 2656 y 2657 para casos en los que se vean dañados los derechos personalísimos de la víctima en situaciones surgidas a partir del uso de internet, no presenta una respuesta insuficiente o hasta contraria a la lógica de nuestro derecho para proteger los derechos humanos, cuando precisamente su protección consiste en acudir necesariamente al domicilio del damnificado, pero también a la lógica propia del derecho internacional privado, que funda las normas de conflicto a partir del lugar más cercano al caso y a la naturaleza del instrumento que protege según su principal contenido existencial y no de manera genérica y amplia.

Por todo lo esgrimido en este trabajo, considero que efectivamente no solo es acorde a nuestro ordenamiento jurídico, sino que nuestra priorización e interpretación del derecho exige efectivamente adicionar a los artículos 2656 y 2657 una cláusula que ofrezca también el *forum actoris* como foro y el derecho del domicilio, para acciones impulsadas por víctimas de daños a sus derechos personalísimos. Concluyendo, y en virtud de todo lo expuesto, como priorización a los derechos personalísimos, es menester que la norma de derecho aplicable oriente materialmente al intérprete, estableciendo que deberá preferirse de entre todos los derechos ofrecidos –es decir los del artículo 2657 a día de hoy más la adición del domicilio del vulnerado– aquel

donde el derecho priorice los derechos personalísimos y la dignidad del damnificado.

DERECHO AL OLVIDO EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Lucia Gonnet¹

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

El derecho al olvido al tornarse operativo puede colisionar con la libertad de expresión y el acceso a la información, sin embargo, los criterios de aplicación no deben ser iguales cuando se trata de la protección de niños, niñas y adolescentes (NNyA). Se observa que los menores de edad suelen compartir información personal en redes sociales sin comprender completamente las implicancias a largo plazo y los riesgos de la exposición pública. Las normativas deben aplicar criterios más flexibles cuando los casos involucran a NNyA, y así priorizar siempre el interés superior del niño, garantizando su protección y reparación integral de los daños, aplicando la supresión de datos personales en el entorno digital.

INTRODUCCIÓN

Los niños, niñas y adolescentes, en adelante NNyA, se constituyen como personas en un mundo globalizado donde gran parte de la vida transcurre en el espacio digital. Las interacciones sociales se producen, en un gran porcentaje a través de los teléfonos celulares mediante el envío de audios, imágenes, videos y textos. Forjan su identidad en las redes sociales y limitar el tema sólo a los adolescentes implicaría negar la realidad; en efecto, no resulta prematuro incorporar a los niños y niñas en el estudio de la problemática de esta ponencia, desde el momento que los niños y niñas desde muy pequeños —a menudo con pocos meses de edad— comienzan a consumir el “mundo digital” a través de la telefonía celular.

En este contexto es que surge la necesidad de estudiar el derecho al olvido, la manifestación del derecho de supresión aplicado a los buscadores de internet². En esta ponencia se sostiene que el derecho al olvido o supresión debe primar sobre el derecho a la libertad de expresión cuando estamos frente a NNyA que no han brindado su consentimiento o que desconocen haber consentido la utilización de sus datos. El derecho al olvido surge como una respuesta frente a los daños derivados de la circulación de información en el espacio digital. El interés superior de NNyA es un derecho que debe ser protegido con mayor vehemencia frente al avance de las nuevas tecnologías.

¹ Abogada (UBA). Diploma de Honor. Profesora para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (UBA). Diplomado en arbitraje comercial internacional (U. CAECE). Diplomatura en Contratos y Litigios Judiciales Internacionales. (U. Austral), Maestranda en DIPr, (UBA). Aux. de segunda DIPr y Contratos internacionales (UBA).

² NIETO, M. B. “*El derecho al olvido del niño: conveniencia de su reconocimiento legal en Argentina*”, Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia. 2022, 102. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/14749>.

El problema por investigar será, pues, el tratamiento del derecho al olvido desde la perspectiva de los derechos de los NNyA en el marco del derecho argentino y en un enfoque comparado, desde de la consideración de los diferentes aspectos que involucra, los valores en juego (derechos personalísimos, libertad de información, derecho al olvido, interés superior del niño) y la carencia de normas específicas que contemplen, con carácter diferenciado, esta situación especial, contemplando dos orígenes del problema la publicación en las redes mientras los NNyA son menores de edad y las publicaciones que hicieron ellos (o terceros) mientras eran menores de edad.

FUNDAMENTOS

La necesidad de una categoría jurídica específica entre NNyA y las redes sociales y buscadores

Los adolescentes han crecido en un mundo en el que siempre ha existido internet y desde este punto de vista, los NNyA son "nativos digitales"³, lo cual supone que comprenden el manejo de las redes y el internet; sin embargo, continúan siendo personas en desarrollo⁴ y, en consecuencia, no comprenden los riesgos del mundo digital. Se ha destacado que "Somos parte de un mundo interconectado, donde las interacciones, las búsquedas en internet, nuestras ubicaciones, los likes, etc, todo queda registrado en tiempo real y vinculado con nuestra identidad, en ese sentido el flujo de los datos y las diversas informaciones permanecen en la red ad aeternum"⁵. Esta permanencia de la información, como el desconocimiento del almacenamiento de los datos que se comparten constante al utilizar cualquier plataforma digital, requiere que se establezcan otros parámetros cuando estamos frente a menores de edad.

Las plataformas no solo sirven para establecer conexiones con otros, sino que también ofrecen un espacio para explorar y dar forma a su propio yo⁶. Por lo tanto, es fundamental respetar y proteger el proceso de

³ BOYD, D. *"It's Complicated: The Social Lives of Networked Teens"*. New Haven: Yale University Press, 2014. <https://doi.org/10.12987/9780300166439>.

⁴ El ordenamiento argentino presume a los menores de edad como incapaces de ejercicio, pero concibe su autonomía progresiva de acuerdo con su grado de madurez, la cual es guiada en principio por sus progenitores, así el art. 26 del CCyCN establece en cuanto a su ejercicio y desarrollo: "Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico".

⁵ LÉVANO VÉLIZ, P.E., "El Derecho al Olvido como Paradigma en el Rol Responsable de los Medios de Comunicación en Internet", *Revista Perspectivas*. 2021 Vol. 6(2), 81-91. <https://doi.org/10.22463/25909215.3258>.

⁶ FANG, T. *"Carta abierta: los jóvenes explican a los adultos su relación con la tecnología."*, MIT Technology Review. 2019 Disponible: technologyreview.es/s/11738/carta-abierto-los-jovenes-explican-los-adultos-su-relacion-con-la-tecnologia "Pero los adolescentes no usan las redes sociales solo para establecer conexiones sociales. Es algo más profundo. Las redes sociales se encuentran entre nuestras únicas oportunidades para crear y dar forma a nuestro sentido de identidad".

construcción de identidad que se lleva a cabo en estos entornos digitales.⁷ Además se debe tener en cuenta que los NNyA no son sus únicos hacedores de la constitución de su identidad y de su persona, ya que su familia, al realizar el *sharenting*,⁸ difunden datos de los NNyA que se incorporan a la web, sin el consentimiento de los mismos, lo que podría derivar en algún daño de los derechos personalísimos de estos menores de edad, eventualmente. Vinculado al *sharenting*, se observa que “muchos niños tienen presencia en las redes antes de haber nacido ya que son numerosos los padres que suben a internet la ecografía en la que se ve su desarrollo incipiente en el seno materno. Y los progenitores continúan conformando su identidad digital al compartir fotos y videos del nacimiento, de los primeros pasos, de cumpleaños y otros eventos de la vida cotidiana. (...) Por lo tanto, el niño, a medida que crece y madura, puede sentir afectada su aptitud para desarrollar libremente su propio sentido de sí mismo, y su derecho a decidir y definir ‘su modo de ser’”⁹

Así, bajo la premisa de que somos lo que Google dice que somos¹⁰, en un contexto en el cual las noticias y las publicaciones corren a grandes velocidades, encontrarse indexado a resultados que pueden resultar violatorios de derechos personalísimos¹¹ es moneda corriente, y los NNyA no son la excepción. En este punto **el derecho al olvido cobra relevancia, como una herramienta protectoria de los daños derivados de la circulación de datos e información de los NNyA.**

Derecho al olvido

El derecho al olvido en internet surge como una extensión de conceptos jurídicos previos, tales como el *droit à l'oubli* francés y el *diritto all'oblio* italiano, que se referían al derecho a que se eliminen antecedentes penales irrelevantes o perjudiciales¹². En la era digital, este derecho se ha adaptado para proteger la privacidad de las personas, permitiéndoles solicitar la eliminación de información personal que las afecte negativamente, incluso si fuera veraz.

⁷ CAMELO, G. “La infancia y adolescencia en tiempos de la Revolución Digital” “Derecho, Universidad y Justicia”, Biblioteca Digital, Volumen 2 - Número 3, Agosto de 2023 - pp. 42-67 Consulta 1 de julio de 2024, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2748>.

⁸ Anglicismo utilizado para aludir a la conducta de los padres de difundir fotos y datos de sus hijos en redes sociales on line. B. NIETO, “El *sharenting* y los derechos personalísimos del niño en Argentina.”, Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas. 2021, Vol. 11, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 17-32. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566 DOI <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2021-v11n2a0>

⁹ Ibid 8.

¹⁰ M., “You Are What Google Says You Are”, Wired, 2009, febrero 11. Disponible en: <https://www.wired.com/2009/02/you-are-what-go/>

¹¹ Derechos personalísimos reconocidos en Convención sobre los Derechos del Niño tales como la dignidad, identidad y libertad.

¹² COFONE, I., “Google v. Spain: A Right To Be Forgotten?”, Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law, 2015, Vol. 15, No. 1, <https://ssrn.com/abstract=2548954>

En el vasto universo de la información digital, el **derecho al olvido** emerge como un faro que protege la privacidad de las personas. Este derecho, estrechamente vinculado al **derecho de supresión** y enmarcado en el principio de **autodeterminación informativa**¹³, permite a los individuos solicitar la eliminación de sus datos personales de los resultados de búsqueda en internet.¹⁴

Ahora bien, ya se ha dicho que la información que sube a la web garantiza de cierta forma su “eternidad”¹⁵, motivo por el cual es necesario identificar contra qué actores se puede ejercer el derecho al olvido. Así, las redes sociales y bases de datos se posicionan como los actores principales, al ser los sitios donde se permite la visualización de la información y su almacenamiento.

