

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 49 - número 108 - 2024-I

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones



Actualización en temas de Derecho Internacional Privado (DIPr.)

María Elsa Uzal

Coordinadora



ABELEDOPERROT

ABELEDOPERROT



Revista Jurídica de Buenos Aires - año 49 - número 108 - 2024-I

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Actualización en temas de Derecho Internacional Privado (DIPr.)

María Elsa Uzal

Coordinadora

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 49 - número 108 - 2024-I

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Actualización en temas de Derecho Internacional Privado (DIPr.)

María Elsa Uzal

Coordinadora



ABELEDOPERROT

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2024
© de esta edición, Thomson Reuters, 2024
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

All rights reserved

No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

ISSN 0326-7431

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO, UBA

Director:

Pedro Aberastury

Subdirector:

Pablo Luis Manili

Secretaria de Redacción:

Paula Suárez

MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL

Griselda Capaldo (UBA/CONICET)

Carlos Mario Clerc (UBA)

Alberto Dalla Via (UBA)

Pablo Gallegos Fedriani (UBA)

M. Susana Najurieta (UBA)

Silvia Nonna (UBA)

Mónica Pinto (UBA)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

María Elsa Uzal (UBA)

Leandro Vergara (UBA)

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Javier Barnes (Universidad de Huelva, España)

Daniel Bonilla (Universidad de los Andes, Colombia)

Jean Philippe Dérosier (Université de Lille, Francia)

Olivier De Frouville (París II, Francia)

Diego Fernández Arroyo (Sciences-Po, Paris, Francia)

Ricardo García Macho (Universidad Jaume I, Castellón, España)

Carla Huerta (UNAM, México)

Ricardo Perlingeiro (Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Alberto Puppo (ITAM, México)

Karl-Peter Sommermann (Universidad de Ciencias Administrativas, Speyer, Alemania)

Sébastien Touzé (Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, Francia)

Colaboradores del Consejo Editorial

Carlos Mariano Liszczynski y Meneca Djedjean

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decano: Leandro Vergara
Vicedecano: Silvia Nonna

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares: Mary Beloff, Juan Pablo Mas Velez, Marcela Basterra, Daniel Vitolo, Leila Devia, Alejandro Alagia, Graciela Medina, Gonzalo Alvarez
Consejeros suplentes: Adelina Loianno, Marcelo Gebhardt, Silvia Nonna, Alfredo Vitolo, Nancy Cardinaux, Juan Pablo Mugnolo, María Blanca Noodt Taquela y Claudio E. Martyniuk.

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares: Raul M. Alfosín, Silvia Bianco, Fabián Leonardi, Martín Río.
Consejeros suplentes: Elisa Romano, Enrique Rodriguez Chiantore, Silvia Bordón, Romina Nieto Coronel.

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares: Mateo Agustín Pedroni, Luciana Gallardo, Sebastián Fernández Jaichenco, Juan Martín Sala.
Consejeros suplentes: Micaela Castañeda, Joaquín Santos, Trinidad Acuña Bianchi, Lucien Rocío Palacios Gava.
Representante no docente: Lorena Castaño

SECRETARIOS

Secretario Académico: Lucas G. Bettendorff
Secretario de Administración: Carlos A. Bedini
Secretario de Extensión Universitaria: Oscar M. Zoppi
Secretaria de Investigación: Luciana B. Scotti
Secretaria de Relaciones Internacionales: Marta R. Vigevano
Secretaria de Relaciones Institucionales: Carmen Virginia Badino Varela
Secretaria de Vinculación Estudiantil: Andrea Cristina Luciana Carreras Lobo

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff
Subdirector: Luis R. J. Sáenz
Secretaria: Stefania Vujovich

ÍNDICE
REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES
AÑO 49, NÚMERO 108, 2024-I, BUENOS AIRES

PRESENTACIÓN

MARIA ELSA UZAL	3
-----------------------	---

DOCTRINA

CAPÍTULO I: CONTRATOS

MARIA ELSA UZAL: Los contratos internacionales hoy	7
ALFREDO SOTO: Nuevas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad	29
CAROLINA IUD: Las empresas como partes débiles en los contratos internacionales.....	41
FLAVIA ANDREA MEDINA: Criptomonedas y contratos financieros modernos en la era digital	73

CAPÍTULO II: FAMILIA

MARÍA SUSANA NAJURIETA: Derechos fundamentales en la familia con especial enfoque en los desafíos de la adopción internacional en la República Argentina	93
NIEVE RUBAJA: El proyecto “filiación/gestación por sustitución” de la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.....	115
ANDREA ESPARZA: Problemáticas en torno a la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes.....	141
ANA BELÉN ZACUR: Uniones no matrimoniales transfronterizas: desafíos en materia de derecho aplicable.....	155

CAPÍTULO III: SOCIEDADES

MARIELA CARINA RABINO: La responsabilidad social empresaria en el ojo de la tormenta	173
--	-----

RODRIGO LAJE: Las sociedades y la responsabilidad extracontractual en el derecho internacional privado	193
ANALÍA S. GÓMEZ BOHLE: Startups innovadoras de triple impacto: aspectos jurídicos para su internacionalización.....	223

RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

LEANDRO M. LEBENSOHN: Caivano, Roque J. – Cevallos Ríos, Natalia M. <i>Tratado de arbitraje comercial internacional argentino</i> . Buenos Aires, La Ley, 2020 (ISBN 978-987-03-3977-9).....	251
RICARDO PINTOS - SERGIO REYNOSO: Iud, Carolina. <i>Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación</i> . Buenos Aires, Albrematica, 2019 (ISBN 978-987-8343-07-5)	255
Apéndice. Pautas para la presentación de originales	259

INDEX

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

YEAR 49, NUMBER 108, 2024-I, BUENOS AIRES

PRESENTATION

MARIA ELSA UZAL	3
-----------------------	---

DOCTRINE

CHAPTER I: CONTRACTS

MARIA ELSA UZAL: International contracts, nowadays	7
ALFREDO SOTO: New reflections on the party's autonomy	29
CAROLINA IUD: Companies as weak parties in international contracts.....	41
FLAVIA ANDREA MEDINA: Cryptocurrencies and modern financial contracts in the digital age.....	73

CHAPTER II: FAMILY

MARÍA SUSANA NAJURIETA: Fundamental rights in the family with special focus on the challenges of international adoption in Argentina	93
NIEVE RUBAJA: The Hague conference of private international law project on “legal parentage / surrogacy”	115
ANDREA ESPARZA: Problems surrounding the international return of children and adolescents.....	141
ANA BELÉN ZACUR: Cross-border civil unions: challenges in determining the applicable law	155

CHAPTER III: SOCIETY

MARIELA CARINA RABINO: Corporate social responsibility in the eye of the storm.....	173
RODRIGO LAJE: Companies and non-contractual liability in private international law	193

ANALÍA S. GÓMEZ BOHLE: Innovative triple impact startups: legal aspects for their internationalization	223
--	-----

BOOK REVIEWS

LEANDRO M. LEBENSOHN: Caivano, Roque J. – Cevallos Ríos, Natalia M. <i>Tratado de arbitraje comercial internacional argentino</i> . Buenos Aires, La Ley, 2020 (ISBN 978-987-03-3977-9).....	251
RICARDO PINTOS - SERGIO REYNOSO: Iud, Carolina. <i>Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación</i> . Buenos Aires, Albrematica, 2019 (ISBN 978-987-8343-07-5)	255
Appendix. Guidelines for the submission of articles	265

PRESENTACIÓN

Tenemos el agrado de presentar en este nuevo número de la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, el fruto de las *Jornadas de Actualización en Derecho Internacional Privado* (DIPr.) llevadas a cabo, como trabajo de inter-cátedra, en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad de Buenos Aires (UBA) entre el 6, 13 y 27 de junio de 2023, con la participación de todos profesores de esta Casa, que han puesto sus conocimientos, tiempo y esfuerzo para compartir con la comunidad jurídica y, especialmente, con la comunidad universitaria sus reflexiones sobre algunos temas actuales de la especialidad.

Las exposiciones y el intercambio posterior han sido sumamente enriquecedores y por ello, nos determinamos a poner este trabajo a la consideración de todos los lectores de la Revista, en el convencimiento de que es el sitio apropiado para dar a la luz esas reflexiones en común.

Se eligieron para estas Jornadas tres ejes temáticos: *contratos, familia y sociedades internacionales* y se ha procurado abordarlos desde el planteamiento de algunas cuestiones que aparecen como novedosas y que requieren de una consideración mayor y profundizada, de parte de los operadores jurídicos especializados, para hacerlas asequibles a quienes, muchas veces, se les plantean esos problemas como verdaderos desafíos, incluso, intelectuales.

Es claro que las exposiciones realizadas no han tenido la intención de agotar los temas, sino, presentarlos y proponer algunas “ideas fuerza” que sirvan para posteriores y más profundas y necesarias elaboraciones.

Referiremos, brevemente, cuáles han sido los tópicos abordados en cada eje temático:

a) *En materia de Contratos*: comenzó la Dra. María Elsa Uzal, presentando un panorama con diversos enfoques relativos, a “Los contratos internacionales hoy”. Continuó el Dr. Alfredo Soto, aportando “Nuevas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en el DIPr.”, un aspecto central en la consideración del tema; le siguió Carolina Iud con un importante enfoque, proponiendo respecto de “Las empresas como “partes contractualmente débiles”: una mirada desde el derecho internacional privado actual” y cerró el bloque, Flavia Andrea Medina, con un abordaje actual de las “Criptomonedas y contratos bancarios modernos en la era digital”.

b) *En las cuestiones de Familia*: abrió la consideración de ese eje, la Dra. María Susana Najurieta, con una esclarecida propuesta sobre los “Derechos fundamentales de la familia con especial enfoque en los desafíos de la adopción internacional en la República Argentina”. A continuación, Nieve Rubaja mostró cuál es el “Estado actual del proyecto de filiación/gestación por sustitución de la

Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”; de seguido, Andrea Esparza, se explayó sobre las “Problemáticas en torno a la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes” y concluyó Ana Belén Zacur, reflexionando sobre las “Uniones no matrimoniales transfronterizas: desafíos y soluciones en materia de jurisdicción internacional y derecho aplicable”.

c) *En el área de las Sociedades internacionales*: abrió la jornada el Dr. Rafael Mariano Manóvil, quien aportó su rica experiencia para proponer: “¿Qué define un grupo de sociedades? Efectos en materia de responsabilidad”, cuya participación señalamos y, aunque no contamos con su colaboración en este número, puede verse su conferencia, dentro del video de las Jornadas a través del *link*: <https://www.youtube.com/@internacionalprivadouzal>. A continuación, Mariela Rabino abordó una arista muchas veces controversial, de ahí su visión de “La responsabilidad social empresaria en el ojo de la tormenta”; siguió luego Rodrigo Laje, planteando su enfoque sobre “Las sociedades comerciales y la responsabilidad en sectores específicos de la esfera no contractual” y culminó las Jornadas Analía Soledad Gómez Bohle, con reflexiones sobre un tema novedoso y muy actual, las “Startups Innovadoras de triple impacto: aspectos jurídicos para su internacionalización”.

Completan este número dos recensiones de libros importantes para los operadores jurídicos del área internacional, a cargo de *Leandro Lebensohn*, *Ricardo Pintos* y *Sergio Reynoso*.

Quedan los resultados de este trabajo inter-cátedras a la consideración del lector.

Dra. María Elsa Uzal
Profesora Titular Consulta de DIPr. UBA

DOCTRINA

CAPÍTULO I: CONTRATOS

LOS CONTRATOS INTERNACIONALES, HOY

POR MARÍA ELSA UZAL*

Resumen

*Este trabajo aborda algunos de los desafíos que se presentan hoy a los operadores jurídicos, a la hora de encarar la regulación de los contratos internacionales. Se focaliza en el examen de las disyuntivas que plantea la globalización entre la uniformidad o la armonización y se efectúa una síntesis de las tendencias en esa materia. Se examina el efecto disruptivo de las nuevas tecnologías en un rápido repaso desde la segunda revolución industrial al metaverso y se plantean los desafíos que esas nuevas tecnologías disruptivas implican para el DIPr. Se advierte que la desmaterialización, la deslocalización y la transnacionalización del entorno de realidad en las nuevas relaciones jurídicas exigen una nueva comprensión de estos “casos”. Se destaca la importancia de la **índole del soporte** tecnológico y la equivalencia funcional de los hechos en la búsqueda del derecho aplicable y del contexto jurisdiccional y la desnacionalización de las relaciones jurídicas en la determinación del tribunal competente.*

Palabras clave

Contratos internacionales, globalización, uniformidad, armonización, tecnologías disruptivas, soporte tecnológico, derecho aplicable, tribunal competente.

* Escribana y abogada —U. Salvador— graduada con diploma de honor. Doctora en Derecho —UBA—. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Académica titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Profesora titular de Derecho Internacional Privado (DIPr.) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y otras Universidades del país. Convocada como experta por la Conferencia de la Haya en DIPr. Expresidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Vicepresidente y antes secretaria general de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Invitada por la Comisión Redactora del anteproyecto del *Código Civil y Comercial de la Nación* (hoy ley 26.994) para colaborar con la redacción del Título IV del Libro Sexto (DIPr.) (2012); por el Ministerio de Justicia de la Nación para el *Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial Internacional* (hoy ley 27.449), el Proyecto de *Ley de Insolvencia Transfronteriza* del que es corredactora (2018), entre otras convocatorias. Autora de: “*Derecho Internacional Privado*” (Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016); “*Los procesos de Insolvencia en el Derecho Internacional Privado. Propuestas para un sistema concursal con especial referencia al Mercosur*” (Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008); “*Solución de controversias en el Comercio Internacional*” (Ed. Ad-Hoc); “*El Mercosur en el camino de la Integración*” (Depalma); de otros libros en coautoría y muy numerosos artículos. Ha organizado y participado congresos, jornadas y seminarios en el país y en el extranjero.

INTERNATIONAL CONTRACTS, NOWADAYS

Abstract

This work addresses some of the challenges that legal operators face today when addressing the regulation of international contracts. It focuses on the examination of the dilemmas that globalization poses between uniformity or harmonization and a synthesis of the trends in this matter is carried out. The disruptive effect of new technologies is examined in a quick review from the second industrial revolution to the metaverse and the challenges that these new disruptive technologies imply for the DIPr are raised. It is noted that dematerialization, delocalization and transnationalization of the reality environment in new legal relations require a new understanding of these “cases”. The importance of the nature of the technological support and the functional equivalence of the facts is highlighted in the search for the applicable law and the jurisdictional context and the denationalization of legal relationships in determining the competent court.

Keywords

International contracts, globalization, uniformity, harmonization, disruptive technologies, technological support, applicable law, competent court.

1. LOS DESAFÍOS, HOY

El derecho de los contratos en el plano internacional acompaña hoy, acompañadamente, en momentos de cambio de nuestra sociedad y se ha convertido en uno de los instrumentos más significativos de la evolución marcada por la tecnología en la que todos nos hallamos inmersos.

Varias veces hemos señalado ⁽¹⁾ que, si quisiéramos graficar la evolución del tratamiento de los contratos multinacionales a través del tiempo, probablemente sería de utilidad recurrir a la idea de un movimiento circular, que va desde la universalidad de los orígenes hasta la universalidad, en nuestros días.

Cabe recordar que desde la universalidad de su regulación dentro del derecho romano clásico, el contrato subsistente como fuente subsidiaria, en la Edad Media comienza a convivir con la *lex mercatoria* ⁽²⁾, que surge como derecho prevalente sobre el derecho romano, creado por las costumbres, los estatutos de las corporaciones y la jurisprudencia de los tribunales de mercaderes, sin límites políticos sensibles, que llevaba a cabo por entonces la unidad del derecho aplicable a través de la unidad de los mercados, siempre que una de las partes en la

⁽¹⁾ Véase: UZAL, María Elsa, *Desafíos y tendencias en materia de contratos internacionales R.E.D.C.O.2005-B-719-735*.

⁽²⁾ Véase: GALGANO, Francesco, *Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales*, en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, enero-marzo 2003, N.º 247, p. 7 y ss.

relación comercial fuese un comerciante. Sin embargo, reconocía límites en el derecho canónico, que como derecho universal entre la comunidad de los fieles imponía a los comerciantes cristianos la prohibición de la usura y del préstamo con intereses ⁽³⁾.

Luego, claramente, el derecho común romano perdió su universalidad ante el advenimiento de los estados nacionales modernos que trajeron como consecuencia la estatalidad fragmentaria del derecho. Cada Estado nacional reivindicó sus propias fórmulas, el derecho se identifica fuertemente con la ley, y las costumbres, dominantes en el medioevo, se convirtieron en una fuente menor o, en todo caso, subsidiaria.

Por otro lado, sin embargo, el comercio se volvió cada día más internacional, surgiendo como una realidad en contradicción con la concepción particularista y plural, de un derecho comercial estatizado en las ordenanzas y códigos nacionales, con los que cada Estado ha impuesto su propia visión y su propio modo de posicionarse frente a los intercambios comerciales y a las exigencias de la economía y del mercado.

Hasta la revolución industrial, se ha señalado la existencia de un estrecho nexo entre el derecho y la economía, dado que la ciencia jurídica, observando las prácticas comerciales, construyó importantes figuras jurídicas funcionales con la necesidad de circulación de la riqueza y con la revolución industrial, surge el productor y la empresa industrial, pero las relaciones contractuales se siguen viendo y tratando, desde el derecho, con la óptica antigua del comerciante, que compra y revende bienes aunque ahora, después de haberlos transformado ⁽⁴⁾.

En la etapa posindustrial y posmoderna, donde la tecnología industrial convive con una concepción de la riqueza, desmaterializada; donde adquieren roles fundamentales las prestaciones de servicios y los mercados y activos financieros, en un marco en el que la celeridad de las comunicaciones, el intercambio electrónico de datos, Internet, el comercio electrónico y la tecnología informática conducen, como consecuencia inmediata, a la globalización de los mercados.

En esta etapa es remarcable que, junto a los derechos codificados, juega un papel determinante la técnica jurídica, en particular a través de la llamada “tecnología contractual”, por medio de la cual toman cuerpo nuevos productos e instrumentos financieros, las *new properties*. Estos nuevos instrumentos, y no las leyes, resultan ser los medios a través de los cuales se operan hoy algunas de las más importantes transformaciones jurídicas. El principal instrumento de esa innovación jurídica es, nuevamente, el contrato, y el mundo de los negocios produce a ritmo acelerado nuevas figuras contractuales que, desde la óptica de los sistemas de derecho nacionales, suelen ser captados como contratos “atípicos”, pero que en el plano de los negocios internacionales generan modelos

⁽³⁾ Véase: GALGANO, Francesco, *Lex Mercatoria*, Bolonia, 2001.

⁽⁴⁾ Véase: UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, La Ley 2016, p. 464 y ss.

contractuales uniformes, que constituyen, precisamente, los contratos de los mercados globalizados ⁽⁵⁾.

Frente a las convenciones internacionales que buscan la uniformidad del derecho con limitado alcance y en pugna con el apego de los Estados a las soluciones de los derechos nacionales, a través de modelos contractuales uniformes, se operan los mercados financieros; se regulan el transporte internacional, las transacciones comerciales internacionales en general, la compraventa en particular; se organizan e integran grupos societarios multinacionales, y las sociedades multinacionales fijan su política contractual uniforme. Cabe recordar que se ha destacado que los verdaderos protagonistas actuales de la globalización ya no son realmente los Estados nacionales, que solo operan sobre un trozo del mercado, sino las empresas multinacionales, que con sus ramificaciones pueden controlar el mercado a escala mucho mayor, cuando no en su totalidad. De ahí, que los Estados busquen asociarse en organizaciones internacionales, tipo OMC, capaces de dictar reglas aplicables a esos mercados globales.

También se ha señalado, reiteradamente, que esta evolución contractual trae de la mano cambios en ciertos principios. Así, por ejemplo, respecto de la autonomía de la voluntad, eje central de los contratos modernos que componen intereses entre particulares, ha visto surgir una creciente tendencia a la imposición de ciertas restricciones en diversos ámbitos en los que el contrato asume muchas veces el rol regulador de la ley, requerido por las condiciones sociales y económicas de la vida moderna, por ejemplo, en la gestión y operación de bolsas y mercados, en la autorregulación acordada de mecanismos en defensa de los consumidores, en la prevención de condiciones de abuso de posición económicamente dominante o en la defensa de condiciones de competencia leal. A veces en estos papeles, el contrato hasta llega a adelantarse a los poderes públicos en la tutela de intereses generales.

Todo esto ha impuesto en el horizonte, como realidad, la idea de la “aldea global” de la que hablaban McLehn y Powers ⁽⁶⁾, suerte de sociedad sin Estado, de dimensiones planetarias, regida por *un derecho propio de la comunidad internacional de los negocios, supranacional, formado espontáneamente*, con el que se suele identificar muchas veces a la denominada nueva *lex mercatoria*, que regula las transacciones internacionales, que carece de órganos coercitivos y se vale de los órganos del Estado que en cada caso resulten competentes en razón de territorio ⁽⁷⁾.

El fondo común de principios universalmente aceptados que anima esta globalización de los mercados ha sido captado por los ojos de los observadores especializados de Unidroit en una compilación orgánica, bajo el nombre

⁽⁵⁾ GALGANO, Francesco, *Lex mercatoria...*, cit., N.º 1, p. 12-13.

⁽⁶⁾ MC LEHN - POWERS, *Il villaggio globale*, Bolonia, 1999.

⁽⁷⁾ Véase: UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, La Ley 2016, p. 464 y sig.

de “Principios de los contratos mercantiles internacionales” (PICC), estructurados y coordinados sobre la base de la autonomía de la voluntad y la buena fe, suerte de derecho común del quehacer comercial estructurado con base en ese mercado global que describimos, adaptado o adaptable a las relaciones entre comerciantes, empresarios, entre estos y consumidores y, quizás, hasta a los contratos *online* o *telemáticos*, propios del *e-commerce*. Hallamos a los contratos, así, como fuente relevante de nuevas formas de derecho que tornan a la universalidad.

El desafío es, la manera en que el derecho ha de responder a las nuevas exigencias que la materia contractual exige.

2. LA GLOBALIZACIÓN: ¿UNIFORMIDAD O ARMONIZACIÓN?

Ya hemos recordado sin embargo que, globalizar, en derecho, no necesariamente significa crear un único derecho planetario o un código global que obre la unificación de una materia dada —el derecho civil o el derecho de los contratos— y si bien la *lex mercatoria* puede satisfacer ciertas exigencias de la contratación internacional, también puede pensarse, bajo otro prisma, en globalizar el derecho dando “a todos la posibilidad de utilizar las diferentes figuras jurídicas ofrecidas por los derechos nacionales”. Así lo interpreta Galgano, cuando asocia la ecuación a la búsqueda del “derecho aplicable” en el marco del arbitraje internacional, donde caben la aplicación de las leyes nacionales, de la *lex mercatoria* y de los “principios” a los que aludimos *supra* ⁽⁸⁾.

Cabe también bajo este segundo enfoque, la posibilidad de diversos derechos, uno o más derechos nacionales, resulten aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, ya sea por elección de las partes o por disposición del legislador, los cuales, al no haber sido pensados para funcionar juntos, pueden presentar incongruencias o injusticias a la hora de arribar a una solución y, en todo caso, de ser necesario, deberán ser adaptados materialmente y armonizados, atribución que el legislador suele otorgar al juzgador, para lograr la debida *armonía internacional en la solución del caso*, Así se lo reconoce expresamente, en el derecho argentino, en el art. 2595 inc. c) Cód. Civ. y Com.

Es interesante ensayar un rápido panorama sobre las iniciativas que se pueden detectar en la búsqueda de respuestas a estas disyuntivas entre uniformidad y armonización.

Diversos grupos de estudio han actuado y actúan en Europa analizando estas diversas cuestiones. El “Proyecto Trento” (Bussani y Matei), por ejemplo, trabajó en poner de manifiesto “líneas de convergencia y divergencia” para apreciar el “núcleo común” a todos los ordenamientos europeos y trazar una

⁽⁸⁾ Véase: UZAL, María Elsa, *Desafíos y tendencias en materia de contratos internacionales*. R.E.D.C.O.2005-B-719-735.

suerte de cartografía jurídica que ofrezca bases sólidas para la armonización del derecho en Europa.

El Grupo Pavía, de la llamada “Academia de Iusprivatistas Europeos”, ha elaborado el primer libro de un “Código Europeo de los Contratos” y, en un proyecto mucho más ambicioso, el *Study Group on European Civil Code*, integrado por muy destacados profesores, trabajó desde 1998 bajo la dirección del profesor Christian von Bär y aspirando a elaborar un Código Civil europeo, tanto civil como comercial, con un proyecto de once tomos ⁽⁹⁾.

La Comisión de las Comunidades Europeas, el 11/7/2001, dirigió al Consejo y al Parlamento europeo una “Comunicación sobre la Europeización del Derecho de los Contratos”, proponiendo varias opciones que transmiten las dudas que estos proyectos generan. La Comisión, al examinar el problema, se planteó como escenarios posibles:

- *Abstenerse de toda acción comunitaria en la materia*, dejándola librada a la apreciación de los organismos y grupos de interés de los Estados miembros (directivas, convenciones de derecho material uniforme, reglas de conflicto uniformes).

- *Promover la elaboración de un cuerpo de “principios comunes del derecho de los contratos europeos”* para reforzar los puntos de convergencia de los derechos nacionales, obvia referencia al antecedente de los “*Principios generales de los contratos comerciales internacionales*” (formulados por Unidroit como soft law, que puede ser voluntariamente elegido por las partes) y a los “*Principios generales de los contratos europeos*” (PECL) —sin las notas restrictivas en cuanto al carácter comercial y de internacionalidad de los principios de Unidroit— trabajados desde 1980-1991 y de 1992 a 1996, por la Comisión Lando (“*Commission on European Contract Law*”, integrada por profesores encabezados por Ole Lando, que publicó la Parte I en 1995, la Parte II en 1999, y la III en marzo de 2003) que, en tanto persigan ser aplicados como reglas de derecho contractual en la Unión Europea, perderían su carácter de soft law.

- *Mejorar la calidad de la legislación en vigor*. Con una concepción descentralizada o federal del derecho, este objetivo podría lograrse a través de la elaboración de un derecho internacional privado común europeo, con reglas claras. Esta solución plantea numerosas dificultades, dentro de las cuales un problema no menor es lograr un acuerdo respecto de la posibilidad de disponer, por medio de la autonomía de la voluntad, la elección del derecho aplicable al contrato, no solo en cuanto al derecho subsidiariamente aplicable en defecto de la regulación formulada por la autonomía material, sino también en cuanto al derecho imperativo del derecho elegido. Por esta vía se propuso mejorar la Convención de Roma del 19/6/1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones

⁽⁹⁾ Véase: HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, JOUSTRA, PERRON (eds.): *Hacia un Código Civil Europeo (Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 1998).

contractuales, en vigor desde el 1/4/1991 entre los países de la Comunidad, mediante una apertura al *soft law*, completándola en aspectos no previstos y mejorándola mediante un “Reglamento europeo” directamente sometido al control de la jurisdicción europea.

- *Adoptar una nueva legislación completa a nivel comunitario.* Se trataría de la elaboración de un derecho material uniforme concebido como la expresión de una visión unitaria de comunidad Jurídica europea, suerte de símbolo de la unidad política del continente. Comprendería una parte general del derecho de los contratos y algunos aspectos de la compraventa, debiendo determinarse su ámbito de aplicación material, esto es, si habría de estar *limitada a los contratos transfronterizos intracomunitarios o estaría destinada también a contratos domésticos*.

Según el criterio, podría multiplicarse el conjunto de disposiciones aplicables a los diferentes contratos y se ha criticado que no sería deseable introducir entre los derechos internos y el derecho internacional reglas de fuente europea, aplicables solo para Europa. Se han señalado también como otras técnicas, la posibilidad de formular reglas complementarias de los derechos nacionales, o un sistema que pudiese ser elegido por las partes como derecho común alternativo, en lugar de un derecho nacional, subsistiendo la objeción de la duplicación, al menos de los sistemas jurídicos aplicables.

Esta iniciativa llevó a una resolución del Parlamento Europeo del 15/11/2001 relativa a la necesidad de una aproximación de los derechos civiles y comerciales de los Estados miembros ⁽¹⁰⁾, previendo un calendario para la elaboración y adopción de un cuerpo de disposiciones sobre derecho de los contratos, un verdadero Código de los Contratos europeo, a realizar en varias etapas a partir de 2010.

El proceso culminó con la aprobación del Reglamento Europeo (RE) N.º 593/2008 del 17 de junio de 2008 sobre el derecho aplicable a las relaciones contractuales (Roma I) que sobre la base de la Convención de Roma de 1980 ha llevado a la modernización de la legislación del derecho de los contratos en Europa a través de un instrumento de fuente comunitaria que unifica las reglas de conflicto en materia contractual entre todos los estados miembros de la UE, excepto Dinamarca, evitando las carencias que para lograr la uniformidad emergen de los mecanismos propios un convenio de naturaleza internacional.

Esta decisión se inscribe dentro de una política superadora de las orientaciones sectoriales que han seguido las directivas, sustentadas sobre denominadores comunes puntuales que, frente a las diferencias a veces profundas que se registran en los derechos nacionales, impiden una verdadera armonización. Se interpreta que a través de la unificación legislativa se verían favorecidas

⁽¹⁰⁾ Res. COM (2001) 398-C5-O471/2001-2001/2187 (C05).

las transacciones y relaciones jurídicas de los particulares dentro de la Unión Europea ⁽¹¹⁾.

Ha sido materia de discusión la competencia legislativa de la Comunidad para formular y adoptar un código de esta naturaleza. Sus defensores encontraron el sustento legal en el art. 65, Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (desde su reforma por el Tratado de Ámsterdam), que preveía la armonización del derecho de los Estados miembros con el objeto de establecer y poner en funcionamiento un mercado común (Basedow), si bien esa facultad se hallaba limitada por los principios de subsidiariedad y de necesidad, que marcaban que cada acto legisferante de la Comunidad necesitaba de la prueba concreta de que se dirige a mejorar el funcionamiento del mercado común interno ⁽¹²⁾. Y, luego, en las competencias reconocidas en el art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por las cuales se faculta a la Unión *para desarrollar una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros*. Es claro pues, que la elaboración de un instrumento uniforme es la forma última de la armonización legal buscada. Se trata de una normativa universal que desplaza las normas de derecho interno dentro de los países del ámbito europeo.

Debieron superarse en este emprendimiento las dificultades derivadas de las diferencias de lenguaje jurídico, las diferencias de terminología y de meto-

⁽¹¹⁾ 52001DC0398 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo —COM/2001/0398 final—. En este documento se efectuó un interesante planteamiento sobre la armonización sectorial del Derecho contractual, señalándose que podría dar lugar a incoherencias a nivel comunitario, o a problemas de falta de uniformidad en la aplicación de la legislación comunitaria y de las medidas de transposición nacionales.

Se dijo allí que, si se detectan problemas concretos, la Comisión desearía recibir opiniones sobre cómo deberían o podrían resolverse. Para facilitar su formulación, la Comunicación ofreció una lista no exhaustiva de soluciones posibles, no obstante que cualquier interesado podía proponer otras soluciones, entre ellas:

“- Dejar que sea el mercado quien resuelva los problemas detectados.

“- Promover el desarrollo de principios comunes de Derecho contractual no vinculantes, que pueden ser útiles para la redacción de contratos por las partes contratantes, para las decisiones de los tribunales nacionales y las instancias de arbitraje y para la redacción de iniciativas legislativas por los legisladores nacionales.

“- Revisar y mejorar la legislación comunitaria existente en el ámbito del Derecho contractual para que sea más coherente y pueda aplicarse a situaciones que no estaban contempladas en el momento de su adopción.

“- Adoptar un instrumento nuevo a nivel comunitario. Podrían combinarse diferentes elementos: el tipo de acto que se adopte (reglamento, directiva o recomendación), las consecuencias para la normativa nacional (que puede ser sustituida o coexistir), la cuestión de las normas vinculantes dentro del conjunto de disposiciones aplicables, y la posibilidad para las partes contratantes de elegir aplicar el instrumento comunitario o de que las normas comunitarias se conviertan automáticamente en una red de seguridad de disposiciones que se aplicarían si las partes no han acordado una solución específica”.

⁽¹²⁾ Así lo ha precisado el fallo CJCE 5/10/2000, REC 2000-I-8419, N.º 83/84.

dología, propias de los diversos derechos nacionales y de la necesaria formación en derecho comparado de los juristas, etc.

Un proyecto de esta envergadura debía ir acompañado de la dotación de una jurisdicción comunitaria provista de una estructura y de atribuciones adaptadas a la puesta en marcha de esta tarea, lo cual se concretó en el Reglamento (CE) N.º 44/2001 —Bruselas I— (arts. 27 a 30) y ahora por el *Reglamento (UE) N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo —Bruselas I bis—, de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en vigor desde 1º de enero de 2015*).

Se sostuvo, asimismo, que la decisión de europeizar los contratos se debería ver completada por una iniciativa similar en el derecho de la responsabilidad extracontractual trabajado por *el Tilburg Group*) y con algunos aspectos del derecho de los bienes muebles, para obtener mayor seguridad y reducción de costos. Ello se plasmó en el Reglamento (CE) N.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (*Roma II*).

Otra alternativa que se analizó ha sido limitar la iniciativa a una formulación de disposiciones uniformes que sirvan de marco imperativo, dejando intacta la libre concurrencia entre los derechos nacionales subsidiariamente aplicables. En esta dirección se orientan quienes piensan en un Código Europeo del Consumidor, lo cual impone definir principios de orden público comunitario también en el campo de los contratos en general, sin duda elaborado a partir de los principios comunes extraídos de las diferentes fuentes de derecho ⁽¹³⁾.

Hoy se habla del *Proyecto de Marco Común de Referencia* (DCFR) que comenzó a gestarse en el año 1989, cuando el Parlamento Europeo planteó la creación de un Código civil europeo. En el año 2009, se publicó una segunda versión del texto (la primera data de 2007), como fruto del trabajo de dos grupos de expertos, el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*. En buena medida, el DCFR está basado en los *Principios de derecho europeo de contratos (Principles of European Contract Law)* principios elaborados en la década de los años ochenta por la Comisión Lando.

Finalmente, la revisión presentada en el año 2011, llamada *Estudio de Viabilidad*, representa el fundamento del trabajo para la elaboración de un futuro Derecho contractual europeo. El DCFR contiene una serie de principios,

⁽¹³⁾ Véase: SONNENBERGER, Hans, Jürgen, *L'harmonisation...*, cit., pp. 427 a 433; BÉRAUDO, Jean P., *Modernisation et Harmonisation du droit des contrats: une perspective européenne*, en *Uniform Law Review*, 2003, vol. VIII -1/2, p. 135 y ss.; VON BAR, Christian, *Le groupe d'études sur un Code Civil européen*, RIDC 1-2001-127; CASALS Miquel, Martín, *Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil*, en II Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros. Granada, 14 a 16/ 11/2002.

definiciones y reglas modelo de Derecho privado europeo que pretenden servir como preludio de una plasmación jurídica efectiva con respaldo político, dejando de ser un trabajo puramente académico. Se ha realizado un proyecto de traducción de este a cinco lenguas de la UE, financiado por la Comisión Europea y dirigido por el profesor Dr. Hans Schulte-Nölke (Universidad de Osnabrück, Instituto de Estudios Jurídicos Europeos).

En el ámbito del continente africano, la OHADA (Organización para la Armonización en África del Derecho de los Negocios), ha elaborado un *Proyecto de Acta Uniforme OHADA sobre derecho de los contratos*, en 2004, sobre la base de los Principios de UNIDROIT, es un proyecto de ley uniforme sobre derecho contractual, aplicable a todos los contratos, tanto comerciales como no comerciales. En 2005, se completó el régimen especial previsto, teniendo en cuenta los contratos de consumo, con un *Proyecto de Ley Uniforme sobre los contratos de consumo* que establece un conjunto de normas especiales que rigen la relación entre las empresas y consumidores, que se apartan, en parte, de las disposiciones de la Ley uniforme sobre derecho contractual.

En el ámbito del Caribe, también se ha realizado un aporte importante para la armonización, ésa es la finalidad esencial de los *Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales* ⁽¹⁴⁾ de que persiguen proporcionar a los operadores, particulares y empresas establecidos en el territorio caribeño un instrumento útil para la regulación de sus contratos internacionales, que facilite la seguridad jurídica en sus intercambios comerciales mutuos y con terceros. Los Principios OHADAC, a diferencia de otros sistemas jurídicos contractuales no estatales, como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (Preámbulo) o los PECL (art. 1:101), no pretenden representar o entrañar un cuerpo de principios generales del Derecho, ni mucho menos ser expresión de una eventual o presunta *lex mercatoria*. Su aplicación, consecuentemente, solo está indicada cuando las partes han sometido su contrato de forma expresa a los Principios OHADAC o los han incorporado como ley aplicable de manera inequívoca (punto I del Preámbulo).

Se ha observado sin embargo que todos estos principios, salvo los que son verdaderas disposiciones de derecho disimuladas, no son suficientes para suplir la aplicación de los diferentes derechos nacionales, pues son lacunares y con formulaciones abstractas, que no resultan apropiadas para regular sistemática y exhaustivamente los problemas que pueden suscitar los contratos transfronterizos ⁽¹⁵⁾, por lo tanto, no cabe abandonar la vía de los instrumentos

⁽¹⁴⁾ Véase: UZAL, María Elsa, *El derecho internacional privado hoy y sus nuevos desafíos*, ob. cit. en Rev., La Ley, 8-08-2023.

⁽¹⁵⁾ Véase: SONNENBERGER, Hans Jürgen, *L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires? Quels problèmes suscitent-elles?* Dalloz, julio-septiembre 2002, p. 417; HARTKAMP, Arthur, *Modernisation and Harmonisation of Contract Law: objectives, methods and scope*, en *Uniform Law Review*, 2003, vol. VIII- 1/2, p. 81 y ss.

materiales especiales, internacionalmente acordados, sumada a los acuerdos de índole conflictual.

3. SÍNTESIS DE LAS TENDENCIAS EN MATERIA DE REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES ⁽¹⁶⁾

El derecho de los contratos conforme al panorama trazado a modo de ejemplo, exhibe pues, una clara tendencia hacia la modernización y armonización a través de un amplio espectro de instrumentos, convenciones internacionales, regulaciones a nivel regional, condiciones generales o cláusulas generales de contratación predispuestas, leyes uniformes, leyes o códigos modelo, guías legales elaboradas por organizaciones internacionales, reglas, costumbres y prácticas uniformes; todos recursos tendientes a la aproximación de los sistemas jurídicos identificando sus límites y explicando sus diferencias.

La adopción de una u otra alternativa depende del grado de desenvolvimiento económico-cultural y las tradiciones legales de cada Estado, mas, sin duda, la armonización facilita el comercio internacional y su eficacia depende de su método y su alcance.

Respecto del alcance de la armonización se han distinguido criterios con diversos enfoques: tomar el derecho de los contratos como parte del derecho de las obligaciones o como derecho de los contratos en sentido estricto; buscar la completa armonización del derecho de los contratos —internos e internacionales— o solo los contratos internacionales; regular solo la parte general de los contratos o también perseguir la armonización de los contratos específicos; apuntar al espectro total de los contratos o solo los contratos comerciales; a los contratos en general, ignorando las relaciones de consumo o incorporando los contratos de consumo, defendiendo la idea de una estrecha interacción que introduzca el criterio del bienestar del consumidor, como elemento, dentro del concepto general del derecho de los contratos; elaborar la armonización contemplando normas de carácter dispositivo y normas de policía o regulando separadamente las normas dispositivas de las normas imperativas; limitar la armonización a normas de carácter sustantivo o uniformar criterios generales, comunes, para resolver el conflicto de leyes por medio del derecho internacional privado; contemplar también la incorporación de normas de procedimiento, importantes para la aplicación y cumplimiento de los contratos en el plano internacional; armonizar los principios comunes que informan el derecho de los contratos en general o de los contratos comerciales e internacionales en particular; como *soft law* elegible por las partes o como disposiciones obligatorias ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Véase: UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, cit. pp. 474-75.

⁽¹⁷⁾ CALUS, Andrzej, *Modernisation and Harmonisation of Contract Law Focus on Selected Issues*, en *Uniform Law Review*, 2003, vol. VIII -1/2, p. 155 y ss.

4. EL EFECTO DISRUPTIVO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. DE LA SEGUNDA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL AL METAVERSO ⁽¹⁸⁾

4.1. Cabe recordar aquí, nuevamente, que las tecnologías emergentes y disruptivas de las últimas décadas, marcan el paso del mundo analógico al mundo digital, el reemplazo del trabajo humano por el de las máquinas y la transferencia del razonamiento y decisiones humanas al razonamiento y decisiones de la inteligencia artificial, facilitan el “hacer del hombre”, tornándolo más rápido, seguro y eficiente y crean nuevos bienes, servicios, espacios, mercados y negocios antes inexistentes, pero también lo aíslan y lo hacen vulnerable.

De la tecnología analógica de la *Segunda revolución industrial* ⁽¹⁹⁾, se pasa, promediando el siglo XX, a la *Tercera Revolución Industrial* ⁽²⁰⁾, en la etapa del paso de lo analógico a lo digital, es en la que aparecen las primeras computadoras, Internet y la *World Wide Web* (o la *Web*) ⁽²¹⁾.

Luego, en las primeras décadas de este siglo, en el Foro Económico Mundial de Davos en 2016, se comienza a hablar de la *Cuarta Revolución Industrial 4.0* (Klaus Schwab) como una nueva etapa marcada por avances tecnológicos emergentes en diversas áreas.

Aparecen así, la robótica, con los *chatbots*, los *cleverbots* y los robots, que, incluso, interactúan con los humanos y ya se habla de la personalidad electrónica ⁽²²⁾; la nanotecnología; la computación en la nube; biotecnología; la impresión 3D; los vehículos autónomos; las “fábricas inteligentes”, la “Industria 4.0”, calificada como “segunda era de la máquina”, marcada por la automati-

⁽¹⁸⁾ Véase: UZAL, María Elsa, *El derecho internacional privado hoy y sus nuevos desafíos*, ob. cit. en Rev., La Ley, 8-08-2023.

⁽¹⁹⁾ Se usan fuentes de energía como el gas o la electricidad, nuevos materiales como el acero y el petróleo, que se utiliza para el motor a explosión; y nuevos sistemas de transporte (avión, automóvil y nuevas máquinas a vapor) y comunicación (teléfono y radio).

⁽²⁰⁾ Aparece la energía nuclear, los satélites, la televisión a color, las energías renovables, como la hidráulica, la solar y la eólica, la interconexión de las redes eléctricas y los grandes progresos tecnológicos.

⁽²¹⁾ Hay tres etapas en la Web: *la Web 1.0: el Internet de la información*; abarca la digitalización de textos, sonidos e imágenes (CD, DVD, Mp3). La creación de las computadoras, desde el Harvard Mark I hasta llegar al Sistema operativo Windows. La creación del Internet y luego de la Web (1989), que permite navegar por Internet haciendo dialogar a las computadoras y los exploradores de Yahoo! hasta llegar a Google. La aparición de los videojuegos y del comercio electrónico (Amazon, eBay. La Web 2.0: las “*plataformas centralizadas*” Redes para la interacción, de compartir contenidos (Napster, Wikipedia, YouTube). Redes para la interacción social (LinkedIn, MySpace, Facebook, Twitter), el e-commerce y las plataformas de información como Wikipedia. La Web 3.0: las *plataformas “descentralizadas”*. Las apps (de música —Spotify— y sociales —WhatsApp, Instagram, TikTok—), la computación en la nube (iCloud) y las nuevas plataformas de juegos (Fortnite) y el blockchain.

⁽²²⁾ Véase: CROVI, Daniel, *Los robots y la personalidad jurídica*, en *Las nuevas tecnologías y el derecho*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2022, p. 96 y ss.

zación y el intercambio de datos; los *big data*; *el internet de las cosas (IoT)* ⁽²³⁾; *el Internet Of Robotic Things (IORT)* ⁽²⁴⁾; las cadenas de bloques ⁽²⁵⁾; las *blockchain*: *públicas, privadas e híbridas o federadas*; los *smart contracts*: programas informáticos que facilitan, aseguran, hacen cumplir y ejecutan acuerdos registrados entre dos o más partes (personas físicas o jurídicas), que responden a algoritmos que operan con la característica principal de no poder ser controlados por ninguna de las partes y de ser autoejecutables, es decir, su ejecución se encuentra automatizada ⁽²⁶⁾; las plataformas digitales *centralizadas*, capaces de extraer y controlar una inmensa cantidad de datos, que se basan en el procesamiento masivo de información (*big data*, *data mining*), usan la penetración de Internet en los más diversos dispositivos (*Internet de las cosas*) a partir de la interacción en redes sociales y sirven a nuevos “modelo de negocios” y a los fines de operaciones de intermediación; las plataformas digitales descentralizadas, que son autónomas por el uso de la tecnología *blockchain*, en virtud de la cual, las reglas establecidas en el origen o constitución de la organización del programa, —por ej., durante el período en el cual se programan los *smarts contracts*— son inmutables e impuestas para todos los usuarios que se

⁽²³⁾ La *IOT Internet of Things* es un sistema de interacción de máquina con máquina, con sensores, capacidad de procesamiento, software y otras tecnologías que, sin necesidad de intervención humana, se conectan e intercambian datos con otros dispositivos y sistemas a través de Internet u otras redes de comunicación.

⁽²⁴⁾ La *Internet of Robotic Things*, (*IORT*) es una infraestructura robótica que se nutre de los sistemas de IOT y que gracias a los datos proporcionados por el IOT construye una red de computación de inteligencia artificial interconectado con o hacia una nueva red emergente de IORT que permite realizar tareas autónomas automatizadas en base a unos parámetros u órdenes recibidas a través de la red de IOT (Simoens, Dragone y Saffiotti, 2018).

⁽²⁵⁾ Se trata de una tecnología que se utiliza para registrar transacciones mediante un sistema de red digital, encadenado en forma criptográfica, donde cada nueva transacción, una vez validada por un sistema de nodos, agrega un nuevo bloque con características de ser inmutable e inviolable y que puede ser conocido. Es un mecanismo que permite organizar una base de datos electrónica, a través de una serie de bloques consecutivos con información, vinculados entre sí, los cuales incluyen en forma resumida a través de un “hash” criptográfico —el resultado de una ecuación matemática que contiene en una línea un resumen del bloque anterior—, los datos contenidos en el bloque previo. Es que, al estar entrelazados los bloques entre sí, permiten a todos los nodos acceder a la información almacenada en los mismos en forma replicada. Entonces, cada nodo interconectado posee la información completa de la cadena de bloques: BIELLI, Gastón E.; ORDÓÑEZ, Carlos y BRANCIFORTE, Fernando: *Introducción a la tecnología blockchain. Una Mirada desde el derecho*” - en la obra colectiva Colección Blockchain y Derecho - LL - Bs. As. - T. I - 2022 - p. 13 - citando a Andreas ANTONOPOULUS, citado por FAVIER DUBOIS. y FAVIER DUBOIS Eduardo M: *Criptomonedas, patrimonio y derechos de los acreedores*. La Ley 2021-F-2-1 publicado el 2/11/2021.

⁽²⁶⁾ Véase: MIRASSOU CANSECO, Carlos - Hadad, Andrés O., *Nuevo paradigma contractual: los smart contracts* - Sup. Esp. Legal TechII 2019 (noviembre)—49— TR LL AR/DOC/ 3578/2019, citado por FAVIER DUBOIS; FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *Los Smart contracts; eficiencia tecnológica versus derecho de los contratos en el mundo posmoderno*. Erreius en línea, agosto 2021 IUSDC3288485A; SANTARELLI Fulvio, *Contratos autoejecutables: Smart contracts*, en *Las nuevas tecnologías y el derecho*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2022, p. 264 y ss.

adhieren ⁽²⁷⁾; las criptomonedas ⁽²⁸⁾; los *token* y la *tokenización* de activos ⁽²⁹⁾; los *tokens no fungibles* (NFT); la realidad aumentada (RA), la realidad virtual (RV), los diversos sistemas de *inteligencia artificial* (IA): la “IA” débil o con sistemas enfocados en *objetivos concretos*, v. gr. sistemas de asistencia a la cirugía, máquinas de juegos y la “IA” fuerte: *machine learning* (ML) —algoritmos que analizan datos históricos para detectar automáticamente patrones, realizar predicciones de las que “aprenden” y que se van corrigiendo a sí mismos, volviéndose cada vez más precisos (ChatGPT)— y, finalmente, el *metaverso* ⁽³⁰⁾.

4.2. Finalmente, el *metaverso*. Recordamos que el concepto nace en 1992, de la novela de ciencia ficción *Snow Crash* de Neal Stephenson, donde se define al Metaverso no como una evolución de la Realidad Virtual sino como algo más allá de esta, un mundo ficticio, virtual y colectivo, pero es a fines del 2021 que Mark Zuckerberg, anunció el cambio de nombre de su empresa *Facebook a Meta Platforms Inc.* o ‘Meta’, dando inicio al *metaverso*, como plataforma de realidad virtual, con interacción social (sociedad red), proporcionando un nuevo nivel de experiencia virtual, inmersiva y tridimensional, en la que se puede entrar para reunirse, jugar, trabajar, *con dispositivos de realidad virtual, gafas de realidad aumentada, visores de oculus, aplicaciones en smartphones y otros dispositivos*.

Se trata de herramientas que permiten interconectar multitud de servicios físicos y virtuales con usuarios profesionales y particulares que usan dichos servicios para diversos objetivos vinculados entre sí, en combinación a la interacción de usuarios en red, entre estos y entre redes en sí.

Surge así, la idea de una sociedad con estructura social completa, que se canaliza exclusivamente a través de sistemas tecnológicos basados en redes de información global que recrean todos los aspectos básicos necesarios para cu-

⁽²⁷⁾ VAREA, Lautaro, *¿Por qué debería importarme entender qué es una DAO?* - ponencia a la XV Jornada Nacional de Derecho Contable - IADECO - Avellaneda - 2022 Libro de Ponencias - citado por Favier Dubois https://drive.google.com/file/d/1frKps48jjFSYHoHe2690b4_9OyXD18x/view. UnaDAO o una Organización Autónoma Descentralizada, es un modelo de gestión ha estado circulando en la comunidad de criptomonedas desde que Bitcoin consiguió deshacerse de los intermediarios en las transacciones financieras. Del mismo modo, la idea principal detrás de las DAO es establecer una empresa o una organización que pueda funcionar plenamente sin una gestión jerárquica.

⁽²⁸⁾ Véase: FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *Criptomonedas, patrimonio y derechos de los acreedores*. La Ley 2021-F-2-1 publicado el 2/11/2021.

⁽²⁹⁾ AGUINSKY, Ariel: *La tokenización de activos* - en la obra colectiva de BIELLI, Gastón E.; ORDÓÑEZ, Carlos y BRANCIFORTE, Fernando, “Colección Blockchain y Derecho” - LL - Bs. As. - T. II - 2022 - p. 108. En el campo de las finanzas, del comercio del arte, se entiende por token la representación digital de cualquier bien que pueda estar en el comercio. Token se “es la representación digital de un activo que puede estar alojado en una plataforma electrónica o, en su defecto, en el mundo real”.

⁽³⁰⁾ Para el desarrollo de todos estos conceptos en detalle, véase el completo trabajo de FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *Tecnologías disruptivas y derecho*, Erreius en línea: Enero-Febrero AÑO: 2023 y sus citas transcritas *supra*, indicadas en las notas 82- 84-86-87-88.

brir las necesidades vitales de un ser humano con el fin de crear un ambiente donde la interacción entre usuarios permita el intercambio de experiencias sociales emulando la realidad social natural ⁽³¹⁾.

Lo que persiguen los promotores y desarrolladores del Metaverso, es que, gradualmente, *suponga un cambio en la forma de vivir, tanto individualmente como en sociedad*, generando dos vidas por individuo, una en la realidad natural y otra en el metaverso ⁽³²⁾. *Se trata de una realidad alternativa a la realidad natural*, que pretende ofrecer a un usuario la posibilidad de sustituir bajo demanda o por diferentes circunstancias, la realidad natural por otra distinta. Hoy por hoy, aparecen en el horizonte pequeños metaversos (juegos, visitas guiadas a museos, etc.), pero hay quienes ya piensan en un metaverso único y global.

Es aceptado que *la protección jurídica tiene que existir en el metaverso*, como en cualquier ámbito social, pues no parece ser la pretensión que el metaverso suponga un cambio de paradigma desde este ángulo de mira. Se ha dicho que el principal problema jurídico frente al Metaverso es lograr que la regulación del derecho tal como lo conocemos en los diferentes campos legales de la realidad física, tenga una aplicación jurídica extensiva equivalente dentro del Metaverso, y que, bajo su alcance, cualquier ciudadano se encuentre protegido. La extensión tiene que ser *transversal y transreal* es decir con repercusiones jurídicas directas entre ambas realidades, una de ellas, controlada por el Estado y otra hoy, a priori controlada por ámbitos privados, pero con repercusiones profundas entre ellas ⁽³³⁾.

Finalmente, algunos hablan ya de una *Quinta Revolución Industrial* que trae consigo una fusión entre el humano y la máquina para desarrollar un nuevo tipo de persona con mayores capacidades y habilidades: los *transhumanos* que a través de IA adquirirían incluso, sentimientos y hasta cierta conciencia propia.

Estos planteos constituyen indudables desafíos para el derecho.

5. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS: UN DESAFÍO PARA EL DIPR.

5.1. *La desmaterialización, la deslocalización y la transnacionalización del entorno de realidad en las nuevas relaciones jurídicas*

Como consecuencia de la globalización el DIPr. muestra, en particular, en los contratos internacionales que *las transacciones económicas resultaban*

⁽³¹⁾ Véase: NISA ÁVILA, Javier Antonio, *El Metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas*. Tribuna, Madrid, 30-11-2021.

⁽³²⁾ Véase para un más amplio desarrollo: NISA ÁVILA Javier Antonio, *El Metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas*. Tribuna, Madrid, 30-11-2021.

⁽³³⁾ Nuevamente, véase: NISA ÁVILA, Javier Antonio, *El Metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas*. Tribuna, 30-11-2021 Madrid.

cada vez más deslocalizadas, perdiendo vínculos claros con una legislación en particular.

Las modernas tecnologías vienen a proporcionar, fundamentalmente, nuevos *soportes inmateriales, ahora, digitales*, en redes, con extraordinaria capacidad y velocidad de procesamiento. A través de plataformas y de algoritmos —abiertos o encriptados—, muchas veces, sin necesidad de intervención humana activa directa, se conectan e intercambian datos con otros dispositivos y sistemas, a través de Internet u otras redes de comunicación, desde y hacia, cualquier lugar del mundo; se elaboran productos, se prestan servicios y la riqueza, los bienes, los activos y hasta la propia realidad se vuelve, parcialmente, virtual.

Todo esto representa para el DIPr., la *desmaterialización* y la *deslocalización* del entorno de realidad, con la consiguiente *transnacionalización* de los ámbitos de producción de los efectos, de estos nuevos *casos* iusprivatistas multinacionales *localizados en la nube*.

La primera consecuencia relevante que cabe resaltar, en cualquier relación jurídica de este entorno, es la dificultad para atribuirle, *un contexto jurisdiccional adecuado y cierto para la resolución de un eventual conflicto*, la segunda, *es cuáles serán las reglas o el derecho aplicables para hallar las soluciones*, a partir de ese marco referencial transnacionalizado.

5.2. La comprensión del “caso”. La índole del soporte y la equivalencia funcional de los hechos. Las soluciones de fondo

Creo necesario volver a remarcar ⁽³⁴⁾ que advierto que el primer obstáculo que se presenta al intérprete ante este tipo de casos es, *comprenderlos* y fundamentalmente, la dificultad reside en aprehender, cabalmente, *la complejidad del soporte en que se expresan o corren los contenidos, en su realidad, física, ampliada virtual, o mixta* y, luego, identificar en ellos, la naturaleza del *caso* que se nos plantea.

Servirán para esto, los métodos auxiliares que el derecho comparado ha proporcionado al DIPr., en particular, el análisis y la comparación ⁽³⁵⁾.

Es que, a través de esos *soportes o plataformas digitales*, se concretan *relaciones que generan consecuencias jurídicas* y, es necesario el análisis separado de los distintos aspectos de esas relaciones a fin de distinguir las categorías de problemas que pueden estar involucrados en ellas y, si son más de una, a fin de conceptualizarlas debidamente.

Desde otro ángulo, debe procurarse establecer, a través de similitudes y diferencias, una *equivalencia funcional*, entre los hechos (datos) involucrados en este tipo de relaciones y la regulación de derecho con que, esos mismos o

⁽³⁴⁾ Véase: UZAL, María Elsa, *El derecho internacional privado hoy y sus nuevos desafíos*, ob. cit. en Rev., La Ley, 8-08- 2023.

⁽³⁵⁾ Véase: UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional privado*, ob. cit. p. 25 a 39.

parecidos hechos, se concretan en categorías jurídicas de la sociedad física o analógica.

Es, precisamente, a través de la búsqueda de esa *equivalencia funcional* que el DIPr. deberá procurar *una categorización de esas nuevas relaciones, utilizando las categorías jurídicas de las estructuras del sistema de derecho privado —nacional, internacional o comunitario— desde el cual examina el problema.*

Las situaciones *examinadas a través de esos nuevos soportes*, resultarán susceptibles de ser asimiladas, *en la mayoría de los casos*, dentro de alguna de las grandes categorías jurídicas conocidas en el derecho privado. No cabe olvidar que es, *sobre esas categorías del mundo real, tomadas como referencia, de los moldes jurídicos de la realidad física, que, se han pensado y programado*, las nuevas figuras que se proponen *en un entorno digital o virtual, a través de las nuevas tecnologías: smart contracts, criptomonedas*, para citar solo dos ejemplos, etc.

Ese camino de la *equivalencia funcional* permitirá ensayar las soluciones posibles al problema de la *calificación (definición) del problema planteado en el caso*, en sus diferentes aspectos, a fin de hallar, en el mundo real, en las normas de derecho de su sistema, las normas aplicables que permitan decidir el encuadramiento buscado para resolverlo, ya sea, en las fuentes convencionales o nacionales vigentes.

He aquí un verdadero problema de la parte general del DIPr., *el problema de las calificaciones*, que el intérprete debe resolver, *partiendo a las categorías jurídicas que conoce*, para encontrar el derecho, las normas o principios para resolver el caso ⁽³⁶⁾.

Estas normas del mundo real, sin embargo, si no han sido pensadas para estas nuevas expresiones de la realidad, van a requerir una reinterpretación de sus términos, más amplia y sensible, acorde a ellas.

De otro lado, si son varios los problemas involucrados en el caso que, como consecuencia del entorno transnacional, convocan ordenamientos de diferentes fuentes o varios derechos de entornos nacionales que no coinciden entre sí, será necesario *armonizar esas fuentes y esos derechos, realizando las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos y adaptándolas a esas nuevas realidades*, a fin de solucionar el caso (confr. art.2595 inc. c) Cód. Civ. y Com.

Si no fuese así, de no hallarse las respuestas, el operador del DIPr. deberá captar esas nuevas situaciones y tratará de darles un nuevo *encuadramiento jurídico que puede ser especial, material, ad-hoc, o conflictual, que habrá de elaborar con las bases legales de que dispone como referencia, adecuado y adaptado a esas nuevas realidades.*

⁽³⁶⁾ Véase más extensamente: UZAL, María Elsa, *El derecho internacional privado hoy y sus nuevos desafíos*, ob. cit. en Rev., La Ley, 8-08- 2023.

Por las características de estas nuevas cuestiones, es en el ámbito de las organizaciones internacionales especializadas, donde deben trabajarse los principios de consenso en los diferentes temas, que podrán ser utilizados luego, directamente, o para elaborar propuestas de soluciones v. gr. A través de leyes modelo, dirigidas a obtener soluciones uniformes de derecho interno o, mejor aún, de fuente internacional; soluciones de DIPr. conflictual o material, que creen soluciones especiales, sustanciales, que puedan conducir a tratamientos uniformes más ciertos ⁽³⁷⁾.

Ya hemos prevenido, sin embargo, sobre la necesidad de resignificar algunos principios fundantes de la materia, como el principio de *la autonomía de la voluntad de las partes a la luz de la vulnerabilidad que puede sufrir la efectiva prestación del consentimiento*.

En efecto, este nuevo entorno digital debe llevar a considerar atentamente la admisibilidad de aquellas manifestaciones de autonomía de la voluntad parecen surgir de *cláusulas contractuales* predisuestas en plataformas electrónicas, no siempre encriptadas digitalmente, que plantean operaciones, que pueden ser hechas, con eventual intervención de *chatbots* ⁽³⁸⁾, o que ponen en jaque el verdadero concierto de la autonomía de voluntades, cuando el debido consentimiento, es reemplazado por rápidos *clics*, con los que se aceptan condiciones generales y particulares predisuestas en plataformas o contratos por la red, que son aceptados sin leerlos siquiera, en la buena parte de los casos. Ello puede llevar, asimismo, a cuestionar la autenticidad de una verdadera elección de derecho aplicable o de las convenciones que exhiben soluciones materiales en contratos cuando son predisuestos, aceptados del mismo modo que ya hemos señalado. Todo ello, debe ser valorado por el juzgador, atendiendo a las circunstancias de hecho del caso.

En conclusión, el DIPr. *dispone de recursos metodológicos e instrumentales* —normas, reglas de *soft law*, principios—, muchos ya existentes y otros que habrá que elaborar, con los que el operador jurídico *podrá dar respuestas y acceder a las soluciones que estos desafíos plantean*.

5.3. *El contexto jurisdiccional y la desnacionalización de las relaciones jurídicas*

El enfoque precedente, sin embargo, *exige situar al operador jurídico en un contexto espacial, sea físico o virtual, que le permita la resolución del caso*. Si los hechos o los efectos de la relación jurídica que plantea el conflicto en un contexto espacial físico trascienden la esfera de competencia territorial de quien debe decidir, dado que, muchas veces se *desnacionalizan*, no solo por

⁽³⁷⁾ Véase: UZAL, María Elsa, *El derecho internacional privado hoy y sus nuevos desafíos*, ob. cit. en Rev. La Ley, 8-08- 2023.

⁽³⁸⁾ Programa informático basado en la inteligencia artificial que es capaz de mantener una conversación con un internauta, sobre un tema específico. Son habituales en los servicios de marketing, venta y posventa de las empresas para relacionarse con la clientela.

los hechos del caso o sus efectos, sino por la naturaleza de su soporte, *pueden suscitarse complejos problemas de jurisdicción internacional que exigirán, necesariamente, de la cooperación internacional.*

El conflicto puede llevarse, ante un juez nacional y también, ante un foro alternativo de resolución, v. gr. un conciliador o tribunal arbitral o ante un cibertribunal.

Sin embargo, las características de los problemas descriptos producen efectos que desafían y ponen a prueba, no solo los criterios clásicos de atribución de jurisdicción, sino los extremos básicos que son requeridos para entablar debidamente un proceso particular, porque:

a. El *acceso a la jurisdicción* se ve dificultado, ya por la asimetría derivada de la *deslocalización* de las relaciones en general.

b. La *desmaterialización* de los objetos, derivada de los documentos digitales, la *tokenización* de activos y las realidades virtuales (metaverso), ponen en entredicho los clásicos conceptos básicos de referencia, como el lugar de celebración, la *lex situs*, el lugar de registro o, el lugar de cumplimiento.

c. La *deshumanización* de las operaciones, que son hechas con plataformas, con eventual intervención de *chatbots*, ya lo hemos señalado, ponen en jaque la autonomía de la voluntad y el debido consentimiento.

d. El *anonimato* de los titulares de los negocios, basados en el *blockchain* y en las plataformas descentralizadas, impiden localizar al cocontratante, a sus dependientes o al deudor e impiden individualizar a los responsables de un daño o perjuicio para iniciar la acción.

e. La *deslocalización* de los sujetos, los domicilios inciertos y los servidores en “la nube” ponen en entredicho el principio domiciliario y la residencia habitual e impiden localizar el domicilio del deudor, el lugar de cumplimiento, el lugar de comisión del hecho ilícito, etc.

f. La *vulnerabilidad de la efectiva prestación del consentimiento*, lleva a considerar atentamente la admisibilidad de aquellas manifestaciones de autonomía de la voluntad que surgirían de cláusulas de prórroga de jurisdicción predispuestas en plataformas electrónicas, muchas veces no encriptadas digitalmente.

Ya hemos propiciado que las *claves de resolución para definir el tribunal competente en este contexto* deberían tener como principios:

- Privilegiar los *contactos de mayor proximidad razonable* del caso con el foro requerido.

- *Garantizar y facilitar, de modo amplio, el acceso a la jurisdicción.*

- *Asegurar el principio de la defensa en juicio.*

- Valorar la conveniencia de un *forum conveniens*, pero sopesando atentamente la posibilidad del *forum shopping*.

- Valorar el *foro de necesidad, como recurso útil para asegurar el acceso a justicia*, pero previniendo también, atentamente, que no se verifique su invocación en un contexto de *forum shopping*.

- Evitar *la denegación internacional de justicia, tanto procesal como sustancial* ⁽³⁹⁾.

Mediante la autonomía de la voluntad de las partes pueden pactarse en los contratos, medios alternativos de solución de conflictos; mediación, conciliación, arbitraje, incluso virtuales, que también se muestran como un campo fértil de trabajo.

Para la búsqueda del foro que habrá de decidir, también se han propiciado *soluciones alternativas de conflictos (ADR) en entornos virtuales, a través de cibertribunales*, para resolver los diferendos de forma rápida, aprovechando las nuevas *tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC)* de la mejor manera posible y más efectiva, para llevar a cabo soluciones en casos de reclamos o disputas. Muchos tribunales privados, de este tipo existen en varios países (Perú Méjico, Colombia, España y otros países de la Unión Europea; Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI, con sede en Suiza).

Hay *plataformas de resolución de disputas en línea (ODR)* entre consumidores y proveedores, que se relacionan con, por ejemplo, con compras en línea, *online*, permiten presentar una queja en línea a un organismo ADR en cualquier idioma y en cualquier país de la UE. Son mecanismos que funcionan, salvo muy pocas excepciones, en un marco de ausencia de tribunales internacionales con jurisdicción general y obligatoria, para velar por la aplicación de las normativas internacionales de derecho privado.

Sin embargo, los datos muestran que, pese a los esfuerzos, los consumidores no suelen elegir ADR transfronterizos debido a varias razones, que incluyen problemas legales, lingüísticos y procesales complejos, poca conciencia sobre los beneficios de los ADR, o porque la queja solo puede resolverse a través del mecanismo de manejo de quejas operado por la plataforma en línea elegida por el consumidor ⁽⁴⁰⁾.

Para completar, esta línea de ideas, la realidad virtual del metaverso en su estado actual, *a priori*, ya lo hemos señalado, *solo aparece susceptible de ser controlada desde ámbitos privados*, sin embargo, en breve, surgirán conflictos que derramarán transversalmente en el mundo real y habrán de plantearse, con

⁽³⁹⁾ Véase: UZAL, María Elsa, *El derecho internacional privado hoy y sus nuevos desafíos*, ob. cit. en Rev. La Ley, 8-08-2023.

⁽⁴⁰⁾ La Red Europea de Centros del Consumidor (ECC-Net) y la Comisión Europea trabajan sobre ADR transfronterizos. La Comisión está llevando a cabo consultas para evaluar la implementación del Reglamento (UE) 2017/2394 de Cooperación para la Protección del Consumidor (CPC), así como la Directiva ADR 2013/11 y el Reglamento ODR (UE) N.º 524/2013. En reclamaciones sobre compras online, la plataforma de resolución de disputas en línea (ODR) permite presentar una queja en línea a un organismo ADR en cualquier idioma y en cualquier país de la UE. Por lo general, el proceso se lleva a cabo completamente en línea, toma alrededor de 90 días después de la elección del organismo ADR y se proporciona de forma gratuita o por un cargo nominal. Véase: DE LA ROSA, Fernando Esteban, *Tecnología de la información y de la comunicación y resolución de litigios: el modelo europeo de promoción del ODR en el ámbito de los litigios de consumo*. Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Número 10 - junio 2019, Sección Derecho Internacional Privado ISSN: 2451-540X / Versión en línea <https://ar.ijeditores.com>.

repercusiones profundas problemas que deberán decidirse en las jurisdicciones estatales.

Cabe concluir entonces, en que, en el ámbito jurisdiccional *se plantean también arduos desafíos*, que exigirán ajustes en el ámbito del derecho procesal internacional para que este pueda brindar respuestas satisfactorias, *pero también allí están dados los principios que permitirán lograrlos*.

CONCLUSIÓN

El derecho internacional privado y el derecho procesal, enfrentan hoy, nuevas y complejas realidades que están exigiendo respuestas, que interpelan a los profesionales del derecho en general y del DIPr., en particular y que aún deben ser construidas, sin embargo, en la búsqueda para brindar adecuadas respuestas a esos desafíos, el operador jurídico formado no está solo, la disciplina del DIPr. le proporciona, como recursos: sus métodos, principios e instrumentos normativos como valores referenciales, con los que se podrá, sin duda, reelaborando y adecuando soluciones y principios y creando otros, satisfacer las expectativas de justicia razonable que los nuevos tiempos imponen.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUINSKY, Ariel, *La tokenización de activos* en la obra colectiva de BIELLI, Gastón E.; ORDÓÑEZ, Carlos y BRANCIFORTE, Fernando, “Colección Blockchain y Derecho”, LL, Bs. As., T. II, 2022, p. 108.
- BIELLI, Gastón E.; ORDÓÑEZ, Carlos y BRANCIFORTE, Fernando, *Introducción a la tecnología blockchain. Una Mirada desde el derecho* en la obra colectiva “Colección Blockchain y Derecho”, LL, Bs. As., T. I, 2022, p. 13, citando a Andreas ANTONOPOULUS, citado por FAVIER DUBOIS.
- CALUS, Andrzej, *Modernisation and Harmonisation of Contract Law Focus on Selected Issues*, en Uniform Law Review, 2003, vol. VIII, 1/2, págs. 155 y ss.
- CROVI, Daniel, *Los robots y la personalidad jurídica*, en *Las nuevas tecnologías y el derecho*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2022, p. 96 y ss.
- DE LA ROSA, Fernando Esteban, *Tecnología de la información y de la comunicación y resolución de litigios: el modelo europeo de promoción del ODR en el ámbito de los litigios de consumo*. Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Número 10 - junio 2019 Sección Derecho Internacional Privado ISSN: 2451-540X / Versión en línea <https://ar.ijeditores.com>.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *Criptomonedas, patrimonio y derechos de los acreedores*, La Ley 2021-F-2-1, publicado el 02/11/2021.

- , *Tecnologías disruptivas y derecho*, Erreius en línea: enero-febrero, 2023.
- GALGANO, Francesco, *Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales*, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, enero-marzo 2003, N.º 247, p. 7 y ss.
- , *Lex Mercatoria*, Bolonia, 2001.
- HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, JOUSTRA, PERRON (eds.), *Hacia un Código Civil Europeo (Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 1998).
- HARTKAMP, Arthur, *Modernisation and Harmonisation of Contract Law: objectives, methods and scope*, en Uniform Law Review, 2003, vol. VIII-1/2, p. 81 y ss.
- MIRASSOU CANSECO, Carlos - Hadad, Andrés O., *Nuevo paradigma contractual: los smart contracts* - Sup. Esp. Legal TechII 2019 (noviembre) —49— TR LL AR/DOC/3578/2019, citado por FAVIER DUBOIS en FAVIER DUBOIS Eduardo M: *Los Smart contracts; eficiencia tecnológica versus derecho de los contratos en el mundo posmoderno*, Erreius en línea, agosto 2021, IUSDC3288485A.
- MC LEHN – POWERS, *Il villaggio globale*, Bolonia, 1999.
- NISA ÁVILA, Javier Antonio, *El Metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas*, Tribuna, Madrid, 30/11/2021.
- SANTARELLI, Fulvio, *Contratos autoejecutables: Smart contracts*, en *Las nuevas tecnologías y el derecho*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2022, p. 264 y ss.
- SONNENBERGER, Hans Jürgen, *L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires? Quels problèmes suscitent-elles?*, Dalloz, julio-septiembre 2002.
- UZAL, María Elsa, “*Derecho Internacional Privado*”, La Ley, 2016, p. 464 y ss.
- , *Desafíos y tendencias en materia de contratos internacionales*, R.E.D.C.O.2005-B-719-735.
- , *El derecho internacional privado hoy y sus nuevos desafíos*, ob. cit. en Rev. La Ley, 08/08/2023.
- VAREA, Lautaro, *¿Por qué debería importarme entender qué es una DAO?*, ponencia a la XV Jornada Nacional de Derecho Contable, IADECO, Avellaneda, 2022, Libro de Ponencias citado por FAVIER DUBOIS https://drive.google.com/file/d/1frKps48jjFSYHoH-e2690b4_90yXD18x/view.

NUEVAS REFLEXIONES SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

POR ALFREDO MARIO SOTO*

Resumen

Estas nuevas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad se refieren a sus aspectos jurisdiccional o procesal y también al derecho aplicable al fondo de los casos jusprivatistas internacionales.

Palabras clave

Autonomía de la voluntad procesal o jurisdiccional. Acuerdo de elección de foro o pacto de sumisión. Prórroga de jurisdicción expresa y tácita. Autonomía de la voluntad conflictual. Autonomía de la voluntad material o universal.

NEW REFLECTIONS ON THE PARTY'S AUTONOMY

Abstract

These new reflections on the party autonomy relate to jurisdictional or procedural aspects and also to the law applicable in international cases.

Keywords

Jurisdiction, party autonomy, applicable law, freedom of choice.

Desde el punto de vista jurisdiccional o procesal, la fuente interna argentina establece la autonomía de la voluntad como regla general ya que el art. 2601 del Código Civil y comercial, en cuanto a las fuentes de jurisdicción, prescribe

* Profesor de las Universidades de Buenos Aires y Nacionales de Rosario y del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

que la jurisdicción internacional de los jueces argentinos, en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se dará según las pautas de tal fuente formal de las normatividades del derecho internacional privado argentino.

Esta consideración es significativa ya que, entonces, podemos entender que, por ejemplo, en materia de contratos de consumo y en el caso de responsabilidad civil no contractual las partes pueden disponer de la jurisdicción internacional eligiendo los tribunales competentes una vez surgido el litigio.

La autonomía de la voluntad jurisdiccional o procesal se encuentra dentro de las jurisdicciones conductistas, siendo la más subjetiva de todas ⁽¹⁾.

Cuando se ejerce antes del litigio, dentro del contrato o fuera de él, se llama pacto de sumisión o acuerdo de elección de foro. Si se ejerce una vez surgido el litigio se llama prórroga de jurisdicción en sentido estricto.

El Tratado de Montevideo de derecho civil internacional de 1940, art. 56, permite la autonomía ejercida una vez surgido el litigio.

El art. 4° del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual establece que en los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva.

A su vez, el art. 5° de tal instrumento prescribe que el acuerdo de elección de jurisdicción puede realizarse en el momento de la celebración del contrato,

⁽¹⁾ Los principios UNIDROIT disponen que hay la jurisdicción sobre las partes puede ser ejercida por el consentimiento de las partes de someterse al tribunal. Los Principios ASADIP de acceso transnacional a la justicia establecen: Artículo 3.3.- La voluntad de las partes libremente expresada constituye una vinculación substancial y suficiente para atribuir jurisdicción y para derogarla. La elección de una jurisdicción en particular debe interpretarse como derogatoria de las demás, salvo voluntad expresa de las partes en contrario. En las relaciones jurídicas en las cuales una de las partes es considerada por la legislación aplicable al fondo del litigio como parte débil, solo esta parte podrá invocar un pacto de jurisdicción celebrado antes de que sucedan los hechos que den lugar a la disputa. Los jueces y demás operadores jurídicos controlarán que las partes consideradas débiles hayan tenido suficiente acceso a la información necesaria respecto de las operaciones en las cuales participan. Aún en los casos de restricción de los acuerdos de elección de foro, las partes podrán pactar la jurisdicción de cualquier Estado después de sucedidos los hechos que den lugar a la disputa. Artículo 3.4.- La elección de la jurisdicción puede surgir de manera expresa, mediante cualquier medio de comunicación que pueda ser accesible para su ulterior consulta en el cual los interesados manifiesten libremente su decisión. La elección también puede surgir de forma tácita cuando el actor interponga la demanda ante un tribunal y el demandado realice cualquier actuación en el proceso sin impugnar la jurisdicción. No se considera que ha habido una sumisión tácita si el demandado se opone a una medida ejecutiva o cautelar, realiza actuaciones tales como solicitudes de copias, cómputos, o emprende cualquier actuación que no suponga una verdadera actividad litigiosa. Artículo 3.5.- El acuerdo de elección de foro será considerado un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato. La validez de dicho acuerdo no podrá ser impugnada por la sola razón de que el contrato en el cual se inserta no sea válido. En las materias en que se admite la derogatoria de jurisdicción, el tribunal elegido por las partes será el único competente para pronunciarse sobre la validez del acuerdo de elección de foro, salvo que la invalidez del acuerdo se sustente en una violación manifiesta del orden público o se constate un fraude a la jurisdicción.

durante su vigencia o una vez surgido el litigio, y la validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las disposiciones del Protocolo (esto es, el derecho del Estado del juez o tribunal arbitral elegido por las partes, el del lugar de cumplimiento del contrato, el del domicilio o residencia habitual del demandado o del actor), siempre el que sea más favorable a la validez del acuerdo.

El Código Civil y Comercial recepta en materia contractual, excepto en los contratos de consumo, el ejercicio de la autonomía de la voluntad desde el punto de vista jurisdiccional, siempre que el acuerdo de voluntades sea válido.

Así, el art. 2605 se refiere al acuerdo de elección de foro disponiendo que, en materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

Por su parte, el art. 2607 establece que la prórroga de jurisdicción es operativa si surge de convenio escrito (prórroga expresa) mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden. Se admite también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo, opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria, supuestos estos de prórroga tácita.

En la fuente interna (art. 2650 del Cód. Civ. y Com.) se exige que el acuerdo de voluntades por el que se establece la jurisdicción internacional sea válido. A diferencia de lo preceptuado por el protocolo de Buenos Aires antes citado, no se prescribe de acuerdo a qué derecho se juzga tal cuestión por lo que, tratándose de materia procesal entendemos que el juez aplicará su propio derecho (*lex fori*).

Reiteramos lo manifestado respecto de que tanto la validez y efectos del acuerdo de elección de foro como que no haya sido ejercida la autonomía de la voluntad de manera abusiva, operan como especie de cuestiones previas a ser resueltas por el tribunal elegido por las partes, y por ello se ubican en las características positivas del antecedente de la norma que sistematiza los problemas generales de la jurisdicción internacional.

Otro de los problemas es si la jurisdicción elegida por las partes es exclusiva o concurrente ⁽²⁾. La tendencia en la actualidad (por ejemplo, Convención de La Haya de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro) es a la exclusividad. Así también en el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, art. 4° y el art. 2606 del Código Civil y Comercial. Sin embargo, hay jurisprudencia que estima que la autonomía de la voluntad en

⁽²⁾ Ver nuestro “*El abuso del derecho y la autonomía en materia jurisdiccional internacional*”, LL, 19 de mayo de 2003, 3-4.

materia jurisdiccional no prevalece sobre ningún otro criterio, sino que es una opción más, es concurrente con las otras alternativas ⁽³⁾.

Para solucionar tales problemas, en ocasiones es recomendable la fórmula utilizada por los Acuerdos sobre Jurisdicción en Materia de Contrato de Transporte Internacional de Carga entre los Estados Parte del Mercosur ⁽⁴⁾ y su “gemelo” entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile ⁽⁵⁾, que establecen en su artículo 4º inc. b que “serán nulas... las cláusulas de jurisdicción exclusiva, sin perjuicio del derecho del demandante de optar por el tribunal del lugar designado en el contrato de transporte”.

Hacemos constar que, según el artículo siguiente, el 2651 del Código, la elección de foro no significa elección del derecho interno del país del Tribunal. El juez no aplicará, en principio, la *lex civilis fori*, sino el derecho que de acuerdo al derecho internacional privado propio se aplique.

2

En cuanto al derecho aplicable al fondo del asunto, se consagra, por fin, en el derecho internacional privado argentino de fuente interna la autonomía de la voluntad en cuanto al derecho aplicable, tendencia universal aceptada por la jurisprudencia argentina ⁽⁶⁾.

⁽³⁾ Es interesante citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección Tercera), de 23 de marzo de 2001 (Ver Revista Española de Derecho Internacional, vol. LIV, 2002, I, p. 365 con de Fernando ESTEBAN DE LA ROSA). Los hechos son los siguientes: la sociedad Rosario Soccer Asociados S.A., con domicilio en la Argentina, promueve juicio ordinario de menor cuantía en España contra el futbolista profesional Iván C. G., nacional argentino, sobre indemnización por revocación unilateral y sin justa causa del contrato celebrado entre ambos en 1996, por el que se otorgaba a esta un poder amplio exclusivo e irrevocable por 2 años para que en nombre del demandado realizara las gestiones y negociare los contratos vinculados con su actividad de futbolista. Contra dicha pretensión la parte demandada, además de reiterar los argumentos esgrimidos en primera instancia, plantea nuevamente la excepción de falta de jurisdicción internacional de los tribunales españoles dada la existencia de una cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales argentinos. El tribunal se basó en el Supremo español, pronunciándose a favor de la procedencia del olvido de la cláusula contractual de sumisión, fundándose en la idea de abuso de derecho pues si el objetivo de la impugnación de la competencia es el de dilatar la resolución del litigio, dicha conducta no puede ser merecedora de protección alguna, al rayar en suma el fraude procesal, pues en definitiva, al demandado, a quien se emplaza ante los Tribunales de su domicilio se le facilita a todas luces el derecho de defensa y se le aplica el fuero para él más conveniente, por lo que en conclusión y centrándonos en el supuesto contemplado, habiendo sido demandado el futbolista en el lugar de su residencia y no constando (al no haberse alegado tan siquiera) razón alguna por la que estuviere justificada su preferencia por los tribunales argentinos, infiriéndose de ello que no tiene otro interés, al formular la estudiada excepción, que el dilatorio del proceso, habida cuenta que en realidad el hecho de que la actora le demande en el lugar de su domicilio no puede más que ser favorable para este, es de estimar por ende que resulta procedente denegar la alegada excepción, al igual que hiciere el juzgador a quo en la sentencia de instancia.

⁽⁴⁾ Decisión CMC 11/02.

⁽⁵⁾ Decisión CMC 12/02.

⁽⁶⁾ CS, 15/3/1994, “Tactician Int. Corp. y otros c. Dirección General de Fabricaciones Militares”, LA LEY, 1995-C, 128.

Recordemos que los Tratados de Montevideo rechazan la autonomía de la voluntad, y en el Mercosur, el Acuerdo de arbitraje comercial internacional, de 1998, dispone que los árbitros aplicarán al fondo del asunto, el derecho elegido por las partes, con base en el derecho internacional privado y sus principios y el derecho del comercio internacional.

La fuente interna recepta tanto la autonomía de la voluntad conflictual, esto es, la posibilidad de las partes de elegir el derecho aplicable al contrato, como la material ⁽⁷⁾, ya que el inc. c) dispone que las partes pueden establecer el contenido material del contrato y hasta crear disposiciones que desplacen las normas coactivas del derecho elegido.

La elección del derecho debe manifestarse en forma expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

Se reconoce el *dépeçage* o *parcellement*. Las partes pueden disponer que la elección del derecho es para la totalidad del contrato o para parte de él. Inclusive las partes pueden, por ejercicio de la autonomía de la voluntad, convenir la aplicación de varios derechos a diversos aspectos del contrato. También las partes tienen la posibilidad de establecer la aplicación de un derecho distinto del escogido al inicio o del previsto por la norma indirecta, con posterioridad al comienzo de la relación jurídica, siempre que no se afecte la validez del contrato o los derechos de terceros.

Coherentemente con el art. 2596, se rechaza expresamente el reenvío ya que la elección del derecho aplicable se presume referida a las normas del derecho interno de ese país, excluidas las normas indirectas o de conflicto, salvo que las partes hubiesen dispuesto voluntariamente lo contrario.

En concordancia con los arts. 2599 y 2600, se establece que las normas internacionalmente imperativas y los principios de orden público internacional, ambos del derecho argentino, se aplican cualquiera fuese el derecho elegido por las partes. E inclusive se aplicarán las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso.

Hacemos constar que mientras en el art. 2599 se establece la imposición de las normas internacionalmente imperativas o de policía, o de aplicación inmediata del derecho del juez y del derecho declarado aplicable por la norma de conflicto, o por la autonomía de la voluntad de las partes, pero en el caso de las de terceros Estados que presenten vínculos estrechos con el caso su aplicación es facultativa, en materia de contratos se imponen las normas internacionalmente imperativas del juez y de terceros Estados, mientras que las del derecho aplicable según el ordenamiento jurídico elegido por las partes por ejercicio de

⁽⁷⁾ Feldstein de Cárdenas, Sara L., “La autonomía material implícita: ¿un nuevo enigma?”, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*, dirigido por Sara L. Feldstein de Cárdenas, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 348.

la autonomía del voluntad conflictual pueden ser desplazadas por la autonomía material.

Cabe aclarar que, conforme el art. 2653, el derecho elegido por las partes no puede ser desplazado por la aplicación del derecho de un Estado con el que la causa presente vínculos más estrechos.

Finalmente, la autonomía de la voluntad no se reconoce en materia de contratos de consumo, lo que parece razonable.

Cabe manifestar que, el 19 de marzo de 2015, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado aprobó los Principios sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales, a ser utilizados potencialmente por los legisladores, por los tribunales y por las partes y sus consejeros jurídicos.

Se excluye del campo de aplicación de los Principios los contratos de consumo y los de trabajo, y tampoco rige la capacidad de las personas humanas, los acuerdos de arbitraje y los de elección de foro, las sociedades, la insolvencia, los efectos de los contratos sobre la propiedad y la cuestión de saber si un intermediario puede comprometer a la persona por cuenta de quien pretende actuar, frente a terceros.

Los Principios expresan que las partes pueden elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato y también diferentes derechos para diversas partes del contrato. Tal elección puede ser hecha o modificada en cualquier momento; a salvo quedan siempre la validez formal y los derechos de terceros respecto de las elecciones o modificaciones operadas después de la conclusión del contrato.

No exigen estos Principios ninguna relación entre el derecho elegido y las partes o sus transacciones. Asimismo, las partes pueden escoger reglas de derecho generalmente aceptadas a nivel regional, supranacional o internacional, salvo que el derecho del juez dispusiese otra cosa.

La elección del derecho aplicable, así como toda modificación de este, debe ser expresa o resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias. El acuerdo entre partes dando jurisdicción internacional a un Tribunal para conocer los litigios relacionados con el contrato no equivale en sí mismo a la elección del derecho aplicable.

La elección del derecho aplicable no está sometida a ninguna condición de forma, salvo convención expresa de las partes. El reenvío se excluye, salvo que las partes convengan expresamente lo contrario.

El campo de aplicación del derecho elegido es amplio, pues abarca la interpretación del contrato, los derechos y obligaciones que de él derivan, la ejecución del contrato y las consecuencias de su ejecución, comprendidas la evaluación de daños y los intereses, los modos de extinción de las obligaciones y la prescripción, la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato, la carga de la prueba y las presunciones y también las obligaciones precontractuales.

Los Principios no impiden a un Tribunal judicial aplicar las leyes de policía del foro, cualquiera fuese el derecho elegido por las partes. Esta *lex fori* determina, además, los casos en que el tribunal puede o debe aplicar o tener en consideración las leyes de policía de otro derecho.

El Tribunal puede descartar la aplicación de una disposición del derecho elegido por las partes si y en la medida que ella conduzca a un resultado manifiestamente incompatible con los Principios fundamentales de orden público del foro. A su vez el derecho del juez determina los casos en que el tribunal judicial puede o debe aplicar o tener en consideración el orden público de un estado cuyo derecho sería aplicable en defecto de autonomía de la voluntad.

Finalmente, los Principios de La Haya no impiden que un Tribunal arbitral aplique o tome en consideración el orden público, o las leyes de policía de un derecho distinto del elegido por las partes, si el Tribunal arbitral tiene el deber o el poder de hacerlo.

Por ejercicio de la autonomía de la voluntad material las partes pueden incorporar al contrato los usos y prácticas comerciales generalmente aceptadas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional.

Hacemos constar, como dijésemos, que el Acuerdo de Buenos Aires sobre arbitraje comercial internacional dispone que los árbitros aplicarán al fondo del asunto el derecho elegido por las partes con base en el derecho internacional privado y sus principios y el derecho del comercio internacional, comprendidos, obviamente, los usos y prácticas y las costumbres.

La comisión N.º 9 de Derecho Internacional Privado de las XXV Jornadas nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en 2015, cuyo tema central fue la *lex mercatoria* concluyó que esta trasciende los marcos estatales e internacionales clásicos, constituyendo un sub sistema jurídico de autorregulación cuyos elementos característicos son los usos, prácticas y costumbres comerciales. Tales características esenciales constituyeron la noción tradicional de *lex mercatoria*, en tanto que la llamada nueva *lex mercatoria* incluye, además, el denominado *soft law* (principios, leyes modelos, guías legislativas, guías de buenas prácticas), producto de organismos y organizaciones internacionales, derecho originado en los laudos arbitrales y principios comunes del derecho internacional. Con respecto a la relación de la *lex mercatoria* con el Código Civil y Comercial de la Nación se entendió que, con carácter general la *lex mercatoria* se encuentra receptada en el artículo 1º como fuente del derecho. En cuanto al deber de resolver, la *lex mercatoria* constituye un fundamento para la decisión razonable del juez, establecido en el artículo 3º. Concretamente con relación a las disposiciones de derecho internacional privado, la *lex mercatoria* está contenida en la aplicación del derecho extranjero adoptada por el artículo 2595. En materia de contratos internacionales la *lex mercatoria* es de aplicación por autonomía de la voluntad de las partes conforme el artículo 2651 inc. d). En defecto de ejercicio de la autonomía de la voluntad, la *lex mercatoria* se aplica por referencia a las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento, según el

artículo 2652. Con relación a los límites a la aplicación de la *lex mercatoria*, están constituidos por los principios de orden público del ordenamiento jurídico argentino. Debe tenerse en claro que las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino son de aplicación inmediata, se imponen por sobre la autonomía de la voluntad de las partes y excluyen el derecho extranjero aplicable ⁽⁸⁾.

En cuanto a los principios del derecho comercial internacional, son parte del llamado *soft law*, o derecho débil, blando, suave, no vinculante, pre derecho para algunos y un no derecho para otros, entre cuyas manifestaciones podemos destacar ciertamente los Principios Unidroit en materia de contratos internacionales, cuyo propósito, según el Preámbulo de los mismos, es el de establecer reglas generales de aplicación a los contratos comerciales internacionales, y se aplicarán cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos, y también se pueden aplicar cuando las partes hayan convenido que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* ⁽⁹⁾ o expresiones semejantes.

Asimismo, se pueden aplicar cuando las partes no hayan escogido el derecho aplicable al contrato, y pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme (o de derecho privado unificado, como por ejemplo la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías), o para interpretar o complementar el derecho nacional, y finalmente, pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

Como se advierte, estos usos y costumbres y principios se aplican solamente si las partes los han incorporado por ejercicio de la autonomía de la voluntad material. Hubiésemos preferido que tuvieran una mayor recepción, aún sin hacer ejercicio de la autonomía de la voluntad ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-09.pdf>

⁽⁹⁾ Sobre la *lex mercatoria* puede verse Giménez Corte, Cristián, *Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva "lex mercatoria"*. Con especial referencia al Mercosur, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2010; "Lex mercatoria, garantías independientes y coacción extraestatal", RDM, 2002-3-41.

⁽¹⁰⁾ Puede verse también el Anteproyecto de los Principios Ohadac (Organización para la armonización del derecho mercantil en el Caribe) sobre los contratos comerciales internacionales, dirigido por el Prof. Dr. Sixto Sánchez Lorenzo, en <http://www.ohadac.com/textes/2/anteproyecto-de-los-principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html>. El territorio Ohadac comprende doce territorios continentales formados por once Estados independientes: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Venezuela, Surinam, Guyana y Belice. La Guayana Francesa es una colectividad bajo soberanía francesa. Los territorios insulares incluyen Estados independientes (Cuba, República Dominicana, Haití, Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Granadinas, Santa Lucía, Bahamas, Barbados, Jamaica y Trinidad-Tobago), también territorios sujetos a la soberanía de Francia (departamentos de ultramar de Guadalupe y Martinica, y colectividades de San Martín y San Bartolomé), del Reino Unido (Anguila, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Montserrat y Bermudas, si bien este último territorio no forma parte del Caribe stricto sensu), de los Países Bajos (Bonaire, Sint Eustatius y Saba, pertenecientes a las antiguas Antillas

El 22 de febrero de 2019 el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos aprobó la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales en las Américas, que se propone impulsar los Principios de La Haya y promover la armonización jurídica en la región, estimulando la integración económica, el crecimiento y el desarrollo en el continente.

Entre las Recomendaciones de la Guía figuran las siguientes:

a) Que la Guía sea tenida en cuenta por los Estados Parte de la OEA, por los legisladores en la revisión del ordenamiento jurídico sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, por los órganos jurisdiccionales (jueces y árbitros) y por las partes en un contrato.

b) Que los legisladores empleen los avances en el método del derecho uniforme y consideren el uso de los instrumentos del derecho uniforme junto con las normas de conflicto de leyes, como suplementarios y complementarios en la aplicación e interpretación del derecho internacional privado.

c) Que los legisladores tiendan a lograr la unificación y la armonización del derecho en el proceso de integración global y regional.

d) Que el ordenamiento jurídico nacional sobre el derecho aplicable, con miras a la determinación de la internacionalidad del contrato, incorpore soluciones en línea con la Convención de México sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, 1994) y los principios de La Haya y de Unidroit, excluyendo consumidor y contrato de trabajo, y se adopte un concepto amplio de internacionalidad, estipulando, por ejemplo, que el solo acuerdo de las partes pudiese internacionalizar el contrato; pero en el caso que no hubiese otro elemento internacional presente, prevaleciese el orden público internacional interno.

e) Que el ordenamiento jurídico nacional excluya de su tratamiento las relaciones de familia y sucesiones, personas jurídicas, capacidad, insolvencia y derechos reales.

f) Que a la luz de la Convención de México y de los principios de La Haya, se reconozca la diferencia entre elección de un derecho no estatal y el uso de un derecho no estatal, a los fines de la interpretación

g) Que se propicie la clara adhesión al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, reconocido internacionalmente.

h) Que se establezca que la elección del derecho, expresa o tácita, debe ser evidente o aparecer claramente de las previsiones del contrato y sus circunstancias, acorde con la Convención de México y los principios de La Haya.

i) Que no debería establecerse ningún requisito de validez formal de la elección, más allá de lo acordado por las partes o de las normas internacionalmente imperativas.

Holandesas, tras su nuevo estatus político desde el 10 de octubre de 2010). Finalmente cabe señalar el particular estatus de Puerto Rico, Estado libre asociado, territorio no incorporado a los EE. UU., al igual que las Islas Vírgenes estadounidenses; y el de Curaçao, Aruba o Sint Maarten, como territorios autónomos de los Países Bajos.

j) Que la validez intrínseca del acuerdo de elección se rija por el derecho elegido, coherente con la Convención de México y los Principios de La Haya.

k) Que el derecho elegido pueda ser modificado en cualquier momento, y que tal modificación no afecte la validez formal ni los derechos de terceros.

l) Que no se requiera ningún contacto entre el contrato y el derecho elegido y las partes y su transacción.

m) Que se excluya el reenvío en materia de derecho elegido por las partes.

n) Que, en ausencia de efectiva elección del derecho, se incluya el criterio flexible del contacto más próximo.

o) Que se incluya el *dépeçage*.

p) Que se reconozca la necesidad de una interpretación flexible.

q) Que los órganos jurisdiccionales apliquen reglas, costumbres y principios del derecho comercial internacional de general aceptación en los usos y prácticas comerciales, con miras a lograr justicia y equidad.

r) Que, en cuanto al ámbito de aplicación del derecho elegido, se incluya la interpretación del contrato, los derechos y las obligaciones de las partes, los daños, la prescripción y sus efectos, las consecuencias de la nulidad, la prueba y las obligaciones precontractuales, conforme la Convención de México y los principios de La Haya.

s) Que ni el derecho elegido ni el aplicable en defecto de ejercicio de autonomía de la voluntad de las partes, signifique la exclusión de la aplicación de normas internacionalmente imperativas del derecho del tribunal competente o de otro foro, pero que tales normas de aplicación inmediata prevalecen solo en la medida de su inconsistencia, y que tampoco se aplicará si fuese manifiestamente incompatible con el orden público internacional del derecho del foro.

BIBLOGRAFÍA

BOGGIANO, Antonio, Derecho internacional privado y derechos humanos, Bs. As., La Ley Thomson Reuters, 2016.

Feldstein de Cárdenas, Sara L., “La autonomía material implícita: ¿un nuevo enigma?”, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*, dirigido por Sara L. Feldstein de Cárdenas, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 348.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., (Dir. de área), Disposiciones de derecho internacional privado, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina, La Ley, 2015.

Giménez Corte, Cristián, *Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva “lex mercatoria”*. Con especial referencia al Mercosur, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2010; “Lex mercatoria, garantías independientes y coacción extraestatal”, RDM, 2002-3-41.

GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 10a.ed. actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2009.

- LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Manual de derecho internacional privado*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2015.
- RAPALLINI, Liliana E., *Temática de Derecho Internacional Privado*, 6ª. ed, La Plata, Lex, 2017, ISBN 978-950-9076-66-17.
- SCOTTI, Luciana B., *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª edición actualizada y ampliada, Editorial La Ley, Thompson Reuters, Fondo editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, ISBN 978-987-03-3709-6, 2019, 1133 páginas.
- SOTO, Alfredo Mario, *Temas estructurales del derecho internacional privado*, 6º ed. actualizada, Bs. As., Estudio, 2022, 416 pp., ISBN 978-950-897-718-2; Codirector y autor Tomo XI Código Civil y Comercial Comentado, Tratado exegético, (Dir. Jorge H. Alterini), Glosa a los arts. 2594 a 2671, 3º ed. actualizada y aumentada, Bs. As., Thomson Reuters La Ley, 2019, 1033-1161, ISBN 978-987-03-3790-4; *El abuso del derecho y la autonomía en materia jurisdiccional internacional*”, LL, 19 de mayo de 2003, 3-4.
- URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, y MARTINOLI URIONDO, Estefanía, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Contratos internacionales*, editorial Lerner, Córdoba, 2019.
- UZAL, María Elsa, *Derecho internacional privado*, Bs. As., La Ley Thomson Reuters, 2017; Comentarios a las disposiciones de derecho internacional privado, Suplemento sobre el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, 2015; El derecho internacional privado hoy y sus nuevos desafíos, LA LEY 08/08/2023, 1, LA LEY 2023-D, 304. TR LALEY AR/DOC/1848/2023
- WEINBERG, Inés M., *Nuevo derecho internacional privado*, Bs. As., Erreius, 2021.

LAS EMPRESAS COMO PARTES DÉBILES EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

POR CAROLINA DANIELA IUD *

Resumen

Los contratos internacionales entre empresas en los cuales una de ellas puede ser considerada en situación de debilidad desafían algunos postulados básicos del principio de la autonomía de la voluntad. En este trabajo nos proponemos describir algunos de los principales aspectos involucrados, así como algunas soluciones, las cuales parecerían insuficientes para los tiempos actuales.

Palabras clave

Contratos internacionales, autonomía de la voluntad, empresas como partes débiles, acuerdos de elección de foro, derecho aplicable.

COMPANIES AS WEAK PARTIES IN INTERNATIONAL CONTRACTS

Abstract

International contracts between companies in which one of them could be considered in a weaker position, challenge some basic postulates of the principle of party autonomy. This paper is aimed at describing some of the main aspects involved as well as some solutions, which would seem not sufficient enough for the current situation.

Keywords

International contracts, party autonomy, companies as weak parties, forum election agreements, applicable law.

*Abogada UBA (Diploma de Honor). Profesora Adjunta (int.) Derecho Internacional Privado y a cargo del CPO Contratos Internacionales. Profesora Titular Derecho Internacional Privado y Comunitario (UP). Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado.

INTRODUCCIÓN

El paradigma liberal de la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales, construido a partir del siglo XIX, parte del presupuesto de la igualdad formal de las partes. Se corresponde con un Derecho internacional privado (DIPr.) neutro, desprovisto de consideraciones materiales, caracterizado por el establecimiento de reglas que abordan categorías generales y con un elevado nivel de abstracción.

Sin embargo, el dinamismo propio de la materia, su evolución metodológica y conceptual —y la del Derecho en general—, la ampliación de sus contenidos, la resignificación de sus fines, los cambios evidenciados en los contextos socioeconómicos y en la perspectiva acerca del rol estatal, la mayor exposición a la internacionalidad con los riesgos que esta conlleva, el avance tecnológico, las nuevas —y diferentes— formas de celebración de contratos, la impronta dada por la transversalidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los procesos de constitucionalización del Derecho Privado, entre otras, han provocado modificaciones en este paradigma.

Por una parte, cabe destacar que constituye un dato de la realidad, que los Estados participan en mayor o menor medida en este ámbito, estableciendo tanto normas de intervención destinadas a cumplir determinados objetivos tanto de política pública o económica ⁽¹⁾ como de protección de determinadas partes, en general, consideradas vulnerables. Desde el punto de vista metodológico, esta actitud estatal se materializa a través del dictado de normas internacionalmente imperativas que se imponen por sobre cualquier elección de derecho aplicable o contenido concreto que la partes hubieren podido pactar ⁽²⁾; a veces afectan a todo el contrato y otras tan solo a algunos aspectos, provocando una fragmentación del estatuto contractual.

Por otra parte, el reconocimiento de que ciertos sujetos adolecen de una suerte de vulnerabilidad estructural (consumidores, trabajadores, los niños, niñas y adolescentes, adultos mayores) y razones vinculadas a la asimetría de la información, relaciones de dependencia social o económica o incluso desventajas en términos intelectuales, justifican un tratamiento particular e impactan en el DIPr. ⁽³⁾ Y es que la internacionalidad —a menudo con escasa o nula conciencia de ella— acentúa la vulnerabilidad. De ahí que el paradigma haya sufrido

⁽¹⁾ Por ejemplo, normas que establecen controles de cambio, prohibiciones de importar o exportar determinados productos y/o a determinados Estados y/o a determinadas personas o bien sujetan las mismas a autorizaciones administrativas previas.

⁽²⁾ Hemos tratado el tema en IUD, Carolina D, “El rol de las normas internacionalmente imperativas en el escenario actual del derecho internacional privado” en *La Ley OnLine*, AR/DOC/2969/2021.

⁽³⁾ Véase RÜHL, Giesela, “The protection of weaker parties in the Private International Law of the European Union: a portrait of inconsistency and conceptual truancy” en *Journal of Private International Law* N.º 10, 2014, pp. 335/358.

—y sufra— también modificaciones en el área contractual a través del establecimiento de reglas especiales que prohíben limitan o sujetan a requisitos más exigentes el ejercicio de la autonomía de la voluntad, dando lugar a categorías contractuales diferenciadas de la de “contratos paritarios”.

Sin embargo, cabe destacar que, cuando se trata de contratos internacionales entre empresas, el paradigma no ha sufrido demasiados cambios, aunque sí se advierte un crecimiento en la cantidad de países que consagran, como regla de base, la autonomía de la voluntad. Esta se manifiesta, tanto en el plano del derecho aplicable —en su doble despliegue conflictual y material— como en el plano jurisdiccional, prácticamente sin mayores presupuestos que los derivados de la internacionalidad de la relación, los límites del orden público internacional y las exclusiones por las normas internacionalmente imperativas del foro ⁽⁴⁾, sin perjuicio del cumplimiento de ciertos recaudos formales.

En el ámbito del derecho aplicable, probablemente, un cambio significativo sea el provocado por una mayor receptividad del *soft law* y, en el jurisdiccional, una visión más amplia ya que no se limita solamente a la posibilidad simplemente de elegir el juez o tribunal arbitral competente sino que la autonomía de la voluntad se extiende a la facultad de elegir el o los métodos de solución de controversias; de esta forma quedarían claramente comprendidos otros medios tales como mediación, *mini trial*, *neutral evaluation*, *fact finding*, *summary jury trial*, *Dispute Review Boards*, *Adjudication*, Procedimiento precautorio pre arbitral, *Expert Determination*, entre otros ⁽⁵⁾.

En principio, los contratos celebrados entre empresas son considerados paritarios y, por ende, se encuentran alcanzados por este paradigma. Pero lo cierto es que considerar que todas las empresas se encuentran en condiciones de igualdad de poder negociador, como se presupone en dicho modelo, en muchos casos, constituye una ficción; ficción que, en un contexto de rigidez sistémica, podría justificarse en razones de certeza y predictibilidad, pero que, llevada al terreno de la igualdad material, siembra dudas acerca de la justicia de continuar sosteniéndolo. Sin embargo, tampoco parece acertado acudir a la noción de vulnerabilidad estructural para referirse a estos sujetos; en rigor, hasta la pertinencia de la noción de vulnerabilidad sería discutible desde el momento en que parecería tratarse de un concepto apto para las personas humanas y no para

⁽⁴⁾ Algunos sistemas jurídicos prevén, sujeto a ciertos recaudos, la posibilidad de aplicación de normas internacionalmente imperativas de terceros Estados; en tal caso, en rigor, resulta más apropiado considerar que operan como límite y no como exclusión de la autonomía de la voluntad.

⁽⁵⁾ Sin perjuicio de que, en definitiva, más allá de la indudable retención de *imperium* por parte de los tribunales estatales, siempre quede abierta la puerta de la justicia estatal, con diferentes grados de injerencia y/o una vez que se hubieran agotado ciertos pasos. Hemos efectuado algunas reflexiones en Iud, Carolina D., “Reconocimiento y ejecución de acuerdos de mediación internacional en materia comercial” en *RDCO* N.º 274, pp. 1497-1512.

las jurídicas ⁽⁶⁾. Más bien, debería hablarse de partes en situación de debilidad ⁽⁷⁾ o de parte débil en una determinada y concreta relación contractual; de ahí que resulte preferible aludir en estos casos a la noción de vulnerabilidad situacional.

En esta línea, la doctrina especializada, algunos ordenamientos, algunas sentencias y los foros de codificación internacional más importantes en la materia han llamado la atención sobre la existencia de ciertas categorías contractuales en las cuales, si bien las partes gozan de libertad de contratación, no parece haber libertad de configuración del contenido del contrato (o si la hay está muy restringida) ⁽⁸⁾. Esta situación se constata con frecuencia en contratos de distribución, agencia, representación, franquicia, transporte, bancarios, seguros; se trata de contratos en los cuales una de las partes impone a la otra sus condiciones generales de contratación, los términos del contrato, el derecho que lo rige y los métodos de solución de controversias.

En este contexto, podríamos preguntarnos si en este tipo de contratos existe un verdadero consentimiento y, por ende, un verdadero acuerdo de voluntades. ¿Hasta qué punto debe sostenerse la validez de los acuerdos de elección de foro —exclusivos o no— o de los relativos al derecho aplicable o las reglas plasmadas en el contrato cuando no fueren el resultado de una libre negociación entre las partes sino de la imposición de una de ellas como consecuencia de la disparidad en el poder negociador? ¿Hasta dónde llega el señorío de la autonomía de la voluntad? ¿No deberían sacrificarse ciertos valores enraizados más bien en postulados economicistas —que en estos casos solo son ficcionales— en pos de garantizar el valor justicia en la solución concreta y el acceso mismo a la justicia? ¿El modelo clásico estaría requiriendo algún ajuste?

No se nos escapa que también existen argumentos para intentar justificar la innecesaridad de introducir cambios en el paradigma para afrontar esta problemática. Por ejemplo, se ha sostenido que, en ciertas oportunidades, a diferencia de lo que ocurre en los contratos *Business to Consumer* (B2C) “cuando la parte adherente acepta los términos sin discutir, esto no se debe precisa o exclusivamente a su debilidad frente a su contraparte, sino que se trata de una decisión racional basada en el costo de discutir e intentar cambiar el contenido contrac-

⁽⁶⁾ Véase Basset, Úrsula C., “Fallar con perspectiva de vulnerabilidad (o el riesgo de las categorías en el derecho antidiscriminatorio)” en CCyC 2022, *OnLine* AR/DOC/3111/2022. Las empresas normalmente adoptan la forma de una persona jurídica; si bien es cierto que puede haber personas humanas que actúen como empresas, se trata de una situación muy residual en el ámbito de los contratos internacionales.

⁽⁷⁾ Una empresa puede estar en situación de debilidad frente a otra en un contrato y en posición fuerte en otro. La doctrina ha señalado las dificultades que entraña el encuadre de la situación de debilidad no obstante la existencia de ciertos factores de ponderación, tales como el tamaño de la empresa, el nivel de organización o de profesionalización, el acceso a asesoramiento técnico, el rol que cumple en el mercado, la posibilidad de acudir a otros proveedores, entre otras (PARDO, Valeria, “Reconocimiento de la vulnerabilidad estructural padecida por una empresa ante su proveedor de servicios bancarios” en *La Ley OnLine*, AR/DOC/2589/2023).

⁽⁸⁾ Ferrer de Fernández, Esther H.S., “El contrato de distribución comercial y su interpretación en el Código Civil y Comercial” en *La Ley OnLine*, AP/DOC/737/2015.

tual”.⁽⁹⁾ En esta línea, no pueden desconocerse las ventajas que supone para una empresa que habitualmente desarrolla sus actividades en el comercio exterior el empleo de contratos internacionales estandarizados y predispuestos que puede emplear para los contratos que celebra con empresas domiciliadas en diferentes Estados. En efecto, en tanto sean prácticamente los mismos para todos, con un mismo derecho aplicable y con un mismo sistema de solución de controversias, esto permite, hipotéticamente, la concentración de los procesos en los que pudiese ser demandada ante una única jurisdicción, con el consiguiente ahorro en sus costos legales y procesales; esta reducción de los costos de transacción, desde el punto de vista teórico, debería repercutir favorablemente en el precio de los productos o servicios o que comercializan y por ende, el universo de los “beneficiarios finales”, tendría una base bastante amplia.

Pero más allá de que esta idea podría no necesariamente corresponderse con la realidad, esto supone un “sacrificio” que se exige a la empresa que se encuentra en la posición de debilidad situacional.

De ahí que el Derecho en general, más allá de las particularidades de cada sistema y de cada subsistema, intente extender un manto de protección en el cual confluyen soluciones de Derecho comunitario, de derecho material y de DIPr. Sin embargo, parecerían resultar insuficientes como lo evidencia el hecho de que dos importantes foros de codificación hayan incluido recientemente el tema en sus agendas⁽¹⁰⁾.

La regulación (o no) de los contratos internacionales entre empresas con parte débil como categoría específica constituye un verdadero dilema y hallar (o acercarse) a una solución de equilibrio, uno de los tantos desafíos del DIPr. actual.

1. BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DEBILIDAD EN EL PLANO JURISDICCIONAL

La problemática de los contratos entre empresas con parte débil no ha resultado ni resulta ajena a las preocupaciones de los Estados como lo evidencia el hecho de que muchos derechos internos intentan dar respuesta a los interrogantes antes planteados —en general bajo el prisma de considerarlos contratos

⁽⁹⁾ Morales Ortiz, María E., Mendoza Alonzo, Pamela A. y Munita Marambio, Renzo. E., “Cláusulas abusivas entre empresas. Evolución en los principales sistemas de derecho comparado” en *Vniversitas* Vol. 69, 2020, p.1, disponible en <https://www.redalyc.org/journal/825/82563265028/82563265028.pdf>.

⁽¹⁰⁾ El Comité Jurídico Interamericano —OEA— incluyó el tema en su Agenda del 98° Período de Sesiones; se designó Relatora Especial a la Prof. Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre y se presentaron varios informes de avance. Por otra parte, el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya, en marzo de 2023, instruyó a su Oficina Permanente a continuar trabajando acerca del estudio de factibilidad, conveniencia y necesidad de desarrollar guías sobre el derecho aplicable a contratos internacionales para proveer protección a partes débiles, con especial referencia a los contratos de seguros, consumo y trabajo.

de adhesión y a partir de las reglas de control de contenido de las cláusulas abusivas— e incluso, a través de la introducción de una categoría diferenciada ⁽¹¹⁾. Pero lo hacen teniendo en miras contratos domésticos y esto genera, por definición, problemas de diverso orden. Por un lado, es sabido que las soluciones previstas para los contratos internos resultan, con frecuencia, inapropiadas o insuficientes para los internacionales; por otro lado, las respuestas difieren según los diferentes ordenamientos. Esta última circunstancia, permite avizorar un efecto negativo importante desde la perspectiva de la parte más débil de la relación: las consecuencias dependerán de los tribunales que intervengan; si a eso se agrega que los mismos no necesariamente serán judiciales, se corre el grave riesgo de que ciertas normas protectorias de origen estatal no sean aplicadas.

Estas particularidades suelen ser tomadas especialmente en consideración —y aprovechadas— por las empresas que ocupan la posición más fuerte, las que suelen incluir cláusulas de elección de foro en virtud de las cuales, una eventual controversia, deberá ser ventilada en un foro en el cual probablemente la parte débil se encuentre desprotegida ⁽¹²⁾. Si bien es cierto que podrían existir ciertos supuestos en los cuales esta última podría cuestionar la validez de estos ante el “tribunal elegido” —en verdad elegido por una y aceptado por la otra— y que podría tener alguna chance de que su reclamo fuera oído ⁽¹³⁾, en la mayoría de los casos, esta posibilidad no se concreta. Interrogantes tales como ¿qué derecho rige la validez de tal acuerdo? ¿cuál es el costo de efectuar el planteo? ¿tiene certeza de que se dará curso favorable a su pretensión?, seguramente la desalentarán a emprender la aventura.

Es fácil colegir que la parte fuerte seguramente ha evaluado previamente estas circunstancias y por eso impuso la cláusula en cuestión.

Así se advierte que, con frecuencia, este tipo de cláusulas persiguen un propósito disuasorio —o hasta de bloqueo de facto— de la litigación. En efecto, es probable que la parte más débil, ante la necesidad de tener que hacerlo en el extranjero, opte por no hacerlo ante la imposibilidad (o inconveniencia) de afrontar los costos de un proceso de resultado incierto y/o acepte acuerdos desventajosos, por ejemplo, en casos de resolución. El ejercicio del derecho de acceso a justicia podría verse dificultado y los postulados básicos en los

⁽¹¹⁾ Nos referimos a lo que la doctrina italiana ha desarrollado como “contrato asimétrico entre empresas”, como una tercera categoría además de los contratos paritarios y de consumo (véase Pardo, Valeria, “La empresa como sujeto vulnerable en la contratación, desde la perspectiva del abuso del poder de compra” en *La Ley OnLine* AR/DOC/1533/2023).

⁽¹²⁾ En los contratos con grandes empresas norteamericanas, resulta frecuente hallar acuerdos de elección de foro a favor de los tribunales de EE. UU. con el consiguiente efecto negativo para la parte débil de la relación (COYLE, John F., “Contractually Valid Forum Selection Clauses” en *Iowa Law Review*, vol. 108, p. 32, disponible en: https://ilr.law.uiowa.edu/sites/ilr.law.uiowa.edu/files/2023-01/A3_Coyle.pdf).

⁽¹³⁾ Véanse algunos casos —y las causas— en los cuales los tribunales federales norteamericanos en la última década han sostenido que las cláusulas de elección de foro eran inválidas (*Ibidem*, p. 134 y ss).

que se funda el paradigma de la autonomía de la voluntad se verían seriamente afectados.

Por otro lado, no puede soslayarse que, en muchos casos, estos acuerdos de elección de foro son exclusivos, pero la exclusividad, con frecuencia, es para una sola de las partes (la débil) porque incluyen la opción de que la parte fuerte demande a la otra ante los tribunales del domicilio de esta última o incluso otros; vale decir, se trata de una cláusula asimétrica de elección de foro que no contempla el “interés de las partes” sino la conveniencia de una de ellas⁽¹⁴⁾. En otros casos, la cláusula asimétrica solo confiere a una de las partes la opción de elegir por el arbitraje o la vía judicial y la otra solo podría recurrir a la vía judicial⁽¹⁵⁾.

Las empresas que se encuentran en situación de debilidad suelen pretender invalidar este tipo de cláusulas ante los tribunales del lugar de ejecución de alguna de las obligaciones del contrato que, por lo general suele ser además la más característica del contrato y coincidir con el domicilio del acto, habida cuenta que tales cláusulas los privan de acudir a estos tribunales⁽¹⁶⁾, con resultados dispares.

Lo cierto que la admisibilidad de las cláusulas asimétricas de elección de foro es una cuestión controversial sobre la cual no existe coincidencia en el derecho comparado⁽¹⁷⁾. Así, por ejemplo, puede verse una actitud favorable en decisiones pronunciadas por tribunales ingleses⁽¹⁸⁾, italianos⁽¹⁹⁾, españoles⁽²⁰⁾,

⁽¹⁴⁾ Ingredientes de complejidad adicional pueden darse por la introducción de una cláusula escalonada de solución de controversias, a través de la cual, la parte más débil, puede hallar dificultades para cumplir con ese primer paso, así como por el empleo de cláusulas híbridas o flotantes que, en atención a la extensión requerida para el presente aporte, no podemos abordar.

⁽¹⁵⁾ En ciertos casos, incluso son potestativas y sin indicación concreta de cuáles serían los tribunales posibles.

⁽¹⁶⁾ No pretenden que se abra la jurisdicción sobre la base del domicilio del actor sino sobre la base de los restantes criterios de atribución de jurisdicción a partir de sostener que no ha habido un ejercicio auténtico de autonomía de la voluntad y que la asimetría de la cláusula es un indicador revelador. Lo que se cuestiona es la validez sustancial de la cláusula de elección de foro.

⁽¹⁷⁾ Véase el antecedente del art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, reproducido en el Convenio de Lugano.

⁽¹⁸⁾ “*Pittalis v Sherefettin*” [1986] 2 All ER 227. T, “*NB Three Shipping Ltd. v. Herebell Shipping Ltd*” [2004] EWHC 509 (QB) “*Law Debenture Trust Corporation Plc. V Elektrim Finance BV and Others*” [2005] EWHC 1412 (CH), “*Barclays Bank plc v. Ente Nazionale di Previdenza ed Assistenza dei Medici e degli Odontoiatri*” [2015] , EWHC 2857 (Comm) “*Commerzbank Aktiengesellschaft v Liquimar Tankers Management Inc. #* [2017] EWHC 161 (Comm) (López de Argumedo, Álvaro y Balmaseda, Constanza, “La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa. A propósito del auto de 18 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid”, p. 6, disponible en https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3975/documento/Art_UM.pdf?id=4923&forceDownload=true).

⁽¹⁹⁾ Tribunal Supremo Italiano, Sentencia 5705, 11/4/12, “*Grinka in liquidazione c/ Intesa San Paolo*” Tribunal de Apelación de Milán, 22/9/11, “*Simest HSBC y Sport Italia c/ Microsoft Corporation*” (*Ibidem*, pp. 6/7).

⁽²⁰⁾ Audiencia Provincial Civil de Madrid, Res. 147/2013, 18/10/2013, “*Camimalaga SAU c/ DAF Vehículos Industriales, S.A.*” (“disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doActi>

de Singapur ⁽²¹⁾. En otros países como Rusia o Ucrania, si bien se las admite, se han efectuado interpretaciones extensivas que corrigen la asimetría al ampliar el derecho de opción a la parte que no gozaba este ⁽²²⁾.

En cuanto a Francia, si bien la Corte de Casación se pronunció por su invalidez luego se advierte un cambio de perspectiva ⁽²³⁾. Recientemente, el mismo tribunal planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con cuestiones sumamente interesantes. ⁽²⁴⁾

En el caso de Alemania han sido consideradas inválidas cuando se hallaban incorporadas en contratos de adhesión ⁽²⁵⁾.

En otros Estados, tales como Bulgaria ⁽²⁶⁾ y Polonia ⁽²⁷⁾, directamente no son admitidas.

Resulta claro por qué consideramos que el *quid* de la cuestión se encuentra en el plano jurisdiccional: dependiendo del escenario donde el conflicto se ventile, podrá cuestionarse exitosamente la validez sustancial de un acuerdo de elección de foro. Más allá de eso, dependiendo también del escenario en el que, en definitiva, se resuelva la cuestión de fondo, la protección podrá venir impuesta por la aplicación de normas internacionalmente imperativas —del foro o incluso de otros Estados dependiendo de la posición que el sistema en cuestión adopte respecto de estas últimas—, de normas o criterios que formen parte del derecho de fondo aplicable, de los principios generales de cada sistema y, en

on?action=contentpdf&database=AN&reference=6891699&links=%22ENRIQUE%20GARCIA%20GARCIA%22&optimize=20131127&publicinterface=true)

⁽²¹⁾ Con referencia a una cláusula arbitral asimétrica, véase “Dyna-Jet Pte. Ltd. v. Wilson Taylor Asia Pacific Pte. Ltd., 2017, SGCA 32 (reseña disponible en <https://www.leenlee.com.sg/wp-content/uploads/2016/11/Case-Update-Dyna-Jet-Pte-Ltd-v-Wilson-Taylor-Asia-Pacific-Pte-Ltd-Final-1.pdf>).

⁽²²⁾ The Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation, 19/6/12, “Russkaya Telephonaya Companiya v Sony Ericsson Mobile Communications Rus Vestnik Vysshego Arbitrazhno-go Suda RF” (disponible en http://www.arbitrations.ru/userfiles/file/Case%20Law/Enforcement/Sony_Ericsson_Russian_Telephone_Company_Supreme_Court%20eng.pdf).

⁽²³⁾ Véanse, Cass. 1er., Civ. 26/9/12, N.º 11-26.022, “Madame X / Banque Privée Edmond de Rothschild Europe”, disponible en: www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000026431679 y Cass. 1er., Civ. 7/10/2015, N.º 14-16898, “Apple Sales Investment International c/ eBizcuss”, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000031294528/>

⁽²⁴⁾ TJUE, C-537/23, “Società Italiana Lastre SpA v Agora SARL”. La cláusula en cuestión reza: “La competencia para conocer de cualquier litigio derivado del presente contrato o relacionado con él corresponderá al tribunal de Brescia. Società Italiana Lastre se reserva el derecho a demandar al comprador ante cualquier otro tribunal competente en Italia o en el extranjero”. La cuestión prejudicial se orienta a determinar si en estos casos, si una parte alega la ilicitud de la cláusula por su imprecisión o desequilibrio, corresponde recurrir al art. 25.1. del Reglamento de Bruselas I bis o resolverse de conformidad con lo previsto por el derecho del Estado miembro designado y una serie de aspectos concatenados.

⁽²⁵⁾ Conf. López de Argumedo y Balmaseda, ob. cit., p. 8.

⁽²⁶⁾ Corte de Casación de Bulgaria, Sentencia N.º 71, Caso 1193/2010, 2/9/11.

⁽²⁷⁾ El art. 1105.3. del Código Procesal Civil dispone que las cláusulas de sumisión asimétricas no excluyen la jurisdicción de los tribunales polacos.

última instancia, de la activación del orden público internacional. Pero también existe el riesgo de que no reciba ninguna protección especial.

Con conciencia de estos escollos, algunos Estados han abordado la problemática a través de la adopción de normas que atribuyen la jurisdicción internacional exclusiva de sus tribunales con relación a determinados contratos, como es el caso de Panamá ⁽²⁸⁾ o Paraguay ⁽²⁹⁾, entre otros.

En el ámbito del Derecho Comunitario Europeo, y siempre en el plano jurisdiccional, se advierte que el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, en dos de sus Considerandos ha hecho referencia a la problemática que nos ocupa ⁽³⁰⁾ y ha establecido reglas especiales, en cuanto aquí interesa, en materia de seguros ⁽³¹⁾. En virtud de dichas normas se prevé la apertura de una multiplicidad de foros para los casos en los que el asegurador fuera demandado —de un alcance más amplio que los previstos para los contratos en general ⁽³²⁾— así como también se limita al asegurador a ejercer sus acciones, en principio, solamente antes los tribunales del domicilio del demandado —ya sea este el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario ⁽³³⁾— y solo se asigna prevalencia a los acuerdos de elección de foro en determinados casos ⁽³⁴⁾.

Es claro entonces que, salvo algunas excepciones como las mencionadas, la regla general es que cuando los Estados permiten el ejercicio de la autonomía de la voluntad entre empresas en el plano jurisdiccional, lo hacen siguiendo el paradigma liberal.

Una problemática muy específica se plantea con relación a las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo bajo el régimen de

⁽²⁸⁾ El art. 83 de la Ley 61 del 7/10/2015 —Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá— atribuye la jurisdicción exclusiva a los tribunales de dicho Estado en los casos de contratos de representación o franquicia que se ejecutan en este.

⁽²⁹⁾ La ley 5393 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, receptora de la autonomía de la voluntad como regla general, sustrae de su ámbito de aplicación a los contratos de consumo, a los de trabajo, a los de franquicia, representación, agencia y distribución. A estos últimos resulta aplicable la ley 194/93 sobre régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay; esta ley establece una serie de reglas entre las cuales se prevé que las partes deban someterse a la competencia territorial de los tribunales paraguayos. Si bien se admite recurrir al arbitraje, ya sea antes o después de deducida la demanda, en cualquier momento siempre que no hubiese recaído sentencia definitiva y ejecutoriada (conf. art. 10), se destaca que la Corte Suprema de Justicia del Paraguay determinó que si bien “la ley reconoce la posibilidad de que las partes puedan transigir o someter toda cuestión de origen patrimonial al arbitraje, pero ello no implica que este sea realizado fuera de la jurisdicción territorial de la República” (Corte Suprema de Justicia de Paraguay, 25/5/2006, “Gunder ICSA c/ Kia Motors Corporation s/ indemnización de daños y perjuicios”).

⁽³⁰⁾ Considerando 18 y Considerando 19.

⁽³¹⁾ Otros casos merecedores de protección en dicho Reglamento son los contratos de consumo y los de trabajo pero que dejamos de lado en atención a la temática de este trabajo.

⁽³²⁾ Conf. arts. 10, 11, 12 y 13.

⁽³³⁾ Conf. art. 14.

⁽³⁴⁾ Conf. arts. 15 y 16.

conocimiento de embarque inicialmente “convenidos” entre porteador y cargador y sus efectos frente a terceros no partes, así como los derivados de los usos y costumbres del sector, cuyo tratamiento requiere de un desarrollo que excedería notoriamente los límites de esta contribución ⁽³⁵⁾.

Otra situación interesante, que también debería ser objeto de análisis con respecto a la posible afectación de empresas en situación de debilidad, es la derivada de las cláusulas atributivas de jurisdicción incluidas en las condiciones generales de un contrato que, celebrado por escrito, remitiera a un sitio web del cual se pudieran descargar las mismas ⁽³⁶⁾.

En definitiva, si se dificulta o se impide el acceso a la jurisdicción, no habrá pues, protección posible.

2. BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DEBILIDAD EN ORDEN AL DERECHO APLICABLE EN EL DERECHO COMUNITARIO

En el ámbito del Derecho Comunitario europeo, la protección de las partes débiles en contratos entre empresas resulta del juego de normas provenientes de diversas fuentes y tiene un alcance limitado a determinadas categorías contractuales. Así, se advierte que en el Reglamento (CE) N.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), en el considerando 23, se consigna que “[e]n cuanto a los contratos celebrados con partes consideradas más débiles, es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales”. Sin perjuicio de lo relativo a los contratos de consumo con las particularidades relativas a los servicios financieros, y a los contratos de trabajo, se ha hecho especial referencia en los considerandos 32 y 33 a los contratos de seguros y de transporte.

Sin embargo, no se advierten soluciones protectorias relevantes con respecto a los contratos B2B en general en este instrumento, aunque esto no importa desconsideración de las peculiaridades de la situación. En efecto, no ha descartarse, por un lado, la posibilidad de aplicación de cierta normativa sec-

⁽³⁵⁾ Véase, entre otros, ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, “Una acertada orientación jurisprudencial en relación a la validez y alcance de la cláusula sumisoria a favor de tribunal extranjero contenida en un conocimiento de embarque. Comentario al auto de 13 de febrero de 2019 de la AAP de Barcelona (Sección 15) en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11 N.º 2, octubre de 2019, pp. 388-401; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Los arts. 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15 N.º 1, marzo de 2023, pp. 403-421.

⁽³⁶⁾ Véase “Tilman SA / Unilever Supply Chain Company AG”, Asunto C-358/21, TJUE, Sala Séptima, 24/11/2022 (petición de decisión prejudicial planteada por la *Cour de cassation* — Bélgica).

torial ⁽³⁷⁾ y, por otro, el recurso a la aplicación de “leyes de policía”, siguiendo la terminología comunitaria (conf. art. 9°) ⁽³⁸⁾, o al orden público del foro (conf. art. 21).

En otro orden, cabe destacar que si bien la existencia y validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, se rigen por el derecho aplicable al contrato, a fin de determinar que el consentimiento no fue válido, cualquiera de las partes, puede referirse a la ley de su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable remitirse al derecho indicado en primer término (conf. art. 10).

2.1. Algunas soluciones específicas en materia de seguros

En este sector, el sistema se vuelve particularmente complejo, no solo como resultado de la coexistencia de la normativa comunitaria (fundamentalmente Reglamento Roma I y directivas sectoriales) con la proveniente de los sistemas de fuente interna de cada uno de los Estados ⁽³⁹⁾ sino también por la propia naturaleza de este mercado. En esta línea, se ha señalado que es posible advertir una amplia heterogeneidad de categorías contractuales, así como la presencia de una diversidad de intereses y de valores subyacentes en cada una de ellas ⁽⁴⁰⁾ junto a la proliferación de la intervención de personas físicas o jurídicas

⁽³⁷⁾ A diferencia de los Reglamentos, las Directivas no gozan del principio de efecto directo, sino que requieren transposición por parte de los Estados miembros.

⁽³⁸⁾ Aunque en principio parecería que la redacción del art. 9° del Reglamento Roma I solo parecería alcanzar bajo su concepto las denominadas “normas ordopolíticas” o “normas de dirección” y por ende dejaría fuera del concepto a las “normas de protección”, categoría esta última a la que pertenecen las normas de protección de partes contractuales débiles, la jurisprudencia del TJUE parecería ser menos restrictiva ya que se trataría en definitiva de normas de doble valencia (protegen a la parte débil pero también protegen intereses generales (véase IUD, Carolina D., “El rol de las normas internacionalmente imperativas en el escenario actual del derecho internacional privado”, ob. cit.). Con referencia a la decisión el TJUE en “Ingmar”, a la que más adelante nos referimos, se ha destacado que “el tribunal no basó su decisión en el objetivo de la Directiva de proteger al agente comercial como parte contractual débil, sino que se refirió a motivos mayores de política económica (la protección de la libertad de establecimiento y evitar la competencia desleal dentro del mercado interior)” (CAMPO COMBA, María, “Derecho Internacional Privado Europeo y aplicación de las directivas europeas protectoras de la parte contractual débil” en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73/1, enero-junio 2021, p. 77). No obstante, se destaca que se trata de una cuestión que generó alguna polémica por las posiciones encontradas por parte de la doctrina y jurisprudencia alemana y de Países Bajos (casos *Nuon Personeelsbeheer*, Hoge Raad, 24/2/ 2012 y *Sorensen/Aramco*, Hoge Raad, 23/10/87) de índole restrictiva, frente a la francesa que considera que ambos tipos de normas encuadran dentro del concepto de “leyes de policía”, posición seguida por Bélgica, Italia o España (conf. Campo Comba, ob. cit, pp. 76/77).

⁽³⁹⁾ Ello provoca problemas de conciliación o coordinación entre el Derecho material europeo y el DIPr. europeo (conf. Aguilar Grieder, Hilda, “Contratos internacionales regulados por Directivas UE sectoriales (Derecho Internacional Privado)” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14 N.º 2, octubre 2022, p. 50.

⁽⁴⁰⁾ Aguilar Grieder, Hilda, “Los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador en el ámbito del Derecho internacional privado de la Unión Europea” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N.º 2, p. 31.

que actúan como intermediarios (agentes y corredores) y a la difusión de los contratos de reaseguro ⁽⁴¹⁾. Se ha destacado también que, aunque, en términos generales, se afirme que el desequilibrio en la posición negocial es característico de este mercado “no es tan acusado en todas las modalidades contractuales existentes en el sector asegurador ni en todos los contratos de seguro”, de lo que se deriva que la necesidad de protección no es en todos los casos la misma ⁽⁴²⁾.

Se ha enfatizado que el legislador europeo ha tomado en consideración esa heterogeneidad y las diferencias en el grado de protección que requieren las diversas situaciones. Esto se evidencia, por ejemplo, en la solución adoptada por el Reglamento Roma I en virtud de la cual los contratos de reaseguro y los de intermediación se someten al régimen general ⁽⁴³⁾; en consecuencia, de no existir elección de derecho aplicable, este tipo de contratos quedarían alcanzados por el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I —se trata de contratos de prestación de servicios— y por ende devendría aplicable del derecho de la residencia habitual del agente de seguros o del corredor de seguros según cuál fuera el caso ⁽⁴⁴⁾.

En cambio, los contratos de seguro sí han merecido una regulación especial plasmada en el art. 7° del Reglamento Roma I que obliga a efectuar ciertas distinciones entre los contratos que cubran grandes riesgos y los restantes a los que nos referiremos a continuación ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴¹⁾ AGUILAR GRIEDER, *Ibidem*, p. 36.

⁽⁴²⁾ AGUILAR GRIEDER, *Ibidem*, p. 37, destaca que “Dicho desequilibrio es evidente en los contratos de seguro (aunque no en todas sus modalidades se aprecia la misma necesidad de protección); y mucho menos acusado en los contratos de reaseguro, ya que, a diferencia de lo que acontece con los contratos de seguro (que se celebran entre un particular [asegurado o tomador del seguro] y un profesional [compañía aseguradora]), los contratos de reaseguro se celebran entre profesionales del sector asegurador, los cuales, al menos a priori, no necesitan de protección. En relación con los contratos de intermediación de seguros, la necesidad de protección es menor en los contratos de agencia de seguros (celebrados entre profesionales [agente de seguros y entidad aseguradora]) que en los contratos de mediación o corretaje de seguros (celebrados entre un profesional [corredor de seguros] y un particular [asegurado]). Dicha necesidad de protección no sería tan acusada en la eventual relación jurídica existente entre la entidad aseguradora y el corredor de seguros, la cual, en el caso de existir, se materializaría en otro contrato mercantil.

⁽⁴³⁾ AGUILAR GRIEDER considera que la solución es apropiada en cuanto al reaseguro puesto que, “en esta categoría contractual, no existe un desequilibrio, al menos acusado, en la posición negociadora de las partes del contrato. De hecho, el contrato se celebra entre profesionales del sector asegurador (entidad aseguradora y compañía reaseguradora) que, al menos a priori, no necesitan de protección” (AGUILAR GRIEDER, *Ibidem*, pp. 38/39). En cambio, la mencionada autora considera que la solución no le parece apropiada en cuanto a los contratos de intermediación puesto que por una parte no parece apropiado que el régimen sea el mismo para los contratos de agencia de seguros que se celebra entre profesionales (agente de seguros y entidad aseguradora) y el contrato de corretaje que se celebra entre el corredor de seguros y el cliente (asegurado) en virtud del cual el corredor debe buscar la mejor opción para su cliente. Incluso en el primer caso, aunque se trate de un contrato celebrado entre profesionales, no debe descartarse que el agente de seguros ocupa, por lo general, una posición más débil que la compañía aseguradora (pp. 34/0).

⁽⁴⁴⁾ AGUILAR GRIEDER, *Ibidem*, p. 40.

⁽⁴⁵⁾ Por otro lado, no debe soslayarse lo previsto por la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016 sobre la distribución de seguros ni tampoco

2.1.1 Contratos de seguro que cubran grandes riesgos ⁽⁴⁶⁾

Existe prácticamente una remisión al régimen general y se admite la autonomía de la voluntad en los mismos términos que los previstos por el art. 3° del Reglamento; en defecto de elección, estos contratos se regirán por el derecho del país en el que el asegurador tenga su residencia habitual ⁽⁴⁷⁾.