Las redes sociales y los buscadores seleccionan qué contenidos se muestran. Si bien ni los buscadores ni las redes sociales generan propiamente información es claro que hacen posible su difusión masiva. Los contenidos que surgen del resultado de una averiguación en internet pueden perjudicar a una persona. En estas situaciones, el ejercicio del “derecho al olvido” permite solicitar la supresión, bloqueo o desindexación de la información publicada.¹⁶

Para los NNyA, el derecho al olvido permitiría reducir la presencia, visibilidad y alcance de información personal en internet. Esto, a su vez, ayudaría a proteger su desarrollo personal y la formación de su identidad, evitando que se vean afectados por datos obsoletos o perjudiciales. Así, podrían pedir la supresión de dichos contenidos, los niños con madurez suficiente y quienes, habiendo cumplido los 18 años, quisieran eliminar información publicada por los padres -u otras personas- sin su consentimiento, o que, difundidas por ellos mismos, alegaren haberlo hecho con falta de madurez para comprender las consecuencias de sus actos.¹⁷

Es posible que a medida que crezcan ya no quieran estar vinculados con información con la que ya no se identifican. En estos casos, el derecho de supresión permite mitigar la persistencia, visibilidad, extensibilidad y potencial de búsqueda de la información en línea, todo lo cual puede obstaculizar la exploración y experimentación con su identidad. **El derecho al olvido con relación a la temática que nos ocupa es un derecho que reconoce tanto la inmadurez como el desarrollo de los niños.**

Derecho al olvido, legislación vigente y colisión con el derecho a la libertad de expresión

¹³ MURILLO DE LA CUEVA, P. L. “La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa”, Cuadernos de Derecho Público, 2003, mayo-diciembre, núms. 19-20. “La autodeterminación informativa, libertad informática identificada con la protección de los datos personales en cuanto emanación de la dignidad y libertad de las personas”.

¹⁴ Ibid 2.

¹⁵ Ibid 7, “Todo lo que se sube a las redes persiste potencialmente para siempre. Y si los hijos llegados a la mayoría de edad quisieran suprimir de la web toda esa información personal, sería imposible.”.

¹⁶ Ibid 2.

¹⁷ Ibid 2.

En Argentina, no existe una norma que incorpore expresamente el derecho al olvido. La protección de datos personales se encuentra alcanzada por la garantía expresa en la Constitución de la Nación Argentina a través de la acción de hábeas data incorporada por la reforma del año 1994 así como por la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales¹⁸ que reconoce derechos e implementa garantías para los titulares de los derechos frente al uso de los datos en el medio “informático”. Sin embargo, la normativa actual carece de soluciones precisas frente a la tenencia de datos en bases que se encuentran a miles de kilómetros de distancia de nuestro territorio, como frente a redes sociales y buscadores que poseen sus sedes en jurisdicciones distantes a nuestro país.

Sin embargo, aunque no se prevé la posibilidad de ejercer el derecho al olvido en la legislación, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal en el caso “Denegri”¹⁹ hizo lugar a la demanda interpuesta y ordenó al motor de búsqueda Google que eliminara cierto contenido que afectaba el derecho al honor e intimidad de la actora, dando lugar de forma jurisprudencial al derecho al olvido. En su voto, el Juez Kiper, refirió que el ejercicio del derecho al olvido no suprime la información cuestionada, sino que limita su difusión y circulación para restringir y obstaculizar su acceso por parte de los medios tradicionales de búsqueda. Por lo que, a este respecto, el magistrado reconoció “derecho al olvido tiene el efecto de limitar la difusión y circulación de noticias, lo cual, si bien no suprime la información en sí misma, se restringe u obstaculiza su acceso por parte de los medios tradicionales de búsqueda. Aunque, no es posible ignorar que, si no fuera por los buscadores, difícilmente serían consultadas muchas noticias.” Y por otra, que “Si cada persona decidiera qué información sobre ella puede, o no, darse a conocer, el derecho a la información, con todo lo que implica y acarrea, se vería seriamente lesionado.” Este criterio fue considerado posteriormente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁰, revocando la sentencia de Cámara y no haciendo lugar al “derecho al olvido”.

En la sentencia de Corte se sostuvo que “desindexar ciertas direcciones respecto de un resultado implicaría una limitación que interrumpiría el proceso comunicacional (...) o, al menos, dada la preponderancia que revisten los motores de búsqueda, se lo dificultaría sobremanera”, lo que implicaría una “grave restricción a la circulación de información de interés público”. Efectuó también una distinción entre eliminación de contenidos y supresión de vías de acceso a los mismos en cuanto a sus efectos, al sostener que “... si bien es cierto que la eliminación de contenidos web difiere conceptualmente

¹⁸ B.O. 2/11/2000. Reglamentada por el Decreto N° 1558/01. B.O. 3/11/2001, modificado a su vez, por el Decreto N° 1160/10. B.O. 13/08/2010.

¹⁹ CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, Sala H, Magistrados: José Benito Fajre - Liliana E. Abreut de Begher - Claudio M. Kiper, SENTENCIA, 10 de agosto de 2020, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas”, Expte. N° 50016/2016.

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, Sentencia 28 de Junio de 2022.

de la supresión de una de las vías de acceso a ellos, no cabe descartar de antemano que, en determinadas circunstancias, los efectos de ambos sobre el discurso público pueden resultar igualmente gravosos”.

La doctrina²¹ y la jurisprudencia coinciden en que el derecho al olvido colisiona con el derecho fundamental de la libertad de expresión. Sin embargo, las razones que se alegan para limitar la solicitud de “desindexación” y el derecho al olvido en el espacio digital se inspiran en la doctrina norteamericana que abreva en un sistema en el que el derecho a libertad de expresión prevalece con mayor vehemencia sobre otros derechos fundamentales como los que se pueden ver afectados con la circulación de datos en la web. Pero, cabe preguntarse si estos criterios resultan aplicables de igual manera cuando nos encontramos frente a menores de edad. Esa es la pregunta que motivó esta investigación. Aquí mi respuesta es la negativa: **la rigidez del criterio debe ceder ante menores de edad.**

Para llegar a esta conclusión, observé que los NNyA “pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales”²², motivo por el cual “si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet.”²³, debe permitírsele debido a que estos merecen una protección específica.

En este punto resulta pertinente traer a análisis el REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), puesto que presta atención específicamente a la protección de los datos personales de los niños. El considerando 38²⁴ reconoce que este grupo de sujetos de datos en especial amerita una “protección específica” con respecto a sus datos personales. Asimismo, el considerando 65 del RGPD en tanto refiere de forma literal que este derecho

²¹ Entre diferentes juristas que sostienen la colisión de los derechos: BORDA, G. J. y PEREYRA, C. R. “*El caso “Denegri”: una oportunidad para que la Corte Suprema de Justicia recepte el derecho al olvido*”, BORDA A. y CALDERONE, S., “*Un debate para recordar: interrogantes sobre el derecho al olvido*”. En BORDA, A. (dir.), CALDERONE, S. (coord.). “*El derecho al olvido ante la Corte Suprema [en línea]*”. El Derecho. Suplemento especial, 15 de marzo de 2022. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/15641>

²² REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Razón 38.

²³ Ibid. Razón 65.

²⁴ Los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños.

es de particular relevancia en los casos que nos ocupan si el consentimiento para el tratamiento lo ha dado un niño que “no es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet”²⁵

El RGPD reconoce en su art. 17²⁶ que el derecho de supresión no es absoluto, sino que debe en ciertas circunstancias no debe ser aplicado, cediendo ante el ejercicio del derecho a la libertad, ya que, en el ámbito de la Unión Europea, se ha defendido de manera enérgica la importancia de la naturaleza abierta de internet debido a su contribución fundamental a la libertad de expresión e información²⁷. Así se considera que, si bien la libertad de expresión e información es un elemento básico de una sociedad democrática, en gran medida el derecho al olvido en internet es necesario debido al "efecto de eternidad" característico del entorno digital²⁸, así como por las dificultades para eliminar contenido en línea o cuentas de redes sociales.²⁹

No obstante, en ciertas circunstancias, el derecho a la libertad de expresión debe prevalecer. Por ejemplo, si el niño crece y se convierte en una figura pública (como un político), su pasado en línea podría ser relevante para la sociedad y esto podría ser una razón para rehusarse a suprimir sus datos personales. Esta prevalencia será la excepción y no la regla cuando nos encontremos frente a NNyA, donde debe primar el interés superior de estos³⁰.

Se ha destacado que el “grado en el que esta información sea relevante para el interés público servirá como criterio orientador para el ejercicio de

²⁵ LIEVENS, E. y VANDER MAELEN, C. “*El derecho al olvido de los niños: ¿dejar atrás el pasado y aceptar el futuro?*.”, *Latin American Law Review*, 2019, 1(2), pp. 61-79. <https://doi.org/10.29263/lar02.2019.03>

²⁶ El artículo 17 en su inciso 3 expresa que: Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario: a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información; b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable; c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3; d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

²⁷ KROES, N. “*Freedom of Expression is No Laughing Matter*”, Comisión Europea, 2 de septiembre de 2014, https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-575_en.htm.

²⁸ Ibid 23.

²⁹ ROMANO, A. “*How Facebook made it impossible to delete Facebook*”, Vox, 2018, <https://www.vox.com/culture/2018/3/22/17146776/delete-facebook-difficult>.

³⁰ “*Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on Google Spain and Inc vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*”. C-131/12, Grupo de Trabajo del Artículo 29, 26 de noviembre de 2014, http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf: “In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be a primary consideration”.

equilibrar el derecho a la vida privada y la protección de datos personales con la libertad de recibir información.”³¹ Sobre esto, insisto en que las consideraciones deben contemplar en todo momento que se trata de información vinculada a datos de NNyA que no son plenamente conscientes de la información que comparten y la llegada “mundial” que puede tener la misma y cómo esto los puede afectar en presente y futuro.

Por último, se han planteado otras propuestas que enfatizan la supresión datos personales en menores de edad. En tal sentido, me interesa destacar una propuesta del Centro Canadiense para la Defensa del Interés Público. En el marco de la Consulta Gubernamental de 2010 sobre una Estrategia de Economía Digital para Canadá³², se sugirió que:

“Cuando los niños alcanzan la mayoría de edad, aquellas organizaciones que han recolectado y usado su información personal ya no deberían poder conservar la información recolectada durante la “minoría legal” del niño, y debería exigírseles que eliminen la información de manera inmediata a menos que el interesado, ahora adulto, dé su consentimiento explícito para que se continúe con la recolección, uso, y posible divulgación de su información personal recolectada durante su minoría de edad.”

Esta concepción, resultaría de aplicación prácticamente imposible, aunque es interesante el abordaje en cuanto a que los menores de edad no pueden brindar su pleno consentimiento hasta que adquieren la mayoría de edad y pueden determinar qué hacen los recolectores de datos con estos.

CONCLUSIÓN

Resulta claro que la utilización de un derecho al olvido, tal como lo expresa el art. 17 del RGPD y como ha sido abordado de forma pretoriana la justicia argentina, puede colisionar con el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información. Pero también resulta evidente que los jóvenes, atraídos por la inmediatez y la conectividad que ofrecen las redes sociales, comparten con frecuencia información personal sin ser plenamente conscientes de las implicancias a largo plazo, desconociendo, en muchos casos, la persistencia de los datos en el entorno digital y los riesgos asociados a la exposición pública. En consecuencia, cabe concluir que en los casos en los cuales el interesado sea NNyA los criterios deben ser laxos y ceder en su interpretación a favor del interés superior de estos.

La profunda integración de las redes sociales en la vida de los niños, niñas y adolescentes, así como la falta de estudios exhaustivos sobre los efectos a largo plazo de esta exposición digital, generan una preocupación legítima en torno a la protección de sus derechos fundamentales. En este contexto, resulta imprescindible desarrollar un marco normativo sólido y actualizado que aborde los desafíos planteados por este nuevo entorno digital,

³¹ Ibid 23.

³² PIAC Submission to the Government Consultation on A Digital Economy Strategy for Canada. Disponible en: [piac_submission_on_digital_economy_2010.pdf](#).

considerando, además, la dimensión transnacional de las empresas que operan en este sector.

Desde la perspectiva de la protección de los derechos personalísimos, el derecho al olvido y a la supresión de datos personales adquiere una relevancia particular en el contexto de la infancia y la adolescencia. En este sentido, resulta fundamental garantizar un acceso efectivo a la jurisdicción, especialmente considerando que el ejercicio de este derecho puede producirse durante la minoría de edad. La aplicación de este derecho debe estar orientada primordialmente al interés superior del niño, ponderando de manera equilibrada los diversos intereses en juego. Sin embargo, el análisis de esta problemática requiere un enfoque dinámico que tenga en cuenta la evolución de los derechos de los niños, la necesidad de transparencia en los procesos y la relevancia del papel de los padres o tutores legales en la gestión de la información personal de los menores.³³

³³ Ibid 25.

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y SUPUESTOS
ESPECIALES: PROPUESTAS PARA EL DIPR ARGENTINO EN MATERIA DE
DAÑOS DE DERECHOS PERSONALÍSIMOS DE NNA EN INTERNET**

César Patricio Montiel Arzamendia*

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

En el Siglo XXI, ante un caso de responsabilidad civil por daños a derechos personalísimos en Internet, los criterios vigentes en el ordenamiento jurídico argentino nos llevan a reflexionar sobre su vigencia y pensar en un cambio progresivo. Dentro de la amplia gama de supuestos, el sector de niñez y adolescencia conforma uno de los sectores vulnerables una vez ocurrido el hecho dañoso. La creación de supuestos o categorías especiales de responsabilidad constituye una necesidad y es obligación de los Estados responder por ella.

INTRODUCCIÓN

Nos encontramos ante una nueva situación tecnológica, social, económica y jurídica, que ha sido denominada comúnmente como Sociedad de la Información, que abre múltiples posibilidades, propicia el debate, trae consigo un importante incremento de los litigios transfronterizos, y va unida a importantes cambios en las conductas de los operadores jurídicos con el fin de «buscar el material legislativo adecuado para hacer frente a los cambios que comportan las nuevas formas de comunicación y de transmisión de datos»¹.

En el área de Responsabilidad Civil por obligaciones no contractuales, uno de los supuestos de los más resonantes de este siglo, son aquellos daños o lesiones a derechos ocurridos en Internet. Para la comunidad jurídica resulta un gran desafío seguir de cerca los avances tecnológicos que afectan a la sociedad, en especial aquellos de la vida cotidiana.

La Dra. Luciana Scotti resalta la enorme dificultad que enfrentan los Estados para regular de modo independiente este fenómeno que ha erosionado las fronteras geográficas². El Internet se ubica como vehículo del espacio inmaterial, conectando a las personas mediante la manipulación de las

* Abogado. Ayudante de segunda de la materia Derecho Internacional Privado, cátedra de la Dra. Luciana B. Scotti, de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

¹ ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO, “El Impacto de las nuevas tecnologías en el derecho a la protección de datos desde la perspectiva del derecho internacional privado: redes sociales de internet y cloud computing”, en *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Vol. 6, N° 11, México, 2018, p. 157. Disponible en: <http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles>.

² SCOTTI, LUCIANA B., “Incidencias de las nuevas tecnologías en el Derecho Internacional Privado”, en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad de la Plata (UNLP), Año 17/N°50-2020, p. 411.

tecnologías y se lo ha llegado a definir como “como un espacio esencialmente extraterritorial”³.

El acceso al establecimiento de comunicaciones e intercambio de información por redes procede mediante la creación de perfiles digitales con datos personales para la identificación del usuario. Muchos –por no decir todos– derechos personalísimos forman parte o se vinculan con el contenido personal que se carga en formato digital.

Dentro de la categoría de violación a derechos personalísimos en Internet, surge el siguiente interrogante: ¿en qué posición se ubica, por ejemplo, la protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes (NNA)? Por ser personas menores de edad, la regulación dirigida a este público debe ser más precisa.

Los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño⁴.

Disposiciones como las del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), no comprenden a un NNA en esta subcategoría ni supuestos de daños que atenten contra su imagen, honor, autodeterminación, etc.

Corresponde, entonces, reflexionar si el carácter omnicompreensivo de nuestras normas de DIPr. continúan siendo suficientes para proteger a un sector vulnerable como este y, a su vez, qué tipo de propuestas y/o soluciones se valoran, para llegar a soluciones justas.

I. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

1. La fuente argentina y su carácter general

Disposiciones como las de la Convención de Derechos del Niño, en sintonía con muchas otras fuentes de DDHH e instrumentos de *Soft Law*, han constituido una directriz de protección para que los Estados sienten en sus ordenamientos las bases buscadas. Algunos se adecuaron a los constantes cambios y otros lo tratan a un ritmo más moderado.

¿Qué establece nuestra fuente interna? El art. 2656 CCyCN habilita la jurisdicción para acciones de responsabilidad civil ante 1) el domicilio del

³ Cita de SCOTTI, LUCIANA B., “Incidencias de las nuevas tecnologías en el Derecho Internacional Privado”, *op. cit.*, p. 411.

⁴ Ver Reglamento (UE) 2016/679, Considerando N°38.

demandado o, 2) el lugar del hecho generador del daño o donde este produce sus efectos. Junto al criterio común del foro del demandado, el segundo contacto representa un giro en relación al criterio tradicional del “lugar del hecho” o *lex loci delicti commissi*.

Sin embargo, esta norma general o residual propone que la labor del operador jurídico para con el caso consista en un abordaje contextualizado; en otras palabras, contemplando lo que la ley no contempla: fenómenos sociales, económicos, culturales, o en este caso, tecnológicos, que trascienden al momento del litigio e influyen en el mismo.

Si bien hay quienes entienden que la generalidad continúa siendo una ventaja, existe otra corriente doctrinaria que adhiere a la creación de categorías específicas para brindar un mejor de tratamiento para el caso que se presente.

A pesar de las diferentes posturas, la tarea del legislador sigue siendo la misma: adecuar las normas a los momentos de cambio. Más aun, la consideración de categorías atinentes a conflictos en Internet cuyo daño sea plurilocalizado facilitaría el abordaje de dichas realidades y problemáticas que necesitan ser atendidas.

2. ¿Es posible iniciar la acción en el foro del domicilio?

En los Congresos y Jornadas de Derecho Civil de 2011, se sostuvo que “En algunos casos la regla tradicionales de jurisdicción deben flexibilizarse para facilitar el acceso a la justicia a los sectores más débiles en la situación de que se trate (...) El principio *favor debilis* es de aplicación en todo el sistema jurídico (...) Como un sub-principio derivado de éste, en ciertas circunstancias se puede considerar el *pro victimae* puede orientar a los magistrados en la determinación del tribunal competente, facilitando el acceso a la jurisdicción, haciendo lugar a la domiciliaria del damnificado.⁵”

En este sentido, deben destacarse las normas de jurisdicción del Convenio entre Argentina y Uruguay sobre Accidentes de tránsito (1992) y del Protocolo de San Luis en Materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de Tránsito del Mercosur (1996), que receptan entre sus foros, el *forum actoris*. Se ha focalizado sobre el riesgo de este foro para la ante una potencial exorbitancia, pero su fundamento radica en el acuerdo entre los Estados parte, por lo que, al quedar establecido en una fuente convencional, la extraterritorialidad se ve garantizada.

Por su parte, la Dra. María S. Najurieta aporta su mirada, sosteniendo que “El derecho comparado nos muestra una búsqueda de equilibrios entre foros accesibles para las víctimas y previsibles para el responsable pues, el

⁵ Comisión N°10 de Obligaciones extracontractuales en el Derecho Internacional Privado de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional de San Miguel de Tucumán, 2011.

mayor beneficio de la víctima no es litigar en el forum actoris, sino litigar donde la sentencia pueda tener efectividad...⁶”

3. Criterios jurisprudenciales

En paralelo, la jurisprudencia europea hace algunos aportes en el tema. Es de destacar los decisorios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el cual ha elaborado una línea de interpretación en casos ejemplares, referida al acceso a la justicia para la defensa de los derechos personalísimos en Internet.