Asimismo, se consagra una cláusula de excepción especial —activable solo en la hipótesis de ausencia de elección del derecho aplicable— que permite apartarse del derecho de la residencia habitual del asegurador cuando el contrato presentara vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, en cuyo caso se podría aplicar el derecho de este último.

2.1.2 Resto de los contratos de seguros

En el resto de los contratos de seguro que cubran riesgos localizados en Estados miembros deviene aplicable el art. 7.3 del Reglamento Roma I; en este caso, se admite la posibilidad de que las partes ejerzan la autonomía de la voluntad en sentido conflictual pero las posibilidades se limitan a un catálogo de derechos elegibles ⁽⁴⁸⁾; no obstante, si el derecho de alguno de los Estados miembros cuyos derechos resultaran potencialmente elegibles concediera mayor libertad, las partes podrían hacer uso de esta. En subsidio del ejercicio de la autonomía de la voluntad, el contrato se regirá por el derecho del Estado miembro en el que se localizará el riesgo al momento de la celebración (en caso de que cubriera riesgos situados en más de un Estado, el contrato se considerará constituido por diversos contratos referidos únicamente a cada uno de esos Estados).

Si, por el contrario, el contrato de seguro cubriera riesgos no localizados en Estados miembros de la UE y en tanto no se tratará de “grandes riesgos”

la interacción entre la normativa específica en materia de seguros y la normativa de agencia en algunos casos.

⁽⁴⁶⁾ A tales efectos corresponde remitirse a la Directiva 73/2339/CCE del Consejo de 24 de julio de 1973.

⁽⁴⁷⁾ AGUILAR GRIEDER considera apropiada esta solución en tanto no se trata de contratos en los que quepa presumir, en principio, un desequilibrio en la posición contractual (“Los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador en el ámbito del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, ob. cit., p. 43).

⁽⁴⁸⁾ Las opciones son: a) la ley del Estado miembro en que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato; b)) la ley del país donde el tomador del seguro tenga su residencia habitual; c) en el caso de un seguro de vida, la ley del Estado miembro del que sea nacional el tomador del seguro; d) por lo que respecta a los contratos de seguro que cubran riesgos limitados a siniestros que ocurran en un Estado miembro distinto del Estado miembro en que se sitúe el riesgo, la ley de dicho Estado miembro; e) cuando el tomador de un contrato de seguro cubierto por este apartado ejerza una actividad comercial o industrial o una profesión liberal y el contrato de seguro cubra dos o más riesgos que estén relacionados con dichas actividades y estén situados en Estados miembros diferentes, la ley de cualquiera de los Estados miembros en cuestión o la ley del país en el que el tomador del seguro tenga su residencia habitual.

en los términos precedentemente indicados, quedará alcanzado por el régimen general.

2.2 Contrato de transporte

En cuanto al contrato de transporte de mercaderías, el derecho aplicable será el de la residencia habitual del transportista en tanto en dicho Estado se encontrará también la residencia habitual del remitente (de lo contrario deviene aplicable la ley del lugar de entrega convenido de las mercancías (conf. art. 5º) ⁽⁴⁹⁾). Como puede advertirse no puede considerarse que esta norma constituya un mecanismo de protección del remitente que es, en general, la parte débil en este tipo de contratos.

2.3 Otros contratos

Los otros contratos que hemos mencionados en la Introducción, propensos a la configuración de situaciones de debilidad, tales como los de franquicia o distribución, se encuentran alcanzados por el principio general establecido en el art. 3º (libertad de elección del derecho aplicable). Sin perjuicio de ello y para los casos en los cuales no se hubiese elegido el derecho aplicable, el contrato de franquicia se somete al derecho de la residencia habitual del franquiciado mientras que el de distribución a la ley de la residencia habitual del distribuidor. Ello implica cierto grado de protección en términos de información puesto que el distribuidor o el franquiciado conocen el derecho de su propio domicilio.

Párrafo aparte merecen los contratos de agencia habida cuenta que la Directiva 86/653/CE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes se ha erigido en el cimiento del sistema de protección de una parte considerada tradicionalmente débil como es el agente comercial.

Esta Directiva, que se encuentra transpuesta en todos los ordenamientos ⁽⁵⁰⁾; si bien determina un estándar mínimo de protección, permite a los Esta-

⁽⁴⁹⁾ En cuanto al contrato de transporte de pasajeros si bien se admite la autonomía de la voluntad se limita la posibilidad de elección del derecho aplicable a una serie de posibilidades en subsidio se regirá por la ley del Estado en el cual el pasajero tenga su residencia habitual siempre que el lugar de origen o de destino también estén situados en dicho país; de lo contrario, deviene aplicable el derecho de la residencia habitual del transportista (conf. art. 5º).

⁽⁵⁰⁾ No obstante, se ha destacado que en atención a que la Directiva en cuestión guarda silencio en lo relativo a su ámbito de aplicación espacial, existen algunas diferencias, ya que, por ejemplo Bélgica, delimitó su ámbito de aplicación en casos internacionales, la mayoría de los Estados de la UE no lo han hecho (tales como Italia, Francia o España) lo cual implica cierta falta de uniformidad e inseguridad jurídica en lo relativo a los contratos de agencia “extracomunitarios”, situación resuelta de alguna manera por el TJUE en el caso “Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.”, C-381/98, 9/11/2000).

dos, ya sea en el acto de transposición o a través de cualquier otro, imponer un régimen de protección mayor⁽⁵¹⁾. Pese al alto grado de armonización que supone dicha circunstancia, deja de todos modos latente la posibilidad de ejercer cierto *forum shopping* residual y no elimina la posibilidad de que el principal imponga la aplicación de una determinada ley, incluso la de un tercer Estado, en detrimento de una mayor protección de la que podría gozar la parte más débil⁽⁵²⁾. No obstante, habrá de tenerse presente que las disposiciones imperativas (implícita o expresamente imperativas) contenidas en las directivas sectoriales quedan alcanzadas por el art. 3° ap. 4 del Reglamento Roma I⁽⁵³⁾, sin perjuicio de la eventual aplicabilidad de las disposiciones protectorias a título de “leyes de policía”.⁽⁵⁴⁾

Como consecuencia de la posición adoptada por Bélgica al momento de la transposición, le ha tocado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea intervenir en varias oportunidades. Así, en “Ingmar G.B Ltd. c/ Eaton, Leonard Technologies Inc.” el 9/11/2000, el TJUE consideró que los arts. 17 y 18 de la Directiva

que garantizan determinados derechos al agente comercial, una vez terminado el contrato de agencia, deben aplicarse cuando el agente comercial haya ejercido su actividad en un Estado miembro, aun cuando el empresario se halle establecido en un país tercero y el contrato se rija por la ley de este país en virtud de una de sus cláusulas⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵¹⁾ AGUILAR GRIEDER, Hilda, “Contratos internacionales regulados por Directivas UE sectoriales (Derecho Internacional Privado)”, ob. cit., p. 53.

⁽⁵²⁾ Véase, AGUILAR GRIEDER, *Ibidem*, 58/59. La autora destaca que “[e]l principal, en aras de obtener mayores beneficios económicos y de resultar más competitivo en el correspondiente mercado, tenderá a prevalecerse de su ventajosa posición negocial eludiendo las legislaciones nacionales protectoras del agente comercial. De hecho, es habitual que el empresario o principal, por medio de una cláusula de elección de ley, opte por una legislación, de un Estado tercero, que no se ampare en el principio tuitivo del agente comercial y que, por consiguiente, no respete el nivel mínimo consagrada, a favor del agente, por las disposiciones materiales de carácter imperativo de la Directiva de agencia” (*Ibidem*, p. 64).

⁽⁵³⁾ AGUILAR GRIEDER, *Ibidem*, p. 59. Dicha norma, reza: “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

⁽⁵⁴⁾ Ello en tanto el art. 3.4.) del Reglamento Roma I permite asegurar la aplicación de las directivas comunitarias de protección de partes débiles cuando todos los elementos relevantes se localicen en la UE y exista una elección del derecho de un tercer Estado, pero cuando no se da esa localización lo cual obliga a recurrir a la aplicación del art. 9 del Reglamento Roma I.

⁽⁵⁵⁾ Se trataba de un contrato concluido entre una empresa establecida en California -EATON- y una empresa designada como su agente exclusivo para el Reino Unido e Irlanda -INGMAR-; el derecho de California, vale decir el de un Estado no miembro.

En “United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV y Navigation Maritime Bulgare” ⁽⁵⁶⁾, el 17/10/13, el TJUE destacó que:

incumbe al juez nacional, a la hora de apreciar el carácter de “ley de policía” de la ley nacional que se propone aplicar en lugar de la ley elegida expresamente por las partes en el contrato, tener en cuenta no solo los términos exactos de aquella ley sino también su concepción general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó, para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo, en la medida en que conste que el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro de que se trate. Tal como ha subrayado la Comisión, así puede suceder en caso de que la transposición en el Estado del foro garantice, en virtud de la extensión del ámbito de aplicación de una Directiva o mediante la opción de un uso más amplio del margen de apreciación que esta concede, una mayor protección a los agentes comerciales en razón del interés particular que el Estado miembro atribuya a esa categoría de nacionales.

Finalmente concluyó que:

los artículos 3º y 7º, apartado 2, del Convenio de Roma deben interpretarse en el sentido de que la ley de un Estado miembro de la Unión que garantiza la protección mínima prescrita en la Directiva 86/653, ley elegida por las partes en un contrato de agencia comercial, podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la *lex fori*, basándose a tal efecto en el carácter imperativo que, en el ordenamiento jurídico de este último Estado miembro, tienen las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes, pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas.

Finalmente en “Agro Foreign Trade & Agency Ltd. c. Petersime NV”, el TJUE consideró que, teniendo en cuenta los objetivos perseguidos por la Directiva 86/653, cuando “el agente comercial ejerce su actividad fuera de la

⁽⁵⁶⁾ Se trataba de un contrato de agencia entre un agente marítimo establecido en Bélgica y una empresa domiciliada en Bulgaria, en el cual el derecho elegido era el búlgaro. El tribunal belga se dirigió al TJUE con el objeto de determinar si, teniendo en cuenta que los artículos 18, 20 y 21 de la ley belga son considerados como leyes de policía, el Convenio de Roma permite su aplicación cuando, a pesar de que el derecho elegido por las partes fuera el de otro Estado miembro en el que también se goza de la protección mínima, el derecho belga proporcionara una protección mayor.

Unión, el hecho de que el poderdante esté establecido en un Estado miembro no supone una relación suficientemente estrecha con la Unión a efectos de aplicar las disposiciones de la Directiva 86/653” de resultados de lo cual concluye que:

un agente comercial que ejerce las actividades derivadas de un contrato de agencia comercial en Turquía, como el demandante en el litigio principal, no entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 86/653, con independencia de que el poderdante esté establecido en un Estado miembro, y, por tanto, no tiene por qué disfrutar imperativamente de la protección que esta Directiva ofrece a los agentes comerciales.

3. BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DE LA PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO MATERIAL

En el Derecho Comparado, la protección de la parte contractualmente débil a nivel de derecho material no se da, por lo general, a partir de normas específicas sino por aplicación del régimen relativo a los contratos de adhesión, cláusulas abusivas⁽⁵⁷⁾, control de contenido o de incorporación y a algunas normas relativas a la Defensa de la Competencia que, aunque no cumplen primordialmente esa función, pueden producir ese efecto. Aún en aquellos ordenamientos en los que ambas categorías se sometían al mismo régimen, con el correr del tiempo, se fueron delineando algunas diferencias⁽⁵⁸⁾.

Así, por ejemplo, se ha destacado que, en el derecho inglés, si bien primitivamente la regulación se hallaba en la *Unfair Contract Terms Act 1977*, como consecuencia de la necesidad de adaptación a la Directiva 93/13/CEE del Consejo del 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos, aquellos concluidos por consumidores quedaron sometidos a la *Consumer Rights Act 2015*. La normativa mencionada en primer término (y sus modificaciones) resulta aplicable a los contratos B2B, pero con un efecto limitado a las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad (negociadas o no). En virtud de esta última, las cláusulas que persiguen la exoneración de responsabilidad del proveedor por muerte o lesión por negligencia quedan automáticamente sin efecto mientras que las restantes son sometidas a un test de *reasonableness* que toma en consideración diversos factores, tales como el poder de negociación, la posibilidad de encontrar ofertas

⁽⁵⁷⁾ Si bien inicialmente la problemática de las cláusulas abusivas se abordó con las herramientas propias del derecho contractual (cláusulas generales, buena fe, buenas costumbres, orden público, vicios, lesión, entre otras) no resultó muy eficaz, lo cual contribuyó a que, hacia la década del '70 del siglo pasado, comenzaran a aparecer leyes especiales, tales como las Suecia, Dinamarca, Alemania, Gran Bretaña, Finlandia, Austria, Irlanda (PIZARRO WILSON, Carlos, “Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N.º XXVI (semestre II), Valparaíso, 2005, pp. 392/394).

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*, pp. 2/3.

alternativas, maniobras de inducción, entre otras. Es interesante destacar que la tercera parte de esta normativa, aplicable a todo el Reino Unido, contiene reglas relativas a los contratos internacionales.

En tanto en el derecho alemán, la Ley sobre términos y condiciones generales de 1976 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*), no revistió la forma de una ley exclusivamente de protección del consumidor y contenía un listado de cláusulas abusivas, aplicables siempre que existiera una parte débil en la relación contractual. Esta ley fue modificada en 1996 para adaptarla a la Directiva 93/13/CEE del Consejo del 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores pese a lo cual se la siguió considerando aplicable a todas esas situaciones lo cual se refuerza con las reformas al BGB de los años 2000 y 2001 (esta última reforma implicó la derogación de la Ley General y la incorporación a los párrafos 305-310) ⁽⁵⁹⁾. No obstante, se ha señalado que la protección del adherente en los contratos B2C es mayor que la que se da en el caso de los B2B ⁽⁶⁰⁾. Aunque no emerge de este una distinción entre grandes y pequeñas empresas, en la aproximación que efectúan los tribunales alemanes, a la hora de su aplicación práctica, han efectuado ciertas distinciones lo cual conduce a afirmar diferentes niveles de protección aun dentro de esta categoría ⁽⁶¹⁾. Esta tendencia ha merecido críticas tanto por distinguir donde la ley no distingue, así como por provocar un “éxodo de los empresarios hacia legislaciones que admiten mayor flexibilidad” ⁽⁶²⁾. Incluso se ha considerado que “la protección del empresario ‘débil’ frente al ‘fuerte’ no es una labor que corresponda definir en la regulación de condiciones generales, sino en sede del derecho de la competencia” ⁽⁶³⁾.

Con referencia al derecho francés se ha destacado que la regulación es comprensiva tanto de los contratos B2C como B2B a partir de un complejo entramado normativo ⁽⁶⁴⁾ en cuya construcción se destacan, por una parte, la reforma del art. L 442-5, I, 2° del Código de Comercio, acaecida en el año 2008 a través de la Ley para la Modernización de la Economía, que extiende la tutela a

⁽⁵⁹⁾ MORALES ORTIZ, MENDOZA ALONZO y MUNITA MARAMBIO, ob. cit., p. 4. Estos contratos quedan fuera del control de incorporación, pero no de contenido.

⁽⁶⁰⁾ Por ejemplo, los contratos entre empresas están expresamente excluidos de los catálogos de cláusulas prohibidas previstos en los párrafos 308 y 309 (MATO PACÍN, María Natalia, *Cláusulas abusivas y empresario débil*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2017, p. 59, disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2017-, p. 61).

⁽⁶¹⁾ Un factor interesante del cual podrían derivarse diferencias viene impuesto por el párrafo 310 I *in fine* BGB que impone “tener en consideración los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial” (MATO PACÍN, María Natalia, “El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el derecho comparado y europeo” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 7, octubre de 2015, p. 61).

⁽⁶²⁾ MORALES ORTIZ, MENDOZA ALONZO y MUNITA MARAMBIO p. 5.

⁽⁶³⁾ Ibidem, p. 5.

⁽⁶⁴⁾ Ibidem, p. 7.

los contratos B2B ⁽⁶⁵⁾ y, por otra, el nuevo artículo 1171 del Código Civil, según texto de la ley del 1/10/2016, que sanciona las cláusulas abusivas insertas en contratos de adhesión, sin distinción relativa a las partes del contrato ⁽⁶⁶⁾, consagrando tanto el control de la incorporación como el de contenido.

En cuanto al derecho italiano, se ha señalado que la figura del *diritto di regresso* contemplada por el Código de Consumo alcanzaría también al vendedor minorista respecto de su proveedor; de todos modos, ante la ausencia de una normativa específica, especialmente en lo que se refiere a control de contenido ⁽⁶⁷⁾, la protección podría venir impuesta por la normativa vinculada al Derecho de la Competencia, en particular, mediante el recurso al instituto del abuso de la dependencia económica en el contrato de suministro ⁽⁶⁸⁾.

Una solución interesante está prevista en el derecho de Países Bajos puesto que toma en consideración el tamaño de la empresa contratante ⁽⁶⁹⁾.

Se ha destacado que el decreto-ley 446/85 de Portugal proporciona el marco de mayor protección ya que incluye tanto control de incorporación como control de contenido, además el principio general de buena fe y de un listado de cláusulas absoluta y relativamente prohibidas específicamente para contratos entre empresarios.

Se ha concluido que “no existe un único modelo de control de cláusulas abusivas en el derecho europeo” ya que si bien coinciden en la “extensión del control de cláusulas abusivas a relaciones B2B” lo hacen con “distinta técnica legislativa” ⁽⁷⁰⁾. De otro lado, sin perjuicio de las diferencias en la extensión de las reglas de las relaciones B2C a las B2B y los necesarios matices, se ha destacado que tal extensión se regresa justifica en “la desigualdad en que queda aquel empresario imposibilitado de imponer cláusulas abusivas al consumidor, pero que a su turno es objeto de imposición por otro empresario con quien contrata”

⁽⁶⁵⁾ No obstante, se ha destacado que “ni el supuesto de hecho ni las consecuencias jurídicas de la norma coinciden plenamente con los de un régimen de control de contenido en contratos predispuestos, tratándose de una norma situada entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia pero más vinculada con este último” (MATO PACÍN, *Cláusulas abusiva y empresario débil*, ob. cit., p. 58).

⁽⁶⁶⁾ MORALES ORTIZ, MENDOZA ALONZO y MUNITA MARAMBIO, ob. cit., p. 7. Asimismo han de tenerse presentes importantes disposiciones como los arts. 1110, y 1190 del Código Civil o el artículo L. 442-8.1. 2° del Código de Comercio, entre otros.

⁽⁶⁷⁾ Habría cierta protección por el control formal de incorporación previsto por los arts. 1341 y 1342 del CC (MATO PACÍN, María Natalia, “El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el derecho comparado y europeo”, ob. cit., p. 242).

⁽⁶⁸⁾ A partir de allí se ha sostenido en el ámbito del derecho italiano la figura del *terzo contratto* (MATO PACÍN, María Natalia, *Cláusulas abusivas y empresario débil*, ob. cit., p. 59).

⁽⁶⁹⁾ Se ha señalado que “el Código civil holandés incluye una cláusula general de nulidad para aquellas cláusulas “irrazonablemente onerosas” en contratos mediante condiciones generales, de aplicación también a adherentes profesionales que no superan un determinado volumen de negocio y número de trabajadores” (MATO PACÍN, *Ibidem*, p. 60).

⁽⁷⁰⁾ MORALES ORTIZ, MENDOZA ALONZO y MUNITA MARAMBIO, ob. cit., p. 9.

habida cuenta que “nada impide a un profesional imponer a otro contratante sin la calidad de consumidor un contenido abusivo” de modo tal que:

lo relevante no es la calidad de consumidor o empresario, sino la situación en que se encuentra el contratante al momento de celebrar el contrato con contenido abusivo. De ahí que lo que justifica la protección no sea un elemento subjetivo, sino uno de carácter objetivo: la presencia de contenido contractual abusivo ⁽⁷¹⁾.

Con respecto a la situación en el derecho americano, nos remitimos al magnífico trabajo realizado por la Prof. Fresnedo de Aguirre ⁽⁷²⁾.

4. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA PROTECCIÓN DE LAS EMPRESAS COMO PARTES CONTRACTUALMENTE DÉBILES

Más allá de lo expuesto en los puntos anteriores, cabe destacar que el DIPr. permite también introducir mecanismos de corrección de las consecuencias de las desigualdades.

Por una parte, por vía de las soluciones generales relativas al análisis de la validez del consentimiento resulta posible introducir una suerte de *dépeçage* legal que lo sustrae de la autonomía de la voluntad. Por otro, la consagración de reglas relativas a la validez/ invalidez o a la corrección de las cláusulas asimétricas de elección de foro o incluso el recurso al control del orden público internacional podrían resultar eficaces.

En otro orden, se destaca que algunos Estados han establecido reglas específicas para este tipo de contratos en ese terreno, incluso a través de normas internacionalmente imperativas que, en el fondo, persiguen la protección de la parte débil.

Un ejemplo interesante de regulación nos lo proporciona la ley N.º 61 del 7/10/ 2015 que subroga la 7 del año 2014 que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá. En efecto, su art. 9º establece que los contratos internacionales están sujetos a la ley designada por la autonomía de la voluntad de las partes ⁽⁷³⁾ y el derecho aplicable al contrato rige lo relativo a su existencia y validez pero “el consentimiento de cada una de las partes estará sujeto a ley de su respectivo estatuto personal” (conf. art. 71). Por

⁽⁷¹⁾ PIZARRO WILSON, ob. cit., p. 398.

⁽⁷²⁾ “La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones. informe y recomendaciones de buenas prácticas, OEA/Ser. Q/CJI/doc. 683/23 del 26/1/23.

⁽⁷³⁾ En ausencia de ejercicio de la autonomía de la voluntad “el juez aplicará la ley del lugar de cumplimiento de la obligación y, cuando este no se pueda determinar, el juez aplicará la ley del Estado que presente el vínculo más estrecho con el contrato internacional y, en su defecto, la ley del foro”.

otro lado, si bien la regla de la autonomía de la voluntad alcanza a los contratos de representación y franquicia internacional, en lo que se refiere a la indemnización por ruptura o incumplimiento, se rigen por la ley del lugar de ejecución del contrato o la de mayor protección al concesionario o franquiciado, a elección de este último (conf. art. 82). Estas reglas además se encuentran acompañadas, tal como antes se señaló, por una norma de jurisdicción exclusiva panameña en determinadas circunstancias (conf. art. 83).

Otro ejemplo, se encuentra en el derecho colombiano ya que el art. 1328 del Código de Comercio establece que “para todos los efectos, los contratos de agencia mercantil que se ejecuten en Colombia quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

En cuanto a Paraguay se destaca que la ley N.º 194/93 sobre régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay ⁽⁷⁴⁾, más allá de lo previsto en materia de jurisdicción, establece una serie de reglas que imponen la registración de este tipo de contratos así como también ciertas reglas con carácter de irrenunciable; entre ellas se prevé que, si bien la parte domiciliada en el extranjero “podrá cancelar, revocar, modificar o negarse a prorrogar la Representación, Agencia o Distribución, sin expresión de causa”, se encontrará obligada al pago de una indemnización mínima cuyas bases de cálculo se encuentran preestablecidas por la normativa en cuestión (conf. art. 4º) ⁽⁷⁵⁾. Si la intención fuera exonerarse del pago de indemnización podrá invocarse una de las causas taxativamente establecidas por la ley, pero, previamente deberá requerir al representante, agente o distribuidor que “solucione la causal invocada dentro del plazo de ciento veinte días” (conf. art. 6º); de otro lado, se destaca que las causales deben acreditarse judicialmente ante los tribunales paraguayos o en arbitraje (conf. art. 7º). Independientemente de las indemnizaciones, el representante, agente o distribuidor tiene derecho a exigir a su contraparte la recompra de stocks incluso con una utilidad normal de acuerdo al precio de venta (conf. art. 8º).

5. BREVE REFERENCIA A LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

En el caso del derecho argentino, cabe destacar que los arts. 984 a 989 del Código Civil y Comercial de la Nación (Cod. Civ. y Com.) establecen una serie de reglas relativas a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales

⁽⁷⁴⁾ Según surge de su art. 1º estatuye el régimen legal aplicar a las “relaciones contractuales para la promoción, venta o colocación dentro del país o de otra área determinada, de productos o servicios proveídos por fabricantes y firmas extranjeras por medio de Representantes, Agentes o Distribuidores domiciliados en la República”.

⁽⁷⁵⁾ Toma en cuenta la duración de la relación contractual con escalas ascendentes y el promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por el representante, agente o distribuidor durante los tres últimos tres ejercicios.

predispuestas. Dichas normas se encuentran dentro del Título II del Libro III que lleva por título “Contratos en general” y dentro del capítulo 3 cuyo título es “Formación del consentimiento”. Esto permite inferir que el legislador argentino los ha considerado dentro de los contratos paritarios, aunque, tal como fue destacado en los Fundamentos del Cod. Civ. y Com. “no se trata de un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento”⁽⁷⁶⁾.

No obstante, se ha destacado que este tipo de contratos se encuentran “en las antípodas de los contratos clásicos” puesto que, “no se concretan por la autonomía de la voluntad de las partes ni sus contenidos gozan de la plena libertad contractual que el art. 959 del Cod. Civ. y Com. le dispensa a los acuerdos paritarios”, así como que “tampoco están alcanzados por el principio de no intervención judicial previsto en el art. 960 del Cod. Civ. y Com., sino por lo dispuesto en el art. 989 del Cod. Civ. y Com.” ni son pasibles de las mismas reglas de interpretación⁽⁷⁷⁾.

Sin embargo, se ha destacado que la normativa en cuestión no contempla “todo el espectro de variantes y posibilidades que se presentan en la realidad de los negocios” ya que:

no están reglados de modo alguno los contratos tipo que se celebran entre profesionales de una misma actividad, en los cuales, a la vez que está ausente el libre consentimiento de las partes a cláusulas y condiciones generales predispuestas, no contienen la característica de que en su celebración haya preponderado el poder de negociación de una parte sobre el de la otra. Los autores del Código entendieron que esos supuestos están excluidos de la regulación y que esa clase de contratos se rige por las reglas de los que han sido libremente negociados. El punto es discutible como cuestión de política legislativa y como concepción del sistema⁽⁷⁸⁾.

En definitiva, más allá de los Fundamentos del Anteproyecto, la introducción de reglas específicas para estos casos pone de habida cuenta que, en rea-

⁽⁷⁶⁾ Disponible en: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primero.PDF>.

⁽⁷⁷⁾ Shina, Fernando E., “Los contratos de adhesión en el Código Civil y Comercial. Tercera parte”, Id SAIJ. DACF210131, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/fernando-shina-contratos-adhesion-codigo-civil-comercial-tercera-parte-dacf210131-2021-07-19/123456789-0abc-defg1310-12fcanirtcod?&o=24&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil/ley%20civil%7COrganismo%5B%2C1%5D%7CAutor%5B%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B%2C1%5D%7CTribunal%5B%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=279>. A la fecha de presentación del presente aporte, se encuentra publicado en el Boletín Oficial el Decreto 70/2023 que, más allá de la suerte que en definitiva pueda correr, entre sus considerandos expresa “[q]ue las relaciones civiles también necesitan ser liberadas de regulaciones paternalistas excesivas” y en forma consecuente introduce, en cuanto aquí interesa, modificaciones a los artículos 958, 960 y 989 (conf. arts. 252, 253 y 254).

⁽⁷⁸⁾ Manóvil, Rafael M., “Contratos por adhesión en el Código Civil y Comercial: algunos comentarios” en *La Ley OnLine*, AR/DOC/1054/2016.

lidad, “se trata de una categoría intermedia entre los contratos discrecionales y los de consumo” ⁽⁷⁹⁾.

Ahora bien, cuando nos centramos en las Disposiciones de Derecho Internacional Privado, advertiremos que nuestro legislador ha optado por establecer reglas generales relativas a los que podríamos denominar “contratos paritarios” y otras para las categorías “contratos y relaciones de consumo”.

Así, los contratos entre empresas en los que una o más podrían revestir el carácter de “parte débil” no reciben ningún tratamiento especial, por lo que estarían alcanzadas por la normativa relativa a los contratos en general (arts. 2650 a 2653); la aplicabilidad de los arts. 984 a 989 a título de normas internacionalmente imperativas del foro no parece muy clara. Esto genera cierta inquietud habida cuenta que, tal como se ha destacado, el Derecho Internacional Privado “se inserta dentro de un determinado contexto valorativo y, por consiguiente, es un Derecho sensible a la realidad social que regula, a sus valores, a sus convicciones, a sus objetivos, a sus sentimientos, a sus tendencias y evolución (...) participa de los mismos principios, tanto materiales como procesales, que el ordenamiento jurídico del cual forma parte. De este modo (...) responde a los mismos criterios o parámetros de justicia que las restantes ramas o parcelas del ordenamiento jurídico del cual forma parte (...) y esos criterios los proyecta en sus soluciones, en sus respuestas jurídicas (...) Como consecuencia de lo señalado, ha de existir una coherencia valorativa entre el derecho internacional privado y el Derecho privado interno que formen parte integrante de un mismo ordenamiento jurídico” ⁽⁸⁰⁾.

En lo que se refiere al juez competente, el art. 2650 del Cod. Civ. y Com. consagra una serie de criterios atributivos de jurisdicción subsidiarios para el supuesto en el que no existiera acuerdo válido de elección de foro. En consecuencia, corresponde remitirse a lo previsto por los arts. 2605 a 2607, disposiciones que permiten considerarlos válidos en tanto se trate de materia patrimonial e internacional, los tribunales argentinos no tengan jurisdicción exclusiva y la prórroga no esté prohibida por la ley; estos acuerdos resultan operativos tanto si fueran hechos en forma escrita o por cualquier otro medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto como también en forma tácita (para el actor por el hecho de entablar la demanda y con respecto al demandado, cuando contestare, dejare de hacerlo u opusiere excepciones previas sin articular la declinatoria).

Resulta especialmente importante la previsión del art. 2606 en cuanto asigna al juez elegido por las partes el carácter de “exclusivamente competente” salvo acuerdo en contrario; en rigor, se considera que la mayor eficacia de

⁽⁷⁹⁾ Lorenzetti, R.L., *Tratado de los Contratos-Parte General*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2018, p. 806.

⁽⁸⁰⁾ AGUILAR GRIEDER, “Contratos internacionales regulados por Directivas UE sectoriales (Derecho Internacional Privado)”, ob. cit., pp. 53/54.

este tipo de acuerdos (certeza, evidencia, prevención de situaciones de procesos paralelos, sentencias contradictorias, entre otras,) se verifica cuando el acuerdo reviste este carácter. Empero, en un sistema respetuoso de la autonomía de la voluntad —en definitiva, son las partes quienes se encuentran en mejores condiciones de determinar qué es lo que les conviene— ha de darse la posibilidad de que le asignen el carácter de no exclusivo.

Ahora bien, es sabido que una gran parte de los contratos internacionales entre empresas se celebran también a partir de condiciones generales de contratación o de contratos con cláusulas generales predisuestas. Por otro lado, no existe ninguna previsión que específicamente prohíba las cláusulas asimétricas de elección de foro y estas son frecuentes en contratos en los que una de las partes tiene su domicilio en la Argentina; normalmente la empresa domiciliada en nuestro país es la que se encuentra en posición de “parte débil” de la relación frente a un contrato en el cual se elige como competente un tribunal extranjero en forma exclusiva pero, simultáneamente, la otra parte tiene el derecho de ocurrir ante otros tribunales. Vale decir, cláusulas de elección de foro exclusivas solo para una de las partes. Estas cláusulas, en principio, deberían considerarse válidas en nuestro sistema de fuente interna ya que no se han establecido restricciones o reglamentaciones al respecto en las disposiciones de DIPr. Esto importa considerar que no todo acuerdo de prórroga incluido en ese tipo de documentos debería ser invalidado per se ni aun cuando una de las partes pudiera ser más débil. Probablemente el legislador haya confiado en los lineamientos marcados por la jurisprudencia anterior a la vigencia del Cod. Civ. y Com. y en la prudencia de los tribunales argentinos a la hora de resolver aquellas situaciones en las que el empleo de esas técnicas de contratación pudiera implicar una situación jurídicamente inaceptable.

En tal sentido, merecen ser tenidos en cuentas los lineamientos emergentes de los casos, en “Quilmes Combustibles S.A. c/ Vigan S.A s/ ordinario”⁽⁸¹⁾, “Inta S.A. c/MCS Officina Meccania SpA s/ ordinario”,⁽⁸²⁾ “Search S.A. c/ GE Sistemas Médicos”⁽⁸³⁾, “Repoc S.A. c/ Lieberherr Argentina S.A. y otros s/ordinario”⁽⁸⁴⁾, en virtud de los cuales puede afirmarse que las cláusulas de elección de foro, ni aun cuando fueren asimétricas o fueren incluidas en un contrato en el cual pudiese identificarse una parte como débil, resultan inválidas *per se*.

Entre las decisiones planteadas con posterioridad a la entrada en vigor del Cod. Civ. y Com., cabe señalar que, en la sentencia pronunciada el 2/5/17 por la Sala F de la CNCom en “Lloyd’s Register Central and South America Limited

⁽⁸¹⁾ CNCom, Sala C, 15/3/91. Véanse especialmente las consideraciones vertidas en el Dictamen de Fiscalía (*Revista de Derecho Bancario y de la Actividad Financiera*, mayo/junio 1991, p. 628).

⁽⁸²⁾ CNCom, Sala E, 14/10/93, ED -157- 129.

⁽⁸³⁾ CS, 24/2/99.

⁽⁸⁴⁾ CNCom, Sala A, 24/6/11.

Sucursal Argentina c/ Nuñez, Ricardo José s/ ordinario”, subyace también el criterio de la validez de las cláusulas asimétricas ⁽⁸⁵⁾.

En dos decisiones relativamente recientes pueden advertirse algunas diferencias en el abordaje de la situación.

En “Advanced Medical Technologies (AMT) S.A. c/ Medtronic Logistics LLC y otros s/ordinario”, le tocó intervenir a la Sala E de la CNCom con relación a un acuerdo de prórroga de jurisdicción incluido en un contrato de distribución no exclusiva a favor de los tribunales de Minnesota (EE. UU.) entre una sociedad domiciliada en la República Argentina y otra en Minnesota ⁽⁸⁶⁾. El acuerdo en cuestión preveía el sometimiento de toda controversia que pudiera surgir a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de dicho Estado, sin perjuicio del derecho del principal de solicitar una reparación judicial o iniciar una acción de cobro por los montos adeudados por el distribuidor ante cualquier tribunal que resultare competente, declarándose que el distribuidor acordaba someterse a dicha jurisdicción de este y renunciaba a objetarla. Se trata de una cláusula asimétrica de elección de foro a favor de una de las partes que a su vez consagraba la exclusividad del foro solo a favor de una de ellas. El tribunal, el 22/6/2018, coincidió con la instancia anterior en cuanto a que correspondía calificar al contrato de distribución como “contrato de adhesión” y sostuvo que “frente al análisis preliminar que debe hacerse para determinar la competencia jurisdiccional, no es razonable exigir una prueba acabada sobre la condición de ‘adhesión’ del contrario” estimando que “*a priori*, debe presumirse de que no se trata de un contrato paritario”, máxime cuando de la redacción de las cláusulas se podía intuir que se encontraban predisuestas ya que utilizaban expresiones genéricas. Con respecto a la aplicación del art. 988 del Cod. Civ. y Com. a un contrato celebrado con anterioridad a su entrada en vigencia, el tribunal destaca que a igual conclusión se hubiese arribado por aplicación del art. 1071 del Código Civil.

⁽⁸⁵⁾ Disponible en www.cij.gov.ar. Si bien es cierto que la cláusula fue invocada para reafirmar la competencia de los tribunales argentinos y que el demandado había consentido la jurisdicción local, subyace tal criterio. La cláusula 14 del contrato cuyo incumplimiento motivara el proceso, en su parte pertinente, rezaba que “Excepto según se establece a continuación, LR y el Cliente acuerdan irrevocablemente que los tribunales ingleses tendrán competencia exclusiva sobre cualquier disputa o reclamo que surja de o en relación con este Contrato o los Servicios prestados en virtud del presente. Ninguna disposición de la presente cláusula limita el derecho de LR a iniciar contra el Cliente un procedimiento de cobranza de deudas ante cualquier otro tribunal competente”. El tribunal sostuvo que “del propio acuerdo de partes surge prístina la prórroga de jurisdicción hacia foros alternativos, lo que conlleva a emplazar aquella autonomía de la voluntad como pauta atributiva de jurisdicción válida dada la índole internacional de la materia y por tratarse de una controversia de carácter patrimonial (cfr. criterio de bilateralidad, arg. arts. 2605 a 2607 Cod. Civ. y Com. y art. 1° Cod. Proc. Civ. y Com.). La permisividad que emerge de la referida cláusula 14° autorizó, pues, a la accionante a plantear el litigio ante los tribunales argentinos; proceder que no fue resistido por el demandado al haber consentido expresamente la jurisdicción nacional (v. apart. 3 fs. 1186vta. primer párrafo)”.

⁽⁸⁶⁾ En rigor fueron demandadas tres sociedades constituidas en EE. UU. y una cuarta aparentemente también constituida en dicho país, pero a la que se identifica como “sucursal Argentina” alegando la existencia de un grupo económico.

El tribunal enfatiza que:

No se ignora que la sola circunstancia de tratarse de una cláusula de prórroga incorporada a un contrato celebrado por adhesión de una de las partes a condiciones generales predispuestas no basta para desvirtuar la eficacia de la prórroga; por ello es necesario enjuiciar especialmente si media una irrazonable disparidad de poder negociadora que permita invalidar el consentimiento.

Y considera que resulta evidente “la disparidad que hay entre la amplia potestad que se atribuyó la recurrente de optar por la jurisdicción que desee frente a la forzada renuncia al juez natural que la mencionada cláusula impuso a la actora contradice el principio de la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Destacó también que “[l]a norma contractual cuestionada coloca a la actora en una clara situación de indefensión al exigir que litigue en la ciudad de Minnesota siendo una sociedad constituida en la Argentina y que las obligaciones contractuales asumidas se ejecutaban en este país”.

Otro caso reciente en el cual también fue planteada la cuestión es “Implantes SRL c/ Smith & Nephew INC. s/ daños y perjuicios”, en trámite por ante la justicia federal de Rosario. En este caso, el tribunal consideró que la validez de la cláusula debía ser analizada desde la óptica del derecho argentino; estima que tanto de conformidad con lo dispuesto por los arts. 1 y 2 del Cod. Proc. Civ. y Com. como por el art. 2605 del Cod. Civ. y Com. se encuentran cumplidos los recaudos de ley.

El tribunal destacó que declarar la invalidez de una cláusula de estas características requiere un análisis exhaustivo reparando especialmente en si existe “algún obstáculo o denegación de derechos de orden sustancial o procesal, si se da algún supuesto de fraude, circunvención o abuso del desconocimiento de alguna de las partes o si se produjere alguna violación de principios de orden público”. Al hacer ese análisis concluye que, por una parte, no se encuentra acreditado que se trate de contratos predispuestos ni que la actora hubiese sufrido algún vicio y, por otra, que tampoco que la cláusula en cuestión presenta una redacción ambigua o confusa, ni que la actora haya estado obligada a contratar con dicha empresa ni que se le hubiera impedido negociar el contenido del acuerdo. Meritó especialmente que la actora tenía experiencia en el rubro ya que, entre otros aspectos, era una empresa distribuidora de productos médicos a nivel regional (Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay).

En punto a la “desigualdad” alegada, el tribunal destacó que:

Tampoco se deriva de los términos de la cláusula impugnada una desigualdad que perjudique a la parte actora, dado que la posibilidad de optar que se reconoce en exclusiva a SMITH & NEPHEW INC no la habilita a demandar a Implantes SRL en cualquier jurisdicción, sino que se limita a los tribunales del domicilio del distribuido, situación que, de ejercerse, beneficiaría a la aquí accionante.

En cuanto al fuente internacional, cabe destacar que el art. 4° del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual, en cuanto requiere que el “acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva”, abre una vía importante para contemplar este tipo de situaciones en los casos alcanzados por su ámbito de aplicación, aunque con un margen de apreciación judicial bastante amplio.

6. DE CARA AL FUTURO. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tanto los Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales aprobados el 19 de marzo de 2015 por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (Principios de La Haya) como la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales, aprobada en febrero de 2019 por el Comité Jurídico Interamericano (Guía de la OEA) constituyen valiosos instrumentos de *soft law* que erigen a la autonomía de la voluntad en el pilar fundamental de la contratación internacional.

Conforme surge del art. 1° de los Principios de La Haya, su voluntad de aplicación se limita a aquellos contratos internacionales en los que ambas partes actúan en ejercicio de su actividad comercial o profesional y se excluyen expresamente los contratos de consumo y los de trabajo. De esto se sigue que no parece haberse adoptado ningún temperamento particular para los contratos que nos ocupan en esta oportunidad.

En tal contexto, si bien es cierto que, de conformidad con lo previsto por el art. 2°, el contrato se rige por el derecho elegido por las partes, si se toma en consideración que en el tipo de contratos que nos ocupa se cuestiona si existe verdadera autonomía, cabe tener presente que el art. 6.1.a) para determinar si las partes llegaron a un acuerdo respecto de dicha elección; esto es debe recurrirse al Derecho presuntamente elegido por ellas⁽⁸⁷⁾. Por otro lado, podría resultar útil tener en cuenta que, de conformidad con lo previsto por el art. 6.2), si en vistas de las circunstancias, no fuere razonable determinarlo según el derecho presuntamente elegido por las partes, será el derecho del Estado en el que una parte tiene su establecimiento el que determine si esa parte prestó su consentimiento sobre la elección del Derecho aplicable⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁷⁾ El art. 6.1.b) aborda la problemática derivada de la *battle of forms* prescribiendo que “si las partes utilizaron cláusulas estándar que designan dos Derechos diferentes y según ambos Derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el Derecho indicado en esas cláusulas estándar; si según estos Derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna, no habrá elección del Derecho aplicable”.

⁽⁸⁸⁾ En el comentario a dicha disposición se destaca que “Su aplicación se supedita a dos condiciones concurrentes: en primer lugar, “si, en vista de las circunstancias, no fuere razonable determinarlo según el Derecho mencionado en el párrafo precedente [1]”; y, en segundo lugar, si no puede determinarse que existe un pacto válido de elección de Derecho aplicable conforme

Ello podría dar cierto marco de protección en tanto el derecho material presuntamente elegido contara con normas u otros recursos que permitieran proporcionarla, pero no permite superar los inconvenientes derivados de la diversidad jurídica ni proporciona demasiada certeza.

Sin perjuicio de ello se destaca que el Consejo de Asuntos Generales y Política en marzo 2023 instruyó a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya a continuar trabajando acerca del estudio de la factibilidad, conveniencia y necesidad de desarrollar guías sobre el derecho aplicable a contratos internacionales para proveer protección a partes débiles, aunque más bien la labor parece orientada hacia ciertas situaciones especiales como los contratos de seguro, consumo o trabajo.

En cuanto a la Guía de la OEA estas situaciones tampoco han merecido una especial dedicación, aunque no han pasado inadvertidas ya que, en la Parte 9, se ha destacado que:

una parte más débil puede ser cualquier persona que carezca de poder de negociación, lo que igualmente puede comprender los comerciantes y las pequeñas empresas. Esto es especialmente cierto en el caso de los contratos de adhesión que contienen cláusulas predeterminadas en materia de elección del derecho, situación aún peor en el caso de una oferta monopólica en la cual no hay libertad para consentir en una cláusula sobre elección del derecho incluida por decisión de una parte.

En el documento intitulado “[l]a autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones. informe y recomendaciones de buenas prácticas”⁽⁸⁹⁾, se efectúan una serie de Recomendaciones que sitúan en el centro de la escena las cuestiones vinculadas a la validez del consentimiento y la necesidad de que, ya sea el juez o el árbitro, constaten que efectivamente este ha sido prestado por ambas partes y, cuando se trata de un contrato de adhesión, pone en cabeza de la parte que redactó el contrato la carga de la prueba del libre consentimiento.

Se recomienda que “las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión que impidan o dificulten el acceso a la justicia a la parte que adhiere” sean consideradas inoponibles a este último⁽⁹⁰⁾. No obstante, se reco-

al Derecho del Estado en el que la parte que alega esta disposición tiene su establecimiento (por ejemplo, por razones de coacción o fraude, o de las consecuencias del silencio en el proceso de formación del contrato).” Asimismo, puede leerse que “[e]l artículo 6° constituye una excepción al artículo 6° (a) que solo se aplicará en casos muy raros, comprendidos en el ámbito de la letra (b), primera parte, del artículo 6°. Este artículo 6° no es aplicable a situaciones comprendidas en el artículo 6° (b), segunda parte, porque en ellas los Principios aplican una norma de exclusión y, por tanto, “no existe elección del Derecho aplicable”. (<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=135>).

⁽⁸⁹⁾ OEA/Ser. Q/CJI/doc. 683/23 del 26/1/23.

⁽⁹⁰⁾ Recomendación N.º 4, Ibidem, p. 84.

mienda también que “las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión sean consideradas válidas y ejecutables cuando la parte que adhiere las acepte expresamente”⁽⁹¹⁾.

De la labor en curso en ambos organismos podrán extraerse importantes conclusiones con miras a determinar si resulta necesario introducir cambios en el régimen vigente y, en su caso, cuáles habrían de ser los principales lineamientos, sin descartar el influjo que, a modo de *soft law* puedan provocar en los llamados a decidir las controversias. El tiempo dirá si el paradigma liberal de la autonomía de la voluntad en materia contractual sufrirá alguna otra modificación.

⁽⁹¹⁾ Recomendación N.º 5, Ibidem, p. 84.

CRIPTOMONEDAS Y CONTRATOS FINANCIEROS MODERNOS EN LA ERA DIGITAL

POR FLAVIA ANDREA MEDINA *

Resumen

El comercio en un mundo globalizado ha sufrido enormes transformaciones a partir de la llegada de Internet. La actividad financiera no es una excepción. Paulatinamente, Internet se ha apoderado de esta y los contratos se han ido transformando. La aplicación de tecnologías de la información y de la comunicación dinamizan la innovación financiera, agilizando procesos, reduciendo costos y permitiendo llegar a nuevas personas usuarias. Los mercados de criptoactivos han surgido como opciones de inversión para usuarios novatos y avezados. La opacidad del sistema es un riesgo. Su intangibilidad los hace difíciles de regular. No obstante, comienzan a aparecer normas generales y completas como el reglamento MICA de la Unión Europea. El derecho internacional privado tiene un rol trascendente en aras de lograr ecosistemas digitales sustentables y seguros.

Palabras clave

Contratos financieros, banca digital, fintech, criptomonedas, reglamento MICA.

CRYPTOCURRENCIES AND MODERN FINANCIAL CONTRACTS IN THE DIGITAL AGE

Abstract

Commerce in a globalized world has undergone enormous transformations since the arrival of the Internet. Financial activity is no exception. Gradually, the Internet has taken over and contracts have been transformed. The application of information and communication technologies boosts financial innovation, streamlining processes, reducing costs and allowing us to reach new users. Crypto asset markets have emerged as investment options for novice and seasoned users. The opacity of the system is a

* La autora es Profesora adjunta regular de Derecho Internacional Privado (Universidad de Buenos Aires).

risk. Their intangibility makes them difficult to regulate. However, general and complete regulations such as the European Union's MICA regulation are beginning to appear. Private international law has a transcendent role in achieving sustainable and secure digital ecosystems.

Keywords

Financial contracts, digital banking, fintech, cryptocurrencies, MICA european regulation.

INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías (TIC) han ido ocupando transversalmente cada espacio de la vida cotidiana. Así se han instalado en nuestras actividades, desde el modo de mirar una película hasta la manera en la que hacemos las compras, estudiamos, nos comunicamos, etc.

El comercio en un mundo globalizado ha sufrido enormes transformaciones a partir de la llegada de Internet. Las fronteras estatales se fueron desdibujando en los negocios celebrados electrónicamente, crecieron las ofertas de productos y servicios a través de la web —y con ello, la competencia en diferentes mercados—, los canales de comercialización se transformaron completamente (desapareciendo algunos y surgiendo nuevos), las transacciones se fueron convirtiendo en operaciones electrónicas, con el consecuente impacto en los tiempos y los costos —como claros beneficios de la virtualidad—.

La actividad bancaria no es una excepción. Paulatinamente, Internet se ha apoderado de esta y los contratos se han ido transformando, no en su esencia necesariamente en todos los casos, pero sí en la forma de realizarlos. La aplicación de tecnologías de la información y de la comunicación dinamizan la innovación financiera, agilizando procesos, reduciendo costos y permitiendo llegar a nuevas personas usuarias.

Debemos reconocer que, en alguna medida, la tecnología siempre ha formado parte del mundo financiero. Primero (quizás) fueron las tarjetas de crédito y los cajeros automáticos, luego poco a poco se fue reemplazando la visita a las cajas atendidas por personas humanas y llegaron los cajeros de autoservicio dentro de las entidades financieras para continuar con la digitalización de la actividad a un punto que ya, prácticamente, la mayoría de nosotros no visita las sucursales bancarias.

Hoy por hoy, nos encontramos frente al surgimiento de la banca digital y el *open banking*, las aplicaciones de finanzas personales, las billeteras electrónicas, entre otros nuevos medios de realizar transacciones de este tipo, con utilización de algoritmos, de aprendizaje automático, *blockchain* y *big data*. Entre las ventajas se encuentran el acortamiento de las distancias y una mayor flexibilidad como también el facilitar las operaciones transfronterizas.

El fenómeno es así trasnacional, y resulta muy difícil para los Estados abordar una regulación de este de manera unilateral. Por un lado, resulta una actividad muy sensible y que los países reglamentan muchas veces incluso con normas de policía. Por el otro, la Fintech y en especial, todo lo vinculado a las criptomonedas, ofrece como una de sus ventajas el anonimato y se empeña por permanecer fuera de la normativa bancaria tradicional.

El derecho internacional privado tiene entonces un rol trascendente para poder brindar seguridad jurídica en un mercado cuya naturaleza es esencialmente multijurisdiccional.

A lo largo de este trabajo, intentaremos brevemente resumir algunas de sus características más significativas, reseñando la normativa actual en la materia.

1. LA DIGITALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS FINANCIEROS

1.1. Los contratos financieros y las nuevas tecnologías

Tal como señala Barreira Delfino ⁽¹⁾, coloquialmente se suelen emplear como sinónimos los términos contratos bancarios, contratos financieros y contratos crediticios. No obstante, no son lo mismo. Los contratos bancarios suponen la intervención de un banco. En cambio, los contratos financieros son un concepto más amplio que comprende todo contrato a través del cual se comercializan servicios financieros.

La aparición de las nuevas tecnologías en este tipo de negocios ha dado lugar a diferentes formatos que, en la actualidad, muchas veces no involucran al *banco*. Dicho de otro modo, muchos clientes hoy utilizan servicios financieros que son prestados por sujetos que no son entidades bancarias. Por tal motivo, siguiendo al autor mencionado, preferimos la terminología más abarcativa: contratos financieros.

La introducción de las TIC en este tipo de negocios ha generado cambios de tipo operativo de las entidades, pero también ha transformado la forma de relacionarse con sus clientes, dando lugar al surgimiento de nuevos modelos de negocio, nuevos servicios, e incluso ha internacionalizado las transacciones reduciendo algunas de las barreras que antes evitaban las negociaciones transfronterizas. Los avances tecnológicos que han motorizado dichos cambios son, básicamente: a) Internet y las redes de banda ancha que agilizaron y multiplicaron el número y el tipo de transacciones, permitiendo la transmisión de datos más complejos (mayor tráfico de datos a partir de mayor ancho de banda), b) los teléfonos inteligentes que han permitido desarrollar diferentes aplicaciones y realizar operaciones financieras desde el celular, c) la explotación de grandes

⁽¹⁾ BARREIRA DELFINO, E. A. (2012). “Contratos bancarios”. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2907/1/contratos-bancarios-barreira-delfino.pdf> consultado el 11/12/2023

cantidades de datos (*big data*), d) los servicios de computación en la nube que permiten un mayor almacenamiento de datos, y e) la inteligencia artificial, la estrella del momento, cuyos efectos secundarios aún desconocemos.

La digitalización también plantea una serie de problemas que, básicamente, se engloban en el concepto de la ciberseguridad. En efecto, juntamente con su aparición hemos ido descubriendo nuevos fraudes y otras amenazas cibernéticas (*Phishing* o el *Deep Fake*). Las entidades, por tales motivos, debieron enfrentar estos retos extremando las medidas de precaución y educando a sus clientes para que pudieran emplear las nuevas herramientas de manera correcta y segura, en especial aquellos que por su edad avanzada o bajo nivel de conocimiento tecnológico resultan particularmente vulnerables.

En este contexto, los negocios financieros mutaron hacia nuevos formatos con algunas características novedosas: el valor de los datos, la accesibilidad a los mismos y a los sistemas operativos, la ciberseguridad como uno de los puntos débiles del ecosistema digital, en el que las fronteras estaduales aparecen bastante desdibujadas. Cabe aquí hacer una distinción entre la digitalización de la banca y la llegada de estos nuevos sujetos que prestan servicios financieros mediados por tecnología pero que no son bancos “tradicionales”, las llamadas *fintech* —tecnología informática aplicada a las finanzas, de allí su nombre—.

La banca digital es entonces, el resultado de la mixtura entre la banca tradicional e Internet. Ofrece los servicios de siempre, pero le suma las nuevas tecnologías. Así aparece el *homebanking* como medio para que los clientes de los bancos realicen la mayoría de las operaciones sin moverse de su casa u oficina. Otra innovación son las aplicaciones de los bancos, que ofrecen más servicios incluso que el *homebanking*, pero ya no en la computadora, sino en el celular. Esta digitalización permite al usuario utilizar los servicios bancarios 24/7 (a toda hora, todos los días de la semana) sin concurrir a la sucursal físicamente.

Un nuevo sujeto dentro de la banca digital son los *Open-Banking*. Aquí nos encontramos frente a un nuevo formato de negocios que ofrecen al cliente la portabilidad de los datos financieros, siendo sus operaciones totalmente digitales. Operan sin sucursales físicas, y lo hacen a través de una App, redes sociales o telefónicamente. Pero la mayor transformación que implica este modelo de banca abierta es permitirles a los usuarios la posibilidad de que tanto consumidores como empresas puedan compartir sus datos financieros con terceros. Ello se realiza a través de API abiertas (interfaces de programación de aplicaciones que proporcionan la solución técnica para poder abrir y compartir el acceso a los datos bancarios).

Las Fintech, en cambio, son empresas que ofrecen soluciones financieras a través o mediadas por la tecnología (v. gr. Aplicaciones móviles). En otras palabras, como sostiene Favier Dubois ⁽²⁾, son empresas que aplican las tecno-

⁽²⁾ FAVIER DUBOIS, Eduardo M (h) Empresas ‘Fintech’, Sistema Financiero y Derecho Crediticio - Luces y sombras en la inclusión financiera, *Boletín Diario Rubinzal Cul-*

logías a las finanzas y que, siendo diferentes de los bancos tradicionales, en la mayoría de los casos han comenzado a competir con estos por el público usuario de servicios financieros. Cabe aclarar que también en ocasiones, este tipo de empresas brinda servicios a la banca tradicional para ayudarla en su proceso de digitalización.

Las Fintech abarcan distintos rubros, como ser:

- Sistema de pagos y transferencias.
- Préstamos financieros.
- Inversiones.
- Seguros.
- *Exchange* (intercambio de monedas a través del *blockchain*, incluso criptomonedas).
- *Crowdfunding*.
- *Compliance*.
- Diseño de aplicaciones para servicios financieros.
- Seguridad informática, entre otros.

En nuestro país, la operatoria de este tipo de empresas en general están reguladas por el Banco Central. Ello así dado que su carta orgánica establece que se encuentran dentro de sus funciones:

Regular, en la medida de sus facultades, los sistemas de pago, las cámaras liquidadoras y compensadoras, las remesadoras de fondos y las empresas transportadoras de caudales, así como toda otra actividad que guarde relación con la actividad financiera y cambiaria.

Corresponde señalar que también la Unidad de Investigaciones Financieras (UIF) ha dictado algunas disposiciones a efectos de evitar el lavado de activos, que alcanzan la actividad de las Fintech. De igual modo, existen normas de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) que regulan la cuestión tributaria e incluyen a las criptomonedas y tenencias en billeteras virtuales dentro de los bienes a incluir en la declaración jurada de bienes personales y a partir de la reforma de Ganancias de 2019, se establece la gravabilidad de los “...4) los resultados derivados de la enajenación de... monedas digitales... cualquiera sea el sujeto que las obtenga” (artículo 2°). Asimismo, en su artículo 7° se prevé que “[c]on excepción de lo dispuesto en el párrafo siguiente, las ganancias provenientes de... monedas digitales, [...] se considerarán íntegramente de fuente argentina cuando el emisor se encuentre domiciliado, establecido o radicado en la República Argentina”.

El dictamen 2-2022 de AFIP ⁽³⁾, dentro de sus fundamentos respecto de la inclusión de los criptoactivos en artículo 19, inciso j) y artículo 22 inciso h) de la ley de Bienes Personales, señala la globalización y crecimiento que han tenido este tipo de operaciones, tanto en Argentina como en otros países, al decir que:

...se advierte que en los últimos años ha operado un cambio de criterio en lo que hace a la fiscalidad internacional de los criptoactivos. En efecto, a principios del año 2020 se planteó la primera revisión integral del *Common Reporting Standar* (CRS). Uno de los objetivos era adaptar el CRS al crecimiento de los mercados financieros debido al desarrollo significativo de nuevos productos financieros, como monedas digitales y criptoactivos. Este desarrollo ocurrió a nivel global y nuestro país no escapa a este fenómeno.

En este contexto, según el dictamen nuestra legislación tiende a receptar este fenómeno dentro de las normas tributarias:

...la intención del legislador se encuentra orientada a establecer como presupuesto generador de la obligación tributaria a los criptoactivos atento a ser hechos reveladores de capacidad contributiva. En tal sentido se ha señalado: “la Argentina busca recaudar impuestos sobre la economía digital, en especial en estos criptoactivos que están impactando en el sistema financiero global y presentándose como posibles alternativas de inversión y dinero en el futuro” (María de los Ángeles Jauregui en “Breve análisis del tratamiento tributario nacional e internacional de los Cripto Activos” publicado en “El mundo de las criptomonedas en la visión de nuestros profesionales”). Revista Digital del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la CABA Ed. 67, abril 2022.

Respecto de los usuarios del sistema financiero, el empleo quizás más masivo y conocido de los servicios ofrecidos por las Fintech es el de las billeteras virtuales. El Banco Central ha regulado su empleo a través de la Comunicación “A” 6510 ⁽⁴⁾ del 15/05/2018 por la que se crea una Clave Virtual Uniforme (CVU) que permite la identificación y trazabilidad de transferencias de fondos que se realicen entre cuentas a la vista de este tipo, cuando, como mínimo, una de ellas pertenezca a una empresa proveedora de servicios de pago, facilitando de esta forma la interoperabilidad entre cuentas a la vista y servicios de pago. Esta CVU será compatible con el CBU (clave de identificación bancaria) permitiendo que se realicen operaciones entre ambos sistemas. También se permite a las cuentas de las billeteras virtuales poseer un alias, igual que las cuentas bancarias.

⁽³⁾ Dictamen 2-2022 AFIP, disponible en <https://6b9504.a2cdn1.secureserver.net/wp-content/uploads/2022/08/DICTAMEN-2-2022.pdf> —consultado el 11/12/2023—.

⁽⁴⁾ Comunicación “A” 6510 disponible en <https://www.bcra.gob.ar/pdfs/comytexord/a6510.pdf> —consultado el 11/12/2023—.

Respecto de los usuarios, se aplican las normas de derecho del consumidor. Al respecto, señala FAVIER DUBOIS:

Más allá de las cuestiones generales de consumo atinentes a todo tipo de actividad comercial (deberes de información, responsabilidad solidaria en la cadena de comercialización, cláusulas abusivas y predisuestas, etc.), en lo que respecta a la industria Fintech propiamente dicha resultarán de particular incidencia las regulaciones relativas a la contratación a distancia (principalmente por medios electrónicos), el derecho de revocación, las estipulaciones específicas para las operaciones de venta de crédito (sobre todo para las Fintech que se dediquen a este negocio), y las consideraciones de la Resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica con respecto a los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios financieros.

Lo narrado hasta aquí es una mera descripción del fenómeno de la digitalización en este tipo de contratos. Pasaremos ahora a analizar los criptoactivos y sus ecosistemas.

1.2. Criptomonedas: La creación de “dinero” virtual

La Real Academia las define como “moneda virtual gestionada por una red de computadoras descentralizadas que cuenta con un sistema de encriptación para asegurar las transacciones entre usuarios” ⁽⁵⁾.

En el derecho argentino, encontramos un concepto en la Resolución 300/2014 de la UIF que habla de “Monedas virtuales” como la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son las de construir un medio de intercambio o unidad de cuenta, o una reserva de valor pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción ⁽⁶⁾.

Las criptomonedas reciben su nombre debido a que usan un cifrado para verificar las transacciones, es decir, un proceso de codificación del texto sin formato que lo torna ilegible mediante el empleo de un algoritmo. Esto significa que se requiere codificación avanzada para almacenar y transmitir de criptomoneda entre monederos y hacia los libros mayores públicos. El objetivo del cifrado es brindar seguridad para resguardar los datos sensibles de los usuarios del sistema y operan en un libro mayor público distribuido llamado *cadena de bloques* más conocido por su nombre en inglés *blockchain*, un registro de todas las transacciones que tienen y actualizan los propietarios de monedas. Su seguridad radica en que en la cadena se pueden incorporar nuevos bloques,

⁽⁵⁾ Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/criptomonedas> —consultado 11/12/2023—.

⁽⁶⁾ Art. 2° de la Resolución 300/2014 Unidad de Información Financiera.

pero técnicamente resulta casi imposible la eliminación de alguno de ellos. En otras palabras, la cadena puede incrementarse, pero se mantiene el registro de la actividad realizada.

Según el sujeto que emite la criptomoneda, podemos distinguirlas en públicas (aquellas emitidas por un Estado como, por ejemplo, el yuan digital emitido el Banco Central de la República Popular China) y las privadas (v. gr. el Bitcoin). Las primeras no dependen del *blockchain* y constituyen dinero digital de los Estados que la emiten. Cabe destacar que se está trabajando en la Unión Europea sobre un futuro euro digital.

Según sus usos, las criptomonedas pueden distinguirse entre: a) *monedas de pago*, aquellas emitidas y gestionadas (de manera centralizada) por entidades profesionales de los servicios de pago —v. gr. Bitcoin—, como también aquellas creadas por empresarios no financieros cuyo objetivo es que la moneda se emplee exclusivamente dentro su ecosistema —v. gr. Amazon coins—; b) *monedas de seguridad (securities)*, aquellas donde la información de las transacciones se restringe exclusivamente al usuario que envía y al que recibe y donde solo el propietario puede ver el balance de su cartera; c) *monedas estables (stablecoins)*, aquellas cuyo precio está vinculado al de otro activo mediante una relación de paridad, como por ejemplo el dólar, con la finalidad de evitar la volatilidad habitual de las criptomonedas, d) *tokens* otro tipo de criptoactivos que también admite diferentes clasificaciones. Entre ellos podemos mencionar: *assets token* o token garantizados con algún activo, *utility tokens* o tokens que otorgan al propietario el derecho a usar un bien o un servicio, y *Non-Fungible Tokens* o token no fungible conocidos como NFT, representan derechos digitales de activos tales como audios, una imagen, un video, etc.

Si queremos analizar su naturaleza jurídica, sobre la cuál mucho se ha escrito, ⁽⁷⁾ nos encontramos frente a ciertos interrogantes:

¿Son moneda? Cumplen algunas de sus funciones, como ser medio de pago, de intercambio de bienes y servicios, y reserva de valor. Pero, a nuestro entender, la emisión de moneda se encuentra estrechamente vinculada a la soberanía de los Estados. En el caso de las criptomonedas, salvo las emitidas por algún país —que son las menos—, carecen de este requisito fundamental, por lo tanto, entendemos que su naturaleza es diferente a la moneda. En otras palabras, tienen ese nombre y muchos de sus usos pero no son precisamente *moneda*.

Entonces ¿qué son? ¿Cosas fungibles? El Código Civil y Comercial, establece que los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre. Ahora bien, los activos digitales son intangibles, inmateriales. Cabe concluir entonces que son bienes que no son cosas.

⁽⁷⁾ SUÁREZ PUGA Ernesto Alejandro “Naturaleza y régimen jurídico de las criptomonedas”, en InDret Privado Revista para el análisis del derecho Nro. 2.2021.

Tal vez lo más apropiado sería considerar que los criptoactivos son algo nuevo y especial que amerita una nueva categoría, distinta y respetuosa de sus particularidades.

Corresponde preguntarse, ¿qué hace atractivas a las criptomonedas para quienes invierten en ellas? ¿Qué riesgos se corren en el llamado mundo cripto? Intentaremos en primer lugar responder a estos interrogantes antes de introducirlos en su regulación.

Las criptomonedas, en general, son emitidas por sujetos de derecho privado. No deben confundirse con el dinero depositado en cuentas bancarias y que circula digitalmente. Los criptoactivos no poseen respaldo de ningún Estado y su valor se basa en la confianza de los usuarios. De allí su gran volatilidad.

No obstante, las constantes variaciones de valor (con excepción de las llamadas *stable coins*), los activos digitales resultan seductores para los inversores. Las razones se fundan en la confidencialidad y el anonimato que reina en dichos ecosistemas. La *blockchain* preserva la trazabilidad de las transacciones dentro de este, otorga direcciones y claves, pero no brinda la titularidad de los usuarios. En otras palabras, las operaciones del mundo cripto, resultan muy difíciles de vincular con personas humanas o jurídicas que invierten en ellas.

Esa característica que por un lado se convierte, quizás, en el elemento más tentador de estos mercados, es al mismo tiempo, su lado oscuro. Pueden usarse este tipo de operaciones con fines contrarios a la ley (evasión impositiva, lavado de dinero, terrorismo, narcotráfico, etc.). Considerando el anonimato de los usuarios y la no intervención de una entidad financiera obligada por la normativa a informar las operaciones sospechosas, el mundo cripto no solo brinda mayores libertades y nuevas posibilidades de negocios, también se ofrece como refugio de aquellos que quieren estar ocultos del brazo de la ley y fuera del alcance estatal.

Más allá de este aspecto negativo para la sociedad toda, también esta opacidad se torna de altísimo riesgo para los usuarios. La falta de identidad en las transacciones, en un universo donde todo se maneja a través de claves (públicas y privadas), puede también ser una trampa mortal para consumidores desprevenidos, quienes pueden en un abrir y cerrar de un programa informático, perder la totalidad del capital depositado. Los casos varían desde las estafas piramidales hasta razones ajenas a la voluntad de los emisores pero que siempre tienen el mismo resultado: la pérdida de lo invertido.

Ese lado oscuro, ha llevado a desarrollar hasta un decálogo —diez consejos o sugerencias— para usuarios de servicios financieros digitales. La ONG *Bitcoin Argentina* ⁽⁸⁾, elaboró una serie de recomendaciones para que quienes quieran ingresar al sistema, estén precavidos. Entre ellos se destacan:

⁽⁸⁾ En un documento, titulado “*Hacia un ecosistema cripto-financiero más seguro y sostenible*”, enfatiza ventajas de protección y seguridad que ofrecen la posesión y la custodia personal de los activos virtuales y detalla información a considerar para elegir donde, cuando y con quién operar. Asimismo, expone las diferencias entre los sistemas descentralizados y los centralizados.

- Informarse adecuadamente sobre la manera en que se *custodian* los criptoactivos, incluyendo el cuidado y acceso a las llaves del *exchange*, la estructura de cofirmantes y la relación entre la exposición a una gestión fría vs. caliente de saldos. Esto último resulta de vital importancia para comprender los riesgos del negocio.

- Comprender el grado de *responsabilidad, separación legal/contable y propiedad* que asumirán sobre los activos virtuales depositados en sus cuentas

- Informarse sobre la responsabilidad que asumen sobre los inconvenientes que pueden surgir en la plataforma propia o de los productos de terceros ofrecidos en su plataforma.

- Conocer la *jurisdicción, la sede legal y los responsables finales* ante quienes los usuarios argentinos deberán enviar sus *reclamos en caso de litigios*. Hay que tomar especialmente en cuenta los problemas que significa litigar en extraña jurisdicción y muy especialmente, los costos de tales litigios.

- Identificar de qué forma se *gestionan los fondos depositados* y, si los mismos son dados a plataformas de terceros, pedir que estas sean enunciadas e identificados los montos depositados o puestos en *stake* ⁽⁹⁾.

- Conocer muy bien los términos y condiciones generales, como también las políticas de privacidad del sistema, la protección de los datos personales —conviene requerir que los mismos se almacenen *off line* y no en la nube, para evitar las consecuencias de un eventual hackeo—, y todo dato que haga al funcionamiento de este.

La labor de las ONG, Asociaciones de Usuarios de servicios financieros, y demás entidades similares que buscan educar a los consumidores sobre estos nuevos mercados resulta valiosa toda vez que, de un lado, encontramos al creador del ecosistema digital que sabe de tecnología y de finanzas, y del otro, un usuario que —en el mejor de los casos— tiene cierto grado de conocimiento de ese mundo. Sin embargo, y más allá de la importancia de la educación en estos nuevos universos, no podemos olvidar que el consumidor es un sujeto vulnerable, que no hace las reglas ni puede cambiarlas, ni tampoco ideó el sistema. En otras palabras, siempre se va a encontrar desprotegido frente a su cocontratante.

He ahí algunos de los riesgos para el usuario de este tipo de servicios y/o contrataciones. A ello habrá de sumarse, las dificultades para notificar un reclamo, y lo que resulta mucho más complejo aun, las dificultades para ejecutar una sentencia dado que los bienes de este tipo son casi imposibles de embargar y/o liquidar forzosamente.

Visualizados los pro y los contra, pasaremos revista por algunas normas que regulan este nuevo mercado (o al menos eso intentan).

Puede consultarse el decálogo completo en <https://drive.google.com/file/d/1cIDbAQARI5T6IUwtwTOMalJGT9Jt4i38/view> —consultado 11/12/2023—.

⁽⁹⁾ *Staking* (apostar o apostando en español), es un mecanismo utilizado por los usuarios de las redes *Proof of Stake* para verificar transacciones y crear nuevos bloques dentro de una *Blockchain*.

2. LA REGULACION DE LOS CONTRATOS FINANCIEROS EN LA ERA DIGITAL

2.1. *El desafío de regular lo intangible*

El fenómeno descrito en el capítulo anterior es transnacional e intangible, razón por la cual la normativa que lo abarque debe estar fundada, necesariamente, en la cooperación jurisdiccional. En efecto, la regulación de criptoactivos y, en general, de operaciones financieras digitales (como las billeteras virtuales, etc.), resulta complicada para los Estados. En primer lugar, porque la mayoría de sus operadores intentan mantenerse fuera de la regulación estadual. Así, prefieren elegir el anonimato muchas veces a la seguridad, utilizando sistemas P2P *peer to peer o puerto a puerto, persona a persona* (algunos de los cuales luego han devenido en verdaderas estafas).

En este contexto, quienes interactúan en estos ecosistemas digitales son más partidarios de la autorregulación, invocando la autonomía de la voluntad y la llamada *lex informatica*, como un principio infranqueable que no puede ser trasgredido por los Estados nacionales. No obstante, lo cual, y pese a los desafíos que implica, los países han ido generando diversas normas para regularla considerando especialmente los volúmenes de “dinero” que se mueven a nivel internacional. Además, como todo mercado no regulado o poco regulado, puede tener algunos efectos negativos como la evasión impositiva, el narcotráfico, el terrorismo, entre otros. La opacidad típica del llamado *mundo crypto*, como ya describimos, engendra varios peligros contra los que los Estados batallan permanentemente.

La actividad conjunta se impone, por lo cual estudiaremos primero algunas reglas que comienzan a aparecer para regular los criptoactivos de manera integral. Como en tantos otros temas de la era digital, Europa ha tomado la delantera.

2.2. *El reglamento MiCA: la Unión Europea marca el rumbo*

La Unión Europea alcanzó muy recientemente un acuerdo político, en octubre de 2022, que le permitió aprobar el *Reglamento de mercados de criptoactivos* (MiCA por sus siglas en inglés *Markets in Crypto Assets*), cuyo texto fue consensuado luego de arduos esfuerzos y alcanzó su redacción final en abril de este año 2023. Comenzará su vigencia en 2024 pero en forma gradual, paulatina hasta 2025. Se trata del primer marco regulador de carácter general para estos instrumentos en el mundo, lo que convierte a Europa en un espejo donde mirarse y un modelo a seguir a la hora de regular esta nueva forma de negocios financieros. La normativa incluye a emisores y proveedores de servicios, con el objetivo de proteger a consumidores e inversores, así como para aumentar la estabilidad financiera y la innovación.

Lejos de los temores que podrían sentirse al principio por la regulación a escala global por el Parlamento del bloque integrado, muchos operadores sostienen que MiCA viene a robustecer el mercado de criptoactivos, al hacerlo más seguro y confiable para quienes actúan en él. Sus normas marcan pautas básicas de actuación para los emisores y prestadores de servicios, pero también se preocupan por el medio ambiente y la transparencia y estabilidad financiera de estos negocios.

Entre sus objetivos primordiales se encuentra el deseo de suprimir los obstáculos para el establecimiento del mercado interior de servicios financieros y mejorar su funcionamiento garantizando la plena armonización de las normas aplicables. Ello así dado que las divergencias que se presentan en el bloque integrado entre los marcos, las normas y las interpretaciones que se aplican a los criptoactivos y los servicios de criptoactivos en los diferentes Estados (algunos de los cuáles ya han generado soluciones en sus derechos internos), representa un claro impedimento para que los proveedores de servicios expandan su actividad a escala de la Unión Europea.

Tal como se menciona en su exposición de motivos:

La introducción de un marco común de la UE abre la vía para establecer condiciones uniformes de funcionamiento para las empresas dentro de la UE y, de ese modo, superar las diferencias entre los marcos nacionales, que abocan a la fragmentación del mercado, y reducir la complejidad y los costes a los que se enfrentan las empresas que operan en este espacio. Al mismo tiempo, permitirá a las empresas acceder de lleno al mercado interior y ofrecerá la seguridad jurídica necesaria para promover la innovación en el mercado de criptoactivos. Por último, favorecerá la integridad del mercado y proporcionará a los consumidores y los inversores el nivel adecuado de protección y una comprensión clara de sus derechos, además de garantizar la estabilidad financiera.

El Reglamento aprobado dispone una serie de requisitos armonizados para los emisores que deseen ofertar sus criptoactivos en la Unión y los proveedores de servicios de criptoactivos que deseen solicitar una autorización para prestar sus servicios en el mercado único. Dichos emisores y proveedores de servicios no deben estar sujetos a normas nacionales específicas.

Otro punto a destacar entre las cuestiones tenidas especialmente en cuenta por sus disposiciones es el intento de perdurar en el tiempo. Debemos reconocer que cuando los profesionales del derecho nos abocamos a trabajar temas relacionados con la tecnología nos acosa el temor de que las normas se conviertan en breve en letra muerta. Los cambios de la informática son tan veloces, que su regulación parece imposible. Lo que hoy reglamentamos mañana ya no existe, y la ley se vuelve obsoleta. Este instrumento tiene dentro de sus objetivos trascender y por ello se legisla de manera amplia y abarcativa de un mercado en constante transformación. Así, afirma que:

Es preciso que la legislación que se adopte en el ámbito de los criptoactivos sea específica, tenga visión de futuro y esté preparada para seguir el ritmo de la innovación y los avances tecnológicos. Por ello, los “criptoactivos” y la “tecnología de registro descentralizado” deben definirse de la manera más amplia posible, a fin de abarcar todos los tipos de criptoactivos que actualmente quedan fuera del ámbito de aplicación de la legislación de la Unión en materia de servicios financieros. La legislación que se adopte ha de contribuir igualmente al objetivo de luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Por tanto, es necesario que la definición de “criptoactivos” se corresponda con la definición de “activos virtuales” establecida en las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) ⁽¹⁰⁾. Por el mismo motivo, la lista de servicios de criptoactivos que se elabore debe incluir igualmente los servicios de activos virtuales que podrían plantear problemas en relación con el blanqueo de capitales y que el GAFI señala como tales.

El Reglamento MiCA establece un marco regulador a medida para los criptoactivos y los reconoce como una nueva clase de activos, admitiendo que se trata de una nueva categoría de bienes. Los define como una representación digital de un valor o un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, utilizando tecnología de libro mayor distribuido o tecnología similar. Incluye tres tipos de criptoactivos:

1. Fichas referenciadas a activos (ART, por sus siglas en inglés *asset-referenced token o stable coins*), cuyo propósito es mantener un valor estable mediante su referencia a cualquier valor o derecho, o una combinación de ambos, incluyendo una o varias monedas oficiales.

2. Fichas de dinero electrónico (EMT, por sus siglas en inglés *e-money token*), que hacen referencia al valor de una moneda oficial para mantener un valor estable. La diferencia entre ART y EMT es la configuración de la referencia que soporta el precio de la moneda. En la primera, se emplean activos o una cesta de divisas, y la segunda utiliza una única divisa, lo que le acerca más al concepto de dinero electrónico.

3. *Criptoactivos* que no tienen la consideración de fichas referenciadas a activos o de fichas referenciadas a dinero electrónico, pero tienen un *emisor identificado*. Entre ellos se incluyen los denominados *utility tokens*, que se usan para acceder y utilizar servicios o productos proporcionados por el propio emisor de ese token. Estos *utility tokens* nos permiten tener un acceso futuro al producto o servicio de una empresa. Se diferencian de los *security tokens*, aquellos

⁽¹⁰⁾ GAFI (2012-2019): “International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation” [“Normas internacionales sobre la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y la proliferación”], GAFI, París, Francia disponible en <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/recommendations/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf> —consultado 11/12/2023—.

tokens criptográficos similares a cualquier otro, pero vinculados a los valores financieros tradicionales, como bonos, swaps, futuros y demás.

No aparecen regulados los activos tradicionales tokenizados (por ejemplo, un plan de pensiones tokenizado) o los NFT (obras artísticas). Tampoco se ocupa del eurodigital —aún en proyecto—, ni de las llamadas las DEFI o “finanzas descentralizadas”, un conjunto de aplicaciones basadas en redes ‘blockchain’ que no necesitan de intermediarios para funcionar, vale decir que las operaciones se hacen de persona a persona por medio de una plataforma según cada programa que presenta determinadas características, riesgos y oportunidades —P2P—. Otro rubro excluido es el de los criptoactivos que se ofrecen gratuitamente (como, por ejemplo, las monedas de los juegos).

Los ejes centrales del convenio europeo son:

- *La emisión y admisión a negociación de criptoactivos*, poniendo el foco en la transparencia e información para su ejercicio.

- *La prestación de servicios de criptoactivos* por parte de los proveedores servicio.

- *Autorización y supervisión* de proveedores de criptoactivos y de emisores de tokens. Los supervisores se enfocarán en controlar una serie de proveedores de servicios, que van desde las carteras de custodias (o *wallets*, por su nombre en inglés), las plataformas de intercambio (*exchanges*) y negociación hasta los gestores decriptocarteras. Todos ellos deberán estar registrados previamente en los registros que se crean al efecto. En este punto cabe destacar que no se crea ningún organismo supranacional, sino que los Estados se comprometen a establecer en su territorio los organismos que se encargarán de dicho control, pudiendo ser nuevos o asumir ese rol alguna institución ya existente. Ello queda en manos de cada uno de los países.

- *Operativa, organización y gobierno interno* de los emisores y prestadores de servicios.

- *Protección al consumidor*. La inestabilidad de este tipo de mercados ha inspirado al legislador europeo, y ello se traduce en medidas concretas que buscan cuidar a los usuarios. Así, se pretende asegurar el *principio transparencia* en los diferentes momentos de la negociación de criptoactivos, desde el momento mismo de la emisión y el funcionamiento de los ecosistemas digitales donde ellos se comercializan. Sobre este punto cabe destacar que, más allá de un régimen general aplicable a todas las emisiones de criptoactivos, se establecen algunos regímenes especiales para determinadas categorías que requieren una mayor protección de los consumidores lo que motiva la exigencia de mayores requisitos. Toda vez que el deber de información es una pieza clave en la defensa de los usuarios, se fija la obligación de *publicar toda la información relevante* sobre los criptoactivos, así como descripciones detalladas sobre las operaciones, el destino de los fondos y los riesgos asumidos. Las ofertas públicas de criptoactivos serán reguladas. Como podemos observar, los derechos de los usuarios son una preocupación y se han estable-

cido reglas que buscan cuidarlos sin coartar por ello la comercialización de los activos digitales. Por el contrario, se pretende lograr ecosistemas seguros, sustentables, transparentes.

- *Prevención de abusos de mercado y prevención del lavado de dinero.* El Reglamento MiCA dedica un título entero a estos temas, de suma relevancia considerando la opacidad de los mercados donde se negocian activos digitales. Así, se incluyen varias medidas para evitar la manipulación del mercado y que se produzcan delitos de blanqueo de capitales y financiación de actividades prohibidas y nocivas para la sociedad, como el narcotráfico o el terrorismo. De este modo, intenta dar seguridad a inversores y poner remedio al blanqueo de capitales que venía siendo habitual utilizando los criptoactivos como instrumento para introducir en el mercado dinero proveniente de este tipo de actividades delictivas.

- *La huella ambiental.* Otro aspecto del que se ocupa este Reglamento es la preservación del ambiente. Como es sabido, la generación de criptomonedas implica un alto gasto energético que impacta de lleno en el ambiente. Si bien no se logró aprobar parte de su texto que imponía mayores restricciones, al menos se incluyen disposiciones que obligan a los emisores a informar sobre la huella medioambiental. Es un principio, y denota la preocupación del legislador por el cuidado del planeta.

Como vemos, la regulación abarca distintos aspectos de los mercados de criptoactivos. MICA es el primer reglamento que los regula de manera general y con esta amplitud de temas, por lo que consideramos es un faro que puede iluminar otras disposiciones similares futuras.

2.3. El derecho argentino

En nuestro país contamos con la ya citada Resolución UIF 300/2014 que reconoce la característica transfronteriza de estos mercados y busca prevenir el lavado de dinero. Asimismo, AFIP ha incorporado en la Declaración de Ganancias y Bienes Personales a las “monedas digitales”. Sin embargo, no contamos con normas de carácter general y completo, como el Reglamento europeo reseñado.

El BCRA ha efectuado una publicación titulada *Advertencia sobre criptoactivos*, que comienza señalando como el crecimiento de estos mercados (y el colapso que sufrieron muchos de ellos), ha motivado la atención tanto de organismos internacionales y de las autoridades nacionales. Se enfatiza sobre su impacto en la estabilidad financiera, los potenciales efectos macro-financieros, y especialmente, sobre los riesgos que representan para los usuarios e inversores individuales.

En sus disposiciones y advertencias, el Banco Central reconoce la naturaleza transfronteriza y transversal de la comercialización de criptoactivos que hace difícil encuadrarlos en los marcos legales vigentes, lo que pone en evidencia la pertinencia de la intervención del derecho internacional privado para

elaborar normativa apropiada. Ello sumado a su opacidad, dado que es también complejo detectar los verdaderos titulares de los fondos allí depositados. Otro problema, son los riesgos que implica para los usuarios del sistema, por la falta de información y escasa transparencia.

En Argentina, tanto el BCRA como la Comisión Nacional de Valores (CNV) en mayo de 2021 publicaron un alerta conjunta destacando la volatilidad de estos mercados. En mayo de 2022, el BCRA estableció que las entidades financieras bajo su regulación no puedan participar, directa o indirectamente, en la oferta de criptoactivos a clientes. Un año después, en mayo de 2023 dispuso que los proveedores de servicios de pago que ofrecen cuentas de pago (PSPCP) no podrán realizar ni facilitar a sus clientes las operaciones con activos digitales, incluidos los criptoactivos.

Año a año las reglas se han ido especializando. Más allá de algunas disposiciones concretas, también la entidad monetaria se encarga de propagar la labor que se viene llevando a cabo en otras jurisdicciones ⁽¹¹⁾. Consideramos que esta actividad de difusión y educación debe resaltarse ya que el usuario de este tipo de servicios financieros debe estar adecuadamente informado sobre las características y los riesgos de estos mercados.

CONCLUSIONES

Consideramos que los contratos financieros modernos, cuando presentan circunstancias multinacionalizadoras, pueden regularse por las normas del derecho internacional privado aplicable a los contratos internacionales. No obstante, creemos que deberán efectuarse las adaptaciones necesarias para una mejor comprensión del fenómeno global.

Así, el Reglamento europeo puede constituirse en soporte y guía de otras normas, de carácter nacional e internacional. Su texto es lo suficientemente flexible para adaptarse a los cambios tecnológicos, amplio para contemplar todos los aspectos (o al menos los más relevantes de los mercados de criptoactivos) y establece medidas concretas para evitar el fraude a los usuarios, el blanqueo de capitales, la evasión tributaria y otros tantos aspectos que conspiran contra un ecosistema seguro, transparente y sustentable.

Por nuestra parte creemos que cualquier regulación sobre el tema debería:

- Conceptualizar de los criptoactivos con la mayor amplitud posible, para evitar la pronta obsolescencia de las disposiciones. Las calificaciones resultan muy útiles para comprender un nuevo fenómeno, pero deben necesariamente contemplar la velocidad de los cambios tecnológicos.
- Asegurar la transparencia y ciberseguridad, como garantías de la libre competencia y de los derechos de inversores y consumidores.

⁽¹¹⁾ Para profundizar puede consultarse: BCRA, Advertencia sobre criptoactivos, Publicación disponible en: <https://www.bcra.gob.ar/PublicacionesEstadisticas/Advertencia-sobre-criptoactivos.asp> —consultado 11/12/2023—.

- Fortalecer los derechos de los usuarios de servicios financieros digitales, reafirmando las normas existentes en materia de protección del consumidor en la contratación electrónica y, en especial, el deber de información de los proveedores de estos servicios.

- Establecer reglas y organismos de control que tiendan a prevenir los abusos de mercado, competencia desleal y lavado de dinero.

Estamos convencidos que, tratándose de un fenómeno global, el rol del derecho internacional privado es y será trascendente en la regulación de la digitalización del sistema financiero y el mercado de criptoactivos.

La cooperación entre Estados a la hora de reglamentar y sancionar a los infractores de las normas que se dicten es el único camino posible frente a lo intangible. La virtualidad llegó al mercado financiero para quedarse. A los juristas nos toca comprender el fenómeno y legislarlo adecuadamente para asegurar un ecosistema confiable y sustentable. Una ardua tarea que no podemos ni debemos esquivar.

BIBLIOGRAFÍA

BARREIRA DELFINO Eduardo, *Contratos Bancarios*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

_____, (2012). “Contratos bancarios”. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2907/1/contratos-bancarios-barreira-delfino.pdf> —consultado el 11/12/2023—.

FAVIER DUBOIS, Eduardo M (h) Empresas ‘Fintech’, Sistema Financiero y Derecho Crediticio —Luces y sombras en la inclusión financiera, *Boletín Diario Rubinzal Culzoni Edición del 02/02/2022*— RC D 36/2022, disponible en <https://favierduboisspagnolo.com/?s=Empresas+%27Fintech%27> —consultado el 11/12/2023—.

SUÁREZ PUGA Ernesto Alejandro “*Naturaleza y régimen jurídico de las criptomonedas*”, en *InDret Privado Revista para el análisis del derecho* Nro. 2.2021, disponible en <https://indret.com/naturaleza-y-regimen-juridico-de-las-criptomonedas/> —consultado 11/12/2023—.

ZUÑIGA CASTRO, Karol, *Un acercamiento jurídico al fenómeno de las criptomonedas y Blockchain*, Revista de Derecho Bancario y Financiero —Número 42— IJ Editores. Buenos Aires. Septiembre 2018. IJ-DXXXIX-308.

AFIP, Dictamen 2-2022, disponible en <https://6b9504.a2cdn1.secureserver.net/wp-content/uploads/2022/08/DICTAMEN-2-2022.pdf> consultado el 11/12/2023—.

BCRA PUBLICACIONES: Advertencia sobre criptoactivos, Publicación disponible en: <https://www.bcr.gov.ar/PublicacionesEstadisticas/Advertencia-sobre-criptoactivos.asp>, —consultado 11/12/2023—.

GAFI (2012-2019): “*International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*” [“Normas internacionales sobre la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y la proliferación”], GAFI, París, Francia disponible en <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/recommendations/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf> —consultado 11/12/2023—.

UNION EUROPEA. Reglamento MICA <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593> —consultado 11/12/2023—.

ONG Bitcoin Argentina. “*Hacia un ecosistema cripto-financiero más seguro y sostenible*”, <https://drive.google.com/file/d/1clDbAQARI5T6IUwtwTOMaJGT9Jt4i38/view> —consultado 11/12/2023—.

CAPÍTULO II: FAMILIA

DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA FAMILIA CON ESPECIAL ENFOQUE EN LOS DESAFÍOS DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

POR MARÍA SUSANA NAJURIETA *

Resumen

Desde 1984 en adelante la República Argentina ha modificado su legislación nacional y la jurisprudencia de los tribunales en el sentido de dar operatividad a los derechos de las familias y, en especial, a garantizar el derecho de la infancia a la vida de familia. Por razones históricas de la realidad social argentina, nuestro país formuló reserva a los incisos b, c, d, y e del art. 21 de la Convención sobre Derechos del Niño (art. 2º de la ley 23.849), circunstancia que impide la ratificación por Argentina del Convenio de La Haya de 1993 sobre protección de los niños y cooperación en materia de adopción internacional. Esta situación, prolongada a pesar de los cambios sociales y jurídicos relativos a la infancia, se reflejó en una idea de disfavor hacia toda adopción internacional o constituida en el extranjero, con serio riesgo a vulnerar el derecho a la estabilidad del lazo de filiación por adopción de niños y niñas. El enfoque se ha modificado en las nuevas soluciones consagradas en la Sección 6ª del Capítulo 3 del título IV del Libro Sexto del Código Civil y Comercial y en la interpretación jurisprudencial de estas disposiciones. Resta dilucidar si las necesidades acuciantes de niños y niñas privados de un entorno familiar exigen, en las actuales circunstancias de la República Argentina, avanzar en el levantamiento de la reserva formulada en 1990 a fin de facilitar la ratificación por nuestro país del Convenio de La Haya de 1993 y aprovechar las ventajas de este tratado en beneficio de la infancia.

* Doctora por la Universidad de Buenos Aires. Diplomada en Études Approfondies en droit international privé et droit du commerce international, Panthéon-Sorbonne. Profesora titular consulta de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora titular en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella. Profesora invitada en la sesión de verano de 2014 a dictar un curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Diploma al mérito Konex en Humanidades-Derecho Civil, 2016. Miembro del equipo de especialistas en Derecho internacional Privado que colaboró con la Comisión de Reforma que concretó el Código Civil y Comercial vigente desde el año 2015. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

Palabras clave

Vida de familia, derecho a la identidad, cooperación, inserción de adopción extranjera, Convenio de La Haya de 1993.

FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE FAMILY WITH SPECIAL
FOCUS ON THE CHALLENGES OF INTERNATIONAL
ADOPTION IN ARGENTINE

Abstract

From 1984 onwards, the Argentine Republic has amended its national legislation and the jurisprudence of the courts in order to give effect to the rights of families and, in particular, to guarantee the right of children to family life. For historical reasons of the Argentine social reality, our country made a reservation to paragraphs b, c, d, and e of article 21 of the Convention on the Rights of the Child (art. 2° of Law No. 23.849), a circumstance that prevents Argentina from ratifying the 1993 Hague Convention on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption. This situation, prolonged despite the social and legal changes relating to children, was reflected in an idea of disfavour towards any international adoption or adoption constituted abroad, with a serious risk of violating the right to the stability of the filiation by adoption of children. The approach has been modified in the new solutions contained in Section 6 of Title IV of Book Six of the Civil and Commercial Code and in the jurisprudential interpretation of these provisions. It remains to be clarified whether, in the current circumstances of the Argentine Republic, the pressing needs of children deprived of a family environment require progress to be made in lifting the reservation in order to facilitate our country's ratification of the 1993 Hague Convention and to profit the advantages of that treaty for the benefit of children.

Keywords

Family life, right to identity, cooperation, insertion of foreign adoption, 1993 Hague Convention.

INTRODUCCIÓN

A partir de la recuperación de la regularidad constitucional y democrática en diciembre de 1983, la República Argentina procedió a asumir obligaciones internacionales en el plano de los derechos humanos mediante la ratificación de los grandes tratados de derechos humanos. En septiembre de 1984 ratificó la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre adoptada en San José

de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 ⁽¹⁾ —con la consecuente sujeción al régimen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos—. Los grandes pactos que vieron la luz en 1966 en el seno de las Naciones Unidas en relación a los Derechos Civiles y Políticos y a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fueron ratificados por la República Argentina en el año 1986 ⁽²⁾. En cuanto a los derechos de la infancia, nuestro país intervino activamente en la elaboración y en la formación de consensos plasmados en noviembre de 1989 en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la CDN), que fue aprobada por Argentina en 1990 mediante la ley 23.849 ⁽³⁾.

Este conjunto de tratados internacionales —cuyas normas fueron reconocidas por los tribunales argentinos con jerarquía superior a las leyes de fuente interna— fue recibido explícitamente en el texto reformado de la Constitución Nacional de 1994, cuyo artículo 75, inciso 22, estableció en su segunda frase que los tratados e instrumentos de derechos humanos allí enunciados

...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional previa aprobación de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara... ⁽⁴⁾.

Por lo demás, finalizando el siglo XX, la República Argentina ha ratificado el Protocolo facultativo en relación a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía que complementa la CDN ⁽⁵⁾, así como el

⁽¹⁾ Aprobada en nuestro país por ley 23.054. El artículo 17.1 establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. A su vez, el artículo 24 sostiene el principio de que todas las personas son iguales ante la ley, con derecho, sin discriminación, a igual protección.

⁽²⁾ Aprobación mediante la ley 23.313 (B.O. de abril de 1986). El artículo 23.4 del Pacto internacional sobre Derechos Civiles y Políticos establece que los Estados Parte tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio y durante el matrimonio y en caso de disolución de este, asegurando la protección necesaria a los hijos.

⁽³⁾ Por el art. 2° de la ley 23.849 la República Argentina formuló la siguiente reserva: “La República Argentina hace reserva de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño y manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional a fin de impedir su tráfico y venta”. La interpretación extensiva de esta reserva ha llevado a los tribunales nacionales a considerar que toda adopción internacional violenta el espíritu de la ley y de la Constitución argentina.

⁽⁴⁾ Texto que tendrá influencia en el procedimiento a seguir legislativamente en el supuesto de que la Argentina tome la decisión política de levantar total o parcialmente la reserva formulada por el art. 2° de la ley 23.849.

⁽⁵⁾ Aprobación mediante la ley 25.763. En relación al art. 2° de este tratado, la República Argentina ha declarado que considera el concepto de “venta” con un alcance más extenso, simi-

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños ⁽⁶⁾, que complementa la Convención de Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada Transnacional. Asimismo, desde 1985, Argentina ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ⁽⁷⁾. Si bien solo se han mencionado los hitos relevantes, es indudable que este bloque normativo ejerció su potencia transformadora en las leyes de fuente interna —el efecto “vertical” de los derechos humanos ⁽⁸⁾— y provocó en los últimos cuarenta años un diálogo normativo entre fuentes constitucionales nacionales y fuentes convencionales, prolongado y enriquecido por un diálogo entre jurisdicciones superiores nacionales y supranacionales ⁽⁹⁾.

En este orden de ideas, citaremos tres fallos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todos ellos del siglo XXI, que impactan en los conceptos de identidad, igualdad, derecho a la verdad, pluralidad y apertura en las relaciones de familia, sin los cuales no puede comprenderse la formación del concepto actual de la familia y del interés superior del niño.

En primer lugar, el fallo dictado el 24 de febrero de 2011 en el caso “Gelman v. Uruguay”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que la sustracción de niños y/o niñas efectuada por agentes estatales para ser entregados ilegítimamente en crianza a otra familia, modificando su identidad y sin informar a su familia biológica sobre su paradero, tal como ocurrió en el presente caso, constituye un hecho complejo que implica una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares” ⁽¹⁰⁾. Al año siguiente, en el relevante asunto “Atala Riffo y niñas v. Chile”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que:

...en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicio-

lar al concepto de “tráfico” definido en el art. 2° de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de menores.

⁽⁶⁾ Ratificada por Argentina en 2002 y en vigor desde 2005. En el orden interno, la República Argentina dictó las leyes 26.364 y 26.842 sobre el delito de trata de personas.

⁽⁷⁾ Cuyo Protocolo facultativo fue aprobado por ley 26.171 (B.O. del 11.12.2006).

⁽⁸⁾ En relación a esta función de estructuración de un ordenamiento jurídico determinado, puede verse: DUBOUT E./TOUZÉ S., “La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques” en la obra Dubout et Touzé, *Les droits fondamentaux charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 11-35.

⁽⁹⁾ Entre muchos autores, puede verse: NAJURIETA, María Susana, “Principios y caracteres del Derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, Abeledo Perrot, número 93, 2016, pp. 135/162. En el mismo número: RABINO Mariela Carina, “La constitucionalización en el Derecho internacional privado argentino”, pp. 3/31.

⁽¹⁰⁾ Sentencia dictada el 24.2.2011 en el asunto “Gelman v. Uruguay” (fondo y reparaciones), párrafo 120.

nal” de esta. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio... ⁽¹¹⁾.

La tercera especie pertinente a los fines del presente trabajo, es la sentencia dictada el 9 de marzo de 2018 en la causa “Ramírez Escobar y otros v. Guatemala”, que se relaciona con una adopción notarial, según la práctica guatemalteca de la época, que decidió la inserción de dos hermanitos —de siete y de dos años en ese momento— en dos familias diferentes domiciliadas en los Estados Unidos de Norteamérica, tras etapas de institucionalización y de declaratoria judicial de estado de abandono teñidas de irregularidades. Dijo la Corte Interamericana que la adopción internacional es una forma permanente de cuidado sustituto que exige el cumplimiento de requisitos sustanciales y procesales y que obliga a los Estados Parte a proteger la identidad del niño y sus relaciones familiares, garantizando la legalidad y la subsidiariedad, es decir, que solamente procede cuando se han agotado las posibilidades adecuadas de atención y de cuidado en el país de origen ⁽¹²⁾.

En este contexto, podemos señalar los siguientes consensos: a) la familia es una realidad prejurídica, social y cultural, de extraordinario dinamismo, que debe ser acompañada y garantizada por el derecho; b) la concepción de una adopción internacional responde a un doble sentido de subsidiariedad, es decir, puede ser vislumbrada una vez que se han agotado las posibilidades de que un niño pueda ser cuidado en el seno de su familia de origen, nuclear o ampliada y, además, que se haya verificado que no exista una alternativa de vida familiar apropiada en el Estado de origen; y c) todo proyecto individual de adopción internacional exige un enfoque ético, en consideración del interés superior del niño o niña, con intervención de servicios especializados y la supervisión de tribunales también altamente idóneos ⁽¹³⁾.

1. DILEMAS DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Estos dilemas estuvieron en el espíritu de la elaboración de la reforma a las disposiciones de derecho internacional privado en materia de adopción que se concretó en el Código Civil y Comercial. Ello significa que son antecedente de las regulaciones, y constituyen desafíos no plenamente resueltos.

⁽¹¹⁾ Sentencia de la CIDH, del 24.2.2012, en el asunto “Atala Riffo K. y niñas v. Chile”, párrafo 142.

⁽¹²⁾ CIDH, asunto “Ramírez Escobar y otros v. Guatemala” del 9.3.2018, párrafos 201 a 208.

⁽¹³⁾ Documento SSI/CIR, “Les droits de l’enfant dans l’adoption nationale et internationale”, *Service Social International*, Ginebra, Suiza, 1999.

1.1. Comprender la historia y la tragedia de fines de los setenta con impacto en la concepción del instituto

La reserva formulada por la República Argentina al ratificar la CDN no puede comprenderse sin una lectura conjunta de la génesis de las disposiciones de los artículos 3°, 8° y 21 de dicho tratado, a la luz de la situación socio-política de nuestro país en la segunda parte de la década de los setenta.

La fuente del artículo 8° fue una proposición de la República Argentina en el seno de la conferencia de expertos que debatía en Ginebra en el año 1985 el espíritu y la letra de una futura convención universal que consagrara los derechos de todos los niños. La proposición argentina no avanzó en ese año, pero fue repetida con insistencia al año siguiente. La Argentina quería explicitar la obligación de los Estados de asegurar el derecho del niño a su verdadera identidad familiar y, en la hipótesis en que hubiera sido ilícitamente adulterada, a asumir el deber de restablecer lo antes posible los lazos de sangre afectados.

Sin duda, la proposición de Argentina ⁽¹⁴⁾ fue motivada por la toma de conciencia de la tragedia vivida en los años de dictadura militar, en donde unos cuatrocientos niños y niñas fueron privados de sus lazos con la familia biológica. Para algunos Estados, ajenos a la situación vivida en Argentina, era suficiente regular el derecho del niño a un nombre, una nacionalidad y a ser registrado inmediatamente después del nacimiento, exigencias que, por lo demás, ya aparecían en instrumentos anteriores. Era inconcebible dictar normas para prevenir un plan sistemático de sustracción de niños y de sustitución de su identidad. En cambio, para la delegación argentina, era relevante que el convenio multilateral incluyera la preservación de todos los elementos de la identidad de la persona humana tal como finalmente fue plasmado en el artículo 8° de la CDN.

El texto adoptado, a pesar de sus vaguedades, comporta a la vez una obligación negativa de los Estados, de abstenerse a dañar la identidad de un niño con injerencias ilegítimas y, por otro lado, impone la obligación positiva de establecer mecanismos eficientes para restablecer al niño en el goce de los derechos violentados ⁽¹⁵⁾. En este sentido, todo lo que significara apartar al niño de sus raíces de sangre, de su geografía, de su cultura, era visto con disfavor aun cuando la alternativa fuese renunciar a una vida de familia apropiada. Esta

⁽¹⁴⁾ “The child has the inalienable right to retain his true and genuine, personal, legal and family identity. In the event that a child has been fraudulently deprived of some or all of the elements of his identity, the State must give him special protection and assistance with a view to re-establishing his true and genuine identity as soon as possible. In particular, this obligation of the State includes restoring the child to his blood relations to be brought up”. Najurieta María Susana, “L’adoption internationale des mineurs et les droits de l’enfant”, *Recueil des Cours*, tomo 376, (2016), p. 302 y nota 214.

⁽¹⁵⁾ DOEK Jaap, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 8°: the Right to Preservation of Identity. Article 9°: the Right not to be separated from his or her Parents*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 7-9.

posición era defendida con vehemencia en 1990, en ocasión de aprobar la ratificación de la CDN mediante la ley 23.849.

En 1997, la República dictó la ley 24.779 que incorporó una nueva regulación de la adopción al Código Civil de Vélez Sarsfield y modificó una exigencia del derecho de fondo, imponiendo la residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años al aspirante que pretendiera tramitar una petición de guarda de un niño o niña oriundo de nuestro país (art. 313 del Código Civil). Con toda evidencia, este último requisito resultaba un obstáculo insalvable para los aspirantes a futuros padres adoptantes domiciliados en el extranjero respecto de niños domiciliados en nuestro país.

La posición adversa a todo tipo de adopción internacional se reiteró en 1999, en ocasión de un gran Seminario latinoamericano en materia de adopción internacional convocado por la OEA y reunido en Santiago de Chile, al que asistió una delegación argentina. Quedó asentado en el documento final que la República Argentina compartía los rasgos generales de la declaración, pero que no aceptaría convertirse en un país de salida de niños y niñas, “en virtud de prohibiciones legales y constitucionales vigentes” ⁽¹⁶⁾.

Indudablemente, la reserva formulada en relación a los incisos b), c), d) y e) del art. 21 de la CDN constituía un obstáculo a un tipo de adopción con elementos extranjeros: la de un menor de edad residente habitual en la República Argentina que pretendía ser emplazado en un lazo de filiación por adopción en el seno de una familia residente habitual en el extranjero, lo que obligaba a un desplazamiento del niño y a la consiguiente pérdida de sus raíces idiomáticas, culturales y geográficas. Más aún, el verdadero obstáculo estaba representado por la sospecha de venta de niños, de acciones ilegítimas de intermediarios que violentaban el consentimiento de madres vulnerables, quienes entregaban a sus hijos/as ante la desesperanza por brindarles un futuro mejor ⁽¹⁷⁾.

Explicitada la motivación de la reserva, no puede dejar de señalarse que en los treinta y tres años que han transcurrido, la República Argentina ha avanzado en forma notable tanto en el plano legislativo como administrativo en relación a la prevención y lucha contra la venta de niños —para todo fin, incluyendo la constitución ilegal de una adopción—, como resulta de los instrumentos citados en las notas 5 y 6 de este trabajo.

Además, desde la óptica de las estructuras administrativas y judiciales especializadas, se puso en marcha la Procuraduría de Trata y Explotación de Per-

⁽¹⁶⁾ Declaración de Santiago de Chile del 5 de marzo de 1999. OEA/Ser.P AG/RES.1632 www.oas.org/assembly/esp/aprobada1632.htm.

⁽¹⁷⁾ Ejemplo de esta realidad, es el fallo dictado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa con fecha 4.2.2003 en relación a la guarda con fines de adopción solicitada por el matrimonio de nacionales españoles J.R.G. y T.M.G. respecto del niño “S.D.P.” nacido en Formosa el 21 de diciembre de 1995. Asunto “R.G., J. y M.G., T. s/ adopción plena”, *ED* 205, pp. 524-547. La prolongación de los procedimientos obligó a resolver en definitiva conforme a la teoría del hecho consumado.

sonas (PROTEX, Res. PGN 805/13) y el Consejo Federal para la lucha contra la trata y explotación de personas y asistencia a las víctimas. Por su parte, el Ministerio Público Fiscal puso en funcionamiento el sistema sincronizado de Denuncias sobre Delitos de Trata y Explotación de personas (Línea 145) y el Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento de Víctimas.

Estos avances legislativos no significan omitir que, en los planos social, económico y cultural permanecieron las dificultades de nuestro país para concretar en tiempo oportuno los proyectos de adopción nacional, manteniendo grupos de hermanos o de niños/niñas mayores de once/doce años en situación de institucionalización en centros despersonalizados. La situación fue detectada en el plano nacional y por organismos especializados en derechos humanos, habida cuenta que estos jóvenes probablemente alcancen su mayoría de edad sin la contención de la vida de familia ⁽¹⁸⁾.

En las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño a los informes tercero y cuarto presentados por la República Argentina, el organismo expresó:

Habida cuenta de las largas listas de espera de los aspirantes a la adopción, el Comité insta al Estado parte a establecer un riguroso sistema legal de protección contra la venta y la trata de niños de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, entre otras cosas para establecer un sistema de adopción seguro que respete el interés superior del niño, con miras a retirar su reserva con el tiempo ⁽¹⁹⁾.

En las siguientes Observaciones finales sobre Argentina, en respuesta a los informes quinto y sexto elevados por nuestro país, el Comité de los Derechos del Niño expresó preocupación por la persistencia de los defectos en la atención de los niños privados de entorno familiar, y alentó al Estado parte a que retire la reserva a los apartados b) a e) del art. 21 de la CDN referidos a la adopción internacional ⁽²⁰⁾.

En relación al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Protocolo facultativo “Venta de Niños”, el Comité de los Derechos del Niño, en respuesta al informe inicial presentado por la República Argentina, expresó su preocupación por la falta de legislación sobre adopción internacional y por el hecho de que argentina no haya ratificado el Convenio de La Haya de 1993

⁽¹⁸⁾ Según el informe publicado por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social Argentina, en colaboración con UNICEF, actualizado al año 2020, se hallaban registrados 9031 niñas, niños y adolescentes en dispositivos formales de cuidado (que no incluyen familia ampliada ni referente de cuidado). www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/09/situacion_de_nnya_sin_cuidados_parentales_-_2020_03.05_1.pdf (consultado el 5.1.2024).

⁽¹⁹⁾ Documento CRC/C/ARG/CO/3-4, par.10 a 12, del 21.6.2010.

⁽²⁰⁾ Documento CRC/C/ARG/CO/5-6 de octubre de 2018.

relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional ⁽²¹⁾.

1.2. Dar flexibilidad a las respuestas jurídicas en la medida de las alertas sobre soluciones rígidas deficientes

El contexto descripto y las consecuencias de sobrevalorar la viabilidad de la recomposición de vínculos con la familia de sangre, más allá de todo tiempo razonable para un menor de edad, incluso desoyendo claras señales de desinterés ⁽²²⁾, acentuaron el disfavor hacia la adopción que pudiera ser conferida en el país, como así también hacia todo tipo de adopción extranjera que se pretendiera insertar con efectos propios en la República.

Sin perjuicio de los altos fines de la ley 25.854, que creó el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, y de las competencias de la DN-RUA en el sentido de interconectar los registros provinciales de postulantes a adopción para brindar a todos los niños del país la posibilidad de guarda familiar con fines adoptivos en su propia provincia, en su región o, cuanto menos, en su país (art. 1° del decreto 1328/2009, reglamentario de la ley 25.854), la realidad superó las buenas intenciones.

En efecto, aspirantes a adoptar inscriptos en el RUAGA, tras largos y angustiosos años de esperar ser llamados sin resultados, eligieron presentarse ante las autoridades competentes de un Estado extranjero, para sujetarse a la legislación de ese país —seguramente obligado por el artículo 21, inciso a) de la CDN— a fin de que su idoneidad para devenir padres adoptivos fuese evaluada en ese país extranjero y poder concretar legítimamente su proyecto de vida de familia.

A pesar de los buenos propósitos de transparencia y de legalidad, ello generó nuevas angustias y necesidades por la falta de instrumentos idóneos en nuestro sistema jurídico. En la medida en que ese país tuviera mayor nivel de respeto a los derechos de los niños, era regular que el organismo administrati-

⁽²¹⁾ Documento CRC/C/OPSC/ARG/CO/1, del 18.6.2020 (observación al informe presentado de conformidad con el párrafo 1 del art. 12 del Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía).

⁽²²⁾ Entre muchos, podemos citar la sentencia del Juzgado de Familia de Tupungato, Mendoza, que declaró el 5.5.2016 la situación de adoptabilidad de la niña M.C., nacida en Bolivia pero residente habitual en Argentina, tras pruebas fehacientes del estado de abandono en que la colocaba reiteradamente su madre, y haber recibido protección, atención médica y acompañamiento en hogar dependiente del DINAF Valle de Uco, Departamento de Tupungato, Mendoza. La prolongación por más de tres años de un procedimiento ineficiente, justificado en la preeminencia de la familia de origen para la crianza y desarrollo de los niños nacidos en su seno, dificultó la posibilidad de inserción temprana y oportuna en vida de familia y favoreció que la infancia de M.C. continuase a la deriva (autos N.º 6721 “Ch.C.; M.P. s/ adoptabilidad”, Juzgado de Familia de Tupungato, 5.5.2016). Scotti Luciana Beatriz, “La internacionalidad en materia de adopción: encuadramiento e incidencias. Análisis del caso ‘Ch.C., M.P. s/ adoptabilidad’” en *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*, vol. 2016-VI, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2016, pp. 157/167.

vo competente de ese país extranjero solicitara que el aspirante presentara un certificado de idoneidad provisto por las autoridades de su residencia habitual. No solo ese documento era necesario para el legajo inicial, sino que la preocupación por el interés superior del niño requería que existiera una entidad pública que asumiera el compromiso de seguimiento post adoptivo.

Estas funciones fueron negadas por los organismos administrativos nacionales entre los años 2008 y 2010, obligando a los aspirantes, residentes habituales en la República Argentina, a requerir a un juez de su jurisdicción que ordenara los exámenes y verificaciones pertinentes para resolver fundadamente sobre la idoneidad de los solicitantes para adoptar. La paradoja es que los tribunales siguieron caminos contradictorios en ausencia de una regulación específica ⁽²³⁾.

En efecto, en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación existía un último párrafo en el artículo 2635 del Título IV del Libro Sexto, redactado en estos términos:

Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse en el extranjero.

En el trámite parlamentario, ese párrafo fue suprimido.

A pesar de la densa trama de conductas de cooperación internacional, que vincula a nuestro país mediante instrumentos regionales y multilaterales, la idea de disfavor hacia las adopciones internacionales —en este supuesto, a constituir en país extranjero a favor de aspirantes residentes habituales en la República Argentina— prevaleció en esta sección, que omitió un deber de cooperación específico entre autoridades y jueces competentes a fin de dar seguridad y transparencia a los trámites encaminados por futuros adoptantes en los países de origen de los menores de edad.

Una vez vigente el Código Civil y Comercial y no obstante el cambio de paradigma en relación a la adopción internacional conferida en el extranjero —en el marco de regularidad del art. 21, inciso ‘a’, de la CDN—, la jurisprudencia presentó líneas discordantes. Por ejemplo, la Cámara Nacional en lo Civil, por su Sala G, confirmó el 22 de septiembre de 2017 la decisión negatoria del juez de primera instancia, con el sustento de que el certificado de idoneidad solicitado era facultad exclusiva del RUAGA ⁽²⁴⁾. Esa misma Cámara, un año antes, por su Sala B, había satisfecho la petición formulada por los aspirantes a adoptar —en un procedimiento extranjero, respecto de un niño oriundo de ese país extranjero— por entender que, a pesar de la supresión del último párrafo

⁽²³⁾ RUBAJA Nieve, “Adopción en el extranjero: necesidad de la cooperación judicial internacional”, *Revista Derecho de Familia* N.º 58, 2013, pp. 199-213.

⁽²⁴⁾ CNCiv., Sala G, 22.9.2017, “M.R.C.M. y otro s/ información sumaria”.

del art. 2635, tal como aparecía en el Anteproyecto del Cód. Civ. y Com., los jueces tenían el deber de prestar esa cooperación en uso de las facultades que les eran reconocidas con carácter general en el art. 2611 del Cód. Civ. y Com. ⁽²⁵⁾.

En época más reciente, la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil dictó una muy interesante sentencia ⁽²⁶⁾, revocando, por mayoría, la decisión de la instancia anterior y admitiendo la competencia del Juzgado para realizar los estudios periciales pertinentes y expedirse sobre la idoneidad de la señora V.F.E. a fin de postularse ante el IBSER (Haití) como futura adoptante de un niño oriundo y domiciliado en Haití. En los fundamentos, el tribunal reconoció las competencias del RUAGA para evaluar a los candidatos en jurisdicción argentina. Sin embargo, distinguió esta situación de las pretensiones de los aspirantes a adoptar en un país extranjero, señalando que, en este último caso, las funciones podían ser ejercidas por los jueces argentinos ⁽²⁷⁾.

Como se advierte, la corriente de disfavor suscitada con motivo de la reserva de 1990 y mantenida en los desarrollos jurisprudenciales de los años siguientes, provocó confusión entre “adopciones salientes” y “adopciones entrantes” ⁽²⁸⁾, aplicando a estas últimas las limitaciones de las primeras, con grave perjuicio a los niños. En efecto, esto redundó en: a) limitados países extranjeros ante los cuales los aspirantes domiciliados en la República Argentina podían presentarse y completar sus legajos; b) obstáculos a la circulación de una adopción internacional conferida en el extranjero, y c) ausencia de una autoridad responsable del seguimiento post adoptivo y del acompañamiento de adoptantes y adoptados en el supuesto excepcional de “rechazo de familia”.

1.3. Apreciar en concreto el interés superior de un menor de edad colocado en vida de familia por adopción, de conformidad con un derecho extranjero y de acuerdo a los principios de orden público argentino

El año 2010 puso en evidencia la cerrazón del ordenamiento jurídico argentino para dar respuesta al interés superior de los niños ante los obstáculos a la circulación y al reconocimiento de efectos a adopciones conferidas en el extranjero.

El 12 de enero de 2010 tuvo lugar un terrible terremoto en Haití, que provocó que alrededor de 8.700 niños fueran separados de sus familias y que las

⁽²⁵⁾ CNCiv., Sala B, 14.6.2016, “S., A.C. s/ información sumaria”.

⁽²⁶⁾ CNCiv., Sala H, 1.6.2021, “F.E., V. s/ información sumaria”.

⁽²⁷⁾ En tal sentido, debe considerarse que frente al gran número de Estados parte del Convenio de La Haya de 1993 (105 según actualización al 14.11.2022), los países han limitado la aceptación de futuros adoptantes provenientes de países ajenos al citado Convenio, priorizando las adopciones internacionales bajo el procedimiento seguro que establecen las Autoridades Centrales de Estados obligados por el Convenio de La Haya.

⁽²⁸⁾ RUBAJA Nieve, “Los procesos de adopción internacional a partir del nuevo Código Civil y Comercial”, *Actualidad en Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial*, Ed. Jurídicas, 2018, pp. 241-268.

madres, en estado de gran vulnerabilidad, no pudieran defender a sus hijos. Según comunicados conjuntos de UNICEF, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Servicio Social Internacional y otras entidades similares, debían realizarse esfuerzos prioritarios para reunir a los niños con sus progenitores o miembros de la familia sobrevivientes, evitando toda tentativa de organizar adopciones prematuras en el marco catastrófico de las consecuencias del sismo ⁽²⁹⁾. En lo concretamente atinente a la adopción en el plano internacional, debe recordarse que el Juzgado civil de Puerto Príncipe fue destruido, con toda su documentación y archivos, como así también el Registro Civil de Puerto Príncipe, donde la Cruz Roja Internacional venía advirtiendo logros positivos después de años de campaña en pro de la inscripción de los niños en forma inmediatamente posterior a su nacimiento ⁽³⁰⁾.

Algunas de estas situaciones afectaron a aspirantes a adoptar niños haitianos, residentes habituales en la República Argentina, que habían iniciado el trámite ante el centro de cuidado masivo de niños huérfanos de Puerto Príncipe o que, en el mejor de los casos, contaban con una sentencia favorable de adopción emitida por el juez competente de la capital haitiana y que se hallaban en tramitación del pasaporte del niño (que conservaba tras la adopción la nacionalidad haitiana). Uno de estos casos es la situación de la niña “R”, cuya adopción había sido conferida por el juez haitiano a favor de adoptantes domiciliados en la República Argentina, pero había sido evacuada en circunstancias de emergencia a los Estados Unidos de Norteamérica. El reclamo de los padres por adopción —nacionales y residentes en la República Argentina— motivó la intervención del jefe de Gabinete de la Nación (enero de 2010) y la solicitud de dictamen a la señora Defensora General de la Nación ⁽³¹⁾.

Destacaré algunos conceptos relevantes de este dictamen. En primer lugar, la Defensora General destacó que una adopción realizada en otro país a través de una sentencia de tribunal extranjero, debía ser sometida al procedimiento previsto por los artículos 517 a 519 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y a lo dispuesto por el art. 339 del Código Civil de Vélez (vigente al tiempo del dictamen). Admitió, no obstante, que UNICEF había confirmado la

⁽²⁹⁾ www.hcch.net/upload/haiti_infonote_f.pdf; (documento consultado el 5.1.2024). Asimismo, en una evaluación llevada a cabo en los dos años posteriores al terremoto, Unicef informó el alcance de la campaña de prevención del cólera y la desnutrición que se implementó inmediatamente en protección de niños y de mujeres.

⁽³⁰⁾ Por solo citar estadísticas verificadas, mencionaré que en el año 2009 se habían registrado 3017 niños originarios del extranjero llegados a Francia. Esa cifra ascendió a 3504 niños en el año 2010 de los cuales 992 menores de edad provenían de adopciones internacionales pronunciadas en Haití. Ver : VASALLO B., “La réception en France des décisions étrangères d’adoption”, *Travaux du Comité français de droit international privé, années 2010.2012*, Paris, Pedone, 2013, p. 51 y ss.

⁽³¹⁾ Dictamen de la Defensora General de la Nación, doctora Stella Maris Martínez, del 23 de febrero de 2010, en respuesta a la Nota JGM N.º 489/2010, por la cual se la consulta sobre la situación relativa al ingreso de niños haitianos a nuestro país.

desaparición de niños de los hospitales en las zonas afectadas en los días posteriores al terremoto, suscitando la sospecha de la actuación de redes de trata. En este sentido, compartió el consenso de los organismos de protección de la infancia en cuanto a que la salida de niños de Haití por razones humanitarias no debía encubrir situaciones de tráfico de personas pues ello afectaría derechos humanos básicos como la libertad y la dignidad. En referencia concreta a nuestro país, la señora Defensora General de la Nación sostuvo que la decisión de una o más personas de adoptar niños en otro país es una acción personal lícita que, en tanto no violase las leyes nacionales, no podía ser objeto de intromisión alguna por parte del Estado (afirmación justificada en el art. 19 de la Constitución Nacional).

La conclusión fue la siguiente: si los aspirantes a adoptar habían iniciado los primeros contactos con anterioridad al terremoto del 12 de enero de 2010, era necesario evaluar cada caso particular para conocer el estado y la legalidad del trámite y descartar toda sospecha de tráfico o venta de niños. En cambio, si el proceso judicial había avanzado y el juez haitiano había dictado sentencia con anterioridad al terremoto del 12 de enero de 2010, la Defensora General de la Nación recomendó facilitar y concluir los trámites para que el niño involucrado tuviese oportunidad de una pronta inserción en un ámbito familiar seguro para su integridad y su salud.

Este dictamen —y no los antecedentes administrativos del caso— fue relevante en ocasión de las reflexiones que llevaron a la reforma de las disposiciones de la Sección 6ª del capítulo 3 del Título IV del Libro Sexto del Cód. Civ. y Com.

2. IMPACTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS NUEVAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN RELACIÓN A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Las opciones fundamentales contenidas en los artículos 2635 a 2638 del Cód. Civ. y Com. fueron inspiradas por la realidad argentina, en particular, la urgencia por resolver los dilemas que suscitaba el instituto, y también por las enseñanzas del derecho comparado, en la función revolucionaria del método comparatista, ⁽³²⁾ es decir, como estímulo o impulso para que el propio sistema reflexione sobre sus carencias y tienda a la superación.

2.1. Influencia de los consensos alcanzados en la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 en los derechos de fondo de los Estados partes obligados por ese tratado.

En la actualidad el Convenio de La Haya de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional cuenta

⁽³²⁾ Muir Watt Horatia, “La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, N.º 3, 2000, pp. 503-527.

con 105 Estados contratantes —países de origen de niños y países de residencia habitual de aspirantes a adoptar—, entre ellos, todos los Estados de América del sur, con excepción de la República Argentina y Surinam.

Es un convenio absolutamente original, que concibe a la adopción como un proceso orientado en el interés superior del adoptando y con garantías de legalidad y respeto a los derechos fundamentales de todos los involucrados. Para ello, exige la cooperación idónea de las Autoridades Centrales —designadas por cada Estado al momento de obligarse— que garantiza la preparación de cada proyecto de adopción, el reconocimiento de un contenido mínimo al vínculo adoptivo, la circulación de adopciones certificadas de conformidad al Convenio y la asunción de responsabilidades en la etapa post adoptiva.

Los siguientes pilares justifican la notable aceptación casi universal del esquema de cooperación: a) la distribución de roles y de responsabilidades entre las autoridades centrales de los países de residencia habitual de los niños y de residencia habitual de los adoptantes o adoptante (artículos 4º, 16, 17, 18, 21 y 30 del Convenio); b) la toma de decisión conjunta a fin de seguir adelante con un proyecto de adopción, es decir, vislumbrar las dificultades y anticipar la reacción del otro ordenamiento jurídico antes de que el menor de edad se comprometa afectivamente con los futuros padres adoptantes (artículo 17 del Convenio); c) la garantía de que una adopción constituida según el procedimiento del Convenio asegura el vínculo de filiación por adopción el cual, una vez conferido por autoridad competente y certificado en los términos del artículo 23 del Convenio, debe ser reconocido de pleno derecho por todos los Estados contratantes; y d) el dinamismo propio de la cooperación y del incremento de confianza entre las Autoridades Centrales, que mejora los niveles de protección en las legislaciones nacionales, en el espíritu del art. 21 del CDN ⁽³³⁾, principio que se conoce como de operatividad progresiva.

Una evaluación reciente se ha efectuado en ocasión de la celebración de los veinticinco años de la aprobación del Convenio —suceso del 29 de mayo de 1993—, dando origen al folleto “Convenio de La Haya de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional. 25 años de protección del niño en la adopción internacional” ⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ El Instituto de Derecho Internacional formuló una Declaración el 4 de septiembre de 2021 —Comisión 4ª presidida por el experto Profesor Fausto Pocar— en el sentido de que el Derecho Internacional Privado puede contribuir a la interpretación y a la puesta en práctica de los derechos de la persona humana, especialmente al asegurar el respeto de la pluralidad de tradiciones, culturas y sistemas jurídicos. En lo concretamente referido a la adopción, el punto “15” sostuvo: “Reconnaissant que la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale est fondée sur des principes universellement acceptés, notamment sur l’intérêt supérieur de l’enfant, ses dispositions devraient pour l’essentiel s’appliquer à toutes les adoptions internationales, y compris dans les relations avec des États non contractants ou entre eux”.

⁽³⁴⁾ www.hcch.net, espacio “Adopción”, link “Publicaciones”. Editado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya en 2019. En nuestra opinión, los principios esenciales están contenidos en los artículos 4º, 17, 23, 26 y 27 del Convenio.

Sin duda, la suma de nuevos Estados parte —con sus dificultades para formar con idoneidad y transparencia a sus autoridades centrales y autoridades competentes—, más la complejidad de algunas cuestiones que ponen en tensión derechos fundamentales, tales como la conservación y transmisión del legajo personal del adoptando y el acompañamiento futuro para la “búsqueda de los orígenes” (artículos 30 y 31 del Convenio), generan temas de debate y exigen mayores esfuerzos destinados a lograr una interpretación uniforme por parte de las autoridades de los distintos Estados obligados, pertenecientes a diferentes culturas jurídicas.

Algunas primeras conclusiones que estimulan la reflexión sobre nuestro propio sistema, son las siguientes: a) la dinámica del proceso de adopción internacional instaurado por el Convenio de La Haya encomienda a los Estados de origen de los niños la realización de las verificaciones y el aseguramiento de las garantías enunciadas en el art. 21, inciso a) del CDN; por ello no es relevante si la autoridad competente de la residencia habitual del adoptando o la autoridad competente de la residencia habitual de los adoptantes, son las que emiten la resolución de adopción (ello dependerá de la legislación del país de origen del menor de edad); en ambos casos, la pieza clave de la coordinación entre los dos Estados es el momento del *matching* (art. 17 del Convenio) y ello sucede bajo la responsabilidad de las Autoridades Centrales de ambos países; b) el Convenio garantiza que el niño quede emplazado en una filiación por adopción —tanto si el Estado de otorgamiento conoce la adopción fuerte o plena o solamente si su sistema admite la adopción simple—; en ambos supuestos es posible la constitución de una adopción de conformidad al Convenio, con todas sus garantías y también la conversión en los términos del art. 27 del Convenio; y c) una adopción constituida y certificada de conformidad con el art. 23 del Convenio es reconocida de pleno derecho en todo Estado contratante (y permite presumir transparencia y regularidad en su circulación transfronteriza, incluso en Estados ajenos al Convenio de La Haya).

2.2. Desafíos abordados en las disposiciones del Código Civil y Comercial en relación a la adopción internacional

Los artículos 2635 a 2638 del Cód. Civ. y Com. entraron en vigencia el 1° de agosto de 2015 y han sido objeto de interpretación y de aplicación por parte de los tribunales argentinos, los cuales, en la misión de resolver los casos concretos, deben efectuar el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

Este apartado no será dedicado al comentario sistemático, artículo por artículo, de esta Sección del capítulo 3 del Título IV del Libro Sexto del Cód. Civ. y Com., pues prestigiosos profesores y juristas han encarado exitosamente esta tarea ⁽³⁵⁾. Mi intención será destacar algunos aspectos que pueden contri-

⁽³⁵⁾ Entre muchos, citaremos: Uriondo de Martinoli Amalia, “Adopción internacional en el anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012: jurisdicción y derecho aplicable”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, AADI, volumen XXII, pp. 71-109. IUD Carolina,

buir al funcionamiento del Convenio de La Haya del 29 de octubre de 1993 en el supuesto de que, finalmente, entre en vigor para la República Argentina, tal como ha sido recomendado el Comité de Derechos del Niño en sus últimas Observaciones.

Sin embargo, aun cuando no se produzca esta decisión legislativa importante, las nuevas disposiciones de derecho internacional privado sobre la adopción (que combinan normas de conflicto, normas materiales, normas internacionalmente imperativas y normas llamadas de “conflicto de sistemas”), aseguran un nivel de protección de los niños coherente con los estándares del Convenio de La Haya.

En primer lugar, el juego de los artículos 2635 y 2636 asegura la intervención exclusiva de los jueces argentinos para la declaración en situación de adoptabilidad, la decisión de guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de la adopción —internacional— en relación a niños con domicilio en la República. En su decisión, este juez competente aplicará la *lex fori*. Estas conclusiones —que desde otra óptica pueden recibir el reproche de “territorialistas”— son inocuas para el sistema de cooperación del Convenio de La Haya, que admite el otorgamiento de la adopción por una u otra autoridad, antes o después del desplazamiento del niño al otro Estado. La autoelección del derecho argentino de fondo asegurará que se respete la voluntad del legislador argentino, mediante la aplicación del derecho sustancial argentino actualmente vigente (que prohíbe este tipo de adopciones) o, en el futuro, el que sea vigente tras una reforma legislativa. Ciertamente, en todo tipo de adopción se deberán verificar las exigencias contenidas en el artículo 21, inciso ‘a’, de la CDN y la consideración primordial que orientará la decisión será el interés superior del niño.

Otro punto destacable es la regulación —en el sector de la jurisdicción internacional y también del derecho aplicable— del tema de la anulación o revocación de la adopción, materia que no había sido regulada en el Código Civil de Vélez —ni en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940— en relación a una adopción con vicio en el origen otorgada en la República Argentina con posterior desplazamiento del niño a un país extranjero ⁽³⁶⁾, ni

comentario a la Sección 6ª (Adopción) en la obra de Rivera Julio/Medina Graciela, *Código Civil y Comercial comentado*, 1ª edición, Buenos Aires, ed. FEDYE, 2024; Scotti Luciana Beatriz, “La adopción internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Código Civil y Comercial* dirigida por Héctor Alegría, Año 1, N.º 3, septiembre 2015, La Ley, 2015, pp. 215-241; RUBAJA Nieve, comentarios a las Secciones 2º a 8º, *Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado*, en la obra Herrera/Caramelo/Picasso (Directores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Infojus, Tomo VI (arts. 2277 a 2671), 2015, p. 396 y ss.; INIGUEZ Marcelo D., “Adopción internacional”, RDF 58, p. 215 TR LALEY AR/DOC/4822/2013.

⁽³⁶⁾ Con anterioridad a la vigencia de la CDN, en la época de la preparación de la Convención Interamericana sobre adopción de menores (La Paz, Bolivia, 1984), el profesor y estadista uruguayo Didier Operti Badán propiciaba la nulidad de una adopción en el plano internacional cuando estaba afectada por vicios graves o absolutos, como la coerción en el consentimiento debido para la adopción. Conf. OPERTTI BADAN Didier, “L’adoption internationale”, *Recueil des Cours*, tomo 183, 1983, p. 370.

tampoco en relación a adopciones entrantes, es decir, a un emplazamiento filial por adopción otorgado en el extranjero, con posterior residencia habitual de la familia en la República Argentina, lugar donde se manifiesta el vicio.

La solución tradicional en materia de conflicto de jurisdicciones ha sido abrir la jurisdicción del juez —autoridad competente— que ha intervenido en el otorgamiento de la adopción. A esta solución, la segunda parte del art. 2635 agrega la apertura de jurisdicción por parte del juez argentino del domicilio actual del adoptado, que es el juez del centro de vida del menor de edad, quien debe evaluar la gravedad de la causal de anulación y/o revocación y su repercusión en los derechos e intereses del menor de edad. El art. 2636 del Cód. Civ. y Com. establece una norma de conflicto con punto de conexión alternativo, que otorga flexibilidad que el juez de la anulación —o, en su caso, revocación— utilizará con orientación material a favor de los intereses del adoptado. Dice así: “La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado”. Ello significa que el juez argentino competente por el domicilio del adoptado en el país puede aplicar el derecho extranjero del lugar de constitución, que tal vez admita la revocación de una adopción constituida —sin efectos retroactivos— por motivos de suma gravedad que redunden en perjuicio del adoptado (por ejemplo, Alemania, Canadá, Italia, Perú) ⁽³⁷⁾.

Con toda evidencia el Convenio de La Haya de 1993 no contempla el problema de la anulación y/o la revocación de una adopción internacional, por lo cual el tema debe ser resuelto en el espíritu del Convenio, pero en aplicación de las legislaciones nacionales involucradas.

De los debates en las Comisiones especiales —el documento citado en la nota 37 fue precedido de un cuestionario al que respondieron 66 Estados obligados por el Convenio— se desprende que el concepto de anulación (con efectos desde el inicio, como si el emplazamiento nunca hubiera existido) es muy distinto del de revocación (que priva los efectos de la adopción a partir de la resolución, normalmente judicial y para el futuro). En ambos casos, las causales deben ser de suma gravedad: la comprobación de un delito en los consentimientos o en la constitución de la adopción, o la constatación de conductas delictivas durante la inserción del niño en la vida de familia, que tornan intolerable su permanencia (y que deben detectarse en la etapa de seguimiento post adoptivo) ⁽³⁸⁾.

Por ello es oportuno que la categoría construida para funcionar en casos internacionales contemple ambas figuras —anulación y revocación— porque son conocidas en el derecho comparado —tal vez en el derecho de fondo que el

⁽³⁷⁾ Documento informativo N.º 2 de junio de 2022, en preparación de la reunión de la comisión especial de julio 2022, “Annulation et révocation d’une adoption internationale”. www.hcch.net, espacio “Adopción”, *link* Comisiones especiales, documentos preparatorios.

⁽³⁸⁾ Najurieta María Susana, “Adopción internacional viciada y protección del niño mediante el despliegue de la cooperación internacional”, en la obra *Estudios de derecho internacional. En homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément*, Córdoba, editorial Advocatus, 2014, pp. 591-618.

juez argentino pueda aplicar en virtud de la norma de conflicto contenida en el art 2636 del Cód. Civ. y Com.— aunque sea desconocida en el derecho de fondo argentino (máxime considerando que en derecho de fondo de Perú, Panamá, Costa Rica y Francia conocen la figura, por mencionar Estados vinculados con la República Argentina en materias de familia) ⁽³⁹⁾.

En suma: la flexibilidad del sistema contemplado en las nuevas disposiciones del Cód. Civ. y Com. permite completar la ausencia de regulación en el Convenio de La Haya de 1993, y ello puede ser de utilidad tanto si ese tratado es ratificado por nuestro país como en las condiciones actuales, en que los “principios esenciales” del Convenio deben inspirar todo tipo de decisiones sobre adopción internacional, incluso entre Estados no contratantes.

El tercer punto en el que pondremos el acento en el presente trabajo es en la regulación contemplada en el art. 2637 del Cód. Civ. y Com. La posición tradicional de nuestro ordenamiento jurídico era someter el reconocimiento de sentencia de adopción pronunciada en el extranjero —extranjera o internacional— a los requisitos procesales contenidos en el 517 del Cód. Proc. Civ. y Com., a los que el sistema parecía adicionar un control de regularidad por medio del art. 339 del Código Civil de Vélez. En los tiempos actuales, en que existen 105 Estados vinculados por el Convenio de La Haya de 1993, de distintos continentes y culturas jurídicas, esa práctica era altamente restrictiva pues una gran proporción de las adopciones conferidas en el extranjero por la autoridad competente del Estado de residencia habitual de los adoptantes —situación completamente regular en el procedimiento del Convenio de La Haya de 1993—, no podrían superar el “control de la competencia del juez de origen” en los términos del art. 517 del Cód. Proc. Civ. y Com.