Estos criterios alternativos de jurisdicción, en el ámbito de la UE, permiten reclamar en: 1) el lugar donde la víctima alegue que el hecho dañoso reproduce sus efectos o se materialice⁷; 2) el lugar donde la publicación haya sido difundida y la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación allí, siendo competentes para conocer únicamente de los daños causados en el estado del órgano jurisdiccional al que haya acudido⁸; 3) el lugar donde se encuentre su centro de intereses, el cual puede coincidir o no con su domicilio⁹.

Si bien este grupo no es contemplado o reconocido como “vulnerable” ante un supuesto de responsabilidad civil, los derechos vinculados a su imagen, honor, su identidad, etc., cuentan con canales de protección a un nivel favorable.

II. APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

En el sector de la aplicación del derecho, la *lex delicti comissi* también predomina en el tema. Sin embargo, la rigidez de este criterio ha sufrido embates y la tendencia actual gira en torno a su matización o flexibilización, a través en general de su utilización como mera conexión alternativa o subsidiaria, pero ya no como punto de conexión único¹⁰. Corresponde, entonces, que los ciberconflictos de leyes sean resueltos apelando a criterios de conexión diversos, flexibles, adaptados a las particularidades del Siglo XXI¹¹.

⁶ NAJURIETA, MARÍA SUSANA, *Aportes y desafíos de la regulación de responsabilidad civil no contractual en casos multinacionales*. Relato sección derecho internacional privado, XXVIII Congreso Anual de la AADI, 2016, p. 10.

⁷ Ver TJUE, *Société Anonyme H.G.J. Bier BV y otro c. Société Anonyme Mines de Potasse d'Alsace* (Asunto C-21/76).

⁸ Ver TJUE, *“Fiona Shevill c. France Soir”* (Asunto C-68/93).

⁹ Ver TJUE, *“eDate Advertising GmbH y otros contra X”* y *“Olivier Martínez, Robert Martínez c. Société MGN Limited”* (Asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10).

¹⁰ SCOTTI, LUCIANA B., *Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. La Ley, 2º Ed., 2019, p. 606.

¹¹ MONGE TALAVERA, LUZ, “Desafíos de Internet frente al Derecho internacional Privado”, en *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Tomo LXXIII, N°175, Septiembre-Diciembre 2023, p. 78.

1. Lugar del Daño o *Lex Loci Damni*

En el CCyCN, el art. 2657 establece como derechos conectados la *lex loci damni* y el derecho del domicilio de las partes (*lex communis*), si ambas lo tuvieran en un mismo Estado. En efecto, se evidencia una flexibilización en la norma en comparación a la regla tradicional la cual en ocasiones, por su rigidez, puede no reflejar un vínculo suficiente con el caso.

Vemos por ejemplo, que podría tomarse el punto de conexión “lugar del daño” y redirigir la aplicación del derecho a donde el NNA tuviera su residencia habitual o centro de vida, dado los efectos que despliega el hecho dañoso pueden coincidir con este elemento personal. Pero, si estos no coincidieran, este punto de conexión puede no llegar a solucionar totalmente el problema.

2. La Válvula de Escape o Cláusula de Excepción

Otra aproximación recae en la cláusula de excepción, donde la flexibilización la norma de conflicto permitiría la aplicación del derecho que vínculos más estrechos tenga con el caso. Incluso, aplicada la cláusula, el Interés Superior del NNA podría funcionar como principio rector. Este razonamiento encuentra similitud con la cláusula especial del art. 2639 CCyCN sobre cuestiones de responsabilidad parental –en defecto del derecho de la residencia habitual del hijo al momento del conflicto–, cuya función radica en aplicar el derecho que posea vínculos más relevantes.

La Dra. Scotti hace referencia a la expresa orientación material de la norma, ya que menciona vínculos relevantes, no “estrechos”¹².

3. La autonomía de la voluntad

En el Derecho comparado existen soluciones legislativas distintas, algunas de ellas adoptan una regla especial en materia de responsabilidad por daños a la personalidad y se ofrece a las víctimas una protección particular mediante la posibilidad de escoger la ley más favorable¹³. Esto da lugar a una autonomía de la voluntad limitada (entre los derechos predeterminados). ¿Se vería garantizada una protección especial de la que hablamos?

¹² SCOTTI, LUCIANA B., “Flexibilización y cláusula de excepción en el Derecho Internacional Privado argentino”, *Ratio Iuris. Revista De Derecho* ISSN: 2347-0151, 8(2), 2020, p. 281. 261-291. Recuperado a partir de <https://publicacionescientificas.uces.edu.ar/index.php/ratioiurisB/article/view/1104>

¹³ Véase en URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA, “Lesión de los derechos de la personalidad a través de Internet”, en *Revista de la Facultad*, Vol. III, N°2 Nueva Serie II, 2012, pp. 172-173.

El Dr. Rubén Santos Belandro¹⁴ explica que la “aceptación del criterio de la ubicuidad puede presentarse como un trance difícil de sortear por el interesado cuando las diferentes leyes regulan de modo diferente el mismo supuesto de hecho y, para algunos, concederle a la víctima la facultad de elegir la ley aplicable puede ser un favor demasiado grande y difícil de justificar”. Dicho esto, la elección del derecho puede llegar a contraponerse con el Interés Superior del NNA, derivando en un perjuicio por inclinarse a un ordenamiento por soluciones que al final resulten menos beneficiosas.

Se observan así maneras análogas o líneas de argumentación por las que se podría llegar a soluciones, en principio, modernas. Las soluciones adoptadas en siglos pasados no han sido pensadas y, por ende, no pueden resolver satisfactoriamente casos relacionados con Internet que se plantean en el siglo XXI¹⁵.

III. DESAFÍOS ACTUALES

El entorno digital reviste una creciente importancia para casi todos los aspectos de la vida de los niños, entre otras situaciones en tiempos de crisis, puesto que las funciones sociales, como la educación, los servicios gubernamentales y el comercio, dependen cada vez más de las tecnologías digitales. Ofrece nuevas oportunidades para hacer efectivos los derechos de los niños, aunque también plantea riesgos relacionados con su violación o abuso¹⁶.

Es el caso de los ciber-delitos, cuyo tratamiento a nivel global es imperante para la persecución de distintos ilícitos: *grooming*, extorsión en Internet, pornografía infantil, entre otros. Esto da cuenta de la problemática y refleja vulnerabilidad en el que se encuentra expuesto este grupo¹⁷.

Además, el sin freno tecnológico trae a la Inteligencia Artificial (IA), blanco de toda crítica. No se desconoce su utilidad como herramienta, al contrario. Su crecimiento importa una regulación más intensa, dada su complejidad y sobre todo, los riesgos a combatir. La cuestión reside en su uso

¹⁴ SANTOS BELANDRO, RUBÉN, “La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Internacional Privado”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N°25, Universidad de la República de Montevideo, Uruguay, 2006, p. 37

¹⁵ URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA, “Lesión de los derechos de la personalidad a través de Internet”, *op. cit.*, p. 171.

¹⁶ Ver Observación General N°25 del Comité Derechos del Niño, Considerando N°3.

¹⁷ “Los Estados partes deben garantizar que se disponga de la legislación adecuada para proteger a los niños frente a los delitos que se cometen en el entorno digital, como el fraude y el robo de identidad, y se asignen recursos suficientes para investigar y perseguir dichos delitos. Los Estados partes también deben exigir un alto nivel de ciberseguridad, privacidad y seguridad desde la fase del diseño en los servicios y productos digitales que utilizan los niños a fin de minimizar el riesgo de comisión de esos delitos.” Ver Observación General N°25 del Comité Derechos del Niño, Considerando N°116.

indebido, capaz de atentar contra más de un derecho personalísimo, incluso dando lugar a la configuración de un delito.

No obstante, no hay que olvidar que estos avances también hacen a su desarrollo, recreación y educación.

CONCLUSIÓN

El objetivo de la presente recae en visualizar las ventajas de regular hechos concretos. La contextualización en base al grupo referido, ejemplifica de mejor manera los razonamientos planteados y denota, al mismo tiempo, la necesidad de un tratamiento. Son quienes necesitan un mayor cuidado, una mayor protección y para que esto sea posible es necesario el acogimiento de ciertas medidas como sería la de una regulación específica, pues lo que se encuentra expuesto son sus datos personales¹⁸.

La actualización de herramientas jurídicas es crucial para brindar seguridad jurídica en el tema. En nuestro caso, la inspiración debería llegar a Ley de Protección de Datos y similares, siendo posible integrar nuevos fenómenos y nuevos derechos.

No debe tornarse esta reflexión como consecuencia forzosa en función de las víctimas, para acceder a una reparación a toda costa. El equilibrio sigue siendo el límite y para ello, se necesita prudencia e inteligencia legislativa, y una mirada crítica de la comunidad jurídica.

Como propuesta para el tema elegido, concluyo para supuestos especiales, en este caso, referidos a daños a derechos personalísimos de NNA, **el Interés Superior del Niño se ubica como la herramienta más favorable en defensa de sus intereses.**

Efectivamente, la modificación que pueda darse respecto de contactos jurisdiccionales y/o puntos de conexión contribuye a esta tutela especial pero, al establecer a este principio como regla, trae una solución más adecuada entre las opciones preestablecidas.

¹⁸ FRÍAS, GIMENA L. y GIOTTI, MICAELA L., La Niñez desprotegida en el uso de las redes sociales, Seminario: Derecho a la Información y protección de datos personales, Universidad de La Plata, Disponible en: <https://gecsi.unlo.edu.ar>, 2012, p. 2.

CALIFICACIÓN Y EXTENSIÓN DEL FORO DEL “LUGAR DE PRODUCCIÓN DE LOS EFECTOS DAÑOSOS DIRECTOS” (ART. 2656, INC. B, CCCN) EN CASOS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS EN EL MUNDO ITAL. APORTES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Por Sergio Alejandro Reynoso¹

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

En casos de violaciones a derechos personalísimos a través de internet, el foro del lugar de producción de los efectos dañosos directos contemplado en el art. 2656, inc. b), del CCCN debe ser calificado como aquel lugar en el que los contenidos difundidos a través de la web son accesibles y la víctima es allí conocida. La competencia internacional del tribunal abarcará la totalidad de los daños sufridos por la persona en ese Estado y en cualesquiera otros —principio holístico—, cuando en el foro se encuentre su “centro de intereses”, entendido como su residencia habitual o el lugar de ejercicio de su actividad profesional, o solo abarcará los daños producidos en el Estado del foro, cuando el “centro de intereses” no se localice allí —tesis del mosaico—

.

1. Introducción

La jurisdicción internacional en materia de responsabilidad civil no contractual se encuentra establecida en la fuente interna en el art. 2656 del Código Civil y Comercial de la Nación —en adelante, CCCN—. En esta norma se prevén un foro general —el del domicilio del demandado— y uno especial que, a su vez, se divide en dos supuestos: el foro del lugar del hecho generador del daño y el de aquel donde se producen los efectos dañosos directos.

Este desglosamiento del foro especial tiene su origen en el ya célebre caso de las “Mines de Potasse” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —en adelante, TJUE— en el que frente a la necesidad de calificar el “lugar de producción del hecho dañoso” a los efectos de determinar la jurisdicción internacional en un caso de daño ambiental transfronterizo se pronunció por la llamada teoría de la ubicuidad: el hecho dañoso se produce tanto donde ocurre la acción causal como en donde se produce el resultado dañoso.

Esta doctrina fue receptada por el legislador argentino en la norma arriba referida al determinar que el foro especial comprende tanto el lugar de producción del hecho generador del daño como el de aquel donde se producen los efectos dañosos directos.

Sin embargo, como advierte Cedeño Hernán, “la solución salomónica por la que se decanta el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Mines de Potasse*

¹ Abogado (UBA). Docente de “Derecho Internacional Privado” en las universidades de Buenos Aires y de Morón.

no resulta la más idónea para los casos de vulneración de los derechos de la personalidad ni en general para los litigios por daños localizados en varios Estados. Así, en los supuestos de publicaciones difamatorias, en especial en el entorno virtual, nos encontraremos con una multitud de tribunales potencialmente competentes conforme al fuero del lugar del daño. No resulta, por ello, extraño que el Tribunal de Justicia haya matizado su doctrina en posteriores resoluciones.”²

2. El caso “Shevill” y la tesis del mosaico

Así fue que el TJUE debió “matizar” su doctrina de “Mines de Potasse” en el también célebre caso “Shevill”. En este precedente, el tribunal europeo debió determinar dónde se encontraban la “acción” y el “resultado” del hecho dañoso en un caso de difamación internacional por una publicación —impresa en un diario en papel— efectuada en varios países europeos por un medio periodístico editado en Francia. El tribunal ratificó la tesis de la ubicuidad para casos de responsabilidad civil no contractual internacional y determinó que la acción causal en este supuesto se produjo en el Estado donde el editor tenía su establecimiento y el resultado dañoso en cada uno de los Estados en los que la publicación fue difundida, siempre y cuando la víctima fuera conocida en cada uno de esos países —de otro modo, no habría una afectación a sus derechos personalísimos si no fuera conocida en el Estado en cuestión—.

Pero la doctrina del caso “Shevill” no terminó ahí —en realidad, hasta aquí solo ratificó lo ya dicho en “Mines de Potasse”, aunque precisando las calificaciones del lugar del hecho causal y del resultado dañoso en casos de violaciones a derechos personalísimos a través de la prensa— sino que luego analizó el alcance de la jurisdicción internacional con respecto a cada foro competente.

En este sentido, estableció que la jurisdicción internacional del foro general o del especial cuando la acción se entabla ante los tribunales del hecho causal —que en el caso “Shevill”, como dijimos, se consideró ubicado en el Estado donde el editor tenía su establecimiento— dota de competencia al juez para entender sobre la totalidad de los daños que se pudieren haber producido en diversos países. En cambio, si el proceso se lleva a cabo ante los tribunales donde se produjo el resultado dañoso —en “Shevill”, aquellos donde se difundió la publicación y la víctima fuere conocida— la jurisdicción internacional solo comprende los daños materializados en el territorio del Estado del foro. De esta manera, quien sufrió una violación de sus derechos personalísimos por una publicación difundida en varios países se encuentra frente a dos alternativas: accionar ante los tribunales del domicilio del demandado o del establecimiento del editor de la publicación —que en la mayoría de los casos coincidirán en un mismo Estado— y obtener en un solo foro una reparación integral de los daños sufridos en distintos países o

² CEDEÑO HERNÁN, MARINA, “La tutela transfronteriza de los derechos de la personalidad en la Unión Europea” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, N° 1, marzo 2021, pp. 110-133.

demandar ante los tribunales del lugar en los que la publicación hubiere sido difundida y la víctima conocida, pero, en este caso, deberá iniciar un proceso independiente en cada uno de los Estados en que la publicación haya sido difundida para obtener una reparación integral del daño sufrido. Esto último es lo que se ha dado en llamar la “tesis del mosaico”.

3. Fundamentos de la tesis del mosaico

Siguiendo a Cedeño Hernán³, podemos afirmar que la limitación de la jurisdicción internacional del tribunal del lugar de producción del resultado dañoso a los daños acaecidos en su territorio encuentra su justificación en dos razones: por un lado, evitar el *forum shopping*, ya que de permitírsele a la víctima accionar en cualquiera de los Estados donde se hubiere producido el resultado en casos de daños plurilocalizados y obtener una reparación por la totalidad de los daños ocurridos en todos los países, representaría un incentivo para la búsqueda de aquella jurisdicción que otorgue la indemnización más elevada.

La segunda razón la constituyen el principio de proximidad y la razonabilidad del foro —no solo en cuanto al criterio de atribución de jurisdicción sino también en cuanto al alcance o extensión de esta—. El hecho causal, como acción de la que se derivan resultados dañosos multilocalizados, permite afirmar que el primero constituye un *siège* jurisdiccional que, *razonablemente*, dota de competencia internacional a los tribunales del foro para entender sobre la totalidad de las consecuencias derivadas de ese único hecho causal. De esta manera, se cumple con el principio de proximidad y se puede afirmar que se trata de un foro razonable; como afirma Fernández Arroyo, “un foro es razonable cuando se cumple con el índice de proximidad (Lagarde), es decir, cuando el caso regulado presenta una vinculación suficiente con el foro.”⁴ En cambio, el foro del resultado dañoso —como el lugar de difusión de la publicación en un caso de violación a derechos personalísimos— nos permite establecer una conexión o proximidad razonable solo con respecto a aquellos daños materializados en el territorio del foro, pero no con respecto a aquellos acaecidos en otros Estados. Como sostiene Uzal, “en casos de pluralidad de daños sobrevenidos en países diferentes, se admite pues, por igual, la *opti fori*, entre la competencia del lugar donde *se generó* el hecho causal del daño o los daños, con aptitud para conocer en todos ellos y la del Estado *donde sobrevino el daño concreto*, pero restringida a ese hecho en especial, pues ningún nexo de causalidad permitiría a este juez entender en relaciones que no están en modo alguno próximas a su conocimiento.”⁵

³ CEDEÑO HERNÁN, MARINA, *op. cit.*

⁴ FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. (coordinador), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavallia, 2003, p. 153.

⁵ UZAL, MARÍA ELSA, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 650-651.

Estos mismos fundamentos son aplicables para determinar la extensión de la jurisdicción internacional en virtud del foro del lugar de producción de los efectos dañosos directos, contemplado en el art. 2656, inc. b), del CCCN, ya que el principio de proximidad y la razonabilidad del foro solo se verifican, como regla, con respecto a aquellos efectos producidos en el Estado del foro, pero no con relación a aquellos producidos en otros países, si el hecho generador y el domicilio del demandado se localizan en otro Estado.

4. Calificación y extensión del foro del lugar de producción de los efectos dañosos directos en casos de violaciones a derechos personalísimos a través de internet

Sin embargo, cabe ahora preguntarse si la calificación de “lugar de producción de los efectos dañosos directos” como lugar de difusión de la publicación donde la persona sea conocida y la delimitación de la jurisdicción internacional de los tribunales de ese foro a los efectos dañosos producidos en ese territorio —tesis del mosaico del caso “Shevill”— deben ser mantenidas en casos de violaciones a derechos personalísimos a través de internet.

Debemos resaltar, en primer lugar, que las publicaciones efectuadas a través de internet tienen diferencias sustanciales con las realizadas a través de otros formatos como pueden ser las realizadas en papel o incluso mediante señales televisivas dirigidas a Estados determinados. Internet tiene la característica de que sus contenidos son accesibles, al menos en principio, desde cualquier parte del mundo. No se trata de una publicación en papel o señales televisivas difundidas en determinados Estados sino de contenidos cargados en la web que pueden ser consultados desde cualquier punto del planeta. Y, además, a diferencia de otro tipo de publicaciones que tienen una limitación temporal en cuanto a su difusión —diarios o revistas publicados en un determinado día, semana, quincena o mes o programas de televisión emitidos en determinada fecha— los contenidos publicados en internet quedan disponibles en la web para su consulta, en principio, sin límite de tiempo. Es decir, podríamos afirmar que la difusión de contenidos a través de internet no tiene límites ni espaciales ni temporales.

Estas características de la difusión de contenidos a través de internet nos llevan a interrogarnos si podemos calificar al “lugar de producción de los efectos dañosos directos” como aquel en el que la publicación sea difundida también en casos de violaciones a derechos personalísimos a través de internet. Teniendo en cuenta, como referíamos, que los contenidos publicados en la web están disponibles desde cualquier punto del planeta, esto nos llevaría a otorgarle jurisdicción internacional a todos los foros del mundo. No parece una conclusión razonable. De todos modos, no necesariamente habría que llegar a esa conclusión ya que el art. 2656 del CCCN se refiere solo a aquellos efectos dañosos a los que quepa calificar de “directos”. En este sentido, podemos entender —siguiendo la doctrina de “Shevill”— que solo donde la persona —pretendidamente afectada en sus derechos personalísimos

por una publicación a través de internet— es conocida se producen efectos dañosos directos del hecho de la publicación de esos contenidos.