Por ello, resaltamos el enfoque sustancial y no procedimental seguido por el art. 2637 Cód. Civ. y Com., en estos términos:

Reconocimiento. Una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado. A los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República.

Ahora bien: en el supuesto de que la República Argentina se obligara por el Convenio de La Haya de 1993, entre Estados contratantes la aplicación de la norma de fuente interna sería desplazada por el mecanismo de reconocimiento de pleno derecho instaurado en tal Convenio, en los términos de la certificación de regularidad ordenada en el artículo 23.1. En adopciones que circularan entre

⁽³⁹⁾ Datos que surgen del Documento informativo N.º 2, elaborado en preparación de la Comisión Especial de julio 2022 citado en nota precedente N.º 37.

Estados contratantes —suponiendo que la Argentina se sume al concierto de países que han asumido esta obligación— ningún procedimiento ni control adicional sería procedente, en tanto la certificación haya sido expedida por la autoridad competente del Estado donde se ha conferido la adopción y contenga la expresión de cuándo y por quiénes se han otorgado las aceptaciones previstas en el artículo 17, apartado c, del Convenio de La Haya. Este sistema, que asegura la circulación del emplazamiento adoptivo, debe conciliarse con la salvaguarda contenida en el art. 24, según el cual solo podrá denegarse el reconocimiento en un Estado parte si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Fuera del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993, debe recordarse la Declaración del Instituto de Derecho Internacional ⁽⁴⁰⁾ en el sentido de que sus principios deberían ser aplicados en todos los casos de adopciones internacionales, bajo el régimen del convenio o fuera de dicho marco, incluso cuando la adopción se refiera a personas domiciliadas en Estados no contratantes. En las condiciones actuales de nuestro ordenamiento jurídico, las adopciones entrantes no deben ser teñidas de disfavor, a menos que se compruebe que, en el caso particular, se produce una violación a derechos fundamentales del niño incompatible con los principios esenciales del orden público internacional argentino. Ello significa que el texto del art. 2637 Cód. Civ. y Com. sustituye el trámite previsto en el 517 del Cód. Proc. Civ. y Com. y lo reemplaza por el principio o deber de reconocimiento ⁽⁴¹⁾, más el control del orden público internacional argentino ⁽⁴²⁾ en el sentido de detectar, si hubiera lugar, actos de tráfico que justificaran una reacción por sus vínculos estrechos con la República, sin perder de vista la concreta situación del niño y la obligación de resolver prioritariamente según su interés superior ⁽⁴³⁾.

⁽⁴⁰⁾ Citada en la nota 33 del presente trabajo.

⁽⁴¹⁾ Regla llamada de conflicto de sistemas pues verifica la regularidad de la autoridad competente —tanto sea la del domicilio del adoptado o la del domicilio del adoptante siempre y cuando esta última cuenta con la aceptación del Estado del domicilio del adoptado—, no en una preocupación de controlar la exigencia de “juez de origen” con criterio de bilateralidad, sino con la mirada puesta en las garantías del art. 21, inciso ‘a’, CDN.

⁽⁴²⁾ RUBAJA Nieve, comentario al art. 2637 del Cód. Civ. y Com., en la obra en la obra Herrera/Caramelo/Picasso (directores), Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Infojus, Tomo VI, trabajo citado en nota 35.

⁽⁴³⁾ CS, 24.9.2019, asunto “S., F.A. c/L., C.L. s/ exequátur y reconocimiento de sentencia extranjera”. La Corte Suprema confirmó la sentencia de Cámara que había dado fuerza ejecutoria a la decisión del juez mexicano en relación a la adopción plena del niño nacido en Colima, México, en 2009, y ordenó su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. El Alto Tribunal sostuvo que el artículo 2637 del Cód. Civ. y Com. —no aplicable en esa especie, pero inspirador de la resolución— establecía el deber de reconocer adopciones extranjeras o internacionales bajo dos condiciones que habían sido satisfechas en el caso. Entre otros comentarios, puede verse: SCOTTI Luciana, “El reconocimiento de situaciones familiares transfronterizas en el derecho internacional privado argentino”, en *Revista de la UNC*, vol. XI, N.º I, Nueva Serie II, año 2020, pp. 105/132. Najurieta María Susana, “La inserción de adopción internacional en el ordenamiento jurídico argentino”, RDF 2020-IV, 10/8/2020; AR/DOC/2221/2020.

CONCLUSIÓN

Han transcurrido poco más de treinta y tres años desde la presentación por la República Argentina de la reserva a los incisos b), c), d) y e) del art. 21 de la CDN. Desde entonces, nuestro país ha concretado notables avances en la lucha contra el tráfico de niños. Por el contrario, poco desarrollo se advierte en las políticas legislativas activas para dotar de vida de familia a los niños, niñas y adolescentes que carecen de ella y que, incluso en nuestros días, no encuentran colocación posible en un hogar. En efecto, los organismos administrativos competentes, a pesar de la escasa información publicada, admiten que existen grupos de hermanitos y de preadolescentes que llegan a edades no viables para adopciones en el plano nacional. Ellos deberán permanecer en un centro de institucionalización hasta llegar a la mayoría de edad y a continuación dejar ese lugar sin haber recibido preparación ni herramientas para la vida adulta. Al crecer sin el amor y la contención que brinda la vida de familia, esas personas pueden llevar en sus mochilas secuelas impredecibles. Desde otro ángulo, la falta de apertura a las adopciones entrantes y la extendida idea de disfavor hacia todo tipo de adopciones, extranjeras o internacionales constituidas en un país extranjero, violenta el derecho fundamental a la estabilidad de la vida de familia.

En este contexto, consideramos que es tiempo de reflexionar en las exhortaciones que el Comité de Derechos del Niño ha dirigido a la República Argentina y, en todo caso, advertir el cambio de paradigma que se ha plasmado en las nuevas disposiciones de la Sección 6ª del Capítulo 3 del título destinado al Derecho Internacional Privado en el Cód. Civ. y Com.

El levantamiento de la reserva, que en la actualidad no responde a las razones de su formulación, la ratificación del Convenio de La Haya del 29 de octubre de 1993 y la formación jurídica y ética de las Autoridades Centrales a designar por Argentina y de otras autoridades competentes que asumen facultades en el procedimiento de cooperación previsto, parecen ser las acciones más esperanzadoras para la modificación de la situación de estancamiento en que se encuentra nuestra infancia sin cuidados de familia.

En tanto ello suceda, los tribunales tienen un papel relevante en interpretar y aplicar las soluciones del Cód. Civ. y Com., que combinan distintas metodologías al servicio de los intereses de la infancia. La dinámica de las necesidades de los niños y adolescentes se acelera y no conocemos cuál será la medida —sin duda negativa— del impacto social de tantas carencias insatisfechas. Por ello, la apropiada regulación de la adopción internacional no es solo una cuestión de derecho internacional privado, sino que debe ser una política pública de construcción social.

BIBLIOGRAFÍA

DOEK Jaap, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 8: the Right to Preservation of Identity. Article 9°:

- the Right not to be separated from his or her Parents, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- DUBOUT E./TOUZÉ S., *Les droits fondamentaux charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010.
- Goicoechea Ignacio/Castro Florencia, “Building an International Cooperation System for the Civil Protection of Children”, en *Mélanges en l’honneur de Hans van Loon, Un engagement au service du droit international privé*, Cambridge-Antwerp-Portland, Interssentia, 2013, p. 207.
- Goicoechea Ignacio/Castro Florencia, “Adopción internacional: la Argentina como país de recepción de niños. El Convenio de La Haya de 1993 y la reserva al art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño”, *SJA* del 3/10/2010.
- ÍÑIGUEZ Marcelo D., “Adopción internacional”, *RDF* 58, p. 215.
- Iud Carolina, comentario a la Sección 6° (Adopción) en Rivera J. / Medina G. (Drs), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, ed. FEDYE, 2014.
- Lagarde Paul, “La méthode de la reconnaissance, est-elle l’avenir du droit international privé ?”, *Recueil des Cours*, t. 371, 2014, p. 26.
- Martínez Mora L./Baker Hannah/Harang Emmanuelle, “The 1993 Hague Intercountry Adoption Convention and Subsidiarity : Is the Subsidiarity Principles till Fit for Purpose”, en *Mélanges en l’honneur de Hans van Loon, Un engagement au service du droit international privé*, Cambridge-Antwerp-Portland, Interssentia, 2013.
- Muir Watt Horatia, “La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale », *Travaux Comité Français de droit international privé, 1993-1995*, Paris, Pedone, 1996, p. 49.
- Muir Watt Horatia, “La fonction subversive du droit comparé”, *Revue internationale de droit comparé*, N.º 3, 2000, pp. 503-527.
- Najurieta María Susana, *L’adoption internationale de mineurs et les droits de l’enfant*, publicación de l’Académie de Droit International de La Haye, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, *Recueil des Cours*, t. 374, pp. 200-493.
- , “Adopción internacional”, *El Derecho*, Bs. As, t.171-p. 905-931
- , “Adopción internacional viciada y protección del niño mediante el despliegue de la cooperación internacional”, en la obra *Estudios de derecho internacional. En homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément*, Córdoba, editorial Advocatus, 2014, pp. 591-618.
- , “La inserción de adopción internacional en el ordenamiento jurídico argentino”, *RDF* 2020-IV, 10/8/2020.
- , “Los desafíos del derecho a la identidad en el marco de la adopción internacional”, en Do Amaral Junior Alberto/Klein Vieira Luciana, *El Derecho Internacional Privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá Colombia, Grupo Editorial Ibañez, 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”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 41, N.º 93, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 135.
- OPERTTI BADAN Didier, “L’adoption internationale”, *Recueil des Cours*, tomo 183, 1983.
- Rabino Mariela, “La constitucionalización en el Derecho internacional privado argentino”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 41, N.º 93, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, pp.3.
- RUBAJA Nieve, comentario al art. 2637 del Cód. Civ. y Com., en la obra en la obra Herrera/Caramelo/Picasso (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Infojus, Tomo VI.
- , “Los procesos de adopción internacional a partir del nuevo Código Civil y Comercial”, *Actualidad en Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial*, Ed. Jurídicas, 2018, pp. 241-268.
- Scotti Luciana Beatriz, “La adopción internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Código Civil y Comercial dirigida por Héctor Alegría*, Año 1, N.º 3, septiembre 2015, *La Ley*, 2015, pp. 215-241.
- , “La internacionalidad en materia de adopción: encuadramiento e incidencias. Análisis del caso “Ch.C., M.P. s/adaptabilidad” (Tupungato, Mendoza, 5/5/2016), en *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*, vol. 2016-VI, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2016, pp. 157-167.
- , “El reconocimiento de situaciones familiares transfronterizas en el derecho internacional privado argentino”, *Revista de la Facultad*, vol. XI N.º 1, Nueva Serie II (2020), pp. 105-132.
- Uriondo de Martinoli Amalia, *Adopción*, en Bueres Alberto J. (director) *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Volumen 6, pp. 499/523.
- , “Adopción internacional en el anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012: jurisdicción y derecho aplicable”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, AADI, volumen XXII, pp. 71-109.
- Van Loon, J. H. “International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercounty Adoption”, *Recueil des Cours*, tomo 244 (1993) pp. 191 y ss.
- VASALLO B., “La réception en France des décisions étrangères d’adoption”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, années 2010.2012, Paris, Pedone, 2013, p. 51.

EL PROYECTO “FILIACIÓN/GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN” DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

POR NIEVE RUBAJA *

Resumen

El aumento de casos en torno a la filiación que toman contacto con más de un ordenamiento jurídico y la complejidad del escenario global resultan evidentes, especialmente si se atiende al impacto de la biomedicina y a la recepción jurídica de diversas formas familiares en este campo. La práctica de la gestación por sustitución transfronteriza ha dejado a la luz numerosas situaciones en las que se ven vulnerados los derechos humanos de las personas involucradas en estos procesos, en particular de los/las niños/as nacidos/as y los de las mujeres gestantes. En este contexto la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha incorporado esta temática en su agenda con el objetivo de proporcionar mayor previsibilidad, certidumbre y continuidad de la filiación legal en situaciones internacionales a las personas afectadas, teniendo en cuenta sus derechos humanos. En este trabajo nos proponemos repasar la labor realizada en ese ámbito al momento, destacar los avances y los desafíos pendientes en la búsqueda de soluciones uniformes respecto a una problemática tan sensible.

Palabras clave

Filiación, gestación por sustitución, derecho internacional privado, derechos humanos, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

THE HAGUE CONFERENCE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW PROJECT ON “LEGAL PARENTAGE / SURROGACY”

Abstract

The increase in cases regarding legal parentage involving more than one legal system and the complexity of the global scenario is evident, especially considering

* Adjunta interina en la materia Derecho internacional privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Grupo de Expertos y del Grupo de Trabajo del proyecto “Filiación / Gestación por sustitución” de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

the impact of biomedicine and of the various forms of families legally recognized. The practice of cross-border surrogacy has surfaced numerous situations in which human rights are violated, particularly those of the children born through this technique and the surrogate women. In this context, The Hague Conference on Private International Law has added this issue to its agenda with the aim of providing greater predictability, certainty, and continuity of legal parentage in international situations to the persons involved taking into account their human rights. The aim of this paper is to review the work done in this area so far, highlighting progress and addressing remaining challenges in the search for uniform solutions to such a sensitive matter.

Keywords

Legal parentage, surrogacy, private international law, human rights, Hague Conference of Private International Law.

INTRODUCCIÓN

En un contexto de creciente globalización y de un notable aumento de casos con contacto con más de un ordenamiento jurídico, la filiación no es una excepción a aquellas problemáticas que se presentan cada vez con mayor frecuencia.

Dos importantes factores se destacan en los casos de filiación internacional en la actualidad: por una parte, los ordenamientos jurídicos se han ido flexibilizando y contemplan jurídicamente distintas realidades familiares ⁽¹⁾ y, por otra, la biomedicina y los avances de la tecnología mediante las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) han impactado en las posibilidades y consecuencias para la procreación también desde un enfoque jurídico. Así, se advierte que en varios países se reconoce una triple fuente de la filiación: por naturaleza, por TRHA y por adopción, tal como sucede en el ordenamiento jurídico argentino.

Dentro de las posibilidades que ofrecen las TRHA han tenido lugar cada vez con mayor notoriedad los acuerdos de gestación por sustitución (GS),

⁽¹⁾ En nuestra región esto se advierte tanto a partir de las legislaciones a nivel nacional que han ensanchado el concepto tradicional de familia como de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Además, si bien las referencias a “la familia” abundan en los instrumentos de derechos humanos vigentes en nuestro país, no existe una definición o conceptualización uniforme de esta. En este sentido, es importante recordar que la Corte IDH ha reiteradamente señalado que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (OC, 24/17, párr. 58, entre otros). Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado la importancia de aceptar las “diversas formas de familia, con inclusión de las parejas no casadas y sus hijos y de las familias monoparentales y sus hijos, así como de velar por la igualdad de trato de la mujer en estos contextos”, Comisión IDH, OG. 28, 27, párr. 189. Asimismo, las posibilidades en torno a la crianza y cuidado de los hijos también se han interpretado de manera flexible (son claros ejemplos de ello los casos fallados por la Corte IDH “Atala Riffo v. Chile”, 2/24/2012, y “Fornerón v. Argentina”, 4/28/2012, entre otros).

conforme a los cuales una mujer acuerda con otra persona o con una pareja (progenitores/as intencionales o de intención) que la primera llevará a cabo la gestación de un embrión y que el/la niño/a que nazca tendrá vínculos jurídicos de filiación con los/las progenitores/as de intención únicamente. Este tipo de prácticas puede tener lugar de manera altruista o comercial —en el último caso si existe una remuneración o contraprestación para la gestante—. A nivel global se advierte que hay algunos Estados que admiten y regulan este tipo de acuerdos, otros los prohíben expresamente y, finalmente, otros carecen de normativa al respecto ⁽²⁾. Ello ha dado lugar a desplazamientos de las personas a través de las fronteras de los Estados nacionales que, sacando provecho de las legislaciones más permisivas, realizan estas prácticas en el extranjero habitualmente en la modalidad comercial con el fin de que, una vez que nazca el/la niño/niña, residan en el lugar de su residencia habitual.

La práctica de la GS transfronteriza ha dejado a la luz numerosas situaciones en las que se ven vulnerados los derechos humanos de las personas que participan en estos procesos. Se destacan, entre ellos, los derechos de las mujeres gestantes —en especial en relación a su posible explotación y a los abusos que se dan en varios países, en muchas ocasiones a raíz de su especial vulnerabilidad en razón de la pobreza, la falta de educación, necesidades, etc. ⁽³⁾—. Además,

⁽²⁾ Es sabido que en la Argentina no está regulada la GS; sin embargo, es dable considerar que se han presentado 73 casos a nivel interno en el período 2010-2022, cuatro de los cuales se encuentran pendientes ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (a diciembre de 2023). Asimismo, se han presentado 19 Proyectos de Ley ante el Congreso de la Nación desde la sanción del Cód. Civ. y Com. en el año 2015. Entre otros ver: DE LA TORRE, Natalia y SILVA, Sabrina Anabel, “Análisis retrospectivo y prospectivo del derecho filial argentino: voluntad procreacional y socioafectividad”, en KEMELMAEJER DE CARLUCCI, Aida y HERRERA, Marisa (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, Actualización doctrinal y jurisprudencial*, Tomo IV- B, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2023, pp. 353-390. En relación a la GS transnacional cabe atender al art. 2634 del Cód. Civ. y Com. —que establece el deber de reconocer toda filiación establecida al amparo del derecho extranjero bajo las condiciones allí dispuestas y sobre el que profundizaremos más adelante— y, en dicha inteligencia al Dictamen emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, a través de la Dirección de Asistencia Técnica, del 15 de diciembre de 2015, en el que se dispuso: “A raíz de la vigencia del Código Civil y Comercial, esta Dirección de Asistencia Jurídica Internacional ha advertido que, en materia de reconocimiento de la filiación extranjera, ha habido una importante modificación que requerirá, de las áreas del Ministerio con competencia en esta materia un análisis sobre las consecuencias que pueden surgir, fundamentalmente en materia de reconocimiento de filiaciones surgidas de contratos de maternidad subrogada y en cuanto a la posibilidad de habilitar los trámites de nacionalidad por opción cuando el vínculo filial se acredita con una partida, que tiene como antecedente un contrato de maternidad subrogada”.

⁽³⁾ En este sentido la Relatora Especial de Naciones Unidas en los informes realizados en torno a esta temática da cuenta del grave riesgo de vulneración de derechos que corren tanto las gestantes, los/las niños/as nacidos/as y los/las progenitores/as intencionales. Al respecto en el informe se da cuenta que “...la Relatora Especial ha planteado problemas derivados de la falta de información exhaustiva sobre la supervisión institucional de los agentes comerciales que se dedican a actividades relacionadas con la gestación por sustitución. También expresó inquietud en relación con posibles prácticas abusivas que exploten la vulnerabilidad económica de las mujeres y las niñas y en cuanto a los desequilibrios de poder respecto de los profesionales de la medicina y las personas que desean concertar un contrato de gestación por sustitución. (A/HRC/43/40, cit., párr. 59)”. Por ello, se ha concluido que, “es fundamental que se establezcan salvaguardias

y, sobre todo, ha resultado especialmente gravosa la situación respecto a la vulneración de los derechos humanos de los/las niños/as nacidos/as ⁽⁴⁾. En relación a estos últimos se advierte un riesgo en particular respecto a sus derechos a la identidad; nacionalidad; establecimiento de la filiación y estabilidad en dichos emplazamientos; a la igualdad; a no ser objeto de secuestro, venta o trata para cualquier fin o en cualquier forma; entre otros ⁽⁵⁾. También pueden verse afectados los derechos de los/las progenitores/as de intención ⁽⁶⁾.

adecuadas en relación con la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución. Esas salvaguardias deberían centrarse en el consentimiento libre e informado de las madres subrogantes y en el papel de los intermediarios, y no deberían conducir a la criminalización de las madres subrogantes...” (A/74/162, cit. párr. 79). Ver los informes temáticos de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (ONU, Asamblea General, A/HRC/37/60 y A/74/162), y en el de 2020 (A/HRC/43/40) ambos disponibles en <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-sale-of-children/annual-reports-human-rights-council-and-general-assembly> (consultados el 12/12/23).

⁽⁴⁾ Véase que la complejidad y sensibilidad de la temática han conllevado a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se haya expedido en casos que nacieron a raíz del empleo de la GS transfronteriza en diversas oportunidades. TEDH, *Mennesson c. Francia*, 65192/11, 26 de junio de 2014; *Labassée c. Francia*, 65941/11, 26 de junio de 2014; *Paradiso y Campanelli contra Italia*, 25358/12, Sentencia del TEDH, Sección Segunda, Sentencia de 27 de enero de 2015 y Sentencia del TEDH, Gran Sala, de 24 de enero de 2017 -se trata de dos sentencias en el mismo caso con fallos contrarios-; *Foulon et Bouvet c. France*, 9063/14 et 10410/14, de 21 de julio de 2016; *Laborie c. France*, 44024/13, de 19 de enero de 2017; *C. y E. c. Francia* (no 1462/18 y 17348/18) 19/11/2019; *D. c. Francia* (no 11288/18) 16 de julio de 2020; *Valdís Fjölfnisdóttir y Otros c. Islandia* (no 71552/17) 18 de mayo de 2021; *DB y otros c. Suiza* (núms. 58817/15 y 58252/15), 22 de noviembre 2022, entre otros. Además, en esta temática el TEDH ha brindado la primera Opinión Consultiva a raíz de una solicitud de la Corte de Casación francesa en el caso *Mennesson*. Ver al respecto: KEMELMAJER, Aida, “La gestación por sustitución y la Opinión Consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida el 10/04/2019”, Buenos Aires, *Jurisprudencia Argentina*, número especial, 2019 III, fasc. 10, págs. 39 a 58; SCOTTI, Luciana, “Gestación por sustitución. Acerca de la opinión consultiva del tribunal europeo de derechos humanos”, Buenos Aires, *Diario La Ley*, 11/06/2019, p. 1; y, RUBAJA, Nieve, “Novedades Nieve, “Novedades en el campo de la gestación por sustitución transfronteriza: la Opinión Consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto en la solución del caso *Mennesson*; la labor del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires”, *RCCyC* 2019, Número 11, (diciembre), p. 29.

⁽⁵⁾ RUBAJA, Nieve, “El Derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero”, en José Antonio Moreno Rodríguez y Claudia Lima Marques (coords.), *Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre / Asunción, Gráfica y Editora RJR, 2014, pp. 281-336.

⁽⁶⁾ En varios casos a nivel europeo se realizaron reclamos ante el TEDH en relación a la violación de los derechos de progenitores/as de intención. La jurisprudencia de ese tribunal ha puesto el énfasis en violación al derecho a la vida privada y familiar de los/las niños/as nacidos/as, art. 8° del Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), pero no consideró que se habían vulnerado los/las progenitores/as de intención. Ver nota 4. Un ejemplo se da en el caso *Valdís Fjölfnisdóttir y Otros c. Islandia* (no 71552/17) 18 de mayo de 2021, en el que la GS se había llevado adelante en California por dos mujeres sin que ninguna de ellas hubiera aportado el material genético. El niño nació en 2013 y, luego de su nacimiento, las autoridades islandesas rechazaron la inscripción y consideraron al niño como nacional estadounidense y como “menor no acompañado”, por lo que asumieron su custodia y le asignaron una tutora legal, aunque acordaron su acogimiento por las dos mujeres.

La gravedad y urgencia de estos casos ha despertado la preocupación de diversos organismos internacionales ⁽⁷⁾ y foros de codificación que han incorporado estas temáticas a sus agendas y que han trabajado en la búsqueda de soluciones y en la protección de los derechos humanos que se encuentran involucrados en estos casos. En este trabajo proponemos repasar la labor que se viene realizado en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) en torno de este tema y que responde a la necesidad de diseñar soluciones uniformes en un escenario complejo y respecto a una problemática tan sensible ⁽⁸⁾. Procuraremos dar cuenta de los avances en la meta propuesta, pero, sin embargo, quedarán también a la luz los desafíos que aún persisten.

Las mujeres iniciaron su adopción conjunta pero la petición fue dejada en suspenso a la espera de la resolución del proceso de filiación iniciado previamente. Sin embargo, la pareja se divorció en 2015 y, en consecuencia, las dos mujeres revocaron la solicitud de adopción, puesto que ya no podían adoptar conjuntamente y acordaron que ninguna de las dos recurriría a la adopción individual, ya que ello impediría el establecimiento de un vínculo legal entre la progenitora no adoptante y el niño. Luego del divorcio se mantuvo la situación de acogimiento del niño respecto de ambas, en intervalos de un año, hasta que una de las dos contrajo nuevo matrimonio y obtuvo su acogimiento permanente, con la posibilidad de que la otra mujer y su nueva esposa pudieran tener al niño bajo su guarda en intervalos iguales de tiempo. Así, el caso es llevado ante el TEDH en el entendimiento de que la negativa de las autoridades islandesas a reconocer la filiación *respecto de las dos mujeres* constituía una interferencia en su derecho a la vida privada y familiar, en tal sentido consideraron que se violaba el art. 8° CEDH y el art. 14 CEDH (prohibición de discriminación), en relación con la diferencia de trato dispensada al niño respecto de otros nacidos a partir del recurso a GS transfronteriza. El TEDH —partiendo de los lineamientos sentados en *Mennesson*— entendió que, pese a los obstáculos impuestos por las autoridades estatales para reconocer la filiación, las autoridades islandesas no solo otorgaron al niño la nacionalidad islandesa y acordaron su acogimiento por las dos mujeres, sino que también les ofrecieron la posibilidad de adoptarlo conjuntamente mientras permanecieron casadas. Ver: FARNÓS AMORÓS, Esther, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”, *Rev. Bio y Der.* 2022; 56: 29-54 DOI 10.1344/rbd2022.56.40620. Además, la vulneración de los derechos de los progenitores/as se da especialmente a raíz de la intervención de agencias intermediarias, ver nota 3.

⁽⁷⁾ Por ejemplo, dan cuenta de ello la labor llevada a cabo por el Servicio Social Internacional que elaboró una serie de principios en esta temática (“*The Verona Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy*”, disponibles en https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf (consultado el 12/7/23)), y los informes temáticos de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (ONU, Asamblea General, A/HRC/37/60 y A/74/162), y en el de 2020 (A/HRC/43/40), cit.

⁽⁸⁾ Nótese que en el Informe de la Relatora Especial se ha concluido que “[l]as redes comerciales internacionales de gestación por sustitución pasan de una jurisdicción a otra en función de los cambios de la legislación. De hecho, a veces la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria tienen lugar en un Estado, tras lo cual la madre de alquiler se traslada a un segundo Estado para dar a luz, mientras que el aspirante o aspirantes a progenitor proceden de un tercer Estado. De ello se desprende con claridad la necesidad de elaborar y aplicar normas internacionales”. Entre las conclusiones se destaca también que “[l]a Relatora Especial invita a la comunidad internacional a que: a) Respalde la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en particular por lo que se refiere a su estudio de la dimensión del derecho internacional privado correspondiente a la patria potestad de los niños, incluso en el contexto de los contratos de maternidad subrogada de ámbito internacional”. A/HRC/37/60, cit., párr. 18 y 78, respectivamente.

1. EL PROYECTO “FILIACIÓN / GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN” Y LA LABOR DE LA HCCH

1.1. Incorporación del tema en la agenda de la HCCH, trabajos preparatorios y la decisión de conformar un Grupo de Expertos ⁽⁹⁾

En ocasión de la reunión del Consejo General de Asuntos Generales y Política de la HCCH (CGAP o Consejo) del año 2010 se tomó nota de las complejidades que acarrearba el tema de los acuerdos de GS transfronterizos para el Derecho internacional privado. Asimismo, se advirtió que el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional sobre Adopción Internacional (Convenio de adopción de 1993) había sido invocado para dar solución a estos problemas. Por ello, el tema se incorporó en la agenda para la reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación práctica del Convenio de 1993 para el año 2010. En dicha oportunidad, entre las Conclusiones y Recomendaciones aprobadas, se observó que el número de acuerdos de GS en el ámbito internacional estaba aumentando rápidamente y se expresó preocupación sobre la incertidumbre respecto a la situación jurídica de los/las niños/as nacidos/as como resultado de estos acuerdos. Sin embargo, se consideró que resultaba inadecuado el uso del Convenio de adopción de 1993 para los casos de GS transfronteriza y, por lo tanto, se recomendó que la HCCH estudiara el tema en particular ⁽¹⁰⁾.

Así, el CGAP decidió incorporar un nuevo proyecto en la agenda de la HCCH ⁽¹¹⁾. En consecuencia, la Oficina Permanente de la HCCH elaboró un documento preliminar para su circulación entre los Estados Parte en miras a la reunión del Consejo del año 2011. En este documento se hizo un relevamiento de la problemática de la filiación, incluida la GS transnacional, mediante ejem-

⁽⁹⁾ Todos los documentos preparatorios están disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, www.hcch.net, Sección “Parentage/Surrogacy”. Para complementar se recomienda compulsar RUBAJA, Nieve, “La labor de foros internacionales en materia de gestación por sustitución”, en ALBORNOZ, María Mercedes (Ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, México, UNAM, 2020, pp. 319 a 343; ALBORNOZ, María Mercedes y RUBAJA, Nieve, “Los desafíos en la labor del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre filiación y gestación por sustitución”, en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo (Dir.), *Jornadas 130 aniversario Tratados de Montevideo 1889, Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2019, pp. 663-684.

⁽¹⁰⁾ HCCH, Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (17-25 de junio de 2010), *Conclusiones y Recomendaciones Aprobadas por la Comisión Especial*, párrafos 25 y 26, <https://assets.hcch.net/docs/241a8e6a-3ebb-4bc1-9153-32cfc8bfb42d.pdf> (consultado el 12/12/23).

⁽¹¹⁾ HCCH, *Council on General Affairs and Policy of the Conference (7-9 April 2010) Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, p. 3, <https://assets.hcch.net/docs/910669ed-7210-4873-948c-2b414ce7c07a.pdf> (consultado el 12/12/23).

plos y análisis de derecho comparado. Además, se enunciaron las principales preocupaciones que presentan los acuerdos de GS internacionales. Finalmente, se dejó planteado el interrogante respecto a qué es lo que la HCCH podría aportar en este ámbito, aunque, sin perjuicio de ello, se señaló la necesidad de seguir trabajando y profundizando en el tema y la necesidad y viabilidad de soluciones uniformes ⁽¹²⁾. El CGAP en el año 2011 dispuso que se continuara recopilando información sobre la temática para analizar la posibilidad de lograr suficiente consenso para un abordaje de la problemática a nivel global ⁽¹³⁾. Así, desde la Oficina Permanente se elaboró un nuevo documento “A preliminary report on the issues arising in relation to international surrogacy arrangements” ⁽¹⁴⁾ que fue presentado en miras a la reunión del Consejo del año 2012. El informe dio cuenta de que los acuerdos de GS a nivel internacional estaban aumentando a un ritmo rápido y, en consecuencia, también aumentaban las dificultades, principalmente los problemas relativos a la condición jurídica de los/las niños/as nacidos/as como consecuencia de tales acuerdos y las posibilidades de explotación y abuso ⁽¹⁵⁾. Finalmente, se concluyó que este fenómeno podría requerir una solución global y se sugirió que continuara la labor en el ámbito de la HCCH.

En la reunión del CGAP del año 2012 se acogió con satisfacción el informe preliminar y se extendió el mandato para que la Oficina Permanente continúe con el trabajo encomendado. Así, se le encomendó la preparación de un Informe que debía presentarse para la reunión del Consejo del año 2014 ⁽¹⁶⁾.

Durante los años siguientes la Oficina Permanente dio cumplimiento con el mandato que le había sido otorgado y, en consecuencia, hizo circular distintos cuestionarios dirigidos a los Estados Miembros de la HCCH, abogados, agencias, clínicas médicas y profesionales de la salud ⁽¹⁷⁾. En consecuencia se elaboraron dos documentos: “The desirability and feasibility of further work on the Parentage / Surrogacy Project” (Prel. Doc. No 3 B of March 2014) ⁽¹⁸⁾ y “Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy

⁽¹²⁾ HCCH, *Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements*, Doc. Prel. 11, marzo de 2011, <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf> (consultado el 12/12/23).

⁽¹³⁾ HCCH, *Council on General Affairs and Policy of the Conference (5-7 April 2011) Conclusions and Recommendations*, adopted by the Council, párr. 18-20, <https://assets.hcch.net/docs/6927488c-4415-4659-a2f0-e748fbc0a3f0.pdf> (consultado el 12/12/23).

⁽¹⁴⁾ HCCH, *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, Doc. pré. N.º 10, marzo de 2012, <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf> (consultado el 12/12/23).

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, párrafo 2.

⁽¹⁶⁾ HCCH, *Council on General Affairs and Policy of the Conference (17-20 April 2012) Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, párrafo 21, <https://assets.hcch.net/docs/8c32ee93-e150-4575-aad1-88ea8787f872.pdf> (consultado el 12/12/23).

⁽¹⁷⁾ Los cuestionarios están disponibles en el sitio web de la HCCH (www.hcch.net).

⁽¹⁸⁾ HCCH, *The desirability and feasibility...*, cit.

Arrangements” (Prel. Doc. No. 3 C of March 2014) ⁽¹⁹⁾, que fueron presentados al CGAP a propósito de la reunión del año 2014.

En atención a estos documentos el CGAP en el año 2014 acordó que se debería continuar explorando la posibilidad de elaborar un instrumento multi-lateral en esta área. A tales fines, se invitó a la Oficina Permanente a continuar con la recopilación de información y se tomó nota del apoyo expresado por un número considerable de Estados Miembros para el establecimiento de un Grupo de Expertos, aunque se decidió aplazar la determinación final del asunto hasta su reunión en 2015 ⁽²⁰⁾.

Finalmente, desde la Oficina Permanente se elaboró el informe “The Parentage / Surrogacy Project: an updating note” (Prel. Doc. No 3 A of February 2015 ⁽²¹⁾) en el que se actualiza la información hasta entonces recopilada y se da cuenta de decisiones del TEDH.

Es por todo ello que, en la reunión del CGAP de marzo de 2015, se decidió que se convocara a un Grupo de Expertos para explorar la viabilidad del trabajo en relación a la filiación de los/las niños/as en situaciones transfronterizas, incluidos los nacidos de acuerdos de subrogación internacional ⁽²²⁾.

1.2. La labor del Grupo de Expertos reflejada en su Informe Final ⁽²³⁾

El Grupo de Expertos se reunió en 12 oportunidades bajo el mandato del Consejo entre los años 2015 y 2022, participaron aproximadamente entre 20 y 25 Expertos (académicos, funcionarios, representantes de organismos no gubernamentales —UNICEF, Servicio Social Internacional, asociaciones de abogados, etc.—). El Grupo ha elaborado un Informe Final que fue presentado en la reunión del CGAP de 2023, oportunidad en la que debía determinarse la continuidad del proyecto y, en su caso, bajo qué modalidad.

⁽¹⁹⁾ HCCH, *Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*, Doc. Prel. N.º 3C, marzo de 2014, <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf> (consultado el 12/12/23).

⁽²⁰⁾ HCCH, *Council on General Affairs and Policy of the Conference (2014) Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, párrafo 3, <https://www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs/archive> (consultado el 12/12/23).

⁽²¹⁾ HCCH, *The Parentage / Surrogacy Project: an updating note*, Doc. Prel. N.º 3, febrero de 2015, párrafo 5, <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf> (consultado el 12/12/23).

⁽²²⁾ HCCH, *Council on General Affairs and Policy of the Conference (2015) Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, párr. 5, <https://assets.hcch.net/docs/8e756bba-54ed-4d3e-8081-1e777d6950dc.pdf> (consultado el 12/12/23).

⁽²³⁾ HCCH, *Final Report “The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage”*, <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf> (consultado el 12/12/23). Ver nuestro: RUBAJA, Nieve, “La filiación internacional y gestación por sustitución transfronteriza en la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, en KEMELMAEJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, Actualización doctrinal y jurisprudencial*, Tomo IV- B, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2023, pp. 391-408.

El Informe presenta el análisis y las principales conclusiones del Grupo de Expertos durante sus años de labor. Así, se hace referencia a la viabilidad de dos posibles instrumentos internacionales vinculantes (*hard law*) para regular la temática de la filiación internacional, en atención a la complejidad y sensibilidad del tema y puesto que se consideró que algunos países podrían estar de acuerdo en regular por normas uniformes el reconocimiento de la filiación establecida por naturaleza, pero no por GS. Así, un instrumento abarcaría la filiación legal en general —excluyendo la GS—, al que se lo denominó “Convención”; otro contemplaría la filiación legal establecida como resultado de un acuerdo internacional de GS específicamente, denominado “Protocolo”.

El análisis que refleja el Informe no es exhaustivo; en este sentido se presentan algunas alternativas sobre posibles enfoques que fueron identificados durante las reuniones, aunque se sostiene que deberían continuar siendo analizadas. Las discusiones y algunas de las mayorías alcanzadas dentro del Grupo se reflejan en el Informe Final a los fines que pudieran servir de insumo en el trabajo futuro de la temática.

El Informe se estructura en diversos ejes y a cada uno le corresponde una conclusión que se encuentra destacada en un recuadro de color, las 17 conclusiones se recapitulan en el Anexo. En el Informe, así como en las conclusiones, se han procurado reflejar los consensos, que por cierto fueron muy difíciles de alcanzar en varios tópicos, las mayorías y las minorías frente a cada cuestión tratada. A continuación, presentaremos los principales ejes analizados en el Informe.

1.2.1. *Objetivo*

El Grupo trabajó en el entendimiento de que el objetivo de cualquier nuevo instrumento sería *proporcionar mayor previsibilidad, certidumbre y continuidad de la filiación legal en situaciones internacionales a las personas afectadas, teniendo en cuenta sus derechos humanos, incluidos, en el caso de los niños y niñas, los consagrados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) y, en particular, su derecho a que su interés superior sea una consideración primordial* (especialmente conclusión 1).

En el Informe se destaca especialmente la importancia de establecer y reconocer la filiación legal de una persona tanto con relación a su identidad como en cuanto a los derechos y obligaciones que derivan de esta relación. Por tanto, se concluye que cuando una filiación es establecida en un Estado, pero no es reconocida en otro deviene en una filiación “claudicante” y puede dar lugar a diversos problemas para los/las hijos/as y para los/las progenitores/as ⁽²⁴⁾. En este sentido, se entendió que la armonización de las

⁽²⁴⁾ Al respecto Najurieta ha sostenido que “[e]l principio de la indivisibilidad del estado de familia muestra la injusticia de filiaciones claudicantes, es decir, válidas y estables en un or-

reglas de Derecho internacional privado entre Estados reduce el riesgo de filiaciones claudicantes. Sin embargo, se deja en claro que el objetivo no es la armonización de la regulación de fondo sobre filiación entre los Estados (especialmente conclusión 2) ⁽²⁵⁾.

Tal como se destaca en el Informe, el análisis parte de la identificación de diversos métodos mediante los cuales la filiación legal es establecida: de pleno derecho (o por ministerio de la ley), como consecuencia de un acto o por reconocimiento, por declaración judicial y por adopción. Además, se advirtió que la mayoría de las filiaciones a nivel global se establecen de pleno derecho. Esta diversidad, y especialmente la circunstancia de que autoridades judiciales intervengan en las filiaciones consecuentes de decisiones judiciales, impactará en el posterior análisis.

1.2.2. Ámbito de aplicación de los instrumentos

Con relación a los elementos a considerar para determinar el ámbito de aplicación de ambos instrumentos se concluyó:

- Ambos instrumentos deberían aplicarse a cualquier persona independientemente de su edad.

- Los derechos y obligaciones derivados de la filiación no deberían incluirse tras el reconocimiento de la filiación y quedarían determinados según lo indique el Derecho del Estado requerido para el reconocimiento.

- No debería limitarse la posibilidad de reconocimiento conforme al Derecho internacional privado interno o autónomo de cada Estado cuando no sea posible reconocer la filiación por el Convención o por el Protocolo —sin embargo, algunos Expertos consideraron que esta posibilidad podría reducir el atractivo de la Convención o el Protocolo—.

- El reconocimiento de la filiación debería realizarse independientemente del estado civil de los/las progenitores/as, de los métodos de concepción y de las circunstancias del nacimiento. En cada caso restaría analizar si corresponderían al ámbito de aplicación de la Convención o del Protocolo como se señalará más adelante.

denamiento jurídico, pero indeterminadas o diferentemente establecidas en otro”. (NAJURIETA, María Susana, comentario art. 2632, en RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Medina (Dir.), *Código Civil y Comercial Comentado, 2º edición actualizada y ampliada*, TIX, Buenos Aires, La Ley 2023, p. 729).

⁽²⁵⁾ La divergente regulación no se da solo respecto a la GS a nivel global, sino también en relación a varios otros aspectos, incluso en la filiación por naturaleza. Por ejemplo, pueden hallarse diferencias en relación a las presunciones legales de paternidad; a la forma de reconocimiento para la filiación extramatrimonial por vía extrajudicial (ya sea ante una autoridad pública o por acto privado) y, en algunos casos, subordinando el reconocimiento paterno a la aceptación materna; a la admisión del reconocimiento por complacencia; al efecto jurídico de la posesión de estado; a la información genética que arroja el ADN únicamente.

1.2.3. La Convención sobre reconocimiento de la filiación otorgada en otro Estado

Entre las principales cuestiones que fueron analizadas a lo largo de las diferentes reuniones en relación a la propuesta de una Convención y que se reflejan en el Informe se destacan:

- *Ámbito de aplicación.* Se analizó si era viable la inclusión dentro de este instrumento de la filiación establecida como consecuencia de acuerdos de GS internacional, de adopciones internacionales y domésticas. Las opiniones de los Expertos fueron variadas, aunque la mayoría consideró que la GS y la adopción internacional debían ser tratadas en el Protocolo y no en la Convención. En cuanto a la adopción doméstica, la mayoría consideró que debía incluirse en el ámbito de aplicación de la Convención pero que debía prestarse especial atención a no atentar con el Convenio HCCH 1993 sobre adopción internacional (especialmente conclusión 3).

- *Posibles reglas aplicables para el reconocimiento de una decisión judicial proveniente de otro Estado.* Se concluyó que, en principio, resultaba factible elaborar un instrumento multilateral vinculante respecto del reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras sobre la determinación e impugnación de la filiación sobre la base de criterios uniformes de jurisdicción indirecta ⁽²⁶⁾, condiciones y/o causales de denegación de reconocimiento que tradicionalmente prevé el Derecho internacional privado para ello ⁽²⁷⁾ (conclusión 4). En definitiva, el proceso de reconocimiento de decisiones extranjeras es un procedimiento conocido por los Estados —prueba de ello es la reciente Convención de La Haya de 2019 en el tema—, aunque en esta temática se necesitarían reglas específicas.

- *Inclusión de criterios de jurisdicción directa y/o normas uniformes de derecho aplicable.* Algunos Expertos consideraron que incluir estos aspectos importaría ciertas ventajas, tales como incrementar la seguridad jurídica, reducir el riesgo de conflicto de decisiones, el fórum shopping y evitar procesos paralelos. ⁽²⁸⁾ Sin embargo, la viabilidad de alcanzar un consenso sobre dichas normas debería estudiarse más a fondo y, por el momento, se prefirió incorporar disposiciones relativas a la jurisdicción indirecta (conclusión 4). Cabe aquí

⁽²⁶⁾ El Grupo discutió sobre distintos posibles criterios de jurisdicción indirecta y concluyó que los más apropiados serían el del Estado de la residencia habitual del hijo/a y el del Estado de la residencia habitual de los demandados —pudiendo incluso adicionarse algún corte temporal, ej. al momento de iniciación de la demanda—. Ver Informe Final punto 41.

⁽²⁷⁾ Entre las causales para denegar el reconocimiento se analizaron las siguientes: el control del orden público internacional, con especial consideración del interés superior del niño/a; que el demandado no haya sido apropiadamente notificado del procedimiento y no haya tenido la oportunidad de defenderse; el fraude en el procedimiento y si hubiera alguna decisión inconsistente o proceso paralelo en el Estado del reconocimiento. También se discutió la cuestión del deber de escuchar al niño/a, conforme lo establece el art. 12 de la CDN. Sin embargo, hubo diferentes posiciones respecto a la necesidad de este requisito. Ver Informe Final punto 44.

⁽²⁸⁾ Ver Informe Final puntos 48 y 49.

aclarar que, desde la perspectiva del Derecho internacional privado argentino en los mecanismos de reconocimiento y ejecución de decisiones, tanto en la fuente internacional como en la fuente interna o autónoma, no se controla la ley aplicada, sino que el control se limita a que la decisión extranjera no vulnere los principios del orden público internacional argentino.

- *Reglas aplicables a la filiación establecida sin una decisión judicial.* Dado que la filiación legal se establece en la mayoría de los casos por ministerio de la ley o a raíz de un acto (y no por decisión judicial), se concluyó que el atractivo de un Convenio puede depender de si se pueden desarrollar normas que permitan la continuidad de estas filiaciones. Se sostuvo que, para lograrlo, se necesitarían normas uniformes sobre el derecho aplicable —método conflictual— o el reconocimiento de la filiación legal como un estatuto —método de reconocimiento⁽²⁹⁾—. Los representantes de algunos Estados consideraron que si se sigue el enfoque conflictual tales normas uniformes serían atractivas porque serían coherentes con su enfoque actual⁽³⁰⁾. Otros estimaron que dichas normas implicarían cambios significativos a las prácticas actuales e incluso algunos representantes cuestionaron la dificultad que puede traer la aplicación del derecho extranjero. En cuanto al enfoque de reconocimiento se analizó la posibilidad de adicionar algunas condiciones tales como la exigencia de proximidad y/o que el derecho doméstico haya sido apropiadamente aplicado⁽³¹⁾. Se concluyó que esta diferencia de puntos de vista puede plantear problemas de viabilidad para una Convención (conclusión 5). Cabe recordar que en el caso de la República Argentina en la fuente interna o autónoma en el art. 2634 del Cód. Civ. y Com., siguiendo el método de reconocimiento, se establece el deber de insertar en el ordenamiento jurídico nacional toda filiación otorgada al amparo del derecho extranjero permitiendo la continuidad de tales emplazamientos. Ello, tanto si la filiación se desprende de decisiones judiciales como si se acredita la filiación me-

⁽²⁹⁾ Para profundizar sobre el método de reconocimiento en las relaciones familiares compulsar BARATTA, R., *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, en *Recueil des Cours*, 2010 (vol. 348), 2011, p. 272 y SCOTTI, Luciana, “El reconocimiento de situaciones familiares transfronterizas en el Derecho internacional privado argentino”, *Revista de la Facultad*, Vol. XI, N.º 1, Nueva Serie II, Córdoba, 2020, pp. 105-132. En la apreciación de este método se ha sostenido que la idea subyacente es que, para respetar la personalidad, la privacidad y las relaciones personales de las personas en situaciones transfronterizas, a veces es necesario que el foro renuncie a sus propias condiciones y aprehenda el fenómeno extranjero tal cual es, según el derecho extranjero que le dio origen, por más diferente que pueda ser al derecho propio. MUIR WATT, Horatia, *Foreign Life-Forms and Law's Ethics of Difference (A View from Private International Law)*, *Journal of Comparative Law* 12, no. 2 (2017), p. 180.

⁽³⁰⁾ En el análisis se consideraron las siguientes normas de derecho aplicable. Regla general: la ley del Estado del nacimiento del hijo/a; en subsidio, la ley del Estado de la residencia habitual de persona que dé a luz al tiempo del nacimiento para el caso que al tiempo del nacimiento ninguno de los progenitores (o pretendidos progenitores) hubiera tenido su residencia habitual en el Estado de nacimiento. Como regla excepcional, la ley del Estado de la residencia habitual del niño, si resultara el mejor interés del niño/a. Ver Informe Final punto 57.

⁽³¹⁾ Ver Informe Final punto 61.

diante documentos públicos, es decir, incluso aunque hayan sido establecidas de pleno derecho en el extranjero. Todo ello bajo las condiciones allí dispuestas ⁽³²⁾.

- *Reconocimiento y efectos que podrían desplegar los documentos públicos relativos a la filiación expedidos en otro Estado* ⁽³³⁾. Se concluyó que las reglas sobre el reconocimiento de la filiación registrada en los documentos públicos aumentarían el atractivo de un Convenio, en particular porque la filiación legal suele establecerse por ministerio de la ley o a raíz de un acto, más que por decisión judicial. Sin embargo, la viabilidad de las normas sobre documentos públicos dependerá de los efectos que se les quiera dar. Podría tratarse únicamente de darle efectos probatorios; otra opción sería reconocer a la filiación los mismos efectos que en el Estado de origen. Asimismo, se ha propuesto la creación de un certificado internacional como ayuda a la traducción y/o para especificar los efectos del documento público en el Estado de origen. Es decir, un certificado internacional que cubra tanto la validez formal como la validez sustancial o intrínseca del documento público (conclusión 6).

- *Acceso al conocimiento de los orígenes*. No hubo conclusiones contundentes, más allá de la necesidad de seguir trabajando en este tema (conclusión 7). Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico argentino esta sería una cuestión de suma importancia, en la que la cooperación internacional devendría fundamental para concretar el derecho humano a la identidad.

1.2.4. El Protocolo sobre reconocimiento de la filiación por GS transnacional

El Grupo concluyó que, para respetar las preocupaciones políticas de muchos Estados, así como los diversos enfoques sobre la GS a nivel mundial, la forma más factible de avanzar sería incluir la filiación legal resultante de estos casos en un instrumento separado (Protocolo) y excluirla del instrumento sobre

⁽³²⁾ Art. 2634 Cód. Civ. y Com. 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 interés superior del niño. 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”. Para profundizar en la solución que propone el art. 2634 del Cód. Civ. y Com. se recomienda compulsar, entre otros: NAJURIETA, María Susana, comentario al art. 2634, cit. p. 736 y ss.; RUBAJA, Nieve, Comentario al art. 2634 del Código Civil y Comercial de la Nación, en HERRERA, y DE LA TORRE, Natalia (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado con perspectiva de género*, Buenos Aires, Editorial Editores del Sur, Tomo 14, 2023, pp. 572 - 582.

⁽³³⁾ Nótese que el documento público no establece la filiación, sino que esta es consecuente de lo que disponga la ley (pleno derecho), de un acto de reconocimiento o de una sentencia judicial (de filiación o adopción). Por lo tanto, la existencia de un documento público no acredita la filiación en todos los casos, ni los efectos que este documento tiene en el país de origen, que por cierto pueden ser variados (ej. si tiene efectos meramente probatorios y/o constitutivos).

filiación legal en general (Convención). En cuanto a ambos se advirtió que la viabilidad de un instrumento podía depender de la viabilidad del otro; asimismo, que algunos Estados pueden no estar interesados en trabajar solo en un instrumento sin el otro (conclusión 8). Principio del formulario

En cuanto al objeto del Protocolo se sostuvo que se trata del mismo que el del Convenio (*proporcionar mayor previsibilidad, certidumbre y continuidad de la filiación legal en situaciones internacionales a las personas afectadas, teniendo en cuenta sus derechos humanos*); sin embargo, los Expertos expresaron opiniones divergentes sobre lo que debería incluir un protocolo para permitir que los Estados logren estos objetivos. Así, la mayoría de los Expertos, sostuvo que un instrumento de Derecho internacional privado solo sería atractivo para los Estados si abordara de manera afirmativa los derechos humanos. Desde este punto de vista el Protocolo debería incluir algunas salvaguardas/estándares uniformes que podrían ser condiciones para el reconocimiento, motivos para la negativa de reconocimiento y/u obligaciones generales para prevenir violaciones de los derechos humanos. También señalaron la importancia de que la excepción de orden público se utilice solo con moderación y como una "válvula de seguridad" (caso por caso). Muchos también opinaron que un instrumento de la HCCH no puede legitimar el reconocimiento de la filiación legal cuando se ha producido una violación de los derechos humanos, ya que los Estados tienen obligaciones internacionales en este sentido.

Una minoría sostuvo que, si un instrumento de la HCCH proporciona la continuidad de la filiación legalmente establecida, especialmente en el interés superior del niño, no implica la violación de derechos humanos; por el contrario, así se estaría protegiendo el derecho en la continuidad del estado personal y evitando castigar a un niño/a por acciones de las cuales no son responsables. Sostuvieron que los Estados también podrían tener diferentes formas de cumplir con las obligaciones internacionales y proporcionar protección contra abusos en lugar de negar el reconocimiento de la filiación legal. Además, para estos Expertos, intentar llegar a un acuerdo internacional sobre salvaguardas/estándares uniformes y/o sobre las consecuencias de no cumplir con aquellas plantearía importantes desafíos de factibilidad de todo el proyecto. Por lo tanto, concluyeron que un protocolo debería evitar establecer salvaguardas/estándares uniformes y permitir la flexibilidad de motivos para la negativa a reconocer la filiación legal, en lugar de condiciones para el reconocimiento. Final del formulario

En relación al alcance del Protocolo, se concluyó que, si este se limita al reconocimiento de la filiación legal establecida por una decisión judicial, sería una solución mejor recibida para algunos Estados —especialmente puesto que se garantiza que en el otro Estado intervino una autoridad judicial en la determinación de la filiación si se tiene en cuenta el proceso de la GS—. Sin embargo, para otros Estados puede no resultar así porque la filiación legal resultante de los acuerdos de GS también puede establecerse por ministerio de la ley en muchos Estados que permiten la subrogación, lo que significaría que la filiación

legal de estos niños/as y familias quedaría excluida del ámbito de aplicación (conclusión 9) ⁽³⁴⁾.

Se analizaron distintos enfoques o mecanismos para el reconocimiento de las filiaciones en el ámbito del Protocolo. Así, analizó un mecanismo de cooperación *a priori*, es decir previo a la gestación y parto (a); un mecanismo *a posteriori* (o *ex post facto*, luego del nacimiento del niño/a) con diferentes vías posibles para concretar el reconocimiento (b).

(a) El enfoque *a priori*

El Grupo consideró que algunos Estados podrían sentirse atraídos por este enfoque ya que protegería mejor los derechos humanos puesto que si no se cumplieran las condiciones mínimas allí establecidas no podría concretarse la GS. Sin embargo, los Expertos también concluyeron que, unificar los criterios o pautas para admitir anticipadamente la GS conllevaría a un desafío difícil de concretar; ello, entre otros motivos, puesto a que los mecanismos de cooperación transfronteriza de este enfoque requerirían un mayor grado de implicación de las autoridades públicas (tanto para los Estados que regulan como para los que prohíben la GS). Además, implicaría la aceptación de estas prácticas antes de que se hayan producido, y antes del nacimiento del niño/a. Por ello, se descartó esta opción y se optó por un enfoque *a posteriori* (conclusión 10).

(b) El enfoque *a posteriori*

Se concluyó que una norma de reconocimiento por ministerio de la ley de la filiación legal establecida en una decisión judicial en el extranjero sería una solución viable, pero que el atractivo de un protocolo para los Estados dependerá de si el reconocimiento queda sujeto a condiciones y/o motivos para rechazar el reconocimiento (conclusión 11). En esta inteligencia se analizaron algunos criterios para analizar la jurisdicción indirecta ⁽³⁵⁾ (conclusión 12) y otros requisitos tradicionales para el reconocimiento de sentencias —orden público internacional atendiendo al interés superior del niño/a, fraude, otros aspectos procesales— (conclusión 13). Sumado a ello, se advirtió que la solución que ofrezca el Protocolo sería mejor y más aceptada si se incluyeran salvaguardas o estándares para la protección de los derechos de las personas involucradas

⁽³⁴⁾ Nuevamente, cabe recordar que, desde el ordenamiento jurídico argentino, el art. 2634 del Cód. Civ. y Com. establece el deber de reconocimiento de las filiaciones otorgadas en el extranjero bajo las condiciones allí establecidas, ya sea que la filiación se haya establecido por una decisión judicial o por ministerio de la ley en el otro Estado, o que se trate de filiación por naturaleza o por TRHA. Ver nota 32.

⁽³⁵⁾ Para ello se consideró que resultaba fundamental garantizar la proximidad entre el caso y el Estado de origen de la decisión, evitar el *fórum shopping* y los abusos. En atención a las características de la GS transfronteriza se consideró que incluir un criterio de jurisdicción indirecta exclusiva sería más atractivo que incluir múltiples criterios. Así, se consideró que el criterio correspondiente al Estado de residencia habitual de la mujer gestante, que debería corresponderse con el del Estado de nacimiento, sería el más viable. Ello prevendría que la gestante sea cambiada de Estado para el parto. Otras opciones fueron propuestas, ej. criterio basado en la conexión más real y sustancial. Ver Informe Final puntos 96 y 97.

en estos procesos, aunque las visiones fueron muy diferentes respecto a cómo incorporarlas y a su alcance.

Las salvaguardas fueron analizadas y debatidas durante varias reuniones, entre otras se trabajó sobre: el consentimiento de la mujer gestante y su cónyuge; el consentimiento de los/las progenitores/as de intención; los requisitos de elegibilidad de la mujer gestante y de los/las progenitores/as de intención; la necesidad de vínculo genético del niño/a con los/las progenitores/as de intención; los aspectos relativos al acuerdo entre la mujer gestante y los/las progenitores/as de intención; los aspectos financieros; la regulación y supervisión de los intermediarios; el acceso al conocimiento de los orígenes por parte del niño/a ⁽³⁶⁾.

El modo de incorporar algunas o todas estas salvaguardas/estándares podría efectuarse por diversos mecanismos: a) incluirlas como condiciones dentro de las definiciones del ámbito de aplicación (lo que podría funcionar para ciertas salvaguardas pero no para todas —ej. consentimiento pleno, libre e informado de la gestante—), b) incorporarlas como condiciones a cumplir para que proceda el reconocimiento de la filiación (ello implicaría cerciorarse de que se han cumplido las salvaguardas para que proceda el reconocimiento y reduciría la operatividad de la cláusula del orden público internacional); c) insertarlas como causales que podrían oponerse para cuestionar el reconocimiento en el Estado de recibimiento; d) insertarlas como condiciones generales; e) incorporar un mecanismo *opt in - opt out*, este mecanismo podría permitir a los Estados especificar en el momento de la adhesión o ratificación del instrumento si desean tales salvaguardas (ya sea que figuren en un protocolo como condición para el reconocimiento, causales de denegación u obligaciones generales) (conclusión 14) ⁽³⁷⁾.

La opinión de los Expertos ha sido variada en relación a estos mecanismos, pero se propusieron básicamente dos modelos como vías posibles de solución:

El Modelo 1. Para muchos Expertos un protocolo debería incluir algunas salvaguardas uniformes "básicas" para proteger los derechos de todas las personas involucradas, especialmente los de los/las niños/as, que deberían verificarse en cada caso concreto como condición para reconocer de pleno derecho la filiación establecida en el otro Estado. La verificación podría realizarse mediante una certificación en el Estado de origen. Este Modelo incentivaría a las partes a seguir las salvaguardas uniformes del Protocolo porque esta vía proporcionaría una mayor certidumbre sobre el reconocimiento transfronterizo y la continuidad de la filiación legal; en definitiva, podría elevar los estándares actuales en los que se lleva adelante la GS internacional. Cuando el reconocimiento a través del Protocolo no fuera posible las personas afectadas deberían poder solicitar el reconocimiento o el restablecimiento de la filiación legal con arreglo a las normas

⁽³⁶⁾ Estos estándares o salvaguardas están detallados en el Informe Final, puntos 102 a 112.

⁽³⁷⁾ Cada una de estas alternativas presenta ventajas y desafíos que se resumen en los puntos 114 a 123 del Informe Final.

nacionales de los Estados requeridos, si fuera posible. Para estos Expertos, el debate debería centrarse en qué garantías deberían incluirse como salvaguardas uniformes, cómo deberían incluirse en un protocolo, y cuándo y cómo deberían verificarse.

Algunos Expertos cuestionaron la viabilidad del Modelo 1. En primer lugar, puesto que los Estados podrían tener dificultades para acordar salvaguardas uniformes en el tema; en segundo lugar, los Estados podrían preferir tener la flexibilidad de reconocer la filiación legal en el marco de un protocolo en lugar de estar obligados a denegar el reconocimiento en virtud de aquél (porque no se cumplieron las garantías uniformes) y luego tener que considerar un posible reconocimiento o el restablecimiento de la filiación legal en virtud de sus propias normas nacionales, como ocurre actualmente. Además, para estos Expertos los Estados podrían considerar que tener en cuenta los derechos humanos del niño/a y de las personas afectadas no requeriría acordar internacionalmente sobre salvaguardas uniformes como condiciones para el reconocimiento ya que los Estados pueden cumplir sus obligaciones internacionales de diferentes maneras.

El Modelo 2. Para algunos Expertos, alcanzar un consenso internacional sobre las salvaguardas uniformes "básicas" plantearía importantes problemas de viabilidad, ya que los Estados pueden tener opiniones muy diferentes sobre qué salvaguardas podrían ser relevantes dependiendo en parte de si son un Estado de nacimiento, un Estado requerido o ambos. Desde esta posición se sostuvo que un protocolo ofrecería mayores perspectivas de viabilidad si no contuviera salvaguardas uniformes y si permitiera a los Estados que adhirieran a un protocolo elegir con qué otros Estados aceptarían aplicarlo basándose, entre otras cosas, en las prácticas de GS y la legislación en materia de filiación de ese otro Estado; a tales efectos cada Estado prevería esta información al momento del depósito del instrumento —estos formularios serían del tipo de los “Perfiles de país” que se emplean en el ámbito de otros instrumentos de la HCCH—. En consecuencia, el instrumento no sería de aplicación mutua o recíproca, sino que sería de aplicación bilateral asimétrica. Este modelo contaría con causales para rechazar el reconocimiento, pero no condiciones para ello. El reconocimiento sería de pleno derecho. Con este planteamiento, se evitaría la necesidad de acordar salvaguardas uniformes. Sin embargo, varios Expertos cuestionaron este modelo en lo que referente a la claridad sobre los Estados entre los que se aplicaría el Protocolo y consideraron una preocupación que la información sobre la legislación y las prácticas que realizan los Estados se mantenga vigente e incluso se informe sobre los cambios a los restantes Estados. Es decir, el instrumento estaría basado en relaciones de tipo bilateral y podría ser suspendido cuando un Estado cambie sus reglas o prácticas lo que ocasionaría incertezas. Además, se sostuvo que la protección de los derechos humanos sería más eficiente si se plasmaran estándares o salvaguardas uniformes que dejar esta cuestión librada a la información abstracta que cada Estado vuelque en el formulario correspondiente y que servirá de base para que los restantes decidan vincularse por el Protocolo.

Se sostuvo también que la verificación de la certificación en cada caso concreto es esencial para proteger el interés superior de cada niño/a y que este sistema implicaría emitir una aceptación general *a priori*. Por último, varios Expertos cuestionaron que el Modelo 2 solo reflejaría el *statu quo* y no implicaría una mejora para evitar prácticas abusivas y violaciones de derechos humanos.

El Grupo también discutió la posibilidad de combinar ambos modelos (conclusión 16).

1.2.5. Otras cuestiones debatidas

Entre otras cuestiones tratadas por el Grupo de Expertos mencionaremos el reconocimiento de la filiación en ciertas circunstancias particulares y si estas deberían incluirse en el ámbito del Convenio o del Protocolo, entre ellas: a) reconocimiento de la filiación legal establecida como resultado de la GS doméstica, se acordó que sería deseable su inclusión aunque debería analizarse si bajo el ámbito de aplicación del Convenio o del Protocolo; b) reconocimiento de la filiación legal establecida por adopción nacional consecuente de la GS ya sea doméstica o internacional, se evaluó su viabilidad y si debería ser incluida en el ámbito de aplicación del Convenio o del Protocolo, en el primer caso podría tomarse como una vía para evadir las protecciones que prevea el Protocolo pero en el segundo podría ser visto como una discriminación de los/las niños/as en función de su gestación y nacimiento; y, c) reconocimiento de la filiación legal establecida como resultado de TRHA que no involucren acuerdos de GS, se acordó que en principio deberían incluirse en el ámbito del Convenio. Se concluyó que debería continuarse la discusión de estos temas en el supuesto de continuar con el trabajo en el futuro (conclusión 17).

1.2.6. Conclusiones generales sobre la viabilidad de un futuro instrumento

El Informe refleja que Grupo concluyó en que resulta deseable y urgente que la HCCH continúe trabajando en ambos instrumentos vinculantes. En general, existió consenso respecto de la viabilidad de una Convención que aborde el reconocimiento de pleno derecho de decisiones judiciales sobre el establecimiento e impugnación de la filiación y, asimismo, con relación a la filiación consecuente de la GS transnacional, aunque en este último supuesto la viabilidad dependerá especialmente de cómo se aborden las salvaguardas/ estándares ⁽³⁸⁾.

⁽³⁸⁾ Al respecto coincidimos con González Beilfuss cuando asevera que no se trata únicamente de garantizar la continuidad en el espacio de las relaciones de filiación sino de conciliar este loable objetivo con la protección de los derechos fundamentales de las partes concernidas. De hecho, la continuidad en el espacio de las relaciones de filiación no es un fin en sí misma, sino una dimensión de la protección de los derechos fundamentales pues preserva el derecho a la vida privada y familiar. GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo”, en CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz; DIAGO DIAGO, Pilar y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ,

En cuanto a los desafíos a futuro, se advirtió que en el ámbito del Convenio será un desafío unificar los criterios para determinar el derecho aplicable al establecimiento de la filiación y/o reglas para el reconocimiento de la filiación establecida de pleno derecho en el extranjero (sin decisión judicial). En cuanto al Protocolo el gran desafío será resolver la necesidad de las salvaguardas y la unificación y/o modalidad de control de estas.

Para ambos instrumentos, continúa pendiente el desafío en cuanto a las inquietudes que despierta la incorporación del reconocimiento de la filiación consecuente de la GS doméstica, del empleo de TRHA con material genético de terceros y de las adopciones domésticas consecuentes de la GS y, en su caso, en cuál de los dos instrumentos deberían incluirse. Asimismo, continúan las incertezas en cuanto al atractivo de los instrumentos si no se incluyera la filiación legal establecida sin decisión judicial.

Para el caso que el Consejo decidiera continuar con la labor en esta área, el Grupo recomendó que se establezca un “Grupo de Trabajo” para explorar las posibles previsiones de la Convención y del Protocolo. Finalmente, la Oficina permanente de la HCCH informó que si el Consejo decidiera otorgar el mandato para trabajar primero en un instrumento y luego en el otro deberían reasignarse los recursos de dicha Oficina al efecto; sin embargo, si el trabajo se realiza en paralelo, deberán asignar nuevos recursos en detrimento de otros proyectos o aumentar los recursos humanos a tal fin.

1.3. La decisión del Consejo de la HCCH a partir del Informe Final del Grupo de Expertos, la conformación y labor inicial del Grupo de Trabajo ⁽³⁹⁾

El Consejo se reunió en marzo de 2023, acogió con satisfacción el Informe Final del Grupo de Expertos y decidió dar continuidad al proyecto. En este sentido, encomendó la creación de un Grupo de Trabajo sobre cuestiones de Derecho internacional privado relacionadas con la filiación legal en general, incluida la filiación legal resultante de un acuerdo internacional de GS.

En relación al mandato, sobre cuya base había trabajado el Grupo de Expertos, el CGAP encomendó al Grupo de Trabajo, en primer lugar, estudiar la posibilidad de elaborar un (único) nuevo instrumento sobre estas cuestiones, con el fin de informar al Consejo sobre las consideraciones políticas relativas al alcance y contenido de dicho instrumento, incluida la viabilidad de alcanzar un consenso. Además, indicó que el Grupo de Trabajo proceda sobre la base de que el objetivo de cualquier nuevo instrumento sería *proporcionar mayor*

M^a Ángeles (Dirs.), *De los retos a Las oportunidades en el Derecho de Familia y sucesiones internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, disponible en <https://open.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411978248> al 23/12/2023, p. 230.