Sin embargo, aquí también cabe preguntarse qué ocurre si se trata de una persona —como puede ser el caso, por ejemplo, de un artista o un deportista— mundialmente conocida; o, incluso, también nos podemos preguntar por el supuesto de una persona que no era conocida con carácter previo a la publicación pero que se vuelve globalmente famosa en virtud de un contenido viralizado en la web que lesiona sus derechos personalísimos. Si calificamos el foro del lugar de producción de los efectos dañosos directos como aquel en el que la publicación o contenido es difundido y la persona conocida, llegaríamos a la conclusión de que los tribunales de un sinnúmero de países serían competentes para entender en el caso. Pero, además, si mantenemos la tesis del mosaico, la persona lesionada en sus derechos personalísimos se vería, prácticamente, imposibilitada de obtener una reparación integral de los daños sufridos si opta por entablar su demanda ante el foro del lugar de producción de los efectos dañosos directos, ya que debería, potencialmente, peregrinar por todos los tribunales del mundo hasta obtener una indemnización completa por todos los daños sufridos de manera plurilocalizada. De esta manera, los únicos foros que mantendrían su eficacia serían el del domicilio del demandado y el del lugar de producción del hecho generador del daño. No sería acorde a una correcta hermenéutica del art. 2656 del CCCN que uno de los foros en él previstos quedara, virtualmente, anulado.

Debemos entonces encontrar algún parámetro para delimitar la jurisdicción internacional cuando la competencia es asumida en virtud del foro del lugar de producción de los efectos dañosos directos. Una posible delimitación la podemos encontrar en el artículo 5, inc. (c), de la resolución del 31 de agosto de 2019 del Instituto de Derecho Internacional sobre “Daños a derechos personalísimos a través del uso de internet: jurisdicción, derecho aplicable y reconocimiento de sentencias extranjeras” —en adelante, resolución IDI—. En la mencionada norma se establece como criterio de atribución de jurisdicción internacional la competencia de los tribunales en donde se produjeron o puedan producirse los efectos dañosos más extensos —“the most extensive injurious effects”—. Si bien podría ser una alternativa de *lege ferenda*, no parece que se pueda interpretar que cuando el art. 2656 del CCCN alude a los “efectos dañosos directos” se refiera a los más extensos.

Otro posible criterio de delimitación lo encontramos en la jurisprudencia japonesa. Para dilucidar si el resultado dañoso se encontraba en ese país, algunos tribunales han examinado “si el sitio web en cuestión estaba orientado hacia Japón en términos de idioma y otros elementos”⁶. Sin embargo, este criterio sería difícil de aplicar con respecto a contenidos publicados en español que es lengua oficial en veintiún países distribuidos en tres continentes.

⁶ YOKOMIZO, DAI, “Digital Platforms and Conflict of Laws” en *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 64 (2001), pp. 202-232.

Por su parte, el TJUE en los casos “eDate Advertising” y “Olivier Martínez”, fallados en conjunto, ambos con relación a violaciones a derechos personalísimos a través de la web, afirmó que “Internet reduce la utilidad del criterio relativo a la difusión, en la medida en que el alcance de la difusión de contenidos publicados en ella es, en principio, universal. Además, no siempre es posible, desde el punto de vista técnico, cuantificar esa difusión con certeza y fiabilidad en relación con un Estado miembro particular ni, por lo tanto, evaluar el daño exclusivamente causado en ese Estado miembro.”⁷ Pero el tribunal entendió que no podía privársele a la víctima de demandar ante un foro alternativo al del domicilio del demandado o el del lugar de producción del hecho causal —que, como dijimos, habitualmente coincidirán en un mismo Estado en el caso de daños por publicaciones que violan derechos personalísimos de un tercero— en el que también pudiera obtener un resarcimiento integral de la totalidad de los daños sufridos. En este sentido, el tribunal entendió que el foro que permite aglutinar en un solo Estado todos los efectos dañosos multilocalizados es aquel que se corresponde con el “centro de intereses” de la víctima. Según el tribunal europeo, este se localizará, generalmente, donde se encuentra la residencia habitual de la persona afectada o pretendidamente afectada en sus derechos personalísimos, pero también podría ubicarse, según las circunstancias del caso, donde la persona desarrolla su actividad profesional. Entonces, si el tribunal que asume jurisdicción internacional en virtud de ser el del lugar de producción del resultado dañoso es, a su vez, el que se corresponde con el “centro de intereses” de la víctima, su competencia internacional comprenderá la totalidad de los daños sufridos por la persona; es decir, no solo los producidos en ese Estado del foro sino en cualquier otro país también.

Siguiendo estos mismos razonamientos, podemos concluir que la competencia internacional del foro del lugar de producción de los efectos dañosos directos, en virtud del art. 2656 del CCCN, debe calificarse, en casos de violaciones a derechos personalísimos a través de internet, como aquel lugar en el que la publicación es difundida y la persona conocida, pero si en ese lugar además se encuentra el “centro de intereses” de esa persona, el tribunal del foro tendrá competencia internacional para entender sobre la totalidad de los daños sufridos por ella en todo el mundo. Esto se fundamenta en que podemos calificar a dicho foro como el “*verdadero lugar de exteriorización del daño*”, dada la naturaleza moral o inmaterial del perjuicio indisociable de la persona de la víctima.”⁸

5. El principio holístico y vigencia de la tesis del mosaico

En el artículo 3 de la resolución IDI se consagra el llamado “principio holístico” en los siguientes términos: “Una persona que alega haber sufrido o que pudo haber sufrido daños a derechos personalísimos como resultado de material publicado (posted on), u otra actividad llevada a cabo a través de

⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *eDate Advertising GmbH y X y Olivier Martínez, Robert Martínez y MGN Limited*, sentencia del 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, considerando 46.

⁸ UZAL, MARÍA ELSA, *op. cit.*

Internet, puede entablar una única acción en cualquiera de los Estados referidos en los artículos 5 o 6 contra la persona reputada como responsable del daño y reclamar indemnización por los daños que hayan ocurrido o puedan ocurrir en todos los Estados.”

Con la consagración de este principio se busca evitar el fraccionamiento en la competencia internacional que conlleva la tesis del mosaico con respecto al foro del lugar de producción de los efectos dañosos. En consecuencia, se eleva a rango de principio que la competencia internacional de los tribunales en casos de violaciones a derechos personalísimos a través de internet debe comprender la totalidad de los daños, independientemente de cuál sea el foro en que se fundamente la jurisdicción.

Sin embargo, debemos entender que este principio solo fundamenta la extensión de la competencia del foro del lugar de producción de los efectos dañosos directos del art. 2656 del CCCN sobre todos los daños derivados de violaciones a derechos personalísimos a través de internet cuando el “centro de intereses” de la víctima se encuentre también en el Estado del foro. De lo contrario —si se tratase de un foro competente por haberse en él producido efectos dañosos directos, pero sin que se encuentre allí el “centro de intereses” de la víctima— debemos concluir que los tribunales tienen jurisdicción internacional —porque allí se producen efectos dañosos directos—, pero, por el principio de proximidad, la extensión de esa competencia solo puede comprender los daños ocurridos en ese Estado —como se desarrolló más arriba—. En este sentido, el TJUE en los casos “eDate Advertising/Olivier Martínez”, si bien estableció la facultad de la víctima de reclamar la reparación de la totalidad de los daños ante los tribunales donde se encuentre su “centro de intereses”, expresamente aclaró que: “Esa persona puede también, en vez de ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ejercitar su acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido.”

Asimismo, tengamos en cuenta que, si bien en la resolución IDI el principio holístico se postula de manera absoluta —sin excepciones—⁹, en dicha resolución no se prevé, como dijimos más arriba, un foro del lugar en que se producen los efectos dañosos con carácter general sino, específicamente, el de aquel lugar en el que se producen los efectos dañosos más extensos (“the most extensive injurious effects”). De esta manera, en la normativa propuesta por la resolución IDI el principio holístico se cumple no

⁹ Aspecto de la resolución que es cuestionado por De Miguel Asencio, quien afirma: “Sin desconocer la importancia de poder acumular reclamaciones frente a actividades en línea ante un único tribunal con competencia ilimitada, el rechazo por completo de que en determinadas circunstancias un tribunal puede tener competencia limitada a su territorio puede resultar excesivo e injustificado. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, “La resolución del IDI sobre internet y la vulneración de la privacidad” en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 72/1, enero-marzo 2020, Madrid, pp. 205-212 (consultada a través de Hein Online).

con respecto a cualquier foro del lugar de los efectos dañosos sino solo con relación a aquél donde se producen los más extensos —único previsto en la resolución— y es, de esta manera, que se mantiene incólume el principio de proximidad. Pero no ocurre lo mismo, como ya lo hemos visto más arriba, en el caso del art. 2656, inc. b), del CCCN, donde sí se prevé, con carácter general, un foro de lugar de los efectos dañosos directos. Por ello, debemos concluir que el principio holístico no puede ser aplicado en todos los casos en que la jurisdicción internacional se asuma en virtud del foro del lugar de producción de los efectos dañosos directos sino solo en el de aquellos que en dicho foro se encuentre, a su vez, el “centro de intereses” de la víctima.

CONCLUSIÓN

En casos de violaciones a derechos personalísimos a través de internet, el foro del lugar de producción de los efectos dañosos directos contemplado en el art. 2656, inc. b), del CCCN debe ser calificado como aquel lugar en el que los contenidos difundidos a través de la web son accesibles y la víctima es allí conocida. La competencia internacional del tribunal abarcará la totalidad de los daños sufridos por la persona en ese Estado y en cualesquiera otros —principio holístico—, cuando en el foro se encuentre su “centro de intereses”, entendido como su residencia habitual o el lugar de ejercicio de su actividad profesional, o solo abarcará los daños producidos en el Estado del foro, cuando el “centro de intereses” no se localice allí —tesis del mosaico—

**COMUNICACIONES JUDICIALES DIRECTAS POR VÍA ELECTRÓNICA
COMO INSTRUMENTO PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN
MATERIA CIVIL Y COMERCIAL**

Ricardo A. Pintos¹

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

Los medios electrónicos constituyen un medio técnico a utilizar por los caminos convencionalmente previstos, por lo que no existen obstáculos para su uso como instrumentos de comunicación directa entre autoridades judiciales estatales, tanto dentro como fuera del ámbito de las convenciones, atento el marco normativo que nos proporciona el actual art. 2612 CCCN. No obstante, se impone la necesidad de que los desarrollos elaborados en la materia a nivel *soft law*, reciban apoyatura normativa en la fuente convencional (a través de la actualización de los tratados vigentes), como así también en reglamentaciones internas que brinden a los jueces pautas para llevar a cabo la cooperación internacional, al amparo de las nuevas tecnologías.