⁽³⁹⁾ HCCH, *Council on General Affairs and Policy of the Conference (2023) Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, párr. 3-8, <https://assets.hcch.net/docs/5f9999b9-09a3-44a7-863d-1dd4f9c6b8.pdf>, disponible al 12/12/2023.

previsibilidad, certeza y continuidad de la filiación legal en situaciones internacionales para todas las personas afectadas, teniendo en cuenta sus derechos humanos, incluidos los consagrados en la CDN y, en particular, su derecho a que su interés superior sea una consideración primordial en todas las acciones que les conciernan. Sumado a ello, dispuso que el Grupo de Trabajo se base en las ideas y valoraciones del Informe Final del Grupo de Expertos y requirió a la Oficina Permanente que organice un máximo de dos reuniones en el ejercicio financiero 2023-2024. Finalmente, el Consejo animó a los Estados Miembros a designar delegados que puedan expresar las opiniones políticas de su Estado y reiteró que cualquier trabajo de la HCCH en relación con los acuerdos de GS no debe entenderse como un apoyo o una oposición a la GS.

El Grupo de Trabajo se reunió por primera vez entre el 13 y 17 de noviembre de 2023. Fueron representados 30 Estados Miembros —29 Estados de diversas regiones y la Unión Europea—, 5 observadores de diversas organizaciones. La labor tuvo en consideración el mandato otorgado por el CGAP en la reunión de 2023. Se trabajó sobre los siguientes ejes:

- *Reglas para la filiación establecida por una decisión judicial.* Se analizaron algunas posibles disposiciones para determinar si podrían ser apropiadas en un único instrumento aplicable a la filiación en distintos escenarios: para el establecimiento e impugnación de la filiación; para la filiación por naturaleza, la adopción doméstica, la GS doméstica, la GS transnacional, la pluriparentalidad y para la filiación por TRHA que involucre o no a donantes. Se analizó la posibilidad de incluir reglas de jurisdicción indirecta, causales de denegación de reconocimiento y condiciones para el reconocimiento. Se concluyó que algunas reglas podrían ser comunes para varios de esos escenarios; sin embargo, algunas requerirían reglas especiales, por ejemplo, la filiación resultante de un acuerdo de GS.

- *Reglas para la filiación que se registra en un documento público.* Se discutió sobre su necesidad y factibilidad, se tuvieron en cuenta los diferentes efectos que tienen los documentos públicos en los Estados y la posibilidad de establecer normas uniformes de derecho aplicable. Se acordó que se necesita continuar trabajando en esta cuestión.

Respecto a la continuidad del trabajo del Grupo, se acordó que tendrá lugar una segunda reunión en abril de 2024 y que los miembros del Grupo trabajarán entre sesiones para avanzar y organizar dicha reunión.

CONCLUSIONES

El aumento de casos en torno a la filiación cuando toman contacto con más de un ordenamiento jurídico y la complejidad del escenario global resultan evidentes, especialmente si se atiende al impacto de la biomedicina y a la recepción jurídica de diversas formas familiares en este campo. En este contexto,

la importancia de garantizar la libre circulación de las filiaciones es indudable, puesto que pone en juego derechos humanos insoslayables⁽⁴⁰⁾; sin embargo, ello no debe llevarse a cabo sin procurar la protección de otros derechos humanos que también requieren una urgente protección. En este contexto la labor de la HCCH ha tenido como meta *proporcionar mayor previsibilidad, certidumbre y continuidad de la filiación legal en situaciones internacionales a las personas afectadas, teniendo en cuenta sus derechos humanos*.

Es en esa meta que se ha llevado a cabo la labor del Grupo de Expertos durante varios años y que ahora continúa el Grupo de Trabajo. Evidentemente, existe un interés político en mantener el tema en agenda, pero, a su vez, la complejidad y sensibilidad de la temática dificultan las posibilidades de acuerdos o consensos y, probablemente, ello se traslade a la posterior negociación y viabilidad del posible instrumento⁽⁴¹⁾. Recordemos que el trámite que seguiría el proyecto, en caso de contar con la aprobación del CGAP con la labor que lleve adelante el Grupo de Trabajo, sería el de la conformación de una Sesión Diplomática de los Estados Miembros de la HCCH para la redacción y aprobación del texto final del instrumento y, luego, restaría la aprobación de este en una Sesión Plenaria que se realizaría a continuación de la anterior. Sin embargo, ello no garantizaría la eficacia en los objetivos de dicho instrumento puesto que ello quedará librado, en primer lugar, a la ratificación o adhesión de este por una cantidad significativa de Estados, que puede también tomar varios años en ser alcanzada conforme da cuenta la experiencia de otros instrumentos de la HCCH; y, en segundo lugar, a su apropiada implementación. Estas circunstancias también obligan a tener una mirada a futuro en relación a los avances tecnológicos.

⁽⁴⁰⁾ González Beilfuss afirma que la relación jurídica de filiación tiene un triple significado: refleja el origen de una persona, que según jurisprudencia constante del TEDH es parte de su identidad; se configura además como un estado civil del que derivan múltiples otros derechos (ej. a los apellidos de una persona, da lugar a obligaciones de alimentos entre ascendientes y descendientes y genera derechos de sucesión mortis causa independientes de la voluntad del causante); se asocia con la responsabilidad parental entendida como un conjunto de derechos y deberes en relación a otra persona, el hijo, respecto al cual se asume durante la minoría de edad la crianza. El ordenamiento jurídico atribuye por ministerio de la ley la responsabilidad parental a los progenitores del niño. GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo”, cit., p.231.

⁽⁴¹⁾ En este sentido se ha sostenido que se advierten posiciones extremas al respecto: quienes consideran que en esta materia se debe dejar actuar al libre mercado y quienes defienden la prohibición de la gestación por sustitución. Los primeros consideran que un instrumento de Derecho internacional privado solo es legítimo si no condiciona el reconocimiento de la filiación a ningún requisito o garantía de carácter material, pues no corresponde al Derecho internacional privado regular por la puerta de atrás la gestación por sustitución; los segundos defienden que un instrumento de Derecho internacional privado no puede servir para legitimar una práctica que debería prohibirse a escala mundial. Concluye González Beilfuss que “[e]l punto de encuentro se sitúa necesariamente en la zona de grises, lejos de posturas esencialistas que, en definitiva, se quedan ancladas en un status quo que tiene como claro beneficiario a la industria”. (GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo”, cit., p. 241).

Lo cierto es que, al momento, se advierte la necesidad de elaborar regulación uniforme para abordar tanto el reconocimiento de la filiación por naturaleza como por TRHA —incluida la GS—. Creemos que los principales desafíos del Grupo de Trabajo son: establecer si todas las filiaciones deberían estar reguladas por las mismas reglas —la filiación por naturaleza, la adopción doméstica, la GS doméstica, la GS transnacional, la pluriparentalidad y la filiación por TRHA que involucre o no a donantes— (a); determinar si solo es viable uniformar reglas para el reconocimiento de las filiaciones que se establecen como consecuencia de decisiones judiciales o si también es posible elaborar reglas uniformes para la circulación de las filiaciones que se acreditan mediante documentos públicos y que se establecen de pleno derecho (b). En ambos casos en la labor desarrollada en el ámbito de la HCCH se ha sostenido que, en la aspiración de no discriminar a ninguna persona en razón de la forma en que haya venido al mundo —o cómo se haya determinado su filiación—, un nuevo instrumento debería abarcar en su ámbito de aplicación a todas las filiaciones. Al respecto caben al menos dos reflexiones: por un lado, distinguir normas en función del tipo de filiación no resulta discriminatorio —tal como sucede en muchos ordenamientos jurídicos al distinguir las filiaciones matrimoniales de las extramatrimoniales—; por otra parte, las filiaciones en las que no ha intervenido una autoridad judicial en el Estado de origen plantean un escenario mucho más incierto a la hora de reconocérselas en otros Estados. En todo caso, sería absurdo pretender la judicialización de todas las filiaciones sobre las que se pretenda que desplieguen efectos en otros Estados.

Concretamente en cuanto a la GS, tal vez el mayor desafío radica en la decisión respecto de incluir o no salvaguardas de protección, cuáles y de qué modo (c). En todo caso, creemos que debería aspirarse a lograr un delicado equilibrio en el que no se procure uniformar reglas para su regulación sustancial pero que, en respuesta a una realidad en la que cada vez se advierten más casos de GS transnacional, se aproveche la oportunidad de crear un nuevo instrumento internacional que tenga entre sus propósitos el de elevar los estándares de protección de derechos humanos de todas las personas involucradas en estos casos, especialmente de los niños/as nacidas y de las mujeres gestantes. Así, como el Convenio de La Haya de 1993 tiene entre sus objetivos proteger el interés superior del niño/a en la adopción (conf. art. 1º) y no el de promover la adopción internacional, en este contexto el objetivo debería ser similar: aspirar a la protección de los derechos humanos de quienes recurren a la GS, no promoverla.

En definitiva, consideramos que seguir una línea de “libre mercado” en la que no se establezcan salvaguardas o garantías resulta en un potencial menoscabo a los derechos humanos de todas las personas que se ven involucradas en estos acuerdos, principalmente de los niños/as nacidos/as y de las mujeres gestantes ⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ En esta línea es realmente llamativo el desempeño que pueden tener las agencias o intermediarios. Múrtula Lafuente asevera que entre las agencias de intermediación y el mercado de la fer-

El Derecho internacional privado de nuestros días está atravesado por una impronta de derechos humanos y, a su vez, le corresponde dar contienda para su respeto y concreción ⁽⁴³⁾; este avance hoy no tiene vuelta atrás.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBORNOZ, María Mercedes y RUBAJA, Nieve, “Los desafíos en la labor del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre filiación y gestación por sustitución”, en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo (Dirs.), *Jornadas 130 aniversario Tratados de Montevideo 1889, Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2019, pp. 663-684.
- ALVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa”, en *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. VIII, núm. 2 (abril-junio, 2021) Ensayos.
- BARATTA, R., “*La reconnaissance internationale des situations juridique persóneles et familiares*”, en *Recueil des Cours*, 2010 (vol. 348), 2011.
- DE LA TORRE, Natalia y SILVA, Sabrina Anabel, “Análisis retrospectivo y prospectivo del derecho filial argentino: voluntad procreacional y socioafectividad”, en KEMELMAEJER DE CARLUCCI, Aída y HERREIRA, Marisa (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, Actualización doctrinal y jurisprudencial*, Tomo IV- B, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2023, pp. 353-390.

tilidad se da una “lógica perversa” en la que “los padres de intención tendrán que abonar una cantidad importante de dinero, que varía en función del país donde se quiera acudir y del paquete contratado, garantizando «el nacimiento exitoso de un bebé saludable» o pudiendo elegir las madres y donantes ideales”. (MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, “A vueltas con la gestación por sustitución y la filiación de los menores nacidos por este procedimiento. algunas reflexiones tras la STS, 1.^a (pleno), de 31 de marzo de 2022”, *Derecho Privado y Constitución*, 42, enero-junio, España, 2023, p. 91, disponible en <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/A%20vueltas%20con%20la%20gestacion%20por%20sustitucion%20Murtula.pdf> (consultado el 12/12/23).

⁽⁴³⁾ En este sentido es dable señalar que en la Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre derechos humanos y derecho internacional privado (sesión on line de la cuarta comisión del 4 de septiembre de 2021) se establecen una serie de principios a partir del convencimiento de que “el derecho internacional privado puede contribuir a la interpretación e implementación de los derechos humanos, especialmente al garantizar el respeto por la pluralidad de tradiciones, culturas y sistemas legales” (la traducción es propia). Entre ellos, en el Principio 2 se dispone “1. Los Estados y sus órganos legislativos, autoridades ejecutivas y judiciales, así como las organizaciones internacionales, los tribunales y tribunales internacionales, incluidos los tribunales arbitrales, y otras entidades legales deberán respetar y garantizar los derechos humanos en las relaciones transfronterizas entre individuos privados. 2.2. Los derechos humanos serán respetados y garantizados sin discriminación alguna en las etapas de desarrollo, interpretación y aplicación de las normas de derecho internacional privado” (la traducción es propia), disponible en https://www.idi-iil.org/app/uploads/2021/09/2021_online_04_en.pdf (consultado el 12/12/23).

- DREYZIN DE KLOR, Adriana, “Implicancias de la pandemia Covid-19 en el Derecho Internacional Privado”, en PIZARRO, Ramón (Dir.), *Efectos jurídicos de la pandemia de Covid-19: tomo 3*, 1º edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2020.
- FARNÓS AMORÓS, Esther, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”, *Rev. Bio y Der.* 2022; 56: 29-54 DOI 10.1344/rbd2022.56.40620.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre gestación por sustitución”, en (Dir.) ALBORNOZ, María Mercedes, *La gestación por sustitución en el Derecho internacional privado y comparado*, UNAM, México, 2020.
- , “La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo”, en CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz; DIAGO DIAGO, Pilar y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Mª Ángeles (Dirs.), *De los retos a Las oportunidades en el Derecho de Familia y sucesiones internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, disponible en <https://open.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411978248>.
- KEMELMAJER, Aida, “La gestación por sustitución y la Opinión Consultativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida el 10/04/2019”, Buenos Aires, *Jurisprudencia Argentina*, número especial, 2019 III, fasc. 10, pp. 39 a 58.
- MUIR WATT, Horatia, “Foreign Life-Forms and Law's Ethics of Difference (A View from Private International Law)”, *Journal of Comparative Law* 12, no. 2 (2017).
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, “A vueltas con la gestación por sustitución y la filiación de los menores nacidos por este procedimiento. algunas reflexiones tras la STS, 1.ª (pleno), de 31 de marzo de 2022”, *Derecho Privado y Constitución*, 42, enero-junio, España, 2023, p. 91, disponible en <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/A%20vueltas%20con%20la%20gestacion%20por%20sustitucion%20Murtula.pdf>.
- NAJURIETA, María Susana, comentario arts. 2632/3/4, en RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Medina (Dirs.), *Código Civil y Comercial Comentado*, 2º edición actualizada y ampliada, TIX, Buenos Aires, La Ley 2023.
- , Principios y caracteres del Derecho internacional privado de la infancia con especial referencia las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2015, Año 93, N.º 41, p. 150.
- RUBAJA, Nieve, Comentario al art. 2634 del Código Civil y Comercial de la Nación, en HERRERA, y DE LA TORRE, Natalia (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado con perspectiva de género*, Buenos Aires, Editorial Editores del Sur, Tomo 14, 2023, pp. 572 - 582.

- , “El Derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero”, en MORENO RODRÍGUEZ, José y LIMA MARQUES, Claudia (coords.), *Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre / Asunción, Gráfica y Editora RJR, 2014, pp. 281–336.
- , “La filiación internacional y gestación por sustitución transfronteriza en la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, en KEMELMAEJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, Actualización doctrinal y jurisprudencial*, Tomo IV- B, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2023, pp. 391-408.
- , “La labor de foros internacionales en materia de gestación por sustitución”, en ALBORNOZ, María Mercedes (Ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, México, UNAM, 2020, pp. 319 a 343.
- , “Novedades en el campo de la gestación por sustitución transfronteriza: la Opinión Consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto en la solución del caso Mennesson; la labor del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires”, RCCyC 2019, Número 11, (diciembre).
- SCOTTI, Luciana, “Gestación por sustitución. Acerca de la opinión consultiva del tribunal europeo de derechos humanos”, Buenos Aires, Diario La Ley, 11/06/2019, p. 1.
- , “El reconocimiento de situaciones familiares transfronterizas en el Derecho internacional privado argentino”, *Revista de la Facultad*, Vol. XI, Nº 1, Nueva Serie II, Córdoba, 2020, pp. 105-132.
- HCCH, *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, Doc. préI. N.º 10, marzo de 2012, <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>.
- , Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (17-25 de junio de 2010), *Conclusiones y Recomendaciones Aprobadas por la Comisión Especial*, <https://assets.hcch.net/docs/241a8e6a-3ebb-4bc1-9153-32cfc8bfb42d.pdf>.
- , *Council on General Affairs and Policy of the Conference (7-9 April 2010) Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, <https://assets.hcch.net/docs/910669ed-7210-4873-948c-2b414ce7c07a.pdf>.
- , *Council on General Affairs and Policy of the Conference (5-7 April 2011) Conclusions and Recommendations*, adopted by the Council, <https://assets.hcch.net/docs/6927488c-4415-4659-a2f0-e748fbc0a3f0.pdf>.
- , *Council on General Affairs and Policy of the Conference (17–20 April 2012) Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, <https://assets.hcch.net/docs/8c32ee93-e150-4575-aad1-88ea8787f872.pdf>.

- , *Council on General Affairs and Policy of the Conference (2014) Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, <https://www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs/archive>.
- , *Council on General Affairs and Policy of the Conference (2015) Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, <https://assets.hcch.net/docs/8e756bba-54ed-4d3e-8081-1e777d6950dc.pdf>.
- , *Council on General Affairs and Policy of the Conference (2023) Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, párr. 3-8, <https://assets.hcch.net/docs/5f9999b9-09a3-44a7-863d-1dddd4f9c6b8.pdf>.
- , *Final Report “The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage”*, <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>.
- , *Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements*, Doc. Prel. II, marzo de 2011, <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>.
- , *Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*, Doc. Prel. N.º 3C, marzo de 2014, <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.
- , *The Parentage / Surrogacy Project: an updating note*, Doc. Prel. N.º 3ª, febrero de 2015, <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>.

Informes temáticos de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (ONU, Asamblea General, A/HRC/37/60 , A/74/162 y A/HRC/43/40) <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-sale-of-children/annual-reports-human-rights-council-and-general-assembly>.

Servicio Social Internacional, “*The Verona Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy*”, disponibles en https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf.

Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre derechos humanos y derecho internacional privado (sesión on line de la cuarta comisión del 4 de septiembre de 2021) https://www.idi-iil.org/app/uploads/2021/09/2021_online_04_en.pdf.

PROBLEMAS EN TORNO A LA RESTITUCION INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

POR MARIA ANDREA ESPARZA *

Resumen

El siguiente artículo intenta acercar al lector a las complejidades que un caso iusprivatista internacional, multicultural, como lo es en muchos casos, la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes presenta en su faz práctica. Para ello abordaré los ejes centrales de las Convenciones Internacionales que regulan la materia y se encuentran vigentes en la República Argentina y expondré qué dificultades suelen producirse en relación a ellos, entorpeciendo o impidiendo una restitución exitosa.

Palabras clave

Restitución internacional de menores, responsabilidad parental.

PROBLEMS SURROUNDING THE INTERNATIONAL RETURN OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

Abstract

The following article, attempts to bring the reader, closer to the complexities of an international, multicultural private law case, such as international kidnapping of children and adolescents is, in many cases, and the situations it presents in practice. To do this, I will address the central axes of the international conventions that regulate the matter and are in force in the Argentine Republic, and I will explain what difficulties usually happened in relation to them, hindering or impeding a successful restitution.

Keywords

International return of minors, parental responsibility.

* Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora adjunta interina en la misma casa de estudios. Profesora adjunta en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, en la materia Derecho Internacional Privado, en el primer caso perteneciente a la Cátedra de la Dra. María Elsa Uzal y en el segundo caso, perteneciente a la Cátedra del Dr. Gabriel Dias.

INTRODUCCIÓN

No resulta novedoso decir que vivimos en un mundo globalizado, con un torbellino de personas trasladándose de un país a otro, por diferentes razones, por ejemplo, estudio, trabajo, negocios, reencuentro con su familia y lugar de origen, etc. Estos movimientos provocan interrelaciones de personas, culturas y costumbres. Sumado a esto, la tecnología viene a permitir nuevas maneras de relacionarse, de conocerse, de generar vínculos.

Como consecuencia de lo expuesto, puede suceder que una pareja se conforme por personas de diferentes nacionalidades o, que a pesar de tener la misma nacionalidad, sus hijos nazcan en un país diferente, o bien puede no darse ninguno de estos supuestos y sin embargo, al momento de finalizar la relación, uno de los integrantes decida, por el motivo que fuera, trasladarse con sus hijos a otro Estado, sin conocimiento ni consentimiento del otro progenitor o con conocimiento del traslado (por ejemplo, con motivo de las vacaciones) pero no de la intención de retener al niño o niña en el país elegido.

Es aquí cuando comenzamos a vislumbrar un posible reclamo internacional para que ese niño o niña o adolescente sea restituido a su país de residencia habitual.

Es ahora, que empiezan a visibilizarse los problemas en la aplicación práctica de los Convenios Internacionales.

Principiemos por mencionar cuándo es posible requerir la restitución internacional de un niño, niña o adolescente.

1. TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITOS

Coloquialmente podemos decir que, cuando un padre o madre (generalmente son ellos los que cometen sustracciones internacionales), lleva a su hijo o hija desde su país de residencia habitual ⁽¹⁾ a otro, sin la autorización del otro progenitor o sin una autorización judicial, ha cometido una sustracción internacional que habilita solicitar la restitución del niño, niña o adolescente. También, si el padre o madre, lleva a su hijo fuera de su país de residencia habitual, con el permiso del otro progenitor o de un juez, pero por un tiempo determinado, al cabo del cual no retornan, se puede requerir la restitución internacional.

En el primer caso nos hallamos frente a un supuesto de traslado ilícito y en el segundo, de retención ilícita⁽²⁾.

⁽¹⁾ El Convenio sobre Protección Internacional de Menores califica este término en su art. 3º diciendo que "... se entiende por residencia habitual del menor el Estado donde tiene su centro de vida".

⁽²⁾ Art. 4º de CIDIP IV: Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

Un problema que parece imposible solucionar, es la permeabilidad de las fronteras.

Muchas veces cuando las parejas se conforman por personas de distintas nacionalidades, como ejemplificara supra, al momento de la ruptura, quien resulta extranjero desea regresar a su país de origen porque allí tiene la contención de su familia, ante el fracaso del proyecto de vida. Cuando ese deseo se exterioriza e implica irse al otro país con el hijo o hijos en común, aparece la primera alerta.

Como abogados podemos requerir una medida cautelar de prohibición de salida del país, pero aun así es posible que la persona destinataria de esa medida logre salir con el niño o niña. Es decir, nada es cien por ciento efectivo o eficaz cuando la decisión es irse y este no es un problema que afecte a nuestro país únicamente.

2. MARCO NORMATIVO

La República Argentina, ha ratificado tres Convenios Internacionales que abordan la temática en análisis, a saber:

- Convenio Bilateral argentino-uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, Montevideo, 1981, ratificado en 1982 por ley N.º 22546. Actualmente no se aplica dado que ambos países han ratificado también los Convenios multilaterales que señalaré seguidamente, por lo que en la práctica son los más utilizados, aunque nada obstaría que se entablara un procedimiento de restitución por este Convenio, por no hallarse derogado.

- Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, La Haya, 1980, ratificado en 1990 por ley N.º 23.857.

- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Montevideo, 1989, ratificado en 2002 por ley N.º 25.358.

En este trabajo me referiré a estas últimas dos Convenciones.

3. EJES DE LOS CONVENIOS SOBRE LOS QUE SE DETECTAN LOS INCONVENIENTES PRÁCTICOS

3.1. *Primer problema: Demora*

Un primer problema, del que se habla en todo curso de capacitación, congreso o jornada sobre la materia, es el FACTOR TIEMPO.

Art. 3º de La Haya: El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Según el artículo 1° de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores:

La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; b) Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

En este punto la Convención Interamericana, en adelante CIDIP IV, es coincidente con la Convención de La Haya de 1980. La única diferencia es que utiliza el término “ilegal”, en lugar de “ilícito” y menciona al punto de conexión “residencia habitual”⁽³⁾.

Si bien uno de los objetivos de los Convenios es la “inmediata” restitución de los niños, niñas y adolescentes —en adelante NNyA— a su país de residencia habitual, lamentablemente en la práctica esta finalidad no suele cumplirse, ya que los tiempos empleados tanto administrativa como judicialmente, son excesivamente largos.

En un caso que patrociné, en el que dos niñas de nueve años habían viajado a España para visitar a su madre durante el receso escolar de verano, debiendo regresar a nuestro país a fines de febrero, sin que lo hicieran porque aquella decidió retenerlas y habiendo iniciado el pedido de restitución inmediatamente el padre tomó conocimiento de que no regresarían, Interpol de España tardó tres meses para localizarlas. En el caso se había indicado el domicilio en que se hallaban con su madre de manera certera y, aun así, se demoró ese tiempo. Recién después se inició el proceso judicial en dicho país, por lo que todo el proceso se extendió casi un año.

En el caso de Colombia, en otro asunto que también patrociné, una vez recibido el pedido de restitución por la Autoridad Central de aquel país, demoró un año para darle intervención a la justicia. El caso se presentó ante la Autoridad Central argentina en mayo de 2017 y la sentencia de segunda instancia se dictó en Colombia, en octubre de 2020.

Tanto en el caso de España como en el de Colombia, se aplicó la Convención de La Haya, que dispone que en seis semanas debe estar resuelta la restitución para evitar un mayor perjuicio para el niño.

Estos son solo algunos ejemplos ilustrativos.

En Argentina también los procesos demoran, quizás dos o tres años, por lo que se han elaborado proyectos de ley de procedimiento específico para los casos de restitución internacional.

⁽³⁾ Art. 1° CIDIP IV: La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

En fecha 17 de julio de 2019, el Honorable Senado de la Nación otorgó media sanción al Proyecto de Ley de Procedimiento para la Aplicación de los Convenios de Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes, sin embargo, no sucedió lo mismo con la Cámara de Diputados y perdió estado parlamentario en julio de 2021.

El artículo 2° de la Convención de La Haya, dispone: “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”.

La razón de respetar los plazos tiene que ver con que la restitución internacional, se trata de una medida de naturaleza cautelar que devuelve al niño a su lugar de residencia habitual. Una vez allí, es el juez de ese Estado, el que tiene jurisdicción internacional para tratar y decidir sobre la guarda o custodia del menor, ya que el juez ante quien se plantea la restitución internacional, que suele ser el del país donde se encuentra el niño sustraído o retenido, no puede decidir sobre la custodia, esto por imperativo legal (art. 16 de ambas Convenciones)⁽⁴⁾.

Nótese que el factor tiempo es un problema que se viene tratando hace mucho tiempo. En una conferencia que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 25 de septiembre de 2009, el Dr. Ricardo C. Pérez, juez de enlace de Uruguay en ese tiempo, decía que, en el marco del proceso de restitución internacional de menores, el interés superior del niño no es otra cosa más que el derecho de este a no ser trasladado o retenido ilícitamente y el derecho a visitar al progenitor no conviviente y a que la restitución sea inmediata.

A su vez, al festejarse los 125 años de la Conferencia de La Haya, todos los profesionales que participaron de la Reunión Latinoamericana sobre implementación de los Convenios de La Haya sobre cooperación jurídica y protección internacional del niño (Buenos Aires, agosto de 2018), de diversos países, hicieron alusión a la demora en la tramitación de los procesos de restitución.

⁽⁴⁾ Art. 16 de CIDIP IV: Después de haber sido informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención en el marco del artículo 4°, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de esta Convención.

Art. 16 de La Haya: Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3°, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contratante adonde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

El 17 de noviembre de 2023, expuse en unas Jornadas sobre restitución internacional de NNyA, organizadas por NISDE⁽⁵⁾, donde soy coordinadora de Argentina y nuevamente el problema del tiempo en los distintos países, fue un tema central.

Pero no todo son malas noticias. En nuestro país, hay casos en los que los plazos se acortan, aun cuando no lleguen a las seis semanas y eso se debe a que algunas provincias cuentan con procedimientos específicos o porque han adherido al Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños.

La provincia de Córdoba ha sancionado con fecha 21/12/2016, la ley N.º 10.419 sobre “Procedimiento para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes y Régimen de Visitas o Contacto Internacional”, que contempla los principios de oralidad, inmediatez, conciliación, oficiosidad, economía procesal, bilateralidad, contradicción, gratuidad, acceso limitado al expediente, lealtad procesal, tutela judicial efectiva, cooperación, buena fe y moralidad procesal, la escucha del niño, la figura del abogado del niño, recurso con efecto suspensivo y excepcionalmente con efecto devolutivo. La provincia cuenta con siete jurisdicciones con jueces especialistas en el tema de la restitución internacional. Todos los plazos previstos en la ley son de dos días, salvo disposición en contrario y son perentorios, improrrogables y fatales. Las notificaciones se practicarán de oficio, salvo disposición en contrario y se realizarán por secretaría, con habilitación de días y horas inhábiles. Se prevé la notificación por cédula electrónica y la habilitación de la feria judicial para todos los casos previstos en esta. Sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público de la Defensa, el juez puede designar un abogado del niño, niña o adolescente o bien hacerlo el propio NNA según su grado de madurez, para que lo asista en la causa. Las únicas resoluciones que admiten ser recurridas son la que rechaza liminarmente la demanda o solicitud de restitución o contacto, contra la que procederá recurso de apelación y la sentencia definitiva, ambos deberán interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación. El recurso de apelación contra la sentencia definitiva será concedido con efecto suspensivo, a excepción que el juez advirtiese que existiera motivos suficientes para otorgarlo con efecto devolutivo. Ambas partes pueden pedir la mediación en ocasión de la audiencia prevista en el art. 26 de la ley o en la etapa de ejecución.

Otra provincia que cuenta con ley especial es la de Neuquén. La ley es la N.º 3134, al igual que la de Córdoba se titula “Procedimiento para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes y Régimen de Visitas o Contacto Internacional”, fue sancionada el 25/07/2018 y es muy similar a aquella.

La provincia de Entre Ríos, tiene una ley procesal de familia (ley N.º 10.668). El Capítulo X se titula “Proceso de restitución internacional de personas menores

⁽⁵⁾ Asociación niños sin derechos, Galicia, España

de edad y de visitas, comunicación y contacto”. Tiene por objeto del proceso de restitución internacional de menores de edad, determinar si ha existido traslado o retención ilícita de una persona de menos de dieciséis años de edad, en violación a un derecho de guarda o de custodia, y en su caso lograr en forma urgente la restitución en forma segura, entendiéndose por derecho de guarda o custodia, con una calificación autárquica o autónoma, aquel comprensivo del derecho de cuidado y de decidir sobre el lugar de residencia —incluyendo su traslado al extranjero— de conformidad con la ley del Estado de su residencia habitual. La persona menor de dieciséis años de edad, en consecuencia, debe haber sido desplazada ilícitamente de su centro habitual de vida, encontrándose en el territorio provincial.

La provincia de Misiones trata el tema dentro del Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar.

Tucumán, Santiago del Estero, Córdoba, Río Negro, entre otras provincias, han adherido al “Protocolo de actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños”, que, si bien no es vinculante, es una herramienta que orienta a los jueces sobre el modo de abordar el proceso de restitución, para lograr mayor celeridad.

Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

En la actualidad ante la todavía ausente ley específica que regule este tipo de procesos a nivel nacional, el Protocolo de Actuación resulta una herramienta útil y orientadora para todos los operadores judiciales del CH1980 y la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores de 1989 en tanto brinda pautas de actuación para llevar a cabo el procedimiento en un tiempo reducido⁽⁶⁾.

Veamos algunos aspectos relevantes de este instrumento de *soft law*.

Como objetivo general persigue:

Brindar a los operadores un instrumento de aplicación directa, para dar respuesta a los casos de sustracción internacional de niños y, en la medida de lo posible, restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida y que fuera turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante.

Como queda claro, nuevamente la celeridad es motivo primordial de los procedimientos de restitución.

Como objetivo específico, el Protocolo pretende dar una respuesta adecuada, oportuna y eficiente a los casos de sustracción internacional, facilitando el acceso a la justicia de los niños víctimas y unificar criterios de actuación para dar respuesta a estos casos en tiempo oportuno, respetando los plazos y los objetivos establecidos en los convenios aplicables. Se refuerza la idea de rapidez.

⁽⁶⁾ TAGLE DE FERREYRA, Graciela, Restitución Internacional de NNA y régimen comunicacional transfronterizo, Resistencia, Chaco, Editar, 2023, p. 69.

Ya en etapa judicial se prevé que, para imprimir celeridad, eficacia y evitar que la demora convalide la sustracción, se disponga desde el inicio, que las notificaciones, diligencias y audiencias se lleven a cabo con habilitación de días, horas inhábiles, a fin de cumplir con el plazo de seis semanas establecido por el Convenio de La Haya. Excepto el traslado de la demanda, todas las notificaciones deberían hacerse por Secretaría, con habilitación de días y horas y en los casos de las jurisdicciones que cuenten con notificación electrónica, se efectuarán por ese medio. Justamente teniendo en cuenta la urgencia que caracteriza estos casos, se recomienda a los Jueces que dispongan la habilitación de las ferias judiciales, a fin de cumplir con los plazos establecidos en los Convenios.

En cuanto a la prueba, dispone que el plazo que se fije para su producción debería ser el más acotado posible, en ningún caso podrá exceder de los quince días, haciéndole saber a las partes que vencido dicho plazo se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal.

Solo se admitirán las excepciones taxativamente enumeradas en los Convenios vigentes ⁽⁷⁾. Hasta aquí resulta suficiente la referencia al Protocolo, en lo que a la celeridad se refiere.

3.2. Segundo problema: interpretación del derecho de custodia

Oro problema que se advierte, es el relacionado a la consideración del DERECHO DE CUSTODIA.

Según el art. 3º de la Convención de La Haya:

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, sepa-

⁽⁷⁾ Art. 11 de CIDIP IV: La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiese exponerle a un peligro físico o psíquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que este se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.

Art. 13 No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenarla restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

rada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o cualquier otro organismo, *con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención* (la negrita me pertenece); y b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

Según el art. 4° de la CIDIP IV:

Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, *de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor* (la cursiva me pertenece).

Para poder evaluar la legitimación activa del progenitor que solicita la restitución internacional de su hijo/a, debe tomarse en cuenta si ejercía o no el derecho de custodia, al producirse el traslado o retención, pero ese derecho de custodia debe ser considerado según lo regule la ley de la residencia habitual del NNoA, no conforme la *lex fori*, es decir, la ley del juez que debe resolver la restitución. En este sentido, Colombia por ejemplo, ha rechazado la restitución de un niño que fuera retenido ilícitamente en dicho país, al considerar que era la madre conviviente la que según el derecho colombiano tenía la custodia, cuando en Argentina, país de residencia habitual del niño, el derecho de custodia lo ejercían ambos progenitores, ya que por ley el cuidado personal es compartido, independientemente de si el hijo tiene residencia principal en el domicilio del progenitor con quien convive más tiempo.

3.3. Tercer problema: Representación legal gratuita

También existe un problema vinculado a la posibilidad de representación legal por abogados gratuitos del Estado requerido, por parte del progenitor requirente, ante su imposibilidad económica de hacer frente a los gastos y honorarios que demande el reclamo judicial en el país donde se encuentre sustraído su hijo o hija. La dificultad ocurre, cuando los abogados que lo representarán judicialmente son considerados abogados del Estado, quien sería “su cliente”, y no, del progenitor. En estos casos (España, Ecuador, por ejemplo), el padre o madre no tienen acceso al abogado/a, no pudiendo ampliar información de relevancia, ya que con lo único que cuenta el letrado es con lo que se volcó en el formulario administrativo de inicio del reclamo ante la Autoridad Central. Téngase en cuenta que el progenitor/a requerido, tendrá acceso por inmediatez al juez, pudiendo expresar sus argumentaciones sin que el letrado del requirente tenga

elementos para refutarlas, si no resultan del formulario mencionado anteriormente. Ello vulnera gravemente su derecho a una verdadera defensa en juicio.

En estos momentos, por esta imposibilidad de contacto entre un padre español y su abogado del Estado ecuatoriano, en un caso en que se rechazara la restitución de su hijo, está pendiente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un reclamo internacional.

3.4. Cuarto problema: Retorno seguro

Es práctica en nuestro país, hace ya varios años, supeditar la restitución internacional del NNoA a su país de residencia habitual, a la adopción de medidas de retorno seguro. Esto no surge de los Convenios, si no como dije, de una exigencia pretoriana, que luego, al sancionarse el Código Civil y Comercial se incorporó como derecho positivo en el art. 2642 ⁽⁸⁾.

Si bien es sumamente importante que se asegure que el retorno del NNoA no lo colocará en una situación perjudicial o vulnerable en el país de residencia habitual, lo cierto es que no es realmente efectiva ninguna medida, a menos que el país de recepción del NNoA espeje la sentencia dictada por el juez argentino. Me refiero a las llamadas “órdenes espejo”, que no son otra cosa más que, previo al retorno del NNoA, se dicte en el país de residencia habitual una resolución que reproduzca la sentencia dictada por el juez de la restitución. Solo así se garantiza que llegado el NNoA a su país, se cumplirá con lo ordenado o acordado en el nuestro. En la práctica hay muy pocos países que admiten las órdenes espejo, por lo que muchas veces se suspenden decisiones de restitución por no contar con esa garantía. Y en los casos en que no se exige que se espeje la orden, luego se desvanece toda protección en el otro Estado.

Lo ejemplificaré con algunos casos que representé.

En un caso, dos niños que nacieron en España, país de su residencia habitual, hijos de un francés y una argentina, fueron trasladados por ella a nuestro país con un permiso paterno para visitar a la familia materna y no regresaron. Como consecuencia de esta retención ilícita, iniciamos el trámite judicial directamente en Argentina, país de la sustracción, anoticiándose luego a la Autoridad Central argentina. El caso que duró cinco años, ya que llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en el que en todas las instancias se ordenó la restitución, en la etapa de ejecución se suspendió porque, a pesar que se habían acordado las medidas de retorno seguro (que el padre asegurara por tres meses una cuota alimentaria, vivienda y que los niños estarían con su madre hasta se resolvieran ante el juez natural las cuestiones de fondo), no se obtenía de España certeza de que no existía una causa penal en contra de la madre ni accedían a espejar la orden del juez argentino.

⁽⁸⁾ Art. 2642 Cód. Civ. y Com: “...El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión...”.

En otro caso, un niño argentino, hijo de madre y padre argentinos, que por acuerdo entre ellos se fuera con este último a vivir a Italia, país de su residencia habitual, al venir a visitar a su madre, esta lo retuvo, por lo que el padre solicitó la restitución ante la Autoridad Central italiana. Llegado el pedido a la Autoridad Central argentina, iniciamos el proceso judicial ante el juez argentino, quien ordenó la restitución. Este proceso fue relativamente rápido, duró poco menos de un año, porque se llegó a un acuerdo. Al no estar la madre en Italia, el retorno se consideraba seguro porque el niño recuperaría su statu quo anterior, pero lo que se quería asegurar era que regresaría a visitar a la madre, dando garantías de que no volvería a retener al niño. Sin embargo, llegado el padre a Italia, no cumplió con las visitas, ya que el juez italiano no había reflejado la sentencia argentina, con lo cual la madre debía iniciar la ejecución de la sentencia o bien pedir un régimen de comunicación internacional.

En otro caso, una niña argentina, hija de padre y madre argentinos, con residencia habitual en Argentina, viajó a visitar a esta última a EE. UU., país donde vivía. Por razones de salud de la niña, la madre decidió retenerla en aquel país, lo que motivó que el padre activara el proceso de restitución a través de la Autoridad Central argentina. Intervino el juez estadounidense, quien entendiendo que la restitución no respondía al interés superior de la niña pero que debía cumplir con el Tratado Internacional (en el caso la Convención de La Haya), vigente entre ambos países, ordenó la celebración de dos compromisos para asegurar el retorno. Uno de esos compromisos consistía en que el padre permitiera a la niña tener contacto con los abuelos maternos, residentes en Argentina y que pudiera viajar a visitar a su madre a EE. UU. Pero esa orden no se espejó en nuestro país, lo que motivó que tuviera que iniciar el exequatur ⁽⁹⁾ ante el juez argentino, ya que el padre no cumplió con ninguno de los compromisos asumidos ante el juez extranjero. El trámite lamentablemente fue tan extenso que la niña no volvió a viajar a EE. UU., hasta que alcanzó los dieciocho años. Hoy vive con su madre en aquel país.

Como podemos ver, el retorno seguro en muchos casos no es más que una utopía.

3.5. Quinto problema: interpretación del permiso de viaje

Este problema, tampoco surge de los Convenios, pero es un gran inconveniente de interpretación por parte de algunas Autoridades Centrales o de jueces extranjeros.

Sabido es que, en Argentina, para que un NNoA salga del país con uno de los progenitores, es necesaria la autorización del otro y que ella se plasma en un permiso de viaje. También puede suceder, claro está, que la autorización la otorgue un juez, pero esto no acarrea ningún escollo.

⁽⁹⁾ Ejecución de sentencia extranjera.

También es sabido que, por razones de economía, tanto en cuanto al dinero como al tiempo, los permisos de viaje suelen otorgarse hasta la mayoría de edad del hijo/a, y es ahí donde surge el inconveniente.

Lo pondré con dos ejemplos concretos, Portugal y Colombia.

La Autoridad Central de Portugal, ha interpretado que, como el permiso de viaje con el que viajó un niño a ese país, con su progenitora, dice que se lo autoriza a viajar hasta la mayoría de edad, quiere decir que se lo habilita a quedarse hasta esa edad, lo que es una interpretación errónea, porque no dice que se autoriza el cambio de residencia.

El caso es de este año 2023. La Autoridad Central rechazó in limine el pedido que recibiera desde la Autoridad Central argentina y aunque intervino la Juez de Enlace, no logró que cambiaran de parecer.

En el caso de Colombia, fue la interpretación de la justicia colombiana la de que el permiso de viaje otorgado hasta la mayoría de edad por el padre para que su hijo viajara con la madre, significa autorizarlo a que se quede en ese país hasta ese acontecimiento, por lo que rechazó la restitución a pesar que se probó la residencia habitual del niño en Argentina, que tenía menos de 16 años al momento de la retención y que el padre inició el pedido inmediatamente se enteró de las intenciones de la madre.

3.6. Sexto problema: acción penal

No todos los países tienen en sus legislaciones penales, regulado el llamado “secuestro parental”, pero los que sí lo tienen, al permitir que el progenitor o progenitora víctima de la decisión unilateral tomada por el otro, de alejarlo/a de sus hijos/as, formule una denuncia penal, a veces provoca la denegación de una restitución que habría prosperado de no haber sido por esa causa.

En Argentina están vigentes la ley 24.270 sobre impedimento de contacto y el art. 146 del Código Penal, sobre delito de sustracción de menores. Respecto de este último, no hay unanimidad en cuanto a considerar si resulta aplicable a los casos en que la sustracción la comete un progenitor⁽¹⁰⁾.

En las Jornadas de NISDE, que tuvieron lugar en España, en noviembre de 2023, de las que participé en carácter de ponente como mencionara ut supra y de

⁽¹⁰⁾ Art. 146 Código Penal: Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare.

Art.1º ley 24.270: Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes. Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

Art. 2º ley 24.270: En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial. Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo.

las que participaron también, abogados de varios países europeos y de Latinoamérica, se trató el tema de las ventajas o desventajas de instar la acción penal, concluyendo todos los intervinientes en que es recomendable evitar denunciar penalmente la sustracción para no frustrar una restitución plausible.

Nótese que nuestra Autoridad Central (Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores), en su página web, expresa que una denuncia penal en contra del progenitor sustractor “puede tener efectos perjudiciales a los fines de la aplicación de los convenios sobre restitución. En efecto, la existencia de una causa penal se ha evidenciado como una causa que puede llevar a los tribunales a adoptar una decisión contraria a la restitución del niño, ya que el sustractor puede verse privado de la posibilidad de acompañar a su hijo en el reintegro y de ejercer luego su derecho a petitionar en la jurisdicción competente para decidir sobre la custodia del niño”⁽¹¹⁾.

CONCLUSIONES

Como habrán podido observar a lo largo de este artículo, que no pretende ser concluyente respecto de las problemáticas prácticas al momento de abordar un caso iusprivatista internacional, si no meramente informativo a partir de experiencias personales a lo largo de años de ejercicio profesional, hay mucho camino por recorrer y mucho por mejorar. Parece ilógico hablar de largo camino por recorrer con los años de recorrida que tienen las Convenciones vigentes, pero la práctica demuestra la complejidad de relaciones, de multiculturalidad, de multiplicidad de interpretaciones y abordajes, que hace tan difícil la uniformidad internacional en materia de derecho de familia.

Lo importante es saber que, en nuestro país, se está avanzando con leyes procesales provinciales, o procedimientos propios de los Códigos procesales. Que los jueces que aplican el Protocolo de Actuación están logrando sentencias más rápidas, que la mediación es una herramienta muy positiva para lograr acuerdos y que eso provoque la casi certeza de retornos seguros.

No quiero concluir sin decir que, como efectores jurídicos no podemos perder de vista, cuando decidimos tomar un caso de estas características, que sin importar si somos defensa técnica del padre o madre, sustractor o afectado, la principal víctima es el niño, niña o adolescente, al que nadie pidió opinión sobre mudar su vida a otro país, alejándose de su centro de vida, por lo que, sin dejar de defender los derechos de nuestros clientes, también respetemos el interés superior del niño, niña o adolescente, haciendo que ese norte no se convierta sólo en una declamación.

⁽¹¹⁾ Equipo de restitución internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina, “*El traslado o retención ilícitos, son considerados delito?*”, disponible en <http://www.menores.gov.ar> (consultado el 10/12/2023).

Recordemos que, como dijo el filósofo italiano, escritor de aforismos, Mirko Vadeale: “Sobre cada niño se debería poner un cartel que dijera: Tratar con cuidado. Contiene sueños”.

BIBLIOGRAFÍA

Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/convenio_de_la_haya_sobre_los_aspectos_civiles_de_la_sustraccion_internacional_de_menores.pdf (consultado el 10/12/2023).

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, disponible en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html> (consultado el 10/12/2023).

Convenio sobre Protección Internacional de Menores. Argentino-uruguayo, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Argentino-Uruguayo_sobre_Proteccion_Internacional_de_Menores.pdf (consultado el 10/12/2023).

Código Penal, ley 24.270.

TAGLE DE FERREYRA, Graciela, *Restitución Internacional de NNA y régimen comunicacional transfronterizo*, Resistencia, Chaco, Editar, 2023, p. 69.

Equipo de restitución internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina, “*El traslado o retención ilícitos, ¿son considerados delito?*”, disponible en <http://www.menores.gov.ar> (consultado el 10/12/2023).

UNIONES NO MATRIMONIALES TRANSFRONTERIZAS: DESAFÍOS EN MATERIA DE DERECHO APLICABLE

POR ANA BELÉN ZACUR *

Resumen

Este trabajo tiene como propósito abordar ciertos aspectos de la regulación de las uniones no matrimoniales transfronterizas en nuestro sistema jurídico con el objeto de señalar algunos desafíos que podrían presentarse al momento de resolver los conflictos originados en el contexto de estas uniones, con especial atención en la determinación del derecho aplicable. Ello, teniendo en cuenta la disímil regulación del instituto en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales.

Palabras clave

Derecho internacional privado, uniones no matrimoniales transfronterizas, tribunal competente, derecho aplicable.

CROSS-BORDER CIVIL UNIONS: CHALLENGES IN DETERMINING THE APPLICABLE LAW

Abstract

The following dissertation proposes to address certain aspects of cross-border civil union legal regulation in our legal system. The main aim is to point out some challenges that could arise when resolving possible conflicts originating within the framework of this type of union, especially in determining the law applicable to these cases.

To this end, it is necessary to take into account the dissimilar regulations of the institute in the different national legal systems that recognise this form of family organisation.

* Abogada (UNPAZ). Maestranda en Derecho Internacional Privado (UBA). Docente de Derecho Internacional Privado (UBA/UNPAZ). Jefe de Despacho / relatora (interina) en la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Keywords

Private international law, cross-border non-marital unions, competent courts, applicable law.

INTRODUCCIÓN

En los tiempos actuales, marcados por la movilidad transfronteriza, las dinámicas de las relaciones personales han experimentado cambios sustanciales. Las parejas que optan por convivir sin recurrir a la figura del matrimonio han cobrado relevancia en este entorno social en continua transformación.

Cuando estas parejas se constituyen en un determinado Estado nacional al amparo del ordenamiento jurídico que en él rige y luego deciden trasladarse a un Estado diferente, surgen interrogantes en torno al reconocimiento de efectos de esas uniones, toda vez que, algunas legislaciones reconocen a las uniones no matrimoniales de manera explícita, mientras que otras no lo hacen o difieren los efectos que se les otorgan de un sistema jurídico a otro.

A su vez, la exigencia de registración de la unión y demás formalidades de constitución puede variar de un sistema jurídico a otro, ya que en algunos países se requiere que las parejas registren su convivencia, mientras que, en otros, el reconocimiento se fundamenta en la convivencia continua sin necesidad de registro de la unión. Asimismo, existen legislaciones que permiten la conformación de uniones entre personas del mismo sexo, mientras que otras no lo aceptan.

Al respecto, se ha sostenido que las uniones de hecho son una realidad compleja en el Derecho Comparado, ya que algunos sistemas consideran contraria al orden público la convivencia extramatrimonial, mientras que otros, la asimilan al matrimonio; y, en otros supuestos, solo se reconocen efectos sustanciales en el marco de las relaciones patrimoniales ⁽¹⁾.

Debido a ello, surge la necesidad de examinar, desde nuestra perspectiva, la manera en que el sistema de Derecho internacional privado argentino aborda los complejos desafíos que presenta esta forma de organización familiar cuando las parejas eligen trasladarse más allá de las fronteras de un país determinado.

En el caso específico de las uniones convivenciales, el Derecho internacional privado, disciplina que tiene la finalidad de ordenar normativamente las soluciones justas de los casos iusprivatistas multinacionales ⁽²⁾, se encuentra en la encrucijada de reconciliar las disparidades de los diversos sistemas jurídicos nacionales.

⁽¹⁾ FERNÁNDEZ ROSAS, José y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “Derecho Internacional Privado. Civitas”, Thomson Reuters, Navarra, 8ed., p. 434.

⁽²⁾ BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, Séptima edición actualizada, Abeledo Perrot, 2015, p. 17; UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, La Ley, 2016, p. 4.

En este marco, el presente trabajo propone adentrarse en las complejidades que rodean a las uniones convivenciales cuando el caso toma contacto con el territorio de dos o más Estados nacionales, es decir, cuando las relaciones de convivencia trascienden las fronteras nacionales.

Con ese propósito, examinaremos la regulación que ofrece el sistema de Derecho internacional privado argentino sobre la temática, explorando posibles vías para solucionar los obstáculos que pudieran presentarse en la resolución de estos casos.

1. LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES NO MATRIMONIALES EN EL SISTEMA ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1.1. Protección y promoción de los derechos humanos en el ámbito familiar. Algunas iniciativas de unificación en materia de uniones no matrimoniales

Dreyzin de Klor refiere que la inclusión de la unión convivencial en el sistema jurídico argentino ha sido consecuencia de un cambio cultural significativo que tuvo fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ⁽³⁾.

La Constitución Nacional, en su artículo 19 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 17, reconocen el derecho al respeto de la vida privada.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 16, consagra como principio fundamental que todas las personas tienen el derecho inherente a contraer matrimonio y a formar una familia, reconociendo a la familia como elemento natural y esencial de la sociedad que debe ser protegido por la sociedad y el Estado.

Este derecho a formar una familia sobre la base del matrimonio consensuado se reitera en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este contexto, se destaca el principio del pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes como pilar fundamental para el ejercicio de este derecho. La libertad de elección y la ausencia de coacción son elementos esenciales para garantizar que el matrimonio sea una institución basada en la voluntad mutua y la igualdad.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 17 y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979, refuerzan estos principios. Ambos instrumentos internacionales consagran los principios de libertad, igualdad y no discriminación en el ámbito familiar.

Estas convenciones reconocen la diversidad de estructuras familiares y reafirman la importancia de garantizar los derechos fundamentales sin distinción de género, orientación sexual o cualquier otra forma de discriminación.

⁽³⁾ DREYZIN DE KLOR, Adriana, *Derecho Internacional Privado actual*, Zavallia, Buenos Aires, 2015, p. 212.

En conjunto, estos instrumentos internacionales conforman un marco sólido que aboga por la protección y promoción de los derechos humanos en el ámbito familiar. La libertad de contraer matrimonio, de conformar una familia y la prohibición de discriminación reflejan los valores universales que sustentan la Declaración Universal de Derechos Humanos y demuestran el compromiso con la preservación de los derechos fundamentales en el contexto de las relaciones familiares.

Sentado ello, cabe señalar que no contamos con fuentes convencionales que regulen de manera específica la temática de las uniones no matrimoniales transfronterizas, ya que los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, considerando la época en que fueron suscritos, no incluyeron disposiciones referentes a esta institución más novedosa.

No obstante, el tema ha sido objeto de estudio por parte de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado desde 1987 hasta el año 2017. Así, luego del profundo análisis de diversas legislaciones, ha identificado desafíos relacionados con la regulación de las parejas no casadas en los distintos Estados nacionales.

En mayo de 2000, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya emitió una nota destacando la diversidad del fenómeno de la cohabitación y observó que los países europeos se dividían en tres categorías en cuanto a la regulación de esta forma de organización familiar: establecida, naciente o prácticamente inexistente.

Advirtió que la regulación sobre la institución era diversa y que la importancia del fenómeno constituía un desafío para el Derecho internacional privado. Aunque se consideró prematuro pensar en la elaboración de una convención internacional que regulara la temática, se propuso la creación de un grupo de trabajo para explorar las posibilidades de una aproximación uniforme ⁽⁴⁾.

En marzo de 2015, la Oficina Permanente presentó una actualización sobre los avances de la legislación interna de los Estados y del Derecho internacional privado sobre la temática. Posteriormente, solicitó a los Estados miembros que dieran respuesta a un cuestionario para recopilar más información sobre temas de Derecho internacional privado en materia de convivencia no matrimonial, incluida la unión civil. Aunque 32 Estados y la Unión Europea respondieron el cuestionario, la participación de América Latina fue limitada, con respuestas de México, Paraguay y Uruguay, únicamente.

La Actualización de 2015 introdujo un marco terminológico unificado. El término "convivencia no matrimonial" se utilizó como un concepto inclusivo de la "convivencia de hecho" y de la "unión civil". La "unión civil" referida a una unión no matrimonial que, según la legislación interna, requería ciertas formalidades, como la inscripción en un registro. Este término abarcaba, a su

⁽⁴⁾ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2000). Aspects de droit international privé de la cohabitation hors mariage et des partenariats enregistré (documento preliminar N.º 9).

vez, diversas formas de uniones, como la "sociedad de convivencia", "el pacto civil de solidaridad", "la unión convivencial", "el pacto de unión convivencial", entre otras. Se estableció, asimismo, la distinción entre "convivientes civiles" (inscritos) y "convivientes de hecho" (no inscritos) ⁽⁵⁾.

En el ámbito del MERCOSUR, se elaboró el "Acuerdo entre los Estados parte del Mercosur y asociados sobre jurisdicción internacionalmente competente, ley aplicable y cooperación jurídica internacional en materia de matrimonio, relaciones personales entre cónyuges, régimen matrimonial de bienes, divorcio, separación conyugal y unión no matrimonial" (CMC/DEC. N.º 58/12).

Este instrumento reguló tanto la jurisdicción internacional como el derecho aplicable a las uniones no matrimoniales.

En lo que concierne a este asunto, el referido acuerdo definió a la "unión no matrimonial" como las uniones convivenciales, estables, permanentes, civiles o de cualquier otra denominación, registradas o reconocidas por cada una de las partes y establecidas libremente por dos personas, independientemente del sexo u orientación sexual, que conviven en una relación afectiva estable, notoria, pública y permanente.

Con relación a la jurisdicción internacional, el artículo 4º establece que son competentes para entender en los juicios sobre nulidad y disolución de las uniones no matrimoniales y relaciones patrimoniales vinculadas a ellas, a opción de la parte actora, el Tribunal del Estado de reconocimiento o registro de la unión, el del domicilio del demandado o el del domicilio del actor.

Asimismo, dispone que, para entender en aquellas cuestiones que surjan entre convivientes relativas a los bienes, en materia de estricto carácter real, son competentes los tribunales del Estado donde estén ubicados dichos bienes.

Ahora bien, tratándose de acciones relativas a los efectos personales de las uniones no matrimoniales, la competencia pertenece a los tribunales del Estado Parte donde se pretendan hacer valer (art. 5º).

Se establece además la competencia para el dictado de medidas de urgencia vinculadas a relaciones personales entre cónyuges o convivientes, resultando competente, en tales casos, el tribunal del Estado en el que el actor se encuentre (art. 6º).

Respecto al derecho aplicable, el artículo 8º establece que la ley del lugar de reconocimiento o registro de estas uniones rige la capacidad de las personas para constituir la unión, la forma en que se establece, su existencia y validez, así como los procesos de disolución.

Adicionalmente, el artículo aborda la cuestión de los efectos derivados de las uniones no matrimoniales —entiéndase los personales y patrimoniales—, estableciendo que estos se rigen por la ley del Estado donde se pretenden hacer valer.

⁽⁵⁾ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2015), Update on the developments in internal law private international law concerning cohabitation outside marriage, including registered partnerships (documento preliminar N.º 5).

Sin embargo, el artículo introduce una salvedad significativa en relación con las uniones no matrimoniales entre personas del mismo sexo. En este caso, se establece que el reconocimiento de estas uniones no será obligatorio para el Estado Parte en el que se pretende hacer valer si su ordenamiento jurídico no admite dichas uniones. Esta disposición refleja el respeto a la diversidad de legislaciones nacionales en relación con las uniones entre personas del mismo sexo y reconoce la soberanía de cada Estado para decidir sobre el reconocimiento de estas uniones en su territorio —nótese que Paraguay no reconoce las uniones de ningún tipo entre personas del mismo sexo—.

Sentado ello, lo cierto es que, este instrumento, pese a haber sido aprobado, aún no ha entrado en vigor ⁽⁶⁾.

Scotti y Baltar argumentan que la necesidad de establecer normativas unificadas dentro de este bloque se fundamenta en uno de los propósitos fundamentales que motivaron su creación: la libertad de circulación de las personas. Señalan que esta libertad se refleja directamente en el incremento de parejas internacionales que se trasladan de un país a otro y sostienen que la existencia de normas de este tipo aportaría seguridad y previsibilidad, sobre todo considerando las disparidades presentes en las legislaciones de los Estados miembros ⁽⁷⁾.

2. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y EL DERECHO APLICABLE A LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN LA DIMENSIÓN AUTÓNOMA

La reforma del Código Civil y Comercial trajo consigo innovaciones sustanciales en el ámbito de las relaciones de familia, siendo una de las más destacadas la inclusión de una forma de organización familiar diferente al matrimonio, que el legislador nacional ha denominado “Unión Convivencial”.

En efecto, ha definido a la unión convivencial como “la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo” (artículo 509 del Código Civil y Comercial) (calificación *lex fori*).

Ahora bien, además de establecer normas para la institución de la unión convivencial en el derecho sustantivo, la reforma también incorporó disposiciones específicas en el ámbito del Derecho internacional privado. En este

⁽⁶⁾ Las autoridades en materia de Justicia de los Poderes Ejecutivos de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Bolivia y Chile aprobaron el Acuerdo en la cumbre de Ministros de Justicia del Mercosur realizada en Argentina celebrada en junio de 2023 (véase: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/historico-acuerdo-en-la-cumbre-de-ministros-de-justicia-del-mercosur-realizada-en-argentina>, última consulta: 04/01/2023).

⁽⁷⁾ Véase: SCOTTI, Luciana y BALTAR, Leandro, “Las Uniones Convivenciales en el Derecho Internacional Privado Argentino”, *Revista de la Facultad de Derecho (disponible online)*, 2022, p. 14.

contexto, contempla soluciones en materia de jurisdicción internacional y ley aplicable.

En punto a la jurisdicción internacional, el artículo 2627 del Código Civil y Comercial, establece que las acciones judiciales que surjan como consecuencia de una unión convivencial deben ser presentadas ante el juez del domicilio efectivo común de las personas que conforman dicha unión o, en su defecto, ante el tribunal del domicilio o residencia habitual del demandado.

Esta disposición consagra foros concurrentes que atribuyen competencia a los tribunales argentinos en caso de que cualquiera de ellos se localice en nuestro país y que se alinean con los criterios atributivos de jurisdicción previstos en materia de matrimonio (artículo 2621 del Código Civil y Comercial).

Por su parte, el artículo 2628 del Código Civil y Comercial aborda la cuestión del derecho aplicable a las uniones convivenciales. Esta disposición establece que la unión convivencial se rige por el derecho del Estado en el cual se pretenda hacer valer.

En este sentido, es importante destacar que, debido a la amplitud terminológica utilizada, han surgido interrogantes sobre el alcance del tipo legal de la norma. Así, mientras algunos sostienen que solo abarcaría los efectos de la unión convivencial, otros abogan por una interpretación más amplia, inclusiva de las condiciones de validez formal y sustancial, la disolución de la unión y todos los efectos personales y patrimoniales⁽⁸⁾.

Al respecto, entendemos que el tipo legal de la norma resulta abarcativo de todas las posibles problemáticas que podrían suscitarse en el contexto de una relación de este tipo (con excepción de los alimentos, concebidos como categoría autónoma y que cuentan con regulación específica tanto en materia de jurisdicción como respecto del derecho aplicable, en los artículos 2629 y 2630 del Código Civil y Comercial, respectivamente).

Por otro lado, se ha interpretado que el factor localizador es mutable para estos casos, ya que se tienen en cuenta dos aspectos: por un lado, que esta institución no reviste las mismas formalidades que tiene el matrimonio, mientras que, por otro, no todos los Estados que reconocen las uniones convivenciales exigen requisitos equivalentes para su reconocimiento. En efecto, se ha sostenido que “esta discontinuidad legal en el espacio trae aparejado que no resulte sencillo identificar un lugar de celebración de la institución. Inclusive en nuestro país, en el que la inscripción se hace solo a los fines probatorios y no constitutivos”⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ URIONDO DE MARTINOLI, A., “Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de Familia. Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Lerner, Córdoba, junio de 2017, citado en IUD, Carolina y RUBAJA, Nieve, “La internacionalidad de las relaciones de familia: aspectos registrales”, RDF 108, 128, 2023, p. 12.

⁽⁹⁾ DREYZIN DE KLOR, Adriana y VILLEGAS, Candela, “Unión convivencial en el derecho internacional privado actual”, RDF 93, p. 3.

Asimismo, se ha destacado que uno de los desafíos en estas situaciones se relaciona con la dificultad probatoria, consecuencia lógica de la informalidad de la relación cuando no se ha formalizado ningún pacto, acuerdo o registración ⁽¹⁰⁾.

En definitiva, si se pretende que la unión no matrimonial despliegue sus efectos en nuestro país, la legislación aplicable sería la argentina. En cambio, si se busca que los efectos se produzcan en otro Estado, se aplicaría el derecho extranjero correspondiente.

Por tales razones, es preciso explorar sucintamente la regulación del derecho sustantivo argentino sobre la temática, toda vez que podrían plantearse algunos interrogantes en su aplicación.

De igual manera, considerando la eventual posibilidad de que se aplique al caso un derecho extranjero, resulta pertinente explorar la regulación del instituto en el derecho comparado.

2.1. Tratamiento de las uniones convivenciales en el derecho de fondo argentino

El Código Civil y Comercial regula la institución de la unión convivencial entre los artículos 509 y 528.

El artículo 510 establece los requisitos para el reconocimiento de efectos jurídicos de las uniones convivenciales.

En primer lugar, ambas partes deben ser mayores de edad. Además, se prohíben vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, así como colaterales hasta el segundo grado. No se permiten vínculos de parentesco por afinidad en línea recta y es necesario que no haya impedimentos de ligamen, ni registros simultáneos de otras convivencias.

Por último, se exige que la convivencia se mantenga durante un período no inferior a los dos años.

Al respecto, señalase que, aunque el punto de conexión del artículo 2628 (“lugar donde se pretende hacer valer la unión”) considera la posibilidad de que la unión no se encuentre reconocida en el Estado donde se conformó, es esencial tener en cuenta que, al aplicar el derecho argentino, la validez de la unión será evaluada según los requisitos establecidos en nuestro sistema jurídico. En esta situación, podría ocurrir que alguno de los recaudos no se halle reunido, como, por ejemplo, por no encontrarse satisfecho el período mínimo exigido por nuestra legislación, imposibilitando, de ese modo, el reconocimiento de efectos de la unión en nuestro país.

Se ha interpretado que la elección del punto de conexión por parte del legislador obedece a que la regulación en la materia no es uniforme en los diferentes ordenamientos jurídicos, por lo cual, se optó por un criterio más territo-

⁽¹⁰⁾ DREYZIN DE KLOR, Adriana y VILLEGAS, Candela, ob. cit., p. 4.

rialista si se lo compara con los puntos de conexión elegidos para determinar el derecho aplicable a los diferentes aspectos del matrimonio ⁽¹¹⁾.

El artículo 511 aborda la cuestión de la registración de las uniones convivenciales. Según este artículo, la existencia, extinción y los pactos celebrados por los integrantes de la pareja en la unión convivencial deben ser inscritos en el registro correspondiente a la jurisdicción local, exclusivamente con fines probatorios. Se destaca que no se permite la inscripción de una nueva unión convivencial sin cancelar previamente la existente. Es importante subrayar que la solicitud de registración de la existencia de la unión convivencial debe ser realizada por ambos integrantes de la pareja. Este proceso de registración se erige como un requisito esencial para la validez y reconocimiento de la unión convivencial, evidenciando la importancia de la formalidad en este ámbito.

El artículo 512 versa sobre la prueba de la unión convivencial. Según este artículo, la existencia de la unión convivencial puede ser demostrada mediante cualquier medio de prueba admitido. Sin embargo, se destaca que la inscripción en el Registro de uniones convivenciales constituye una prueba suficiente de la existencia de dicha unión. Esta disposición resalta la flexibilidad en los métodos de prueba, permitiendo diversas formas de acreditar la existencia de la unión convivencial, pero al mismo tiempo, subraya la importancia que se otorga a la inscripción en el registro correspondiente como evidencia concluyente de su existencia.

El capítulo 2 refiere a la posibilidad de los miembros de la unión de celebrar pactos de convivencia.

En lo pertinente, cabe señalar que el artículo 514 detalla, de manera no exhaustiva, el contenido de los pactos de convivencia. Dichos pactos podrían abordar diversas cuestiones, entre las cuales se incluyen: a) la regulación de la contribución a las cargas del hogar durante el período de convivencia; b) la asignación del hogar común en caso de ruptura de la convivencia; c) la distribución de los bienes adquiridos mediante el esfuerzo conjunto en caso de finalización de la convivencia.

Estos puntos representan algunas de las áreas que pueden ser objeto de regulación a través de los pactos de convivencia, ofreciendo flexibilidad y autonomía a los miembros de la unión convivencial para definir aspectos relevantes de su relación.

El artículo 515 establece que los pactos de convivencia deben respetar el orden público, el principio de igualdad entre los convivientes y que no pueden afectar los derechos fundamentales de ninguno de los miembros de la unión convivencial.

El artículo 516, señala que los pactos pueden ser modificados o rescindidos mediante acuerdo mutuo de los convivientes. Además, especifica que el cese de la convivencia automáticamente extingue los pactos hacia el futuro.

⁽¹¹⁾ MEDINA, Flavia, “El matrimonio y las uniones convivenciales en el ámbito internacional. Su regulación en el Código Civil y Comercial Unificado”, RCCyC, 2017, p. 7.

Por último, el artículo 517 indica que los efectos de los pactos, su modificación, rescisión y la extinción por el cese de la convivencia son oponibles a terceros a partir de su inscripción en el registro mencionado en el artículo 511, así como en los registros correspondientes a los bienes involucrados en dichos pactos.

Los efectos extintivos del cese de la convivencia son aplicables a terceros desde la inscripción en dichos registros de cualquier documento que certifique la ruptura.

El Capítulo 3 aborda los efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia. Así, el artículo 518 establece que las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo acordado en el pacto de convivencia. En ausencia de dicho pacto, cada miembro ejerce libremente las facultades de administración y disposición de sus bienes, con restricciones para proteger la vivienda familiar y los muebles esenciales en ella.

El artículo 519 señala la obligación de asistencia mutua entre los convivientes durante la convivencia. Por su parte, el artículo 520 establece que los convivientes deben contribuir a los gastos domésticos según lo dispuesto en el artículo 455.

Por su parte, el artículo 521, establece que los convivientes son solidariamente responsables por las deudas contraídas por uno de ellos con terceros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 461.

El artículo 524 aborda la cuestión de la compensación económica en caso de finalización de la convivencia. En este contexto, se establece que el conviviente que experimente un notorio desequilibrio económico debido a la convivencia y su ruptura tiene el derecho a recibir una compensación. Esta compensación puede ser entregada como un pago único o como una renta por un período específico, limitada a la duración de la unión convivencial.