I. Introducción.

El incremento de las relaciones jurídicas internacionales, producto de los significativos avances en las comunicaciones, hacen que en la actualidad debamos dejar atrás los antiguos criterios que circunscribían el objeto de estudio de la materia a los conflictos de jurisdicción y de ley aplicable para pasar a considerarlo en forma amplia. Es dentro de esta concepción que aparecen las cuestiones referidas a la asistencia o cooperación internacional, la cual ha de entenderse como la actividad de naturaleza procesal desarrollada en un Estado, al servicio de un proceso incoado o a incoarse ante extraña jurisdicción².

Este auxilio procesal demanda la necesidad de canalizar la cooperación -cualquiera sea el grado de en el que se desenvuelva- a través de diversas vías, siendo las más utilizadas la particular, la diplomática o consular y por intermedio de las llamadas autoridades centrales. Asimismo, existe la posibilidad de que las comunicaciones sean transmitidas de manera directa, es decir, entre dos autoridades judiciales de distintos países, sin la intervención de una autoridad administrativa (autoridades intermediarias),

¹ Abogado. Jefe de Trabajos Prácticos Interino (UBA) - Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Dra. María Elsa Uzal, comisión del Dr. Rodrigo Laje. Profesor Adjunto Regular (UAI) y Adscripto (UM).

² TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO, *La Cooperación Jurídica Internacional de mero trámite y probatoria*, en LANDONI SOSA, A., *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario*, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, ps. 148/176.

como es el caso habitual de los exhortos internacionales que tramitan a través de cancillerías y/ autoridades centrales designadas por el propio país³.

Por otra parte, sabido es que la transformación digital ha irrumpido en nuestras vidas cotidianas en los últimos años, y con mayor énfasis luego de la Pandemia de COVID-19, la cual dadas las serias dificultades para el traslado de personas, ha repercutido de manera trascendente en la forma de comunicarnos y relacionarnos.

De esta manera, la coyuntura descripta ha venido a profundizar, en el ámbito interno, los procesos de informatización y digitalización de los procedimientos judiciales. Y como correlato de ello, surge la necesidad de evaluar, más aún si se quiere -atento el fenómeno de la frontera- acerca de la incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), también en el ámbito de la cooperación procesal internacional, con miras a su favorecimiento.

Expuesto ello, nos proponemos realizar algunas breves reflexiones en torno a la posibilidad fáctica y jurídica de que los pedidos de cooperación en materia civil y comercial, sean realizados directamente a través de las autoridades judiciales, recurriendo para ello a las posibilidades que nos proporcionan, hoy en día, las nuevas tecnologías.

II. Vías de cooperación. Medios electrónicos. Fuentes convencionales y soft law

La cooperación procesal internacional ha sido atendida en las fuentes convencionales, incluso desde sus orígenes, desarrollándose instrumentos jurídicos en los principales ámbitos de codificación, desde los antiguos Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940, hasta las elaboraciones realizadas en el ámbito de la OEA, el Mercosur y La Haya.

A nivel de la OEA se destacan las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (conocidas como CIDIP), en donde uno de los ámbitos más regulados ha sido, precisamente, el de la cooperación procesal internacional, abordado en las dos primeras Conferencias (Panamá 1974 y Montevideo 1979)⁴. A su vez, los instrumentos del Mercosur profundizan las soluciones de las convenciones interamericanas, a través de dos protocolos (Las Leñas y Ouro Preto) -de gran utilidad entre los países de la subregión- relativos a la cooperación de primer y tercer grado, así como la cautelar⁵. Por

³ GOICOECHEA, IGNACIO, *Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial*, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (STPR), año 4, No 7, 2016, p. 136.

⁴ De la Conferencia realizada en Panamá 1975 han resultado las convenciones sobre Exhortos y Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, mientras que de la de Montevideo 1979 emanaron el Protocolo Adicional a la Convención sobre Exhortos y Cartas rogatorias, así como las convenciones sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales extranjeros.

⁵ El Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Decisión CMC 5/1992) trata acerca de la cooperación de mero trámite y probatoria así como el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos

su parte, de la prestigiosa Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) han derivado también diversos instrumentos, dedicados principalmente a la cooperación de mero trámite y probatoria⁶, especialmente útiles para la tramitación de pedidos de asistencia jurisdiccional con países europeos.

Vale decir que los instrumentos referidos han incrementado en forma significativa el volumen de la asistencia jurisdiccional internacional llevada a cabo por nuestro país, sobre todo gracias al rol protagónico desempeñado por las autoridades centrales, lo que ha permitido acortar los tediosos encadenamientos de órganos intervinientes, propios de la vía diplomática o consular. Por el contrario, no han tenido el mismo desarrollo las vías de transmisión directa entre autoridades judiciales, ámbito respecto del cual nuestro país ha manifestado incluso reservas⁷, salvedad hecha respecto de las comunicaciones entre tribunales judiciales de zonas fronterizas, las cuales se suelen admitir sin necesidad de legalización⁸. No obstante ello, las convenciones interamericanas habilitan la posibilidad de que los Estados Partes que pertenezcan a sistemas de integración económica, acuerden directamente entre sí procedimientos y trámites más expeditos que los convencionalmente previstos⁹.

En virtud de ello, la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y CABA, ha participado en la elaboración de Convenios Marcos de Colaboración suscriptos con el Poder Judicial de la República Oriental del Uruguay (Montevideo, 06/12/2016) y con la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay (Asunción, 22/03/2022). Ambos convenios, si bien no resultan vinculantes para los Estados (dado que no revisten naturaleza de tratados), favorecen las comunicaciones directas entre autoridades judiciales, en el marco de las respectivas convenciones, incluso a través de correo electrónico.

Ahora bien, circunscriptos a la normativa convencional dura (*hard law*), no encontramos en las fuentes internacionales indicadas referencia expresa a los medios electrónicos, lo cual resulta lógico en razón de la época en la que han sido elaboradas¹⁰. Sin perjuicio de lo expuesto, la práctica

arbitrales. A su vez, el Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares (Decisión CMC 27/1994) aborda la cooperación de segundo grado.

⁶ Tales la Convención sobre Procedimiento Civil de 1954, la de Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial de 1965, la de Obtención de Pruebas en el Extranjero de 1970 y la de Supresión de la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros de 1961.

⁷ Así, con relación a la Convención de La Haya sobre notificaciones de 1965, y en uso de la facultad prevista en el art. 21 de esta Convención, nuestro país declaró su oposición a las formas de notificación directa previstas en el art. 10 de la misma, cuyo inciso “b” refiere a las comunicaciones judiciales directas.

⁸ Art. 7 de la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas rogatorias y art. 19, párrafo 4º, del Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares.

⁹ Art. 14 de la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias y art. 17 de la de Medidas Cautelares.

¹⁰ La excepción a ello la constituye, aunque ajeno a la esfera de la cooperación civil y mercantil, el Protocolo de San Luis sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales (Decisión CMC 2/96), el cual admite la posibilidad de transmitir las solicitudes por télex,

desarrollada durante la última década, y muy especialmente luego de la Pandemia, evidencian una utilización cada vez mayor de los medios electrónicos (en sustitución del correo postal), en la transmisión de solicitudes de cooperación civil y comercial, canalizadas principalmente a través de las autoridades centrales. Asimismo, se verifican avances significativos en materia de cooperación probatoria, con la creciente utilización de la videoconferencia, por ejemplo, para la toma de declaraciones en el extranjero. Ambas cuestiones, han sido objeto, incluso, de elaboraciones convencionales recientes, aunque no todas se encuentran vigentes¹¹.

La situación descripta nos conduce a preguntarnos si los medios electrónicos constituyen una nueva vía para la cooperación, o bien resultan aptos para ser utilizados por las vías existentes y bajo el marco normativo dado por los textos convencionales vigentes, en sustitución al procedimiento postal tradicional. En este sentido, prestigiosa doctrina se ha expedido a favor de esta última posición. Así, se ha dicho que las TIC en esencia no son sino instrumentos técnicos, utilizados al servicio de la cooperación internacional, aptos, por consiguiente, para ser empleados por los distintos procedimientos previstos a nivel convencional o legal para el envío de las comunicaciones atinentes al auxilio, por lo que su uso no significa introducir nuevas vías para la transmisión de los exhortos y, en consecuencia, su empleo no debe entenderse supeditado, necesariamente, a una expresa previsión normativa¹².

Asimismo, los textos convencionales suelen consagrar cláusulas de compatibilidad que resguardan la vigencia de los restantes instrumentos de los que son partes los Estados, sobre la misma materia, en tanto no se contradigan. Concordantemente, los convenios interamericanos reconocen expresamente que sus disposiciones no restringen las prácticas más favorables que los Estados pudieran observar en la materia. Ello nos conduce a admitir la plena compatibilidad de las TIC con las soluciones contenidas en los tratados, criterio admitido también en el seno de la Conferencia de La Haya¹³.

facsímil, correo electrónico o similares, aunque lo sujeta a confirmación por documento original firmado por la autoridad requirente dentro de los diez días siguientes a su formulación (art. 6.2).

¹¹ Entre las elaboraciones convencionales recientes se mencionan el Tratado Relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional entre Autoridades Centrales (Medellín, 25/07/2019) -actualmente en trámite parlamentario en el Congreso- y el Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia (Mar del Plata, 03/12/2010) -aprobado por Ley 27.162, en vigor desde el 25/08/2016-. Asimismo, similares soluciones a las contenidas en dichos tratados, han sido objeto de Recomendación por parte del Consejo del Mercado Común (Rec/CNC n° 7/21).

¹² TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO, *La cooperación jurisdiccional internacional y el creciente empleo de medios electrónicos a su servicio*, elDial - DC3232, 2003, p. 6.

¹³ Ver las conclusiones N° 4 y 55, pronunciadas por las Comisiones Especiales de 2003 y 2009 de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en las que, con motivo de la evaluación del funcionamiento de los convenios elaborados en dicho foro en materia de cooperación, se expresó que si bien la aplicación de las nuevas tecnologías no había sido prevista al momento de la negociación de dichos Convenios, el espíritu y la letra de los mismos no constituye obstáculo para su empleo, y que, sin dudas, el funcionamiento de estos instrumentos sería sustancialmente favorecido con la aplicación de los nuevos procedimientos.