Dicha compensación puede ser proporcionada a través de recursos financieros, el usufructo de bienes específicos, o cualquier otra modalidad acordada por las partes involucradas, o en su defecto, determinada por decisión judicial.

El artículo 522 contempla la protección de la vivienda familiar en caso de inscripción de la unión convivencial. Prohíbe que un conviviente disponga de los derechos sobre la vivienda y los muebles indispensables sin el consentimiento del otro, a menos que el juez autorice la disposición en casos prescindibles y sin comprometer el interés familiar. La vivienda no puede ser ejecutada por deudas posteriores a la inscripción, excepto si ambas partes están de acuerdo o si una de ellas consiente la deuda contraída por la otra. Además, se establece un plazo de caducidad de seis meses para impugnar actos sin consentimiento, siempre que la convivencia continúe.

El artículo 526 trata la atribución del uso de la vivienda familiar tras la finalización de la unión convivencial. Esta asignación puede otorgarse a uno de los convivientes en situaciones específicas, siendo la primera cuando este tiene a su cargo la responsabilidad de cuidar a hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad. La segunda circunstancia en la que se puede

atribuir el uso es cuando el conviviente demuestra una necesidad extrema de vivienda y la imposibilidad de obtener una de manera inmediata.

El artículo 527 regula la atribución de la vivienda en caso de fallecimiento de uno de los convivientes. El conviviente sobreviviente, que carece de una vivienda habitable propia o de recursos suficientes para asegurar su acceso a una vivienda, tiene el derecho de invocar gratuitamente el derecho real de habitación sobre el inmueble que pertenecía al fallecido y que constituía el último hogar familiar. Este derecho tiene una duración máxima de dos años y solo se aplica si, al momento de la sucesión, el inmueble no estaba en condominio con otras personas. Es importante destacar que este derecho no puede oponerse a los acreedores del fallecido y se extingue si el conviviente sobreviviente forma una nueva unión convivencial, contrae matrimonio o adquiere una vivienda propia habitable o recursos suficientes para hacerlo.

Conforme al artículo 528, en caso de falta de un acuerdo específico, los bienes adquiridos durante la convivencia permanecen en el patrimonio al cual se incorporaron inicialmente. Sin embargo, es importante destacar que esta disposición no excluye la aplicación de los principios generales relacionados con el enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros principios que puedan ser pertinentes.

2.2. Las uniones no matrimoniales en el derecho comparado

Seguidamente, se mencionan a modo de ejemplo y sin pretender ser exhaustivos, algunas legislaciones de otros países de América Latina y de Europa que regulan la temática.

2.2.1.

La República Oriental del Uruguay reguló la institución de la “Unión Concubinaria” mediante la ley N.º 18.246 del año 2008. Esta figura engloba cualquier situación de hecho derivada de la convivencia de dos personas, sin importar su sexo, identidad u orientación sexual. La relación debe ser afectiva, de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, sin que exista un vínculo matrimonial entre ellas.

Además, sancionó la Ley de Derecho Internacional Privado aprobada a fines de 2020 que reguló las “Uniones no matrimoniales”, estableciendo que, dichas uniones quedan sujetas a la legislación del lugar donde han sido registradas o reconocidas por la autoridad competente, con respecto a la capacidad de las personas para establecerlas, su forma, existencia y validez. La normativa distingue el derecho aplicable de los efectos, los cuales se rigen por la legislación del país donde se pretenda hacer valer la unión.

En cuanto a la disolución de las uniones no matrimoniales, se establece que esta se rige por la ley del domicilio común de las partes y, en caso de que las partes tengan domicilios en estados diferentes, por la ley del Estado del domicilio del actor o del demandado, a elección del actor.

2.2.2.

Paraguay reguló la “unión de hecho o concubinato” en la ley N.º 1/92. Esta normativa reconoce la unión formada entre un hombre y una mujer que, de manera voluntaria, comparten una vida en común de manera estable, pública y singular. Ambos deben cumplir con la edad mínima para contraer matrimonio y no estar afectados por impedimentos dirimentes para que la unión tenga efectos jurídicos. En caso de cumplir con los requisitos, se establece entre los concubinos una comunidad de gananciales y se reconocen derechos tanto alimentarios como hereditarios.

Tras una década de convivencia bajo las condiciones mencionadas, los concubinos tienen la posibilidad de registrar su unión mediante una declaración conjunta presentada ante el Encargado del Registro del Estado Civil o el Juez de Paz correspondiente. Esta inscripción equiparará la unión a un matrimonio, incluyendo sus implicaciones hereditarias y los hijos comunes serán considerados como matrimoniales.

2.2.3.

Brasil se presenta como un caso singular en este contexto. En su Constitución Nacional establece que la familia constituye la base de la sociedad y es objeto de protección por parte del Estado. Asimismo, reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, facilitando su conversión en matrimonio.

Cabe señalar que, con fecha 5 de mayo de 2011, el Supremo Tribunal Federal de Brasil estableció que las parejas del mismo sexo también pueden conformar uniones estables.

2.2.4.

En Chile, se encuentra regulada la figura del “acuerdo de unión civil” mediante la ley N.º 20.830 de 2015 que lo define como un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. La formalización de este acuerdo implica la asunción de responsabilidades recíprocas, tales como la ayuda mutua y la contribución a los gastos originados por la convivencia.

El pacto genera diversos efectos, incluyendo aspectos relacionados con los bienes. En este sentido, los convivientes pueden mantener sus propiedades y adquisiciones realizadas antes de formalizar el acuerdo, a menos que manifiesten lo contrario. En lo que respecta a la herencia, cada conviviente se convierte en heredero del otro, disfrutando de los mismos derechos que los cónyuges sobrevivientes de un matrimonio. Adicionalmente, el sobreviviente tiene la opción de recibir el 25% del total de los bienes mediante testamento.

En cuanto a los acuerdos formalizados en el extranjero, se determina que los contratos equivalentes, válidamente realizados fuera de Chile y que no constituyan matrimonios, serán reconocidos en el país como Acuerdos de Unión Civil, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos.

Para que dicho acuerdo sea considerado válido, se requiere su inscripción en el registro especial de acuerdos de unión civil, gestionado por el Servicio de Registro Civil e Identificación.

2.2.5.

Dentro del contexto de las legislaciones europeas, cabe mencionar la situación de Alemania

Hasta el 30 de septiembre de 2017, el derecho alemán consideraba a las parejas registradas como una institución jurídica equivalente al matrimonio, reservada exclusivamente para parejas del mismo sexo.

Sin embargo, a partir del 1 de octubre de 2017, entró en vigor una nueva normativa que otorgó a las parejas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio, equiparándolas con las parejas heterosexuales y permitiendo incluso la posibilidad de adopción.

Las parejas registradas que existían hasta entonces seguían vigentes, a menos que ambos miembros expresaran su deseo de contraer matrimonio ante el registro civil ⁽¹²⁾.

A su vez, el legislador alemán ha establecido normas especiales para el caso de parejas registradas, disponiendo que la constitución, efectos y disolución de estas uniones, se rigen por las disposiciones sustantivas del Estado donde se registraron.

2.2.6.

En España, no existe una regulación uniforme para las parejas de hecho, ya sea desde el ámbito del derecho sustantivo o del Derecho internacional privado. En algunas Comunidades Autónomas, se encuentran reguladas disposiciones aisladas a ese respecto.

En el caso de Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias y Cantabria, existe una ley especial que contempla disposiciones relativas al registro de parejas de hecho.

En Cataluña, la regulación se limita a registros municipales y la prueba de la existencia de las parejas de hecho se realiza mediante escritura pública. En cambio, Extremadura, Madrid, Navarra, País Vasco, Valencia, Castilla La Man-

⁽¹²⁾ Véase: <https://www.coupleseurope.eu/es/parejas-en-alemania> (última consulta: 04/01/2024).

cha y Castilla León carecen de regulación específica para las parejas de hecho, siendo abordada la cuestión en la normativa del Registro.

En efecto, cada Comunidad Autónoma cuenta con una regulación específica sobre el registro de parejas de hecho y los efectos de la inscripción varían desde declarativos hasta la equiparación con el matrimonio. Otras comunidades, sin embargo, no contemplan la existencia de un registro para estas uniones.

En cuanto a la propiedad, no hay disposiciones legales específicas para convivencias no registradas y, tratándose de parejas registradas, salvo disposición legal en contrario, los miembros de la pareja son quienes establecen el régimen económico de su unión, pudiendo optar por reglas análogas a las del matrimonio. En defecto de pacto y de previsiones legales específicas, se aplican las disposiciones generales del derecho de obligaciones y de cosas ⁽¹³⁾.

2.2.7.

En Francia, las parejas de hecho no registradas son reconocidas en la legislación civil, aunque carecen de una regulación específica

Por otro lado, las parejas de hecho registradas, también denominadas uniones civiles, se encuentran reguladas. Se admite la conformación de tales uniones entre parejas del mismo sexo.

En términos de responsabilidades económicas, las parejas de hecho asumen conjuntamente la responsabilidad solidaria por las deudas contraídas por cualquiera de sus integrantes para cubrir “las necesidades cotidianas”.

Cada miembro de la pareja conserva su libertad para administrar sus propios bienes y sigue siendo responsable de sus deudas personales. En ausencia de una determinación específica acerca de la titularidad de ciertos bienes, se presume que son de propiedad conjunta. Además, la pareja puede acordar que los bienes adquiridos durante la unión sean considerados de propiedad conjunta ⁽¹⁴⁾.

2.3. *Algunas consideraciones acerca de la diversidad en la regulación de las uniones no matrimoniales*

La diversidad en la regulación de las uniones no matrimoniales permite dar cuenta de la complejidad y los desafíos que enfrenta el reconocimiento transfronterizo de estas instituciones.

La falta de uniformidad en la regulación puede comprometer la seguridad jurídica y dificultar el despliegue de efectos de estas uniones más allá de las fronteras nacionales en que fueron constituidas.

El análisis efectuado pone de manifiesto la importancia de contar con instrumentos que permitan armonizar la diversidad normativa señalada, con el ob-

⁽¹³⁾ Véase: <https://www.coupleseurope.eu/couples-in-spain> (última consulta: 04/01/2024).

⁽¹⁴⁾ Véase: <https://www.coupleseurope.eu/couples-in-france> (última consulta: 04/01/2024).

jetivo de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas involucradas en estos casos.

Para concluir este apartado, es preciso recordar las directrices establecidas en nuestro sistema jurídico para la aplicación del derecho extranjero, especialmente aquellas consagradas en los artículos 2595, 2596 y 2597 del Código Civil y Comercial.

Asimismo, es importante tener en cuenta que, al momento de la aplicación del derecho extranjero, cobra incidencia el control que impone la cláusula general de orden público contenida en el artículo 2600 del Código Civil y Comercial. Así, si el derecho extranjero aplicable condujera a una solución incompatible con los principios de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino, aquellas soluciones deberían ser excluidas ⁽¹⁵⁾.

REFLEXIONES FINALES

Uno de los fines del Derecho internacional privado es la búsqueda de la uniformidad o unidad de soluciones, esto es, perseguir el objetivo de que la solución del caso sea una y la misma, cualquiera sea el país en el que el caso se plantee ⁽¹⁶⁾.

Cuando se trata de uniones no matrimoniales transfronterizas, la uniformidad perseguida debe tener en miras la protección de los derechos fundamentales de las personas involucradas.

La elaboración de un instrumento internacional uniforme se convierte en una herramienta idónea para garantizar el reconocimiento de efectos de esta forma de organización familiar, independientemente de las fronteras nacionales que puedan atravesar los miembros que la constituyen.

BIBLIOGRAFÍA

- BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, Séptima edición actualizada, Abeledo Perrot, 2015, p. 17.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, *Derecho Internacional Privado actual*, Zavalía, Buenos Aires, 2015, p. 212.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana y VILLEGAS, Candela, “Unión convivencial en el derecho internacional privado actual”, RDF 93, p. 3.
- FERNÁNDEZ ROSAS, José y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “Derecho Internacional Privado. Civitas”, Thomson Reuters, Navarra, 8ed., p. 434.

⁽¹⁵⁾ RUBAJA, Nieve, “Aspectos patrimoniales en las relaciones de pareja y derecho internacional privado”, RDF 70, 2015.

⁽¹⁶⁾ UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, La Ley, 2016, p. 6.

IUD, Carolina y RUBAJA, Nieve, “La internacionalidad de las relaciones de familia: aspectos registrales”, RDF 108, 128, 2023, p. 12.

MEDINA, Flavia, “El matrimonio y las uniones convivenciales en el ámbito internacional. Su regulación en el Código Civil y Comercial Unificado”, RCCyC, 2017, p. 7.

RUBAJA, Nieve, “Aspectos patrimoniales en las relaciones de pareja y derecho internacional privado”, RDF 70, 2015.

SCOTTI, Luciana y BALTAR, Leandro, “Las Uniones Convivenciales en el Derecho Internacional Privado Argentino”, Revista de la Facultad de Derecho (disponible *on line*), 2022, p. 14.

UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, La Ley, 2016, p. 4.

CAPÍTULO III: SOCIEDADES

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA EN EL OJO DE LA TORMENTA

POR MARIELA CARINA RABINO*

Resumen

La responsabilidad social empresaria, nacida del reclamo social, se desarrolló principalmente en un ámbito interno de autorregulación. El marco jurídico vigente referido al DIPr deviene insuficiente ante los casos resonantes. La comunidad internacional avanza tímidamente hacia una regulación vinculante, aunque faltan respuestas sobre ámbitos puntuales como el consumeril y el laboral. Por su parte, los Estados deben reflexionar sobre la contradicción entre el rechazo a la fuente internacional o la delegación de potestades propias y la imposibilidad manifiesta de alcanzar una cobertura íntegra desde un enfoque nacional.

Palabras clave

Responsabilidad social empresaria, conducta empresarial responsable, impacto empresarial, interrelación empresaria, empresa global.

CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY IN THE EYE OF THE STORM

Abstract

Corporate social responsibility, born from social claims, developed mainly in an internal self-regulation environment. The current legal framework referring to the DIPr becomes insufficient in the face of high-profile cases. The international community is timidly moving towards binding regulation, although answers are lacking in specific areas such as consumer and labor matters. For their part, States must reflect on the

* Abogada. Especialista en Asesoramiento jurídico de Empresas (UCA). Profesora de Derecho Internacional Privado (UBA) y de Derecho de la Integración (UAI), en grado y posgrado de universidades argentinas y en el exterior. Miembro de AADI, ASADIP, Institutos de la materia de la Academia Nacional de Derecho, CPACF y del CALZ. Autora de diversas ponencias, artículos y colaboraciones en la especialidad. Un profundo agradecimiento a la Dra. María Elsa Uzal por su generosidad y su incansable impulso al estudio de nuestra materia.

contradiction between the rejection of the international source or the delegation of their own powers and the manifest impossibility of achieving full coverage from a national approach.

Keywords

Corporate social responsibility, responsible business conduct, business impact, business interrelationship, global company.

INTRODUCCIÓN

Montesquieu sostuvo que “el comercio, unas veces destruido por los conquistadores y otras paralizado por los monarcas, recorre toda la tierra; huye de donde se ve oprimido y descansa donde se le deja respirar...”⁽¹⁾.

En un inicio, el recorrido era temeroso y desconfiado de los vaivenes que mostraban las políticas nacionales. Los Estados, ávidos de inversiones, aceptaron brindar un marco legal y jurisdiccional que brinde seguridad jurídica. Así suscribieron los tratados bilaterales de inversiones, conocidos como TBI y se sometieron a una jurisdicción supranacional arbitral para resolver las controversias como el CIADI. Un importante logro para los particulares empresarios, por fin podían demandar a un Estado extranjero ante una jurisdicción neutral, independiente de la vía diplomática, y evitar que interponga su inmunidad de jurisdicción.

En simultáneo un avance de las negociaciones multilaterales del comercio en todos sus sectores dentro de la OMC, junto al desarrollo de los procesos de integración, los cuales aún en el nivel más bajo procuran la libre circulación de los factores productivos (mercaderías, capitales y personas), terminan por conformar un marco jurídico que aceleró y expandió la actividad internacional empresaria hasta su máxima expresión, a tal punto que hoy no se concibe enclavada dentro de las fronteras de un solo Estado.

Sin embargo, lo que parecía una panacea no tardó en mostrar su faceta negativa, ya que las figuras asociativas libres por el mundo, es decir, sin una regulación que controle su accionar fueron también el vehículo para canalizar un accionar ilícito o por lo menos ilegítimo.

Uzal⁽²⁾ nos recuerda algunos resonantes casos que brindan claros ejemplos y han provocado importantes reacciones, baste sólo citar: *Enron*, *Worldcom*, *Parmalat*, *Global Crossing*, *Aol/Time Warner*, *Adelphia*; *Tycom*; *Dynegy*; *Madoff*, etc. En Argentina, los casos: *IBM-Banco Nación*; *Banco General de Negocios*; *Banco Austral*; *Banca República*; *Southern Winds*, entre otros.

⁽¹⁾ MONTESQUIEU, B., *El espíritu de las leyes*, Libro XXI “De las leyes con relación al comercio considerado en sus resoluciones”, Cap. V “Otras diferencias”.

⁽²⁾ UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 787.

Sin embargo, la problemática no se limita a fraudes corporativos como delito transnacional⁽³⁾, muy por el contrario, se extiende fuera de la empresa. De ello dan cuenta los casos más recientes acaecidos en nuestro continente, como ser *Chevron*, referido a la contaminación ambiental en Ecuador y la posibilidad de trabar una cautelar sobre los bienes situados en Argentina pertenecientes a sociedades vinculadas⁽⁴⁾; *Odebrecht*, puso en evidencia la corrupción en varios países latinoamericanos; y *Johnson & Johnson*, nos recordó la responsabilidad empresaria por sus productos⁽⁵⁾.

Los Estados legislan y controlan la actividad dentro de sus territorios y se encuentran impotentes para realizarlo extraterritorialmente. La comunidad internacional consciente de la magnitud de los riesgos fue propiciando en forma paulatina y sectorial una regulación.

⁽³⁾ DURRIEU (H.), R., “Fraude Corporativo como delito transnacional”, disponible en www.estudiodurrieu.com.ar/articulo_2006_12_26.htm, señala: “Nadie olvidará a Ken Lay y Jeff Skilling de ‘Enron’ —la séptima empresa más grande en tamaño en los Estados Unidos de Norteamérica—, de la que desviaron fondos a través de más de 900 firmas off shore fantasmas, produciéndose así la mayor quiebra privada no bancaria de la historia de ese país. Otro caso resonante fue el de Bernie Ebbers de ‘WorlrdCom’, donde dolosas exageraciones al dar a conocer supuestas utilidades y los estados de cash flow, fueron el desencadenante de una defraudación que osciló los 3800 millones de dólares. Entre otros casos resonantes también encontramos los de Dennis Kozlowsky y Mark Swart de ‘Tyco Corporations’, Jaime Olis de ‘Dynege Inc.’, Martin Glass de ‘Rite Aid Corp.’ o el de la ‘célebre’ Martha Steward. En el plano europeo, tomó gran notoriedad el caso de Fausto Tonna de ‘Parmalat’, donde se recurrió a la falsificación de balances contables y certificados de depósitos bancarios con miras a ocultar millonarias pérdidas y aparentar una liquidez que no tenían... Todos, en definitiva, son parte de la ‘criminalidad económica organizada de carácter transnacional’. Este último término fue utilizado, entre otros, por Gracia Martín, ‘Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia’, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 161”. Véase también, VÍTOLO, D. R., “Uso y abuso de las estructuras societarias off shore”, LL, 2005-B, pp. 904

⁽⁴⁾ CS, “*Aguinda Salazar, María c/ Chevron Corporation s/ medidas precautorias*”, 4 de junio de 2013, A. 53. XLIX, A.238.XLIX, Recurso de hecho.

⁽⁵⁾ Johnson & Johnson, la firma más grande del mundo de productos de cuidado personal y de salud, se enfrenta a su mayor condena legal hasta el momento: deberá pagar US\$ 417 millones a una mujer que desarrolló cáncer de ovario por usar su talco para bebé en su higiene íntima. Un jurado de Los Ángeles, en California (Estados Unidos), determinó que la compañía no advirtió adecuadamente de los peligros de contraer la enfermedad al utilizar sus productos de talco, algo sobre lo que supuestamente tenía constancia. Segunda condena millonaria contra Johnson & Johnson por un caso de cáncer relacionado con los polvos de talco. Miles de mujeres han interpuesto demandas contra el gigante farmacéutico y aseguran haber contraído cáncer por el uso de productos que la firma recomienda para su higiene íntima. Johnson & Johnson ha perdido cuatro de cinco casos en Misuri (Estados Unidos), los cuales le han supuesto multas que suman más de US\$ 300 millones. La empresa tuvo que pagar US\$ 110,5 millones en mayo de este año a una mujer de Virginia que fue diagnosticada con cáncer de ovario en 2012, y perdió otros tres casos similares por los que le impusieron multas de US\$ 72, US\$ 70,1 y US\$ 55 millones, respectivamente (en total, US\$ 307,6 millones). Además, fue condenada en febrero de 2016 a pagar US\$ 72 millones por el caso de Jackie Fox, una mujer de Alabama (Estados Unidos), que falleció por cáncer de ovario tras haber utilizado los polvos de talco para bebés de la marca durante décadas. Sin embargo, ganó el juicio contra una mujer de Tennessee (Estados Unidos) con cáncer de ovario y uterino que también achacaba su enfermedad al uso del producto, y hubo otros dos casos en Nueva Jersey que fueron desestimados por falta de pruebas. Unas 1.200 personas han presentado demandas similares en todo el país. Luego de más de 70.000 demandas anunció que dejará suspenderá sus ventas en el 2023 en todo el mundo.

El proceso regulatorio ha sido extenso, con altibajos y plagado de obstáculos por la simple razón que las empresas transnacionales representan un poder económico de magnitud equiparable o quizás superior al poder estatal. En consecuencia, tuvieron una fuerte injerencia en los foros internacionales al momento de su tratamiento ⁽⁶⁾.

Si bien es cierto que no todas las problemáticas caen en la esfera del Derecho Internacional Privado, también lo es que debemos tener presente el marco global en el cual se insertan los casos a fin de propender a soluciones adecuadas.

La situación descripta pone a la RSE en el ojo de la tormenta y ello nos impulsa a su análisis. Nuestro objetivo será mostrar el marco jurídico actual, evaluar su viabilidad y acercar los proyectos y las vías superadoras.

1. LA AUTORREGULACIÓN

La RSE nace como una respuesta a los reclamos sociales, se desarrolla dentro de la misma empresa y adquiere una multiplicidad de ámbitos, pero siempre conserva su carácter voluntario mediante la autorregulación.

1.1. Antecedentes ⁽⁷⁾

En la década del '80 se comenzó a gestar un movimiento general de rectificación y de cambio de visión sobre el gobierno de la empresa. En Estados Unidos, la opinión pública comenzó a manifestar su disconformidad con la mediocridad de los resultados de las empresas y su forma de gestión. Por otra parte, también comenzó a hacerse sentir el peso de los inversores institucionales, especialmente los fondos de inversión y de pensiones. Si bien al inicio de la década, la Administración Reagan había favorecido la generación de ganancias de las empresas con el impulso de la desregulación, no es menos cierto que al mismo tiempo se favoreció un tipo de economía excesivamente especulativa y existieron casos resonantes de corrupción.

En 1991, se presentó en el Reino Unido el “informe Cadbury” en el que se hacía una propuesta de código de buen gobierno de la empresa. El informe propiciaba una mayor transparencia en las funciones dentro de la empresa, incluso de las remuneraciones de los gestores y, además, la aplicación voluntaria de reglas de buen gobierno. Pero su aporte principal, según palabras de su autor, fue señalar que “el liderazgo de la empresa corresponde, directamente, al consejo de administración”.

⁽⁶⁾ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Bilbao, Hegoa, 2009, esp. pp. 381, 402 y 461.

⁽⁷⁾ PUCCIARELLO, M., “Instrumentación de la responsabilidad social empresaria. Algunas experiencias en la República Argentina”, *DT* (noviembre) 2008, pp. 997.

Se favorece en ese terreno la creación de una nueva “racionalidad empresarial” cuyos principios son: creación de valor para los accionistas, exigencias de rentabilidad a corto plazo y protagonismo ascendente de las bolsas de valores como mercado de control de las empresas.

Desde entonces se expande la idea de RSE cuyo germen puede ser rastreado mucho tiempo antes en documentos eclesiásticos que, si bien carecen de su expresión literal, brindan las bases necesarias para su concreción ⁽⁸⁾.

Luego, en el Siglo XXI, aparece el concepto de Sostenibilidad, para mostrar las acciones concretas que realizan las empresas para la protección del medioambiente, con visión a 10, 20, 50 o incluso 100 años. Son ejemplos de estas acciones: el reciclado, la búsqueda de nuevas fuentes de energía sustentable, la reducción de la contaminación ambiental, la reducción de la huella de carbono, entre otras. En los últimos años, se han desarrollado diversas disciplinas para fomentar acciones éticas en las comunidades, alineadas con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas, que podrían denominarse “Empresas Socialmente Responsables”, y comprenden: *Compliance*, Sustentabilidad, Sostenibilidad, Gobierno Corporativo, Diversidad e Inclusión, Responsabilidad Social Empresaria, Responsabilidad Social Corporativa, Responsabilidad Social Directiva, entre otras.

1.2. Concepto

Conceptualizar la RSE deviene una ardua tarea que ha sido puesta de manifiesto por la doctrina al puntualizar la carencia de una única definición frente a las múltiples brindadas por diversos organismos privados, estatales, regionales e internacionales.

Así podemos citar:

OIT: “La RSE es el reflejo de la manera que las empresas toman en consideración las repercusiones que tienen sus actividades sobre la sociedad, y en la que afirman sus principios y los valores por los que se rigen, tanto en sus propios métodos y procesos internos como en su relación con los demás actores. La RSE es una iniciativa de carácter voluntario y que sólo depende de la empresa y se refiere a actividades que se considera rebasan el mero incumplimiento de la legislación” ⁽⁹⁾.

Normas ISO 26000: “es la responsabilidad de cada organización para con la sociedad y el ambiente, por el impacto que sus decisiones y actividades (incluyendo productos, servicios o procesos), ocasionan en la sociedad y medio ambiente, ejercida con una conducta ética y transparente que contribuya al de-

⁽⁸⁾ CAMACHO, I., “La RSE y la doctrina social de la Iglesia”, *Documentación Social*, N.º 146, pp. 79 ss.

⁽⁹⁾ OIT, “Iniciativa *in focus* sobre la responsabilidad social de la empresa”, Subcomisión de empresas multinacionales, 295ª reunión del Consejo de Administración, marzo 2006.

sarrollo sostenible (la salud y el bienestar de la sociedad), teniendo en cuenta las expectativas de las partes interesadas, cumple con la ley y es consistente con las normas internacionales de conducta y se integra a través de toda la organización y es practicada en sus relaciones”⁽¹⁰⁾.

Libro Verde de la Comisión de Comunidades Europeas: “la RSE es la integración voluntaria, por parte de las empresas, de la preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”⁽¹¹⁾.

Ministerio de TESS: “son elementos constitutivos de la RSE en nuestro país el cumplimiento de las normas legales y laborales, la capacidad y formación de los trabajadores por parte de las empresas, y la eliminación de la discriminación en el empleo y la erradicación del trabajo infantil”⁽¹²⁾.

Secretaría de Políticas Sociales y Desarrollo Humano del Ministerio de Acción Social de la República Argentina: “la RSE es un concepto amplio y asociado a intereses de toda la sociedad, procurando incorporarlos a objetivos colectivos que sean compatibles con una visión que priorice un desarrollo económico sustentable, la distribución equitativa de los ingresos y una democracia participativa”.

Actualmente es referida como CER, Conducta Empresarial Responsable, y crea la expectativa de que todas las empresas —independientemente de su régimen jurídico, tamaño, régimen de propiedad o sector— eviten o mitiguen los impactos negativos de sus actividades empresariales, además de contribuir al desarrollo sostenible de los países en los que operan⁽¹³⁾.

Si bien nos enfrentamos a la imposibilidad de arribar a un único concepto consensuado de RSE; podremos extraer sus connotaciones características al precisar sus ámbitos y dimensiones, a saber:

1.3. Ámbitos

La RSE gira principalmente en torno a cuatro ejes:

i. El respeto por el medio ambiente;

⁽¹⁰⁾ ISO (Organización Internacional de Normalización), “Guía de Responsabilidad Social”, ISO 26000, versión marzo 2009.

⁽¹¹⁾ Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, Bruselas, 2001.

⁽¹²⁾ TOMADA, c. citado en I. F. Fuertes; M. L. Goyburu y B. Kosacoff, “La responsabilidad social empresarial: ¿sólo un discurso?”, *Revista de Trabajo*, Año 1, N.º 1, nueva época, julio-diciembre 2005, Buenos Aires, octubre 2005, p. 159 ss., esp. p. 162.

⁽¹³⁾ En las secciones principales de la Declaración, sus Adherentes (i) reiteran la importancia de la CER para la resiliencia y la sostenibilidad de la economía mundial; (ii) señalan las prioridades en materia de políticas públicas, incluida la importancia de la CER para impulsar la acción por el clima, la financiación sostenible, la digitalización y las cadenas de suministro resilientes; (iii) acogen con satisfacción la Recomendación de la OCDE sobre el papel del Gobierno en la promoción de la conducta empresarial responsable [OECD/LEGAL/0486]; (iv) destacan la extraordinaria función de los Puntos de contacto nacionales en la aplicación de los estándares sobre CER; e (v) instan a la OCDE a seguir prestando asistencia a los Adherentes y facilitando la cooperación en materia de CER.

- ii. La transparencia política ligada además de evitar la corrupción, a la responsabilidad tributaria;
- iii. El respeto de los derechos del consumidor;
- iv. El respeto de los derechos internacionalmente reconocidos de los trabajadores;

La UNIAPAC ⁽¹⁴⁾ marca ocho grupos de interés:

- a) Distribuidores, clientes y consumidores.
- b) Accionistas e inversionistas.
- c) Trabajador y su familia.
- d) Proveedores.
- e) Gobierno.
- f) Comunidad y medios de comunicación.
- g) La competencia.
- h) Las generaciones futuras (medio ambiente).

1.4. Dimensiones

A los fines de implementar la RSE, las empresas transnacionales han desarrollado en primer término un despliegue hacia su interior y luego otro hacia el exterior.

El despliegue interno se traduce en códigos de conducta como modalidad más frecuente ⁽¹⁵⁾. Las empresas establecen sus objetivos, prioridades, mecanismos, valores, etc. y los publican generalmente en sus páginas web a los efectos que la sociedad toda conozca sobre su compromiso social.

En tanto su despliegue externo involucra a terceros ya sean vinculados a la empresa como proveedores y trabajadores mediante la suscripción de acuerdos; o terceros ajenos a ella. Estos últimos pueden ser por ejemplo organizaciones no gubernamentales (ISO y SAI —Social Accountability Internacional—) quienes a través de normas privadas de RSE auditarán y certificarán el cumplimiento, por ejemplo, de los derechos humanos y laborales fundamentales ISO 14100 y SA 8000 de SAI.

En el Libro Verde de la Comisión de Comunidades Europeas se distingue la dimensión externa de la RSE a la que extiende fuera del perímetro de la empresa hasta las comunidades locales e incluye, “además de los trabajadores y accionistas, un amplio abanico de interlocutores: socios comerciales y proveedores, consumidores, autoridades públicas y ONG defensoras de los intereses de las comunidades locales y el medio ambiente”.

⁽¹⁴⁾ UNIAPAC Latinoamericana (Unión Internacional Cristiana de Dirigentes de Empresas), “Protocolo de Responsabilidad Social Empresaria”, agosto de 2009.

⁽¹⁵⁾ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., ob. cit. (nota 6), pp. 521 y ss.

2. MARCO JURIDICO

Los distintos foros generadores han abordado la RSE ya sea desde una perspectiva general (1), al incluir todos los ámbitos y dimensiones; como mediante un tratamiento específico que fue paulatinamente incorporando aquellas cuestiones que preocupaban en un momento dado (2).

2.1. En general

Dentro de la normativa general encontramos:

a) El Pacto Mundial contiene las Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos de Naciones Unidas. Luego de suprimir y abandonar el proyecto presentado por la Comisión y Centro de Empresas Transnacionales consistente en un código vinculante ad-hoc ⁽¹⁶⁾, el 25 de julio de 2000 la ONU incorpora el diálogo social y establece un decálogo ⁽¹⁷⁾. Posteriormente en el año 2003 se adoptan las normas aprobadas por la Subcomisión de Derechos Humanos. Las empresas pueden participar mediante la adhesión y manifestación pública a su favor o bien a través de redes, diálogos, aprendizaje y proyectos de colaboración. Establece la corresponsabilidad de las empresas junto a los Estados en consonancia con la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de promover y proteger los Derechos y Libertades Universalmente Reconocidos (ONU, 1999) ⁽¹⁸⁾. En cuanto a los derechos de los trabajadores su enunciación es acorde con la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT de 1998 y establece tres mecanismos de control dirigidos a: empresarios (voluntario), Estados (vigilancia de cumplimiento) y sistema de vigilancia y verificación externa (similar al sistema de derechos hu-

⁽¹⁶⁾ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., ob. cit. (nota 6), pp. 453 y ss.

⁽¹⁷⁾ 1. Las empresas deben apoyarse y respetar la protección de los derechos humanos proclamados a nivel universal. 2. Evitar verse involucradas en abusos de derechos humanos. 3. Las empresas deben respetar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. 4. Eliminar todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio. 5. Abolir de manera efectiva el trabajo infantil. 6. Eliminar la discriminación respecto del empleo y la ocupación. 7. Las empresas deben apoyar la aplicación de un criterio de preocupación respecto a los problemas ambientales. 8. Adoptar iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental. 9. Alentar el desarrollo y la difusión de tecnologías inocuas para el medio ambiente. 10. Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas extorsión y soborno.

⁽¹⁸⁾ Actualmente cuenta con más de 9500 empresas y 3000 signatarios no empresariales con sede en más de 160 países (entre los que se incluyen una mayoría de países en desarrollo) y 70 redes locales. Están difundiendo a nivel global el mensaje de que las empresas, independientemente de dónde se encuentren, pueden desempeñar un papel importante en la mejora del planeta. Al unir un amplio abanico de partes interesadas procedentes de Gobiernos, grupos de inversión, la academia y la sociedad civil entre otros, ofrece oportunidades de alianzas sólidas y un marco desde el cual el sector privado puede ejecutar medidas concretas para hacer negocios de manera responsable y mantener sus compromisos con la sociedad.

manos). El Pacto Global fue lanzado en Argentina en abril de 2004 y un año después contaba con 262 organizaciones adheridas, lo cual convirtió a la Red Argentina en la primera en América Latina y la tercera en el mundo por la cantidad de adhesiones ⁽¹⁹⁾. En el año 2011 el Consejo de la ONU establece la Guía de Principios sobre Negocios y Derechos Humanos basados en tres pilares: 1) La obligación de los Estados en proteger los derechos humanos contra abusos de terceras partes. 2) La responsabilidad empresarial en el respeto de los derechos humanos. 3) El acceso a soluciones tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales ⁽²⁰⁾. Luego, en orden a avanzar con la adopción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030, se aportó una hoja de ruta y un mandato claro a las empresas para ampliar sus esfuerzos ⁽²¹⁾.

b) La OCDE emitió la Declaración sobre inversiones internacionales y empresas multinacionales con Directrices para empresas multinacionales en el año 1976. Fue sometida a varias revisiones en los años 1979, 1982, 1984, siendo las de mayor entidad las de 1991 que adiciona el medio ambiente y las del 2.000 con la creación de los Puntos Nacionales de Contacto. Su última edición del año 2022 incorpora las guías aprobadas por el Marco inclusivo OCDE/G20 para combatir la erosión de la base imponible y el traslado de utilidades 2018, 19, 20 y 21 y entre sus principales cambios y adiciones podemos mencionar: aplicación del método de Partición de Utilidades, guía sobre consideraciones específicas aplicables a los activos intangibles (anexo II, cap. VI) y la guía sobre Transferencia de Precios en Transacciones Financieras (se incorpora el cap. X y se reforma el cap. I). Destacamos un distinto grado de regulación ya que mientras la declaración posee normas vinculantes, las directrices consisten

⁽¹⁹⁾ FUERTES, I.F., GOYBURU, M.L. y KOSACOFF, B., ob. cit. (nota 12), pp. 159 y ss., esp. pp. 165y ss.

⁽²⁰⁾ Grupo de Estudio sobre Negocios y Derechos Humanos de ILA relevó la influencia de los principios en la legislación en tres órdenes: 1) las cortes nacionales e internacionales los referencian en sus sentencias, también los tribunales arbitrales y los tribunales sobre inversión, 2) son referidos por organismos de la ONU tanto en materia de tratados como de procedimientos, 3) algunos Estados avanzaron en su implementación, entre ellos Reino Unido, Australia, Países Bajos y Francia, 4) influenciaron en los negocios y actores no estatales. Asimismo, advirtió la incorporación en la contratación internacional de cláusulas sobre los derechos humanos, especialmente en proveedores o socios de joint venture (Sesión de trabajo del 20 de agosto de 2018).

⁽²¹⁾ Los líderes empresariales están comprometidos en aumentar las alianzas: 1. El 87% cree que los ODS ofrecen una oportunidad para replantearse los planteamientos con respecto a la creación de valor sostenible. 2. El 89% dice que el compromiso con la sostenibilidad se está traduciendo en un impacto real en su industria. 3.-El 85% cree que las alianzas intersectoriales son fundamentales para permitir que las empresas ayuden a lograr los ODS (The UN Global Compact and Accenture Strategy, “Transforming Partnerships for the SDGs”, p. 11). En Argentina se trata de la iniciativa de responsabilidad social corporativa más grande del país, con más de 800 participantes, con presencia en 20 provincias. Su objetivo es movilizar al sector empresarial, así como a otros stakeholders a comprometerse con 10 principios universales de las Naciones Unidas y, en consecuencia, embarcarse en el propósito de contribuir a dar solución a los más grandes desafíos del planeta y la humanidad de aquí al 2030.

en recomendaciones, principios y normas voluntarias ⁽²²⁾. Las líneas directrices propiamente dichas se organizan en dos partes. Por un lado, el prólogo, concepto, principios y principios generales, entre ellos: no discriminación, rechazo de fines proteccionistas, arbitraje y puntos nacionales de contacto. Y por otro la publicación de información dividida en apartados sobre: empleo, medioambiente, lucha contra la corrupción, consumidores, ciencia y tecnología y competencia y fiscalidad. Tres organismos de la OCDE participan en su implementación. El CIME (Comité de Inversiones y Empresas Multinacionales) formula comentarios con valor interpretativo, el TUAC (Comisión Sindical fundada en 1948) posee una función consultiva y legitimación activa para formular reclamos concretos, y el BIAC (Comité consultivo Empresarial e Industrial) puede plantear modificaciones normativas. El apartado 10 crea los Puntos Nacionales de Contacto (PNC) localizados en Estados Nacionales ⁽²³⁾ con el fin de difundir, elaborar informes y resolver los conflictos. La resolución de casos se produce en cuatro fases: planteamiento, aceptación/rechazo, solución (rechazo fundado o investigación limitada) y recomendación a las empresas. La Declaración relativa a la promoción y la facilitación de una conducta empresarial responsable en la economía mundial fue adoptada el 15 de febrero de 2023 con ocasión de la Reunión Ministerial sobre Conducta Empresarial Responsable (CER), celebrada en la OCDE, París (Francia).

c) La ILA alcanzó en 1992 los Principios sobre gobierno corporativo luego de quince años de investigación, análisis y desarrollo. El trabajo se divide en siete partes y una complementaria. Aborda los deberes y responsabilidades de los directores y oficiales de los negocios societarios tanto hacia la sociedad como sus accionistas. Intenta clarificar la legislación vigente y combina el análisis de los requisitos legales con recomendaciones cuidadosamente articuladas para clarificar o proponer cambios que consideran apropiados. Los tópicos abarcan los objetivos y las conductas de los negocios societarios, la estructura de la sociedad, el deber de cuidado, el deber de negociación justa, el rol de los directores y de los accionistas en transacciones de control y ofertas y remedios societarios. Posteriormente continuó la investigación mediante distintos Grupos de Estudios, Negocios y Derechos Humanos; Inversión Socialmente Responsable entre otros.

2.2. *En particular*

Los ámbitos regulados son de lo más variados y provienen de distintos foros reguladores, que enunciaremos a los fines organizativos en un orden cronológico:

⁽²²⁾ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., ob. cit. (nota 6), pp. 402 y ss.

⁽²³⁾ En Argentina el PCN fue creado en el año 2000 y funciona en la Dirección Nacional de Negociaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, formalmente se puso en marcha en el año 2006.

a) La década del 70 se concentra en dos áreas, los consumidores y los trabajadores: i) En el aspecto consumeril, la Conferencia de La Haya alcanza la Convención sobre la ley aplicable a la responsabilidad por el hecho del producto de 1973. La Convención, de tinte universal, aunque con escasa ratificación ⁽²⁴⁾, presenta una redacción compleja con elecciones múltiples acumulativas, subsidiarias y en cascada ⁽²⁵⁾. Trabaja sobre cuatro factores de conexión: 1) el lugar de la residencia habitual de la persona directamente dañada; 2) la sede principal del responsable del daño; 3) lugar de adquisición del producto, 4) el lugar del daño. Provee la aplicación del derecho donde ocurran dos de dichos factores. El artículo 4º enumera tres posibles agrupaciones de los factores de contacto. En todos se encuentra presente el lugar del daño (4), al cual se suman a cualquiera de los tres anteriores (1, 2 y 3). Por tanto, no resulta aplicable el derecho donde se presente solo un contacto, sino que al menos dos deben coincidir en el territorio de un Estado cuyo derecho será aplicable. El artículo 5º presupone una conexión más próxima con el lugar de residencia habitual de la persona directamente dañada (1), por sobre el resto (2 o 3). Reese explica que, si en un caso pudieran aplicarse los artículos 4º y 5º, el último prima ⁽²⁶⁾. No obstante, el artículo 6º brinda a la parte actora la posibilidad de optar entre la ley interna de la sede del presunto responsable o del lugar del daño; en clara muestra de protección hacia la víctima. Luego el artículo 7º se aparta de la aplicación de las leyes del lugar del daño y de la residencia habitual de la víctima, cuando el presunto responsable no pudo razonablemente prever que el producto fuera comercializado en dicho Estado mediante canales habituales. Aquí, la Convención extiende su protección al proveedor contra la posibilidad de ser demandado en base a un derecho completamente fuera de su ámbito de expectativa. Finalmente, quedan excluidas las soluciones del derecho competente señalado por las normas convencionales si son manifiestamente contrarias al orden público del juez (art. 10) ⁽²⁷⁾.

c) De la OIT surge en el año 1977 la Declaración tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales y la política social que fue enmendada en el 2000 con el agregado (*addendum*) del listado de convenios en vigor y la Declaración de los Principios y Derechos Laborales Fundamentales (1998). Basada

⁽²⁴⁾ Vigente en diez Estados: Croacia, Macedonia, España, Finlandia, Francia, Noruega, Países Bajos, Luxemburgo, Serbia y Eslovenia. Actualmente Brasil propuso a la Conferencia reimpulsar su difusión a fin de alcanzar una mayor vigencia.

⁽²⁵⁾ Puede accederse a la traducción libre al español en BOGGIANO, Antonio, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Lexis Nexis, 2006, T II, Cap. XXXII.

⁽²⁶⁾ Reporte de Reese, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Actos y Documentos de la 12º Sesión, p. 260, quien afirma “la ley del país donde ambas partes tienen su residencia y establecimiento es más cercana, más próxima que las combinaciones establecidas por el art. 4º.

⁽²⁷⁾ Puede ampliarse en: RABINO, M. C. y CERDEIRA, J. J., “La responsabilidad por daños causados por productos defectuosos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, IJ Editores, N.º 3, noviembre 2016.

en el diálogo social tripartito contiene en su apéndice II una Guía en el marco del Programa de Empresas Multinacionales con parámetros y elementos para su puesta en práctica. Si bien el proyecto original tenía la forma de convenio, lo cual implica un marco jurídico de mayor jerarquía normativa y control elevado, la declaración cuenta con mecanismos de seguimiento a cargo del Sub Comité de Empresas Multinacionales de carácter tripartito y consiste en encuestas, un procedimiento de interpretación y actividades de promoción ⁽²⁸⁾.

d) Década del 80: El mundo se centró principalmente en combatir el flagelo del narcotráfico que se ve reflejado en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de Viena de 1988 ⁽²⁹⁾.

e) Década del 90: i) Se agrega a la agenda internacional el fenómeno de la corrupción. Los dos tratados más relevantes son los de la Convención Interamericana contra la Corrupción de Caracas en 1996 ⁽³⁰⁾, obliga al Estado respecto de las medidas preventivas y penales que contiene para prevenir, evitar y erradicar la corrupción en la función pública; y la Convención de la OCDE para la Cooperación y el Desarrollo Económico de París en 1997 ⁽³¹⁾, denominada: Convención para Prevenir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales ⁽³²⁾. ii) En materia de medio ambiente se produce el logro de alcanzar el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático adoptado en Nueva York en 1992, vigente desde 1994, y aún continúan su profundización ⁽³³⁾. Paralelamente los Estados mantienen los acuerdos sobre problemáticas específicas ⁽³⁴⁾.

⁽²⁸⁾ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., ob. cit. (nota 6), pp. 371 y ss. También puede verse nuestro trabajo, “La responsabilidad social empresaria y sus implicancias en el derecho internacional privado laboral desde la perspectiva argentina”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, IJ Editores, N.º 1, noviembre de 2014.

⁽²⁹⁾ Argentina adhirió mediante ley 24.072 (B.O. 1992).

⁽³⁰⁾ Argentina es parte mediante ley 24.759 (B.O. 1997).

⁽³¹⁾ Argentina, ley 25.319, B.O. 1998.

⁽³²⁾ Tardíamente y luego de reiteradas manifestaciones de la OCDE sobre el incumplimiento de Argentina ante la falta de regulación sobre la materia, en el año 2017 se sanciona la ley 27.401 sobre Responsabilidad Penal Empresaria cuyo ámbito de aplicación alcanza el transnacional, completando la Ley de Acceso a la Información Pública, 27.275 y la Ley del arrepentido, 27.304.

⁽³³⁾ A partir de 2014, la CMNUCC tiene 196 partes, incluidos todos los estados miembros de las Naciones Unidas, así como Niue, las Islas Cook y la Unión Europea. Además, la Santa Sede y el Palestina son Estados observadores. Protocolo de Kioto sobre el cambio climático- reducción de la emisión de gases de efecto invernadero.

⁽³⁴⁾ Convención sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medioambientales, Aarhus, 1999. Convención Alpina Junto con sus nueve protocolos. Acuerdo ASEAN sobre polución atmosférica transfronteriza. Convención para la conservación de los recursos vivos marinos de la Antártida (CCAMLR), Canberra. Tratado sobre misiles antibalísticos (Tratado ABM) (ABMT). Acuerdo de Asia-Pacífico sobre el desarrollo limpio y el clima. Convenio de Barcelona para la protección del Mar Mediterráneo, 1976. Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, Basilea, 1989. Convención sobre armas biológicas (Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas [Biológicas]

y toxinas y sobre su destrucción) (BWC). Acuerdo de Bonn (medio ambiente). Convenio de los Cárpatos: Acuerdo marco sobre la protección y desarrollo sustentable de los Cárpatos. Protocolo de Cartagena sobre bioseguridad. Convención sobre Armas Químicas. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES). Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (CTBT). Convención para la protección de las focas de la Antártida. Convención sobre cooperación en la protección y desarrollo del medio ambiente marino y costero de la región central y occidental de África, Abidjan, 1981. Convención para la protección y desarrollo del medio ambiente marítimo de la región del Caribe, Cartagena de Indias, 1983. Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino y zona costera de la zona sureste del Pacífico, Lima, 1981. Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste (Convención OSPAR), París, 1992. Convención para la Protección de los recursos naturales y el medio ambiente en la región del Pacífico sur, Nouméa, 1986. Convención para la Protección, Gestión y Desarrollo del medio ambiente marino y costero de la región este de África, Nairobi, 1985. Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica (Convención de Asistencia), Viena, 1986. Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), Nairobi, 1992. Convenio sobre Ciertas Armas Convencionales. Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de bienes peligrosos por carretera, tren, y vías navegables internas (CRTD), Ginebra, 1989. Convenio sobre municiones de racimo. Convenio sobre notificación temprana de un accidente nuclear (Convenio de notificación), Viena, 1986. Convenio sobre pesca y conservación de recursos vivos de alta mar. Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia. Convención sobre seguridad nuclear, Viena, 1994. Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daño nuclear, Viena, 1963. Convenio relativo a la Conservación de la Vida Silvestre y del Medio Natural de Europa. Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres, (Convenio de Bonn), Bonn, 1979. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, (CITES), Washington DC, 1973. Convención de Londres sobre la Descarga de Desechos de 1972. Convención sobre la prohibición del uso de técnicas de modificación del medio ambiente con fines militares u hostiles. Convención sobre la protección y el uso de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Convención del agua ECE), Helsinki, 1992. Convención sobre los efectos transfronterizos de accidentes industriales, Helsinki, 1992. Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convenio de RAMSAR). Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación (CNULD), París, 1994. Convención para la protección del Mar Negro contra la polución, Bucarest, 1992. Convención para la protección del medio ambiente marítimo en la zona del mar Báltico (Convención de Helsinki de 1992), Helsinki, 1992. Convenciones dentro del Programa de UNEP sobre los mares regionales.. Directiva sobre la protección legal de los inventos biotecnológicos. Comunidad de la Energía (Tratado de la Comunidad de la Energía del sur este de Europa) (ECSEE). Convención Espoo (Convención sobre la evaluación de impacto ambiental en un contexto transfronterizo]], Espoo, 1991. European Agreement Concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Inland Waterways (AND), Ginebra, 2000. Acuerdo europeo relativo al transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera (ADR), Ginebra, 1957. FAO International Code of Conduct on the distribution and use of Pesticides, Roma, 1985. FAO International Undertaking on Plant Genetic Resources, Roma, 1983. Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea. Geneva Protocol (Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare). Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los Buques. International Convention for the Conservation of Atlantic Tunas (ICCAT), Rio de Janeiro, 1966. International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil, Londres, 1954, 1962, 1969. International Convention for the Regulation of Whaling (ICRW), Washington, 1946. Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. International Tropical Timber Agreement, (ITTA), Ginebra, 1994. Kuwait Regional Convention for Co-operation on the Protection of the Marine Environment from Pollution, Kuwait, 1978. Regional Convention for the Conservation of the Red Sea and the Gulf of Aden Environment, Jeddah, 1982. Protocolo de Kioto sobre el cambio climático- reducción de la emisión de gases de efecto invernadero. Acta sobre el Tratado de Aves Migratorias de 1918. Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan el ozono, Montreal, 1989. North American Agreement on Environmental Cooperation. Protocolo del Tratado de la Antártida sobre protección del medioam-

f) En el año 2000, se suma el lavado de dinero como fenómeno transnacional mediante la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Palermo (Italia) en diciembre de 2000 ⁽³⁵⁾.

g) En la primera década del 2000, el temario avanza con el fraude corporativo. Los países asumieron un importante compromiso al suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción empresarial de Nueva York en diciembre de 2003 ⁽³⁶⁾.

h) En la actual década se aborda el aspecto fiscal. El VII Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información Tributaria, celebrado en Berlín en el año 2014 acordó, a propuesta de Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido, un Acuerdo sobre Intercambio de Información en Materia Tributaria⁽³⁷⁾ que tiene por objeto promover la cooperación en materia fiscal mediante el intercambio de información. Este acuerdo fue elaborado por el Grupo de Trabajo del Foro Global de la OCDE, quien tuvo en mira el FATCA, acuerdo entre la U.E. y Estados Unidos y resulta la culminación del trabajo desarrollado sobre prácticas fiscales perniciosas, que ha considerado a la falta de un intercambio efectivo de información como uno de las razones clave para determinar las prácticas nocivas. Este acuerdo carece de carácter vinculante y se presenta como un modelo para convenios bilaterales que deben acompañarlo con el fin de intercambiar información anualmente sobre cuentas financieras superiores a 250.000 dólares de manera automática y estandarizada, es decir, sin requerimiento expreso. En la misma línea, la OCDE presentó en 2013 un Plan de Acción que diagnosticaba los principales problemas que habría que afrontar relativos a las BEPS ⁽³⁸⁾, el

biente. Putrajaya Declaration of Regional Cooperation for the Sustainable Development of the Seas of East Asia, Malasia, 2003. Ramsar Convention Convention on Wetlands of International Importance, especially as Waterfowl Habitat, Ramsar, 1971. Convenio de Róterdam (Convenio de Róterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional), Róterdam, 1998. Convención de Estocolmo (Convención de Estocolmo sobre los contaminantes orgánicos persistentes) Estocolmo, 2001. Tratado de prohibición parcial de ensayos nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo el agua. Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares 1996. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación. Convención de Viena para la protección de la capa de ozono, Viena, 1985, incluye el Protocolo de Montreal sobre sustancias que degradan la capa de ozono, Montreal 1987. Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, Viena, 1963. Convención de Waigani (Convención sobre la prohibición de la importación en los países isleños del Forum de residuos peligrosos y radioactivos y para controlar el desplazamiento transfronterizo y gestión de recursos peligrosos en la región sur del Pacífico), Waigani, 1995. Iniciativa sobre el clima de occidente; entre otros.

⁽³⁵⁾ Argentina, ley 25.632, B.O. 2002.

⁽³⁶⁾ Argentina, ley 26.097, B.O. 2006.

⁽³⁷⁾ Argentina suscribió el Acuerdo Global y estableció el año 2017 como la fecha de inicio del intercambio automático de información con datos referidos a cuentas financieras que estén abiertas a finales de 2015 y a cuentas que se abran con posterioridad.

⁽³⁸⁾ BEPS, *base erosion and profit shifting*, consiste en las estrategias de planificación fiscal utilizadas por las empresas transnacionales para aprovecharse de las discrepancias e inconsistencias de los sistemas fiscales nacionales y para trasladar sus beneficios a países de escala o nula

cual recibió el respaldo del G20 en la cumbre de San Petersburgo. El plan incluye quince medidas cuyo desarrollo está dirigido a combatir el problema de la evasión fiscal de las empresas multinacionales, con recomendaciones relativas al hacer coordinado internacionalmente, en consecuencia, propone modificar el Modelo de Convenio Tributario de la misma Organización y recomendaciones para modificar la normativa interna de cada país ⁽³⁹⁾.

3. LUCES Y SOMBRAS DEL SISTEMA VIGENTE

Surge con claridad de la fuente reseñada que los Estados y los distintos foros reguladores han abordado la problemática.

Ahora bien, debemos cuestionarnos sobre la suficiencia del marco jurídico vigente.

La mayoría de la regulación es voluntaria, de carácter no vinculante para las empresas, pero obligatoria para los Estados, las cuales tratan principalmente temas muy sensibles como ser: narcotráfico, corrupción, medio ambiente y lavado de dinero. Todos ellos de tinte más público que privado.

En el ámbito privado, la escasa fuente internacional alcanzada nuclea a pocos Estados (ver la Conferencia de la Haya en materia de responsabilidad por el producto) y el resto sigue la no obligatoriedad.

Destacamos el aporte de la OCDE referido a los Puntos Nacionales de Contacto en el marco de las Directrices para empresas multinacionales. Ellos abren un ámbito jurisdiccional nuevo para los particulares y en consecuencia facilitan el acceso a la justicia sobre todo para los trabajadores y los consumidores, tan necesaria ante la falta de recursos para accionar en el extranjero. Su implementación despejó algunos cuestionamientos que hemos realizado referidos a la falta de coordinación entre los distintos Puntos Nacionales y la posibilidad de bloquear el sistema mediante procesos judiciales internos ⁽⁴⁰⁾. Las estadísticas ⁽⁴¹⁾ muestran que se coordinan entre ellos a fin de establecer quién se encuentra en mejores condiciones de resolver, producen una suerte de fuero de atracción sumado a un *forum non conveniens*, en clara prevención de la litispendencia o resoluciones contradictorias. Además, a pesar del inicio de acciones judiciales dejan abierta la posibilidad de acordar. Los temas sobre empleo y relaciones industriales encabezan el ranking con un número considerable de casos. Si bien el sistema es voluntario, su principal punto débil, puede verse que solo uno de tres

tributación, donde las entidades apenas ejercen alguna actividad económica o ninguna; y eludir de esta forma el pago del impuesto sobre sociedades.

⁽³⁹⁾ VÍTOLO, D. R., “Uso y abuso de las estructuras societarias *off shore*”, *LL*, 2005-B, pp. 904.

⁽⁴⁰⁾ Puede verse nuestro trabajo, “La responsabilidad social empresarial y sus implicancias en el derecho internacional privado laboral desde la perspectiva argentina”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, IJ Editores, N.º 1, noviembre 2014.

⁽⁴¹⁾ Puede consultarse la página web de la OCDE.

asuntos es rechazado y pone en evidencia las ventajas de los buenos oficios. Así, podemos mencionar el Protocolo de Acuerdo entre la Empresa Unilever Chile y la Central Unitaria de Trabajadores de Chile en noviembre de 2005.

Por otro lado, un rasgo particular del Pacto Mundial de la ONU viene dado por la ampliación del diálogo tripartito en base a lo establecido por la OIT en cuanto agrega a las organizaciones de la sociedad civil, entidades académicas y otros *stakeholders* a la mesa de discusión.

Los foros generadores se presentaban descoordinados en el abordaje hasta ahora. Parece que comenzó una nueva etapa donde prima el trabajo en conjunto y la obligatoriedad normativa. Primero la OEA⁽⁴²⁾ y luego la ONU iniciaron proyectos de regulación sobre RSE. El 14 de julio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por la Resolución 26/9, A/HRC/RES/26/9 decidió que se elaborará un Instrumento jurídicamente vinculante sobre las Empresas Transnacionales y otras empresas con respecto a los Derechos Humanos para lo cual se creó un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta para redactar un tratado aplicable a las empresas.

Sin duda sería deseable lograr un régimen internacional uniforme que rigiese íntegramente los derechos y las obligaciones de las sociedades multinacionales, más esto resulta difícil, pues los Estados nacionales se niegan a renunciar a sus derechos de control sobre las actividades de esos entes que despliegan su actividad en campos financieros, industriales y comerciales, con una significación en la vida política y económica que muchas veces suele resultar muy considerable, convirtiéndose en factores de poder. Es evidente que la posibilidad de un control de funcionamiento efectivo de la sociedad multinacional se halla vinculada a la disposición de información de parte de los Estados interesados sobre la actividad global de estos grupos, a fin de prevenir conductas distorsivas, en las distintas áreas de influencia, resultando casi imposible obtener tales informaciones, sólo desde una perspectiva nacional ⁽⁴³⁾.

4. A MANERA DE COROLARIO

Gran cantidad de empresas, tanto en países desarrollados como en economías emergentes, aplican acciones de RSE para lavar su imagen corporativa, mostrando al mundo una conciencia social y medioambiental, no siempre real. La utilización de la Responsabilidad Social Empresarial como una imagen ficticia del buen hacer empresarial, llevó a que este concepto fuera menoscabado

⁽⁴²⁾ El Comité Jurídico Interamericano de la OEA sancionó la resolución N.º 205 (LXXXIV-0-14) sobre responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas que aprueba el informe y guía presentados y lo traslada al Consejo. Actualmente promueve el Programa sobre RSE y la Red RSE Américas (puede consultarse: <http://www.redrseamericas.org>).

⁽⁴³⁾ UZAL, M. E., ob. cit. (nota 2), pp. 748.

en el medio empresarial serio, que sí pretende realizar acciones conscientes de cuidado del mundo con visión largoplacista.

La RSE contiene el término responsabilidad, es decir, obligación, pero en realidad es de naturaleza voluntaria y en la mayor parte de sus despliegues unilateral. La contradicción lingüística ⁽⁴⁴⁾ marca el terreno de la discusión.

La fuente internacional adoptada bajo la forma de principios, *soft law*, si bien establece un orden público internacional, la sanción meramente moral carece de la imperatividad requerida en estos supuestos.

En las últimas décadas perdimos capacidades como ciudadanos y ganamos otras como consumidores globales y en algunos casos como inversores globales. Estos beneficios privados traen aparejados costos sociales. Los políticos presionan a las empresas para que actúen responsablemente, pero ellas no tienen experiencia en hacer ningún cálculo moral. Las empresas no son ciudadanos, su propósito es jugar el juego económico lo más agresivamente posible. El reto para nosotros como ciudadanos es evitar que hagan las reglas ⁽⁴⁵⁾.

Los derechos y deberes de la empresa desbordan los límites que les pueda fijar su objeto y finalidad de lucro, y se proyectan en responsabilidades hacia la sociedad, que es la que le permite insertarse en su seno como organización legítima, y que, además, le ha transferido buena parte de las funciones antes asumidas por el Estado. La contraprestación que la sociedad exige es su responsabilidad social que opera como un límite al poder de organización, y como tal no puede quedar sujeto en sus contenidos e imperatividad a la voluntad o el arbitrio de la empresa.

La RSE debe ser entendida como un cúmulo de obligaciones impuestas normativamente, que deben ser asumidas como un costo ineludible ⁽⁴⁶⁾.

Si buscamos seguridad jurídica y terreno propicio para los negocios y la empresa, habrá de plantearse un sistema justo, más allá de los intereses sectoriales.

La RSE es un instrumento valioso, pero al provenir de un solo sector evidentemente no puede ser el único para una justa composición de intereses.

“La RSE no se debe considerar sustitutiva de la reglamentación o legislación sobre derechos sociales o normas medioambientales, ni permite tampoco soslayar la elaboración de nuevas normas apropiadas” ⁽⁴⁷⁾. Así cómo también, ámbitos adecuados de soluciones, ya sean jurisdiccionales, arbitrales o de mediación, con claro énfasis en sistemas de fácil acceso, neutralidad y efectividad.

⁽⁴⁴⁾ ACKERMAN, M., “Consideración jurídico-laboral de la llamada responsabilidad social empresaria (para una responsabilidad social responsable)”, *DT*, 2008, pp. 477 ss. y RODRIGUEZ MANZINI, M. J., “Responsabilidad social empresaria”, *LL* 2011-E, pp. 842.

⁽⁴⁵⁾ REICH, R. B., *Supercapitalism. The transformation of business, democracy and everyday life*, Alfred B. Knop, New York, 2.007.

⁽⁴⁶⁾ ACKERMAN, M., ob. cit. (nota 44), pp. 492.

⁽⁴⁷⁾ Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde, Bruselas, 18/7/2001.

Celebramos los proyectos encaminados tanto en OEA como en ONU por su matiz vinculante y el trabajo conjunto entre ambas.

Sin embargo, la asimetría en el desarrollo normativo que hemos venido señalando ⁽⁴⁸⁾, entre el derecho mercantil y los derechos de las partes débiles, como consumidores y trabajadores, y la falta de respuestas concretas sobre el derecho y la jurisdicción, nos hace insistir en propiciar su abordaje.

Ya lo decía claramente John Ruggie, Representante Especial de Naciones Unidas, “No conozco ninguna empresa que haya quebrado por invertir en derechos humanos; y algunas que sí, pero por no hacerlo”.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, M., “Consideración jurídico-laboral de la llamada responsabilidad social empresaria (para una responsabilidad social responsable)”, *DT*, 2008.
- BOGGIANO, Antonio, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Lexis Nexis, 2006, T II, Cap. XXXII.
- CAMACHO, I., “La RSE y la doctrina social de la Iglesia”, *Documentación Social*, N.º 146.
- DURRIEU (H.), R., “Fraude Corporativo como delito transnacional”, disponible en: www.estudiodurrieu.com.ar/articulo_2006_12_26.htm.
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Bilbao, Hegoa, 2009.
- MONTESQUIEU, B., *El espíritu de las leyes*, Libro XXI “De las leyes con relación al comercio considerado en sus resoluciones”, Cap. V “Otras diferencias”.
- PUCCIARELLO, M., “Instrumentación de la responsabilidad social empresaria. Algunas experiencias en la República Argentina”, *DT* (noviembre) 2008.
- RABINO, M. C., “La responsabilidad social empresaria y sus implicancias en el derecho internacional privado laboral desde la perspectiva argentina”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, IJ Editores, N.º 1, noviembre de 2014.
- RABINO, M. C. y CERDEIRA, J. J., “La responsabilidad por daños causados por productos defectuosos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, IJ Editores, N.º 3, noviembre 2016.
- REICH, R. B., *Supercapitalism. The transformation of business, democracy and everyday life*, Alfred B. Knop, New York, 2.007.

⁽⁴⁸⁾ Puede verse nuestro trabajo en *Contratos internacionales*, X Jornadas ASADIP, Buenos Aires, 2016, 457/475.

- RODRIGUEZ MANZINI, M. J., “Responsabilidad social empresaria”, *LL* 2011-E.
- TOMADA, C. citado en I. F. FUERTES; M. L. GOYBURU Y B. KOSACOFF, “La responsabilidad social empresaria: ¿sólo un discurso?”, *Revista de Trabajo, Año 1, N.º 1, nueva época, julio-diciembre 2005, Buenos Aires, octubre 2005*.
- UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- VÍTOLO, D. R., “Uso y abuso de las estructuras societarias off shore”, *LL*, 2005-B.

LAS SOCIEDADES Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

POR RODRIGO LAJE *

Resumen

Las sociedades en su actuación extraterritorial pueden quedar involucradas en diferentes supuestos que son susceptibles de ser encuadrados en la órbita de la responsabilidad extracontractual. Con el objeto de dar adecuada solución a cada uno de ellos, desde el derecho internacional privado corresponde analizar y dar tratamiento específico a cada categoría de responsabilidad en atención a sus particularidades.

Palabras clave

Derecho internacional privado, sociedades, responsabilidad extracontractual, categorías específicas.

COMPANIES AND NON-CONTRACTUAL LIABILITY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Abstract

Companies with extraterritorial actions or activities may become involved in different cases that may fall within the sphere of non-contractual liability. Private international law must analyze and give specific treatment to each category of liability according to its particularities, in order to provide an appropriate solution to each of them.

* Abogado. Universidad de Buenos Aires (UBA). Recibido con Diploma de Honor. Maestría en Derecho Internacional Privado (UBA). Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Buenos Aires (UBA), Universidad Abierta Interamericana (UAI) y Universidad de Morón. Profesor en Posgrado en la Facultad de Derecho, UBA y otras Universidades. Autor de libros, capítulos de libros y artículos de doctrina en el área de su especialidad (Derecho Internacional Privado). Director, coordinador e investigador en diferentes Proyectos de Investigación.

Keywords

Private international law, companies, non-contractual liability, specific categories.

INTRODUCCIÓN

Desde el momento en que las sociedades planifican y desarrollan su actividad sobre más de un Estado, una primera aproximación comprende indagar sobre su existencia y reconocimiento, lo cual involucra considerar los diferentes sistemas de adquisición de la personalidad jurídica y los alcances de su funcionamiento y organización.

Por otro lado, se abordan las posibles formas de actuación extraterritorial propiamente dicha, la multinacionalización de la actividad societaria.

Una sociedad constituida en un determinado Estado y reconocida como tal, puede pretender realizar actuaciones en el extranjero integrándose a esa realidad económica o simplemente realizar una actuación esporádica u ocasional. Se suelen distinguir desde esta perspectiva —y el sistema de derecho internacional privado argentino así lo recepta—, tres grupos de actuaciones: *aisladas* (ocasionales), *habituales* (agencias, representación, sucursales) y *participación en otros entes* (en nueva sociedad o en sociedad ya existente). A este respecto podemos referirnos a los distintos sistemas de extraterritorialidad absoluta, de extraterritorialidad parcial o de territorialidad, según se admita o no la realización de dichas actuaciones o se los someta a mayor o menor control, cumplimiento de requisitos y fiscalización por parte del Estado receptor.

El legislador, adoptará el sistema que considere más adecuado desde las consideraciones políticas y económicas que en torno a ello se conciban, buscando razones para la elección del método de regulación más conveniente a sus intereses.

No nos referiremos aquí a estas cuestiones que son de destacada relevancia y han planteado enriquecedores debates desde la doctrina especializada ⁽¹⁾. Proponemos detenernos en aquellos supuestos de actuaciones —lícitas o ilícitas— que sean susceptibles de ser encuadrados en lo que suele denominarse responsabilidad civil extracontractual o de esfera “no contractual”.