Por último, y a la par de las fuentes convencionales, no podemos dejar de mencionar algunos instrumentos de *soft law*, de los cuales han emanado principios proclives a la realización de comunicaciones directas entre autoridades judiciales, así como a su transmisión a través de medios electrónicos. Así, además de los Convenios Marco de Colaboración *supra* mencionados, se destacan el Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional, aprobado por la 17ª Cumbre Judicial Iberoamericana de Santiago de Chile de 2014, los Principios de ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS), así como los Principios de ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional.

Los referidos documentos se ven complementados, a su vez, por las tareas llevadas a cabo por las denominadas “redes de cooperación judicial internacional”, tales como la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRED), la Red Interamericana de Cooperación Jurídica y la Red Internacional de Jueces de La Haya. Se advierte así un importante consenso en que la asistencia judicial sea prestada directamente por los protagonistas reales de la misma¹⁴, a través de las posibilidades que nos proporcionan en la actualidad las TIC. Sin embargo, creemos que lo dicho no implica la utilización lisa y llana de los medios electrónicos, no sin antes realizar las adaptaciones necesarias para garantizar, sobre todo, la seguridad y confiabilidad de las comunicaciones, tarea que, necesariamente, exigirá la colaboración de todos los actores jurídicos.

III. El Código Civil y Comercial de la Nación. Arts. 2611 y 2612

El CCCN ha consagrado entre sus Disposiciones de Derecho Internacional Privado (Libro VI, Título IV), bajo el capítulo segundo -titulado “Jurisdicción Internacional”- ciertas normas en materia de cooperación. Así, el art. 2611 sienta el principio de cooperación jurisdiccional al disponer que “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral”. De esta manera, se ha venido a consagrar, por primera vez en nuestra fuente interna, una norma general que reconoce a la cooperación, fuera del ámbito de los tratados vigentes, como una obligación. Desde este ángulo, como bien señala la Dra. Uzal, se advierte un progresivo abandono de las figuras que prevén obligaciones propias de modelos basados en la reciprocidad, que responden a la vieja idea de la retorsión; y este enfoque de colaboración, que contempla también la necesidad de brindar asistencia con respecto a la tutela en materia cautelar, resulta insoslayable para una cooperación judicial efectiva en los procedimientos que presentan algún elemento extranjero¹⁵.

Por su parte, el art. 2612, en su primer párrafo, precisa que “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las

¹⁴ VILLALTA VIZCARRA, ANA E., *La Cooperación Judicial Internacional*, Publicación del XL Curso de Derecho Internacional (OEA), 2013, p. 54.

¹⁵ UZAL, MARÍA ELSA, *Derecho Internacional Privado*, La Ley, 2016, p. 269-270.

comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto”. Y agrega que “Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso”. Si bien se establece al exhorto internacional como el instrumento idóneo para llevar a cabo la comunicación de las solicitudes de cooperación, no se enumeran las vías de transmisión. No obstante, se reconoce a los jueces argentinos la facultad de entablar comunicaciones directas con sus pares extranjeros, lógicamente, sujeto a la aceptación mutua de la práctica y el respeto del debido proceso.

Así las cosas, la introducción expresa de dicha previsión tiende, no solo a agilizar la cooperación, sino también a disminuir los costos que muchas veces demanda la misma. Pero además, la norma abre la posibilidad a que los exhortos sean comunicados (de juez a juez) a través de medios electrónicos, y no solo eso, sino también al seguimiento posterior de la rogatoria en el Estado requerido -a través de los mismos medios- por parte del juez requirente; todo ello en sintonía con los avances experimentados en los últimos años en la materia.

Lamentablemente, como es sabido, se ha perdido la oportunidad de consagrar a nivel nacional, una normativa unificada referida al trámite de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, por lo que en aquellos casos en los que no resulten aplicables los tratados, habremos de estar a lo que dispongan los códigos de rito. No obstante, el marco normativo dado por los arts. 2611 y 2612 resulta idóneo para la realización de comunicaciones judiciales directas a través de las TIC, no solo en el ámbito de la cooperación de mero trámite, probatoria y cautelar, sino también de tercer grado, claro está, siempre que se utilicen canales eficaces, confiables y seguros.

IV. Iniciativas y soluciones adoptadas en la Unión Europea

Una mirada al derecho comparado nos conduce a las soluciones adoptadas a nivel comunitario europeo, ámbito en el cual se han realizado grandes avances en materia de digitalización, notificaciones y comunicaciones electrónicas aplicables a procesos transfronterizos. Así, entre las iniciativas legislativas elaboradas en la UE se destacan los Reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo, relativos a un sistema informatizado para el intercambio electrónico transfronterizo de datos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal (UE 2022/850); los Reglamentos sobre notificación y traslado de documentos (UE 2020/1784) y sobre obtención de pruebas (UE 2020/1783); y el Reglamento sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales (UE 2023/2844).

Estos reglamentos han introducido importantes novedades relacionadas con el uso de vías electrónicas o la posibilidad de obtener pruebas directamente en otro Estado por videoconferencia o a través de cauces diplomáticos. Pero además, establecen un marco jurídico completo para la comunicación electrónica entre las autoridades competentes en los

procesos judiciales transfronterizos (incluidas las comunicaciones directas entre autoridades judiciales), exigiendo que las mismas se realicen a través de un sistema informático descentralizado (por ejemplo, para intercambiar formularios normalizados, documentos, etc.), compuesto por sistemas informáticos nacionales interconectados a través de una solución interoperable (e-CODEX). El objetivo de las referidas reformas apunta así a avanzar en la eficiencia y eficacia de la notificación, el traslado de documentos y la obtención de pruebas extranjeras dentro del territorio comunitario, aprovechando, especialmente, el progreso técnico y las ventajas de la digitalización¹⁶.

No obstante, todas estas iniciativas requerirán de actuaciones considerables de seguimiento técnico y administrativo a nivel nacional. Por esta razón, para apoyar a los Estados miembros en esta tarea, el Consejo ha aprobado recientemente una Estrategia relativa a la Justicia en Red para el periodo 2024-2028. La Estrategia no solo describe los principios y objetivos para el desarrollo de la justicia en red de cara a los próximos 5 años, sino que también establece las acciones que los Estados miembros y la UE deben emprender para alcanzar estos objetivos¹⁷.

Si bien queda un largo camino por recorrer para consolidar el proceso de digitalización de la justicia iniciado en la UE, se ha logrado proporcionar un marco normativo sólido tendiente a su total implementación, lo que redundará (seguramente “más pronto que tarde”) en una mejor y más efectiva cooperación, no solo entre autoridades judiciales, sino también administrativas.

CONCLUSIONES

Nos es de interés destacar ciertas consideraciones tratadas a lo largo de la presente ponencia. En primer lugar, recalcar la plena compatibilidad de los medios electrónicos con las soluciones contenidas en la normativa internacional vigente, los cuales han de considerarse un medio técnico a utilizar por los caminos convencionalmente previstos y no una nueva vía para llevar adelante la cooperación. Bajo dicha tesitura, no existe óbice para que dentro del ámbito de las respectivas convenciones, se fortalezca la realización de comunicaciones directas entre autoridades judiciales a través de las TIC, pero también fuera de su ámbito, dadas las amplias posibilidades que hoy en día nos ofrece el art. 2612 CCCN. No obstante, creemos necesario también que los nuevos desarrollos en materia de cooperación, y en particular los relativos a comunicaciones judiciales directas y utilización de medios electrónicos, plasmados principalmente en los instrumentos de *soft law*, reciban apoyatura normativa en las fuentes convencionales, a fin de actualizar los tratados vigentes. Si bien gracias a la labor constante de la Conferencia de

¹⁶ CASTO DURAN, EMILIO, *Cooperación judicial civil internacional: notificación electrónica y obtención de pruebas electrónicas*, en SUAREZ XAVIER, PAUL R. y VICARIO PEREZ, ANA M., *Cooperación judicial internacional a la luz de las nuevas tecnologías: riesgos, utilidades y protección de derechos fundamentales*, Ed. Colex, La Coruña, 2023, p. 28.

¹⁷ Estrategia Europea relativa a la Justicia en Red 2024-2028, 17/11/2023.

La Haya y sus valiosas interpretaciones se han logrado mantener actualizadas sus soluciones, no ha sucedido lo mismo con los tratados interamericanos y del Mercosur, cuyos textos (aunque importantes) no han sido amoldados a las nuevas tecnologías. Ello, a fin de homogeneizar criterios, fortalecer las redes de comunicación existentes y coordinar soluciones informáticas que resulten, no solo compatibles entre los sistemas judiciales de los Estados, sino también confiables y seguras, en resguardo de las garantías del debido proceso legal. En este sentido, las soluciones adoptadas recientemente en el derecho comunitario europeo resultan, sin lugar a dudas, un referente a seguir.

Del mismo modo, resulta conveniente la adopción de una reglamentación interna que, bajo el marco que hoy nos proporcionan los arts. 2611 y 2612 del CCCN, brinde a nuestros tribunales ciertas pautas para llevar a cabo la cooperación internacional por medios electrónicos, instándolos a la realización de comunicaciones directas con sus pares extranjeros. Experiencias recientes como la de Uruguay, quien a través de su Suprema Corte de Justicia ha dado valor de Acordada al Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional, como pauta de actuación para sus tribunales, podrían significar una opción viable para nuestro país.

Para finalizar, no debe perderse de vista que hoy en día la cooperación procesal internacional ha dejado de ser una voluntad facultativa de los Estados, para pasar a ser una obligación (salvo supuestos de excepción). Por eso, resulta necesario ofrecer a los sujetos encargados de llevarla a cabo recursos (tanto jurídicos como técnicos) para poder realizarla de manera óptima. Así, siendo el derecho una ciencia viviente, han de satisfacerse las nuevas necesidades de la sociedad, entre las cuales se encuentra la de potenciar los mecanismos de cooperación existentes, con miras a facilitar la realización de la justicia más allá de las fronteras. Y en este sentido, no caben dudas respecto a las posibilidades que hoy nos proporciona la tecnología y a la atención que habrá de darse (tanto desde lo normativo como desde lo práctico), en pos de dicho objetivo.