Si bien es cierto que, en tanto actividad lícita, la misma puede tener causa u origen en un vínculo contractual, dicho enfoque nos situaría en una órbita de responsabilidad diferente a la que tenemos prevista abordar en este trabajo, y

⁽¹⁾ Véase, BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Cap. XXVI, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006; UZAL, María Elsa. *Derecho internacional Privado*, Cap. X, Buenos Aires, Thompson Reuters. La Ley, 2016; MANOVIL, Rafael M. “Sociedades multinacionales: Ley aplicable a sus formalidades de constitución y contralor de funcionamiento”, LA LEY 2005-A, 1498.

ello no obstante los puntos de encuentro que pueden presentarse en la esfera del derecho del consumidor, como más adelante veremos.

Vamos a circunscribirnos, pues, al campo de las obligaciones extracontractuales, aquellas que nacen sin convención —entre ellas las delictuales, cuasi delictuales, cuasicontractuales y puramente legales—. Esta categoría tan amplia como rica en la variedad de hipotéticos que las comprenden.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

1.1. Noción, caracteres y supuestos comprendidos en la actualidad

La responsabilidad extracontractual suele ser definida de modo negativo, por lo que *no es*. La doctrina ha señalado que:

[S]e trata de un concepto particularmente amplio y heterogéneo, que no se circunscribe a la responsabilidad por daños, y que engloba sectores del ordenamiento jurídico que tienden a cobrar autonomía propia...la noción excluye, además de las obligaciones contractuales, las obligaciones legales que traen causa en una relación jurídica preexistente de tipo personal, familiar o real, y cuyo régimen en Derecho internacional privado depende de los criterios de competencia judicial internacional, Derecho aplicable, o reconocimiento propio de cada uno de tales sectores...⁽²⁾.

Cabe entonces decir que la delimitación de la causa dentro del tipo legal no es tarea sencilla, habida cuenta del vasto número de situaciones que pueden quedar comprendidas y respecto de las cuáles corresponderá definir su ámbito. Esta cuestión, desde el derecho internacional privado, se vincula con la problemática general de las calificaciones.

Los avances científicos - tecnológicos, el perfeccionamiento de los medios de comunicación y transporte y el notable incremento de la actividad comercial e industrial han suscitado cambios radicales en el entramado de relaciones que pueden ubicarse dentro de esta categoría llamada “obligaciones nacidas sin convención”, “responsabilidad civil”, “obligaciones extracontractuales”.

En la actualidad se ha producido un ensanchamiento del conjunto de problemáticas que quedan comprendidas bajo la misma. En tal sentido, podemos mencionar: la responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos, los accidentes de circulación de automotores, ferrocarriles, aeronaves, buques, etc., la competencia desleal, el empleo de la energía nuclear, la violación de los derechos de la propiedad industrial, la responsabilidad por hecho de otros, por

⁽²⁾ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos - SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*. Sexta edición, Madrid, Civitas, 2011, p. 556.

los dependientes, la difamación. ⁽³⁾ También la responsabilidad precontractual, gestión de negocios, el turismo transfronterizo, entre otros. Y todas ellas pueden comprender como ejecutantes de los actos que las originan, a las personas jurídicas y en particular a las sociedades —sean casas matrices, filiales, sucursales, o representaciones con carácter permanente—.

El carácter plurilocalizado de la actividad empresarial, corporativa e industrial ha generado un notable incremento de casos de responsabilidad transfronteriza.

Por otro lado, la internacionalidad clásica se ha visto transformada por los fenómenos de la integración y de globalización, cuya causa principal está dada en el desarrollo de la economía en espacios que exceden a los Estados modernos tradicionales; dando lugar así a la creación de áreas jurídicas relativamente diversificadas, como ser el derecho de la integración.

Es importante destacar también, que se han verificado factores de atribución de responsabilidad diferentes —poniendo en crisis la propia noción de culpa en este aspecto— que impactaron en los sistemas normativos domésticos (derechos sustanciales), habiéndose producido la traslación, desde una concepción subjetiva hacia otra de carácter objetivo. En este orden de ideas se ha dicho que:

El aumento de las actividades que comportan un alto riesgo a consecuencia del desarrollo científico, tecnológico e industrial, ha generado un régimen jurídico de las obligaciones ex-delicto basado fundamentalmente en la necesidad de reparar el daño causado con independencia de la existencia de un comportamiento intencional, mientras que el régimen jurídico del delito penal continúa anclado en la idea de sanción de la conducta dolosa o culposa del actor ⁽⁴⁾.

La doctrina ha caracterizado a las obligaciones extracontractuales como uno de los sectores más relevantes del Derecho Internacional Privado del siglo XXI debido, fundamentalmente, a tres razones: muy frecuente carácter internacional, extrema complejidad técnica y carácter plurilocalizado de tendencia mundial ⁽⁵⁾.

Como dijimos, el sector de la responsabilidad es uno de los más dinámicos en una era de avances tecnológicos constantes y permanentes, y es por ello que requiere especificación sectorial y regímenes específicos.

⁽³⁾ UZAL, María Elsa “Determinación de la ley aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual en el derecho internacional privado”, ED, T. 140, p. 845.

⁽⁴⁾ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Derecho internacional privado*, Madrid, Atlas, 1987, T. II, p. 395.

⁽⁵⁾ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis - CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*”, Granada, Comares, 2008, p. 6/9.

En este orden de ideas, algunos de los mencionados sectores, en el ángulo de la referida regulación específica, son los siguientes: defensa de la competencia, competencia desleal, daño medioambiental, infracción a la propiedad intelectual, responsabilidad por productos elaborados, responsabilidad precontractual, junto con otros más ⁽⁶⁾.

Indudablemente, cada uno de ellos puede comprender, concernir o involucrar un supuesto de actuación de las personas jurídicas —en especial las sociedades—, razón por la que nos interesa conocer cuáles pueden ser los alcances de su regulación y evaluar si el sistema de derecho internacional privado argentino resulta suficiente para brindar respuesta a ello. No pretendemos en este trabajo adelantar las posibles soluciones o alternativas concretas de regulación, sino simplemente describir el contexto existente con el objeto de perfilar una metodología para su tratamiento.

Además, resultaría ineludible considerar también las reglas de competencia internacional en la materia, habida cuenta la estrecha relación entre la jurisdicción internacional y el derecho aplicable (*forum - ius*), procurando la coordinación de sus soluciones a fin de garantizar la realización de justicia.

En esta ocasión nos limitaremos exclusivamente a relevar y trabajar únicamente sobre la cuestión del derecho aplicable, pero sin desconocer la importancia que merece el aspecto jurisdiccional, especialmente por las soluciones que se han propiciado en su ámbito ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Tales como los accidentes de tránsito por carretera, responsabilidad no contractual del naviero, contaminación del mar por hidrocarburos, abordaje marítimo y salvamentos, daños causados por aeronaves y objetos espaciales, turismo transfronterizo, daños nucleares, y otros más, pero limitaremos esta presentación a la parcialidad señalada.

⁽⁷⁾ Simplemente mencionaremos que el foro especial aceptado ha sido el “*forum delicti commissi*”: entendido como la atribución de competencia a los jueces del Estado donde se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos. Puede citarse como antecedente, el del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE): “*Handelskwekerij G.J. Bier vs. Mines de Potasse d’Alsace S.A.*”, sentencia del 30 noviembre de 1976. Se juzgó allí que la expresión “lugar donde se produce el daño” contenida en el artículo 5° inciso 3 del Convenio de Bruselas de 1968, debía interpretarse como un intento de cubrir ambos lugares, tanto el lugar donde el hecho causal se produce, como el lugar donde el daño o resultado lesivo se manifiesta (principio de ubicuidad). Se trataba de un reclamo por daños producidos en una plantación de la sociedad “*Bier BV*”, localizada en los Países Bajos, producto del vertido de sustancias contaminantes en aguas de río Rin por la sociedad “*Mines de Potasse d’Alsace*” con sede en Molhouse (Francia). El hecho causal (vertido de sustancias contaminantes) se había producido en Francia, mientras que el daño efectivamente se había materializado en los Países Bajos donde estaba situada la plantación perjudicada. Los tribunales holandeses, ante los que se planteó el litigio, plantearon cuestión de prejudicialidad al TJCE para que interpretara el art. 5.3 del Convenio de Bruselas. Normalmente, la regla de jurisdicción se suele integrar, de modo concurrente, con el foro general del domicilio del demandado, como por ejemplo lo hace el art. 2556 del Código Civil y Comercial de la Nación.

1.2. Los clásicos criterios para la determinación del derecho aplicable y la flexibilidad

El criterio de someter las obligaciones extracontractuales a la ley del lugar de comisión es tan antiguo como el mismo derecho internacional privado ⁽⁸⁾.

Son distintos los fundamentos que le han dado crédito y lo han justificado: su neutralidad, los derechos adquiridos, la soberanía verificada en el interés del Estado en establecer las consecuencias para los hechos —en especial delitos y cuasidelitos— que ocurren en su territorio ⁽⁹⁾, la previsibilidad de las partes ⁽¹⁰⁾, certeza y uniformidad de resultados ⁽¹¹⁾.

Durante el siglo XX, diversas críticas han sido formuladas: su aplicación mecánica y rigidez para adaptarse a situaciones reales, los problemas en torno a la calificación del punto de conexión (*lex loci delicti* - *lex loci damni*) y el carácter muchas veces fortuito de la verificación de este. En definitiva, fue la propia técnica conflictual tradicional la que recibió los principales embates y cuestionamientos.

Otra de las soluciones tradicionales es la *lex fori* ⁽¹²⁾. Este otro criterio se encuentra alineado con la noción de orden público, las normas rigurosamente imperativas y una cierta relación entre delito penal e ilícito civil ⁽¹³⁾. Y precisamente, el mismo se ha ido abandonando conforme se produjo el desapego del delito civil respecto del delito penal. Pueden encontrarse razones de ello en la

⁽⁸⁾ DOLINGER, Jacob, “Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Fields of Contracts and Tort”, *Recueil des Cours*, Volume 283 (2000), p. 453.

⁽⁹⁾ Este argumento, que algunos consideran de Derecho Público significa que la *lex loci delicti commissi* permite a cada Estado mantener control legal sobre los ilícitos civiles y penales verificados en su territorio, ámbito natural este último, en el que el Estado ejerce su soberanía. Cf. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis - CARRASCOSA GÓNZALEZ, Javier, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*, Granada, Comares, 2008, p. 106.

⁽¹⁰⁾ Es el único que permite determinar una ley que las partes pueden prever razonablemente. Cf. BATIFFOL, H. / LAGARDE, P. *Droit International Privé*. 8ª ed. T I, París, L.G.D.J., 1993, pp. 468-472.

⁽¹¹⁾ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, en Fernández Arroyo, Diego P. (Coord.): *Derecho Internacional Privado del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, p. 1162.

⁽¹²⁾ Entre quienes predicaban que las obligaciones derivadas de los ilícitos debían ser regidas por la ley del tribunal que entiende en la causa pueden mencionarse a Wächter, Savigny, Schmid, Mazeaud Cf. ALCORTA, Amancio “Curso de derecho internacional privado”, Buenos Aires, ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, 1927, T. II, p. 341.

⁽¹³⁾ Savigny explicaba que “las leyes que castigan los delitos son siempre del número de las positivas rigurosamente obligatorias”, razón por la cual sostenía que debían ser juzgadas “según la ley del lugar en que se ejercita el procedimiento, no según la ley del lugar en que ha sido cometido el delito”. SAVIGNY, Friedrich Karl Von, *Sistema de derecho romano actual*, Prólogo Manuel Durán, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al español por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora 1879/9, Libro VIII, p. 288.

objetivación de los factores atributivos de responsabilidad, a partir de lo cual, la idea de sanción al agente cedió ante la necesidad de reparar a la víctima ⁽¹⁴⁾.

En otra línea de pensamiento se propuso un funcionamiento compuesto o complementario de ambos criterios.

En este sentido, Martin Wolff señalaba que en algunos ordenamientos jurídicos, con la *lex loci delicti commissi* y la *lex fori* se producía un “efecto combinado”; explicaba que correspondía determinar la preponderancia que se le acuerde a cada una de ellas: de ese modo existirían sistemas donde la regla general estaba dada por la *lex loci commissi* pero luego era completada por la *lex fori* (debido a que todo Estado se reservaba para sí las consecuencias en relación a su orden público); mientras que en otros, el funcionamiento se invertía, la *lex fori* era regla de aplicación, concediéndose relativa importancia también a la *lex loci delicti*; el derecho inglés era ejemplo de esto último ⁽¹⁵⁾, regla denominada *double actionability rule* ⁽¹⁶⁾.

Para otros autores —Haus, Weiss, Despagnet, Picard— la combinación estaba postulada a través de un método moderador con matiz acumulativo de ambas conexiones: “las obligaciones que nacen de los actos ilícitos se rigen por la ley del tribunal llamado a conocer, siempre que por esta ley se produzcan dichas obligaciones. Si no se producen obligaciones por aquella ley, y sí por la ley del lugar donde los actos se han realizado, dichos actos se regirán por esta ley” ⁽¹⁷⁾.

Es de notar que estos efectos combinados respondían a las tensiones que existen entre los diferentes intereses en juego, que como en seguida veremos, hoy nos habilita a aseverar la necesidad de pensar en un esquema de regulación abordado a partir del tratamiento de categorías de responsabilidad específicas.

1.3. La flexibilización de los criterios clásicos

La reformulación al sistema conflictual del derecho internacional privado —en el ámbito de responsabilidad civil extracontractual— ha estado signada sustancialmente por la flexibilización de las reglas clásicas.

⁽¹⁴⁾ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Atlas, 1987, T. II, p. 395.

⁽¹⁵⁾ Wolff indicaba que desde el trascendente caso *Mostyn v. Fabrigas* (1775), cuando las acciones por delitos acaecidos en el extranjero eran sometidos a un tribunal inglés, éste “...aplicará derecho inglés, la *lex fori*, no la ley del lugar donde se cometió el delito. Pero esta aplicación de las reglas inglesas dependen de dos condiciones: primero el debe ser ‘de tal carácter que hubiera sido procesable si se hubiera cometido en Inglaterra’, y segundo, ‘el acto no debe haber sido justificable por la ley del lugar donde fue hecho’”, esta es —según el autor— la fórmula ideada por Willes en el caso *Phillips v. Eyre* (1870), luego reiterado en muchos más. (WOLFF, Martin, *Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 460-461).

⁽¹⁶⁾ PALAO MORENO, Guillermo. *Aspectos Internacionales de la Responsabilidad Civil por Servicios*. Granada, Comares, 1995, p. 85.

⁽¹⁷⁾ ALCORTA, ob. cit., p. 342.

Una propuesta inicial tuvo su génesis en la denominada *Revolución Americana* que significó el abandono del método tradicional de la *lex loci delicti*, cuya rigidez fue atacada por el profesor inglés John Morris cuando en el año 1951 propuso su sustitución por formulaciones abiertas y flexibles —enfoque del derecho apropiado—, de modo que los jueces debían resolver los casos multinacionales seleccionando el derecho que tuviere la “conexión más significativa” con el daño concreto y con la cuestión específica planteada ⁽¹⁸⁾.

Sugirió así la conveniencia de practicar, en cada caso específico, un examen de los diversos factores presentes en una determinada situación concreta, determinar el centro de gravedad de la situación y aplicar aquel derecho con el que se vincule de manera decisiva ⁽¹⁹⁾.

Por su parte, el profesor australiano Pryles, pensó mantener la *lex loci delicti* como guía de presunción para el juez, y quien pretendiera desplazarla, tendría la carga de demostrar cuál correspondería aplicar ⁽²⁰⁾.

Esta noción que predica que los jueces debían ser redimidos de la rigidez de normas de conflicto apriorísticamente dispuestas, no significó una liberación absoluta, toda vez que se sugirió que debían disponerse guías orientadoras a partir de las cuales los magistrados harían efectiva la selección ⁽²¹⁾. Tal es el caso de las consideraciones de Leflar, en “The Better Rule of Law Theory”, quien postulaba las cinco siguientes: a) previsibilidad de resultados; b) mantenimiento del orden interestatal e internacional; c) simplificación de la tarea judicial; d) promoción de los intereses estatales del foro; e) aplicación de la mejor norma jurídica o regla de derecho ⁽²²⁾.

Por otra parte, en el marco de esta reorientación del derecho conflictual norteamericano, surgida como reacción al conflictualismo clásico savignyano y al sistema del primer *Restatement* de Joseph Beale, debemos mencionar la teoría del *government interest analysis* de Brainerd Currie, quien centró su estudio en los objetivos de las normas sustantivas de los Estados y en las facultades del soberano para la realización de estos (a pesar de los intereses extranjeros). Este reconocido autor consideraba, con un enfoque unilateralista, que los tribunales debían indagar las políticas e intereses estatales —de aplicar su legislación al

⁽¹⁸⁾ JUENGER, Friedrich. *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*, Trad. Diego P. Fernández Arroyo y Cecilia Fresnedo de Aguirre, México, Porrúa, 2006, p. 106.

⁽¹⁹⁾ PARRAARANGUREN, Gonzalo: “*Las Obligaciones Extracontractuales*”, Revista de la Facultad de Derecho —Universidad Católica Andrés Bello— Venezuela N.º 20, año 1975 p. 26.

⁽²⁰⁾ DOLINGER, Jacob, ob. cit. pp. 456-457.

⁽²¹⁾ Pueden mencionarse así algunas listas elaboradas por la doctrina: desde la primera y más amplia elaborada por Yntema (17 objetivos que se agrupaban en dos categorías: seguridad y justicia), pasando por la de Cheatham y Reese (catálogo de 9 factores), hasta la de Leflar (5 consideraciones que influyen en la selección del derecho). Cf. JUENGER, Friedrich *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*, ob. cit., p. 114.

⁽²²⁾ LEFLAR, Robert A., “Choice Influencing in Conflicts of Law”, en New York University Law Review, N.º 41, 1966, p. 267.

caso concreto— a través del análisis e interpretación de los derechos relacionados, en especial contactos personales, pero admitiendo también los territoriales, aunque con menor grado de importancia, y asignando siempre primacía a la *lex fori* en caso de duda.

También cabe hacer mención a los ensayos de David Cavers, quien propuso una serie de principios —a los cuales no atribuyó el carácter de reglas— que sirvieran de guía para las decisiones judiciales. En su obra *Principios de Preferencia*, sugirió cinco en el ámbito de responsabilidad extracontractual entre los cuales palpitan las nociones de proximidad, protección a la víctima y el asiento de la relación jurídica de Savigny ⁽²³⁾. Según Cavers la elección del derecho aplicable, dentro de ciertos límites, debe practicarse a partir de consideraciones teleológicas.

Desde la jurisprudencia fue el célebre caso *Babcock v. Jackson* ⁽²⁴⁾ el que catapultó el cambio de rumbo norteamericano, luego recopilado en 1968 en el *Second Restatement of Conflict of Laws* ⁽²⁵⁾.

Finalmente, cabe apuntar que, en la segunda mitad del siglo pasado, en el marco de la flexibilización apuntada, comenzó a priorizarse la adopción de convenios que abordaron exclusivamente distintos supuestos particulares de responsabilidad, tales como, la derivada de daños por productos o por accidentes viales. Ello se materializó en el ámbito de la Conferencia de la Haya, verbigracia: Convenio sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera (1971) y Convenio sobre Ley Aplicable a la responsabilidad derivada de los Productos (1973). Surge así, la posibilidad de organizar un sistema con categorías especiales, con una general, de carácter residual.

Por otra parte, y como complemento de lo anterior, se ha propuesto la utilización de puntos de conexión con carácter alternativo, subsidiario, acumulativo o en cascada, dejando como residuales las conexiones clásicas.

⁽²³⁾ Cf. DOLINGER, J., ob. cit. p. 457-462.

⁽²⁴⁾ Resuelto por la “Court Appels” de Nueva York el 9 de mayo de 1963. El caso encierra un transporte benévolo de personas domiciliadas en Nueva York que emprenden un viaje de fin de semana a Canadá. En Ontario (Canadá) sufren un accidente en el que el acompañante resulta gravemente herido por lo que demanda al conductor en los tribunales de Nueva York. En ese entonces la ley de Ontario eximía de responsabilidad al conductor en el transporte benévolo por los daños que pudieran tener los transportados, mientras que la ley de Nueva York no contenía dicha disposición. La Corte de Nueva York, con el voto mayoritario redactado por el Juez Fuld, resolvió aplicar el derecho neoyorquino por ser el más estrechamente relacionado con el caso (domicilio de las partes, lugar de matriculación del vehículo, lugar de constitución de la relación, entre otros).

⁽²⁵⁾ El artículo (sección) 145 del *Restatement of Conflict of Laws Second* establece: “The rights and liabilities of the parties with respect to an issue in tort are determined by the local law of the state which, as that issue, has the most significant relationship to the occurrence and to the parties...”.

De este modo si el domicilio, residencia —o nacionalidad en su caso— de la víctima y del agente que provocó el daño coinciden, será el derecho de ese Estado el que resuelva la cuestión. Esta solución ha tenido gran acogida normativa ⁽²⁶⁾.

El Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales —Reglamento Roma II— es un claro ejemplo de recepción de la flexibilización apuntada ⁽²⁷⁾.

1.4. La autonomía de la voluntad

Resulta relativamente novedosa la incorporación de la autonomía de la voluntad en el ámbito que tratamos. En efecto, el campo de estudio que recorreremos ha sido considerado desde antiguo, materia no disponible para los sujetos, es decir dentro del cual las partes no pueden elegir el derecho que gobierne sus relaciones.

Empero, desde las últimas décadas del siglo pasado ha ido teniendo una paulatina recepción en distintas fuentes. La ley Suiza de Derecho Internacional Privado (1987) lo incorporó pero con alcance limitado a la *lex fori* ⁽²⁸⁾. La ley que contiene el Código de Derecho Internacional Privado Belga (2004), por su parte, lo receptó más ampliamente ⁽²⁹⁾. En la Unión Europea, el referido Reglamento Roma II, recoge el principio en el artículo 14, expresando que las partes pueden elegir —siempre de forma expresa o inequívoca— por acuerdo posterior al hecho generador de daño (o anterior en caso de existir actividad comercial de los involucrados) a qué ley desean someter su diferencia ⁽³⁰⁾.

⁽²⁶⁾ Suiza, Austria, Italia, Hungría, Polonia, Portugal, Rusia, Túnez, Canadá, China. Cf. DOLINGER, J., ob. cit. p. 485-486.

⁽²⁷⁾ El Reglamento se encuentra vigente desde enero de 2009 en la Unión Europea. El artículo 4º establece la norma general que establece como principio la *lex loci damni*, es decir el lugar donde se produce el daño, con dos excepciones: por un lado, la *lex communis* (ley de residencia común de las partes), por otro, la ley del Estado donde existan vínculos más estrechos, conexión flexible que pone en manos del juez su determinación. También recoge el principio de la autonomía de la voluntad. Además, establece soluciones específicas para determinadas categorías de responsabilidad, tales como los daños por productos defectuosos (art. 5º), daños que se deriven de un acto de competencia desleal o que restrinjan la libre competencia (art. 6º), daños medioambientales (art. 7º), daños a derechos de la propiedad industrial o intelectual (art. 8º), enriquecimiento injusto (art. 10), gestión de negocios ajenos (art. 11) y la culpa *in contrahendo* (art. 12).

⁽²⁸⁾ Su artículo 132 establece: “Les parties peuvent, après l’événement dommageable, convenir à tout moment de l’application du droit du for”.

⁽²⁹⁾ Artículo 101. “Las partes pueden elegir, luego de surgida la controversia, el Derecho que regirá la obligación derivada de un hecho dañoso, sin perjuicio de la Convención sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, concluida en La Haya el 4 de mayo de 1971. Esta elección debe ser expresa y no podrá atentar contra los derechos de terceros”.

⁽³⁰⁾ Sin embargo, los apartados 2 y 3 de la norma, especifican que no podrán ser excluidas aquellas disposiciones contenidas en la ley del Estado con el cual todos los elementos de la situación estén vinculados al momento de ocurrir el hecho dañoso (siempre que las mismas prohíban

En Argentina, el proyecto de reformas al Código Civil del año 1993, en su artículo 1616 autorizaba la elección de la ley del foro —para todos los supuestos, incluso los de regulación específica— después del acaecimiento del hecho dañoso y hasta la traba de la *litis*, fijando la elección temporalmente, lo cual se interpretaba como tuitivo a la víctima ⁽³¹⁾. La doctrina ha considerado que dicho proyecto, en líneas generales, seguía las corrientes más modernas en la materia ⁽³²⁾ y que era un aporte necesario, original y novedoso. También se señaló que podría ser condicionada a ciertos aspectos, por ejemplo, la indemnización. ⁽³³⁾

Por último, corresponde señalar que si bien el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación enviado a la Comisión de Reformas, contempló la autonomía de la voluntad en su redacción originaria, lamentablemente no fue incorporada en la versión definitiva aprobada en el Congreso del Código actualmente vigente.

2. CATEGORÍAS ESPECÍFICAS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Ya en diferentes Congresos y Jornadas especializadas de las últimas décadas se ha destacado la necesidad de regular contemplando distintas categorías específicas a la par de una de carácter general o residual.

Por ejemplo, en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil XXIII, Tucumán, 2011, la Comisión 10 de Derecho Internacional Privado, recomendó en cuanto al alcance de construcción del tipo que:

Es necesario avanzar en el empleo del método analítico para superar la consideración general tradicional de las obligaciones extracontractuales internacionales atendiendo a los nuevos problemas que la especifican, verbigracia por productos, accidentes de circulación, daño ambiental, etc. También puede resultar necesario diferenciar entre el derecho aplicable al establecimiento de la responsabilidad y el que rige la reparación.

su exclusión), o las del derecho comunitario, en caso de que las partes opten por la ley de un Estado no miembro de la Unión (en atención a lo dispuesto por el art. 3°). Palpita allí, el límite del orden público y las normas de policía.

⁽³¹⁾ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Reforma al Código Civil. Derecho Internacional Privado*. Autora, Volumen Número 18. Colección dirigida por los Dres. Roberto López Cabana y Atilio A. Alterini, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, pp. 169-170.

⁽³²⁾ SOTO, Alfredo Mario, “El análisis económico del Derecho Internacional Privado de la responsabilidad civil surgida de obligaciones no convencionales en el proyecto de reforma al Código Civil de la comisión designada por decreto 468/93 del P.E.N.”, en *Anuario Facultad de Ciencias Económicas del Rosario Pontificia Universidad Católica Argentina*, I, 1997, p. 65.

⁽³³⁾ UZAL, María E., “Determinación...”, ob. cit., p. 850.

En análogo sentido, en el XXVIII Congreso Argentino de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional —AADI—, La Matanza, 2016, se ha concluido que:

- 9) Ciertas categorías específicas que abarcan realidades muy heterogéneas, tales como la responsabilidad civil por violación a los derechos de propiedad intelectual e industrial, la responsabilidad por daños a las personas o a los bienes por degradación ambiental o por daños nucleares, la responsabilidad por daños generados por productos defectuosos, requerirán del juzgador la elaboración de una solución adaptada a sus particularidades.
- 10) En los casos de responsabilidad por daños generados por productos defectuosos resulta apropiada la búsqueda del derecho aplicable basada en la agrupación de conexiones, metodología que permite conciliar los encontrados intereses en juego.

Del modo ya anunciado, examinaremos entonces, algunas de las categorías en particular:

- a. Defensa de la competencia.
- b. Competencia desleal.
- c. Responsabilidad por productos elaborados.
- d. Daños medioambientales.
- e. Infracción a la propiedad horizontal.
- f. Responsabilidad precontractual.

Como dijimos, la actuación extraterritorial de las personas jurídicas —en particular las sociedades— puede quedar encuadrada o categorizada en cualquiera de los referidos supuestos, motivo por el cual interesa analizarlos con mayor detenimiento, a fin de conocer cuáles serán los alcances y consecuencias de una eventual regulación y al mismo tiempo valorar si las soluciones vigentes en el sistema de derecho internacional privado argentino, resultan las más satisfactorias en la materia.

Creemos que el mencionado Reglamento Roma II, de la Unión Europea, constituye un modelo a seguir en este punto, razón por la cual, será un elemento de consulta y comparación constante, aun cuando no conforma —claro está— un instrumento jurídico que resulte aplicable para nuestro país. En paralelo también iremos analizando algunas normas del derecho internacional privado comparado.

2.1. Defensa de la libre competencia

Imaginemos un pacto “confidencial” entre distintas empresas económicamente poderosas y vinculadas a distintos países (por sus sedes, domicilios, lugar de constitución, filiales, actuaciones extraterritoriales, etc.) para monopolizar la comercialización de determinado producto o servicio en cierto mercado —perteneciente al territorio de un determinado país—, impidiendo

el acceso a otros productores o proveedores. Frente a una reclamación por dicha privación, ¿sería conveniente aplicar una ley diferente a la del mercado afectado? Por ejemplo, la *lex communis* o donde se producen las consecuencias dañosas directas si se localizan en territorio diferente al del mercado afectado. ¿Dónde se halla la proximidad en este tipo de supuestos? ¿Qué intereses deben preservarse y por qué?

La defensa de la competencia, pretende impedir que se alteren las condiciones de “libre acceso al mercado”, garantizando que cualquier operador económico que desee ofertar en determinado mercado, pueda hacerlo sin padecer impedimentos ni restricciones que pudieren ser ocasionados por las prácticas de las empresas económicamente más fuertes. En definitiva, lo que se protege es un bien intangible: el buen funcionamiento del mercado.

Va de suyo que quedará a criterio de los Estados, definir lo que ese “buen funcionamiento” comprende, de modo que sus reglas se apliquen a los efectos que se produzcan en el mercado en cuestión, pudiendo tener alcance nacional o también regional (como el caso de los espacios de integración económica).

Comportamientos restrictivos pueden ser aquellos que tienden a concentrar la oferta en pocos agentes económicos, por ejemplo, concentración de empresas, abuso de posición dominante, prácticas monopólicas ⁽³⁴⁾.

Visto de este modo, la finalidad perseguida no es únicamente resarcitoria, sino ordenadora de conductas para el establecimiento de pautas de comportamiento dirigidas a los agentes que operan en el mercado, procurando que no se produzcan distorsiones a la libertad de acceso y participación. La protección podría concretarse a partir de orientaciones materiales en la solución.

También podría ocurrir que existan determinados sectores del mercado que merezcan alguna protección especial, razón por la cual se abre la posibilidad a una regulación acudiendo a normas de policía, lo cual no debe ser confundido con las distintas sanciones que puedan ser impuestas desde algún sector del Derecho Público.

Parece razonable sostener que la ley aplicable sea la del mercado afectado que es aquel en el que la competencia resulta alterada o restringida.

Ahora bien, cabe precisar que los actos que afectan a la libre competencia, pueden verificarse en un único mercado o que los perjudicados sean varios.

⁽³⁴⁾ En este sentido, el Reglamento Roma II, en su “considerando 23” señala: “A los efectos del presente Reglamento, el concepto de restricción de la competencia debe cubrir las prohibiciones de acuerdos entre empresas, las decisiones adoptadas por asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto evitar, restringir o distorsionar la competencia dentro de un Estado miembro o dentro del mercado interior, así como las prohibiciones relativas al abuso de posición dominante dentro de un Estado miembro o dentro del mercado interior, cuando dichos acuerdos, decisiones, prácticas concertadas o abusos estén prohibidos por los artículos 81 y 82 del Tratado CE o por la legislación de un Estado miembro”.

En este punto, el Reglamento Roma II proporciona soluciones diferentes para ambos casos:

- a. Si el mercado afectado es el de un único país, se aplica la ley de ese país.
- b. Si son varios los mercados afectados, el fraccionamiento resultaría altamente costoso, es por ello que la norma comunitaria permite la aplicación de la *lex fori* si se da alguna de las siguientes condiciones: a) que el demandado tenga allí su domicilio y que dicho mercado resulte afectado de manera directa; b) si hay varios demandados, en caso de que la restricción de la competencia en que se basa la demanda presentada contra cada uno de los demandados, afecte al mercado del foro de manera directa y esencial ⁽³⁵⁾.

Es de notar que, para esta regla especial, el Reglamento excluye la aplicación de la *lex communis*, contenida en la regla general ⁽³⁶⁾, ello por cuanto dicho corrimiento puede afectar el resguardo del mercado. También se excluye la posibilidad de aplicar el escape a los vínculos estrechos y no se admite la autonomía de la voluntad.

Se observa en esta materia, que el derecho comunitario europeo ha puesto en jerarquía el “buen funcionamiento del mercado” por sobre los demás intereses involucrados. En línea similar se pronuncia el derecho internacional privado suizo ⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ El artículo 6.3.b. así lo dispone: “Cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta una demanda ante el tribunal del domicilio del demandado puede optar por basar su demanda en la legislación del foro, siempre que el mercado de dicho Estado miembro figure entre los que se ven afectados de manera directa y sustancial por la restricción de la competencia de la que se deriva la obligación extracontractual en que se basa la demanda; cuando el demandante, de acuerdo con las normas aplicables en materia de competencia judicial, presente una demanda contra más de un demandado ante ese tribunal, podrá optar por basar su demanda en la legislación del foro únicamente si la restricción de la competencia en que se basa la demanda presentada contra cada uno de los demandados afecta también de manera directa y esencial al mercado del Estado miembro de ese tribunal”.

⁽³⁶⁾ Esa regla general está contenida en el artículo 4º, el cual dispone: “Norma general. 1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la 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. 2. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país. 3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión”.

⁽³⁷⁾ La ley federal suiza de derecho internacional privado de 1987 (última modificación: ley federal 20/06/2003), con relación a la obstaculización de la competencia, en su artículo 137 dispone: “1. Las pretensiones fundadas sobre una obstaculización a la competencia se rigen por el Derecho del Estado en cuyo mercado el obstáculo ha producido directamente sus efectos sobre el lesionado. 2. Si las pretensiones fundadas sobre una obstaculización a la competencia se rigen por el Derecho extranjero, no se pueden, en Suiza, conceder indemnizaciones distintas de las otorgadas por tal concepto en el Derecho suizo”.

En la esfera del MERCOSUR, la Decisión del Consejo 43/10, aprobó el “Acuerdo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR”, que establece como objetivos:

a. Promover la cooperación y coordinación entre los Estados Partes en las actividades de aplicación de las leyes de la competencia nacionales dentro del MERCOSUR;

b. Proveer asistencia mutua en cualquier cuestión relativa a la política de la competencia que se considere necesario;

c. Asegurar un cuidadoso examen por los Estados Partes de sus intereses recíprocos relevantes, en la aplicación de sus leyes de competencia;

d. Eliminar prácticas anticompetitivas a través de la aplicación de sus respectivas leyes de competencia.

Al referir a las “leyes”, el artículo 2° señala “(i) Para Argentina, Ley N.º 25.156 del 20 de septiembre de 1999 y sus normas modificatorias, complementarias y reglamentarias”⁽³⁸⁾.

El artículo 3° del acuerdo mercosureño establece que es de competencia exclusiva de cada Estado Parte el control de los actos cometidos, total o parcialmente, en su territorio o de aquéllos que sean originados en otros Estados Partes y que en aquél produzcan o puedan producir efectos sobre la competencia. Además, agrega que las autoridades de cada Estado Parte son competentes para juzgar actos que produzcan efectos en su respectivo territorio nacional.

Por su parte, la ley 27.442 de Defensa de la Competencia dispone en un su artículo 4°:

Quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas humanas o jurídicas de carácter público o privado, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional.

A los efectos de esta ley, para determinar la verdadera naturaleza de los actos o conductas y acuerdos, se atenderá a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan.

Esta norma de policía exhibe una manifiesta y clara orientación a la protección y regulación del mercado local, sancionando las conductas restrictivas de la libertad de concurrencia⁽³⁹⁾, disponiendo su propia aplicación (autolimitación), sea que las actuaciones se realicen dentro o fuera del país, pero en la medida que los efectos se produzcan en el “mercado nacional”.

⁽³⁸⁾ La modificatoria es la ley 27.442 sancionada en el año 2018 y cuyo artículo 80 derogó las anteriores leyes 22.262 y 25.156.

⁽³⁹⁾ Cf. UZAL, María Elsa (2016), ob. cit. pp. 185-186.

El capítulo primero se refiere a los acuerdos y prácticas prohibidas ⁽⁴⁰⁾, el capítulo segundo a la posición dominante ⁽⁴¹⁾ y el tercero a las concentraciones ⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ Están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Se les aplicarán las sanciones establecidas en la presente ley a quienes realicen dichos actos o incurran en dichas conductas, sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren corresponder como consecuencia de los mismos (artículo 1°).

Se distingue entre: *prácticas absolutamente restrictivas* de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico general —con efecto de nulidad de pleno derecho, no produciendo efecto jurídico alguno—, los acuerdos entre dos o más competidores, consistentes en contratos, convenios o arreglos cuyo objeto o efecto fuere: a) Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado; b) Establecer obligaciones de (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; c) Repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento; d) Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas. (artículo 2°) Y otras *prácticas restrictivas de la competencia*, entre las cuales se mencionan: a) Fijar en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto; b) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, de cualquier forma, condiciones para (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; c) Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios; d) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste; e) Afectar mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución; f) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien; g) Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero; h) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales; i) Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate; j) Suspender la provisión de un servicio monopolístico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público; k) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios; l) La participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí (artículo 3°).

⁽⁴¹⁾ A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos (artículo 5°).

⁽⁴²⁾ A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de la realización de los siguientes actos: a) La fusión entre empresas; b) La transferencia de fondos de comercio; c) La adquisición de la propiedad o cual-

2.2. Competencia desleal

Una empresa podría valerse, por ejemplo, de mecanismos publicitarios para afectar a una competidora con la finalidad de deshonrarla o injuriarla, produciendo de tal modo una perturbación directa en ese competidor particular, pero también podría ocasionar daños en el mercado en el cual los productos fueran ofrecidos y en los destinatarios finales de los mismos (los consumidores).

El propósito perseguido en esta categoría especial está precisamente dirigido a preservar el correcto comportamiento de los operadores económicos frente a los consumidores, frente al mercado en general y entre los mismos agentes competidores, en un mercado específico. El objetivo, por tanto, es múltiple: en línea horizontal, con relación a los intereses privados de los competidores y en línea vertical, con relación a intereses colectivos y difusos de los consumidores ⁽⁴³⁾.

Tomando también como ejemplo de regulación el Reglamento Roma II, se distingue según que los actos se encuentren dirigidos al mercado o que se dirijan directamente a un determinado competidor.

a. Los primeros son aquellos que persiguen alterar la competencia en el mercado: apoderamiento ilegítimo de clientela, falsas ofertas, publicidad engañosa, ofensa y deshonra a los competidores, etc. Se busca proteger a los competidores (relaciones competitivas) y a los consumidores (intereses colectivos y difusos).

b. En el segundo hipotético no se busca alterar la oferta y la demanda en un mercado en particular, sino arruinar o damnificar a un competidor directo.

El Reglamento dispone soluciones diferentes para cada supuesto en sus artículos 6.1 y 6.2.:

1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal será la ley del país en cuyo territorio las rela-

quier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre sí misma; d) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa; e) Cualquiera de los actos del inciso c) del presente, que implique la adquisición de influencia sustancial en la estrategia competitiva de una empresa (artículo 7°). Se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general (artículo 8°).

⁽⁴³⁾ El Reglamento Roma II, en su considerando 21 explica que “[e]n materia de competencia desleal, la norma de conflicto de leyes debe proteger a los competidores, los consumidores y al público en general, así como garantizar el buen funcionamiento de la economía de mercado. La conexión con la legislación del país donde se vean o puedan verse afectadas las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores permite por lo general alcanzar estos objetivos”.

ciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados.

2. Cuando un acto de competencia desleal afecte exclusivamente a los intereses de un competidor en particular, se aplicará el artículo 4°...

En ninguno de los dos casos se permite la exclusión del derecho señalado a través de la autonomía de la voluntad: “La ley aplicable con arreglo al presente artículo no podrá excluirse mediante un acuerdo adoptado en virtud del artículo 14”.

Este enfoque, que consiste en una adaptación del principio general de la aplicación de la *lex loci damni* a las circunstancias particulares de la categoría conformada por responsabilidad civil derivada del derecho de la competencia, aparece explicitado en el considerando 21 del Reglamento.

En efecto, allí se afirma que la norma especial del artículo 6° no constituye una excepción a la norma general del artículo 4°, apartado 1 (lugar donde el daño directo se produce), sino más bien una “aclaración” de esta regla, ajustada a circunstancias particulares.

En el ámbito del derecho de la competencia y a pesar de manifestarse infracciones muy complejas, la regulación en el derecho internacional privado parece centrarse en una regla relativamente simple, que es también la aplicación de la *lex loci damni*.

En línea similar, la ley federal suiza de 1987 somete los actos de competencia desleal, al derecho del Estado en cuyo mercado se produce el resultado dañoso, es decir, el mercado donde se produce el daño, el mercado afectado.

Otro ejemplo de regulación para esta categoría lo podemos percibir en la ley rumana sobre la reglamentación de las relaciones de derecho internacional privado, en la sección 11 referida a la responsabilidad por competencia desleal, la cual dispone que “[l]a reclamación por daños y perjuicios derivada de la competencia desleal o de alguna otra acción que legalmente limite la libre competencia, se rige por el Derecho del Estado en cuyo mercado tuvo lugar el resultado dañoso” (artículo 117). No obstante, además, la víctima puede elegir aplicar, en lugar del Derecho señalado en el artículo 117, entre:

- a. el Derecho del Estado sede de esta persona, en tanto que la competencia desleal haya ocasionado daños que lo afectan exclusivamente;
- b. el Derecho acordado entre las partes en el contrato perfeccionado, en tanto que la competencia desleal haya empezado en el marco de esta relación y que los daños efectivamente hayan ocurrido (artículo 118).

2.3. Responsabilidad por los daños causados por productos

Podemos imaginar una hipótesis en la que una empresa exporta productos alimenticios en una determinada región continental, dentro de la cual, otra

empresa —importadora—, a su vez, lo reexporta a una tercera situada en otro continente, lugar donde se comercializa al público y en donde un consumidor se intoxica debido a defectos en el proceso de elaboración.

Se advierte con claridad que intervienen distintos sujetos en la cadena productiva y de comercialización: productor, proveedor, distribuidor, intermediario, consumidor, cada uno de los cuales cumple roles distintos. Por esta razón, nos topamos con diferentes intereses en juego —protección de los más débiles, previsibilidad y certeza comercial— y cuyo equilibrio constituye un gran desafío a lograr.

Las soluciones materiales en los ordenamientos jurídicos de fondo pueden ser diversas, según se conciben factores objetivos, subjetivos o mixtos para atribuir responsabilidad en este tipo de casos. Además, habida cuenta el carácter tuitivo hacia la parte débil, la normativa de derecho internacional privado en materia de consumo, suele exhibir soluciones específicas desde la órbita contractual, las cuales no debieran ser soslayadas al momento de abordar el tratamiento desde esta perspectiva no contractual.

En virtud de ello, las alternativas propuestas han sido muy complejas y sofisticadas, en procura de atender los múltiples intereses, la proximidad adecuada y la justicia de la solución.

¿Corresponde acudir a la regla general en materia de responsabilidad o a los escapes pensados para la categoría genérica o residual?

Tal como ya mencionamos, en el seno de la Conferencia de la Haya, el Convenio de la sobre Ley Aplicable a la responsabilidad derivada de los Productos (1973), sigue en esta cuestión la determinación del derecho aplicable a través del método de agrupación de contactos. Y así postula la aplicación del derecho del lugar donde se ha producido el hecho dañoso si coincide: i) con el lugar de la residencia habitual de la persona directamente damnificada; ii) con el lugar del establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad se invoca; o iii) con el lugar donde el producto ha sido adquirido por la persona directamente damnificada (artículo 4°).

Sin embargo, el derecho aplicable será el de la residencia habitual de la persona directamente damnificada si coincide con cualquiera de las alternativas referidas en ii) o iii) (artículo 5°). Y para el caso de que no se den esas coincidencias de criterios, se opta, en subsidio, por la ley del Estado del principal establecimiento de la demandada o por la del lugar donde se ha producido el daño.

Ahora bien, ni el derecho del lugar del hecho generador ni el de la residencia del damnificado se aplican si el demandado prueba que no pudo, razonablemente, prever que el producto sería puesto en el comercio en ese Estado. De este modo, se busca armonizar la efectiva responsabilidad, pero sin desproteger a la parte demandada, de una irrazonable previsibilidad. Por último, se contempla la aplicación de las normas de policía del lugar de introducción al mercado.

La armonización e intento de equilibrio de los intereses implicados en el caso, resulta una labor altamente compleja.

En este punto, parece pertinente lo indicado en el Reglamento Roma II en su considerando 20:

En cuanto a la responsabilidad por productos, la norma de conflicto de leyes debe responder a los objetivos que son el justo reparto de los riesgos inherentes a una sociedad moderna caracterizada por un alto grado de tecnicidad, la protección de la salud de los consumidores, el incentivo a la innovación, la garantía de una competencia no falseada y la simplificación de los intercambios comerciales. La creación de un sistema de cascada de factores conexos, combinada con una cláusula de previsibilidad, constituye una solución equilibrada habida cuenta de estos objetivos. El primer elemento que debe tenerse en cuenta es la legislación del país de residencia habitual de la persona perjudicada en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en ese país. Los otros elementos de la cascada se pondrán en marcha si el producto no se hubiera comercializado en ese país, sin perjuicio del artículo 4°, apartado 2, y la posibilidad de una conexión manifiestamente más estrecha con otro país.

Ya en su normativa, el Reglamento ha intentado simplificar el sistema a partir de las reglas contenidas en su artículo 5°, por las cuales se establece que la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive en caso de daño causado por un producto será:

- a) la ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país, o, en su defecto;
- b) la ley del país en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho país, o, en su defecto;
- c) la ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país.

Y también introduce la cláusula de excepción de previsibilidad al disponer que la ley aplicable “será la del país en el que tenga su residencia habitual la persona cuya responsabilidad se alega si no podía prever razonablemente la comercialización del producto o de un producto del mismo tipo en el país cuya ley sea aplicable con arreglo a las letras a), b) o c)”.

Finalmente, a diferencia del Convenio de la Haya, el Reglamento incorpora una cláusula de escape (excepción) al disponer que:

[S]i del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el apartado 1, se aplicará la ley de este otro país, especificando que un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría

estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión.

2.4. Responsabilidad por los daños medioambientales

Las empresas que desarrollan actividades industriales o comerciales contaminantes muchas veces pretenden resguardarse en sistemas permisivos o en los cuales el nivel de protección sea bajo. Fundamentalmente debemos considerar aquellos supuestos en los que se produce una disociación entre el lugar de origen del hecho generador (acción contaminante) y el lugar donde se producen los resultados (consecuencias dañosas). Y en especial considerar también, la posibilidad de multilocalización de los daños.

Asimismo, debe tenerse presente que los daños pueden experimentarse sobre bienes públicos (recursos naturales) cuyo titular y legitimado activo suele ser el Estado, o pueden afectar a las personas o a bienes privados (de los particulares).

Por ejemplo, una empresa vierte productos contaminantes en un río causando severos daños en recursos naturales del Estado ribereño con el cual comparte frontera, pero también afecta la salud de particulares que se encuentran asentados en ese mismo litoral.

El daño al medio ambiente es aquel menoscabo o cambio adverso de un recurso natural (agua, suelo, aire) o el perjuicio a una función que desempeña dicho recurso. Pero también pueden considerarse tales, los daños sufridos por las personas o bienes como consecuencia colateral de la afectación directa a la naturaleza.

Es innegable que esta categoría de daños posee particularidades que desde el plano jurídico exigen un tratamiento especializado, incluso con regulación determinada para situaciones concretas y puntuales o con empleo de medios o materiales específicos ⁽⁴⁴⁾.

Por su parte, el Reglamento Roma II ha dispuesto una solución que en definitiva faculta a la víctima la elección entre la ley donde se padece el daño o la ley del lugar donde se produjo el hecho generador del daño —principio de *favor laesi*—. Pero si el damnificado no elige, se aplica la *lex damni* (artículo 7°).

⁽⁴⁴⁾ Existen diferentes instrumentos, a muchos de los cuales Argentina ha adherido, que contemplan el tratamiento especial referido. Tal es el caso de la Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (Viena, 1963), Convenio de Roma sobre Daños Causados a Terceros en la Superficie por Aeronaves Extranjeras (1967), Convenio Relativo a la Responsabilidad Civil en la Esfera del Transporte Marítimo de Materiales Nucleares (Bruselas, 1971), Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (Londres, 1973) y su Protocolo (1978), Convenio internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos (Londres, 1990), Convenio sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos (Londres, 1992), Acuerdo de París sobre Cambio Climático (2015). Véase, UZAL, María Elsa, ob. cit. (2016), pp. 667-673.

La doctrina ha entendido que la posibilidad de elección implica que el medioambiente goza de una protección superior a otros bienes. Y ello puede explicarse a partir de que quien daña el medio ambiente suele obtener un beneficio privado a costa de un daño público o social, lo cual justifica equilibrar, elevando el nivel de protección de manos de quien sufre los perjuicios ⁽⁴⁵⁾.

Finalmente, el rasgo característico de tratamiento singular se completa con la exclusión de la *lex communis* y de la cláusula de excepción de los vínculos más estrechos.

Sin embargo, ante la falta de rechazo explícito, pareciera permitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual establecida en el artículo 14, así lo ha entendido la doctrina ⁽⁴⁶⁾.

El considerando 25 del Reglamento Roma II en torno a fundamentos expone:

En cuanto a los daños medioambientales, el artículo 174 del Tratado, que contempla un elevado nivel de protección, basado en los principios de cautela y acción preventiva, en el principio de corrección en la fuente misma y en el principio de quien contamina paga, justifica plenamente el recurso al principio de favorecer a la víctima. La cuestión de cuándo la persona que reclama el resarcimiento de los daños podrá elegir el Derecho aplicable debe determinarse de conformidad con la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional.

Creemos que es un área en la cual ha de prestarse especial atención a la casuística, ya que el centro de gravedad o proximidad desde la lógica conflictual, puede no ser único. Además, cabría la posibilidad de contemplar un enfoque protectorio a la víctima que podría concretarse a partir de una orientación material de la solución.

2.5. *Infracción a los derechos de propiedad intelectual*

No se trata de determinar la ley reguladora de la existencia y contenido de los derechos de propiedad intelectual, lo cual quedará regido por aquel ordenamiento jurídico determinado para el supuesto específico (marcas, patentes, derecho de autor, etc.), a partir de la normativa correspondiente, sino el ordenamiento jurídico aplicable a la infracción a los mismos. Por ejemplo, el indebido (no autorizado) uso que una empresa realiza de una marca perteneciente a otra, y que causa perjuicios a esta última.

⁽⁴⁵⁾ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho Internacional Privado*, 4ª edición, Pamplona, Civitas, 2017, p. 411.

⁽⁴⁶⁾ Cf. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis – CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, ob. cit., p. 163.

En esta materia, por lo general ha imperado un criterio territorialista, el de sometimiento de la responsabilidad derivada de las infracciones a la *lex loci protectionis*, es decir al derecho del lugar donde se reclama la protección, que probablemente pueda coincidir con el que regula su existencia, alcance y contenido.

Enseña la doctrina que:

[E]l alcance territorial de los derechos de propiedad industrial implica que la protección respecto de un determinado territorio sólo puede lograrse por medio de la aplicación de la normativa vigente en el mismo (*lex loci protectionis*). Los actos de violación de un derecho de propiedad industrial sólo pueden ser cometidos dentro del territorio al que se extiende su protección (típicamente, el del Estado que atribuye el derecho) ⁽⁴⁷⁾.

No obstante ello, existen determinados estándares de protección mínimos establecidos por normativa internacional y a cuyo respecto se deriva la actuación de foros internacionales que tienen por fin la protección de la propiedad intelectual (v.gr. OMPI, OMC).

El Convenio de París suscripto en 1883 con sus sucesivas revisiones contiene normas que garantizan el denominado trato nacional y derecho de prioridad ⁽⁴⁸⁾, y ciertas reglas comunes de protección a las cuales los Estados deben sujetarse. Por otro lado, hay ciertos aspectos que pueden ser legislados abiertamente por cada Estado parte ⁽⁴⁹⁾. Si bien el Convenio de París fue ratificado por una importante cantidad de países, su efectividad fue relativa. Ello motivó que el tema fuera objeto de inclusión en la agenda de la Ronda Uruguay del GATT, y los esfuerzos de negociación en dicho ámbito dieron origen al Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC).

⁽⁴⁷⁾ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; ARENAS GARCÍA, Rafael; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2009 p. 106. Sin perjuicio de ello, los autores aclaran que del principio de territorialidad no se deriva la imposibilidad de aplicar un derecho extranjero. Tal el caso, del Reglamento Roma II, a cuyo respecto señalan que no necesariamente deberá coincidir con la *lex fori*, puesto que, si se declaran competentes para juzgar la infracción de derechos de propiedad intelectual extranjeros, una pluralidad de países (porque la infracción los comprende o conecta), la norma de conflicto exige aplicar las legislaciones de todos ellos, en forma distributiva.

⁽⁴⁸⁾ El *trato nacional* determina que los nacionales de los Estados parte gozarán en los demás de los beneficios y ventajas que se conceden a los propios nacionales. Esto es concordante con el principio de territorialidad. La *prioridad* garantiza al titular de una primera solicitud de patente, modelo de utilidad o marca, que gozará, para efectuar el depósito en los otros países, de un derecho de prioridad, durante los plazos que se allí se fijan.

⁽⁴⁹⁾ Por ejemplo, en materia de patentes, el Convenio dejó a criterio de los Estados la determinación de los inventos que son patentables. Pero establece obligatoriedad de respetar ciertos criterios: la independencia de las patentes obtenidas para la misma invención en diferentes países del artículo 4° *bis* (ello implica que la caducidad o nulidad de la patente en el país de origen, o en cualquier otro país, no afectará las demás patentes por el mismo invento registradas en los restantes países de la Unión).

En el caso del Reglamento Roma II, su artículo 8° ha seguido el mencionado criterio *lex loci protectionis*:

1. La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual será la del país para cuyo territorio se reclama la protección.
2. En caso de una obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual comunitario de carácter unitario, la ley aplicable será la ley del país en el que se haya cometido la infracción para toda cuestión que no esté regulada por el respectivo instrumento comunitario.
3. La ley aplicable con arreglo al presente artículo no podrá excluirse mediante un acuerdo adoptado en virtud del artículo 14.

Como nota distintiva, corresponde destacar que la norma excluye la posibilidad de que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, elijan la aplicación de un derecho diferente.

2.6. Responsabilidad pre contractual

Los perjuicios que pueden ser ocasionados como consecuencia de la interrupción o ruptura de una negociación previa a la celebración de un contrato, son los que se abordan desde esta perspectiva. Comprende aquellas tratativas preliminares, diálogos, negociaciones o manifestaciones escritas tendientes a celebrar un contrato, el cual no llega finalmente a concluirse.

La previsibilidad para las partes resulta una razón atendible para considerar que la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado, sea la que gobierne la responsabilidad no contractual en la especie.

Este es el criterio que ha seguido el Reglamento Roma II en su artículo 12. Y para el caso de no poder determinarse, recurre a la solución de la regla general, de manera subsidiaria.

1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado.
2. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse mediante el apartado 1, la ley aplicable será:
 - a) la ley del país en el que se haya producido el daño, independientemente del país en el que se haya producido el hecho generador del daño e independientemente del país o países en los que se hayan producido las consecuencias indirectas del hecho en cuestión, o
 - b) cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en el que se produjo el hecho generador del daño, la ley de ese país, o
 - c) si del conjunto de las circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un

contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en las letras a) y b), se aplicará la ley de este otro país.

Cabe destacar que, para este supuesto, se excluye la posibilidad de ejercicio de autonomía de la voluntad.

2.7. *Recapitulación*

Para cerrar este aparatado, representaremos en un cuadro el esquema según el cual el Reglamento Roma II brinda tratamiento dispar para cada categoría específica de responsabilidad analizada, tanto por el criterio o método principal utilizado para la regulación, como por su coordinación y correspondencia con la regla general y las autorizaciones que se otorgan en torno a la autonomía de la voluntad.

Esto permitirá visualizar los distintos enfoques previstos en la normativa comunitaria de modo simplificado y en gráfica comparativa.

Cuadro 1

CATEGORÍA (según Reglamento Roma II)	Criterio/técnica principal elegida para regulación (conexión - proximidad)	Posible aplicación de la <i>lex communis</i>	Posible escape a vínculos estrechos	Autonomía de la voluntad
Defensa de la competencia.	Mercado afectado.	NO	NO	NO
Competencia desleal.	Ley del país donde las relaciones de competencia o intereses colectivos resulten afectados / <i>lex loci damni</i> .	Cuando se afecta el interés de un competidor en particular.	Cuando se afecta el interés de un competidor en particular.	NO
Productos elaborados.	Agrupamiento de contactos.	SI	SI	-
Daños medioambien- tales.	Ley del lugar donde se padece el daño o ley del lugar donde se produjo el hecho generador del daño.	NO	NO	SI
Infracción a la propiedad intelectual.	Lugar donde se re- clama la protección.	-	-	NO
Responsabili- dad precontrac- tual.	Ley aplicable al contrato o que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado.	Si, en subsidio.	Si, en subsidio.	SI

Subrayamos, pues, que las particularidades de cada una de las categorías de responsabilidad específica que analizamos, convalidan la premisa inicialmente apuntada, en el sentido de que se plantea la necesidad de darles un tratamiento diferenciado.

Como desafío, apuntamos la búsqueda de soluciones que procuren un adecuado equilibrio conjugando los distintos intereses que convergen en cada una ellas.

3. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

Para finalizar observaremos brevemente las normas que determinan derecho aplicable en el sistema de derecho internacional privado argentino.

Reiteramos que no escapa a nuestra consideración la imperiosa necesidad de considerar conjuntamente las reglas sobre jurisdicción internacional en la especie. Ello resulta fundamental, y será determinante también para conjugar el equilibrio deseado y garantizar la justicia de la solución en cada supuesto específico.

No obstante, ya anticipamos que el análisis de dicho contexto jurisdiccional excedía el marco de este trabajo.

3.1. *Fuente interna*

Dispone el artículo 2657 del Código Civil y Comercial de la Nación, en torno al derecho aplicable a la responsabilidad civil:

Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el 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.

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.

Los fundamentos de la norma en el Anteproyecto expresan que:

Respecto de derecho aplicable, se ha optado por el criterio actualmente prevaleciente en el derecho comparado, que asigna la mayor relevancia como contacto determinante, al derecho 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. Sin embargo, siguiendo una línea flexible inaugurada por la jurisprudencia y receptada legislativamente, se admite también que, si la persona cuya responsabilidad se alega

y la persona perjudicada tuviesen su domicilio en el mismo país, se aplique el derecho de dicho país.

La norma adopta como criterio general la *lex loci damni*, el lugar donde se produce el daño (consecuencias directas).

La regla, a su vez, se flexibiliza para el caso de existir —al momento de producirse el daño— domicilio común de los sujetos intervinientes (aquel cuya responsabilidad se alega y la víctima), desplazándose hacia el derecho de ese país la regulación de la responsabilidad.

Si bien no existe una cláusula de escape específica, resulta pertinente recordar la existencia de la excepción general contenida en el artículo 2597, en virtud de la cual:

Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

No se ha dado tratamientos a categorías de responsabilidad específicas y tampoco ha sido receptada la autonomía de la voluntad, debiendo entenderse, a nuestro juicio, rechazada en este ámbito, habida cuenta la falta de reconocimiento expreso, que sí ha sido dispuesta de modo explícito y minucioso para otras categorías —contratos—.

3.2. *La fuente convencional*

En el ámbito convencional existen instrumentos que regulan la materia, los cuales, como es sabido, son de aplicación en los casos que queden comprendidos en sus diferentes ámbitos de aplicación —material, espacial, temporal—.

La única regla de carácter general en la materia la encontramos en la obra codificadora montevideana: los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 establecen como criterio atributivo de derecho aplicable para todos aquellos supuestos de responsabilidad civil extracontractual, la *lex loci delicti* (las obligaciones que nacen sin convención se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho), sin regular supuestos específicos.

El artículo 38 del Tratado de 1889 dispone: “Las obligaciones que nacen sin convención se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden”.

El artículo 43 del Tratado de 1940 indica que “[l]as obligaciones que nacen sin convención, se rigen por la ley del lugar en donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden...”, agregando respecto del de 1889: “... y, en su caso,

por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden”. Esto último ha sido considerado como una posible extensión a las obligaciones preexistentes criterio que puede verse claramente plasmado por la jurisprudencia en autos “Cucciolla Carlos Alberto s. quiebra s. incidente de revisión por Héctor Tapia y otros.”, de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 30/12/08.

Por último, en el ámbito de supuestos específicos, el Convenio Argentino Uruguayo sobre de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito y el Protocolo de San Luis poseen una regulación que no se aleja del criterio clásico, pero lo flexibiliza. El Protocolo de San Luis reproduce las soluciones del Convenio argentino uruguayo y las extiende al ámbito del MERCOSUR. Es decir, se multilateralizó regionalmente el acuerdo bilateral. Los enfoques de flexibilización se ven plasmados en dichos convenios: por un lado, se refieren a una categoría de responsabilidad única pero específica —accidentes de tránsito— y por otro porque el punto de conexión lugar de comisión —lugar de producción del accidente— se desplaza al domicilio común de los involucrados en caso de que así se verifique.

CONCLUSIONES

Ha quedado demostrado como el actuar extraterritorial de las sociedades puede quedar circunscripto en diferentes supuestos susceptibles de ser encuadrados en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Según el tipo de actuación, la subsunción puede enmarcarse en alguna de las distintas categorías específicas, respecto a las cuales —debido a sus particularidades y características especiales—, se les debería dispensar un tratamiento diferenciado.

Creemos que la regulación del sistema de derecho internacional privado en la materia en estudio debe estar encauzada hacia la flexibilidad, para lo cual resultan de encomiable valor las soluciones propuestas por la legislación comunitaria europea, en especial a partir de reglas de responsabilidad para supuestos específicos y con pluralidad de conexiones.

Destacamos, pues, la necesidad de regular las categorías en particular, previendo un criterio general de carácter residual.

Para finalizar, sobre la base de las consideraciones efectuadas, podemos concluir que la regulación del sistema de derecho internacional privado argentino de fuente interna vigente ha avanzado significativamente y de forma positiva respecto a la insuficiencia e incerteza que presentaba el anterior. No obstante, creemos que se ha perdido oportunidad de brindar una regulación más completa, conforme a la naturaleza de este tipo de obligaciones y a las particularidades apuntadas para cada categoría.

BIBLIOGRAFÍA

ALCORTA, Amancio “Curso de derecho internacional privado”, Buenos Aires, ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, 1927, T. II.

- BATIFFOL, H. / LAGARDE, P. *Droit International Privé*. 8ª ed. T I, París, L.G.D.J., 1993.
- BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis - CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*”, Granada, Comares, 2008.
- DOLINGER, Jacob, “Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Fields of Contracts and Tort”, *Recueil des Cours*, Volume 283 (2000), p. 453.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Reforma al Código Civil. Derecho Internacional Privado*. Autora, Volumen Número 18. Colección dirigida por los Dres. Roberto López Cabana y Atilio A. Alterini, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, pp. 169-170.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos - SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*. Sexta edición, Madrid, Civitas, 2011.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; ARENAS GARCÍA, Rafael; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2009.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, en Fernández Arroyo, Diego P. (Coord.): *Derecho Internacional Privado del Mercosur*, Buenos Aires, Zavallia, 2003.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho Internacional Privado*, 4ª edición, Pamplona, Civitas, 2017.
- JUENGER, Friedrich. *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*, Trad. Diego P. Fernández Arroyo y Cecilia Fresneda de Aguirre, México, Porrúa, 2006.
- LEFLAR, Robert A., “Choice Influencing in Conflicts of Law”, en *New York University Law Review*, N.º 41, 1966, p. 267.
- MANOVIL, Rafael M. “Sociedades multinacionales: Ley aplicable a sus formalidades de constitución y contralor de funcionamiento”, *LA LEY* 2005-A, 1498.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Derecho internacional privado*, Madrid, Atlas, 1987, T. II.
- PALAO MORENO, Guillermo. *Aspectos Internacionales de la Responsabilidad Civil por Servicios*, Granada, Comares, 1995.
- PARRA ARANGUREN, Gonzalo: “Las Obligaciones Extracontractuales”, *Revista de la Facultad de Derecho —Universidad Católica Andrés Bello— Venezuela* N.º 20, año 1975.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von, *Sistema de derecho romano actual*, Prólogo Manuel Durán, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al español por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora 1879/9, Libro VIII.
- SOTO, Alfredo Mario, “El análisis económico del Derecho Internacional Privado de la responsabilidad civil surgida de obligaciones no convencionales

- en el proyecto de reforma al Código Civil de la comisión designada por decreto 468/93 del P.E.N.”, en Anuario Facultad de Ciencias Económicas del Rosario Pontificia Universidad Católica Argentina, I, 1997.
- UZAL, María Elsa. Derecho internacional Privado, Buenos Aires, Thompson Reuters. La Ley, 2016.
- , “Determinación de la ley aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual en el derecho internacional privado”, ED, T. 140, p. 845.
- WOLFF, Martin, Derecho internacional privado, Barcelona, Bosch, 1958.

STARTUPS INNOVADORAS DE TRIPLE IMPACTO: ASPECTOS JURÍDICOS PARA SU INTERNACIONALIZACIÓN

POR ANALÍA S. GÓMEZ BOHLE *

La utopía está en el horizonte. Camino dos pasos, ella se aleja dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Entonces, ¿para qué sirve la utopía? Para eso, sirve para caminar.
Eduardo Galeano

Resumen

Esta ponencia propone analizar el rol de las startups⁽¹⁾ innovadoras con propósito, como una alternativa de desarrollo económico-productivo en la transición hacia una economía digital de triple impacto⁽²⁾, término utilizado en el ámbito empresarial para determinar los resultados de un emprendimiento comprometido con el desarrollo de tres factores específicos: el crecimiento económico, la equidad social y la sostenibilidad medioambiental, logrando así una economía de identidad⁽³⁾, resaltando la importancia

* Magíster en Derecho Comercial y de los Negocios. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Privado (Curriculum Empresa y Mercado). Escuela de Especialización de la Universidad de Camerino, Italia. Docente de Sociedades Cíviles y Comerciales. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente invitada en curso de Doctorado y Maestría de la Universidad “La Sapienza” de Roma, Italia. Relatora (jefa de Despacho) en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Codirectora en Proyecto de Desarrollo Estratégico de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora externa de Proyecto de Investigación de la Universidad de Camerino, Italia por el Programa MUR del Ministerio de Universidades y la Investigación y el Fondo de Promoción y Desarrollo de Italia.

⁽¹⁾ Las *startups* son emprendimientos emergentes que, en general, se constituyen e inscriben bajo el tipo societario de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (es el tipo societario que utilizan las *startups* europeas) o las Sociedades por Acciones Simplificadas (es el tipo societario que se utiliza habitualmente en Argentina) que se destaca por el desarrollo, producción y comercios y/o servicios innovadores con alto valor tecnológico.

⁽²⁾ El concepto fue acuñado por John Elkington en el año 1994, desarrollado en su libro *The Triple Bottom Line: Does it All Add Up*, publicado en el año 2004.

⁽³⁾ Este concepto se incorpora a través del artículo “Economics and Identity” publicado en el “Quarterly Journal of Economics” en el año 2000. Allí, sus autores Akerlof y Kranton desarrollaron la idea de identidad como una elección racional y explicaron cómo la identidad, el sentido de sí misma de una persona, afecta los resultados económicos (véase: <https://www.brown.edu>).

de reconocer y abordar la biodiversidad y la diversidad de la humanidad, a fin de ser lo más inclusivos y respetuosos posible ⁽⁴⁾.

Para ello, se analizará el ecosistema de las startups innovadoras de triple impacto, identificando los factores que promueven la internacionalización de estos tipos de emprendimientos emergentes y explorando el marco jurídico de su proceso de internacionalización.

Palabras clave

Startups, triple impacto, internacionalización, marco jurídico.

INNOVATIVE TRIPLE IMPACT STARTUPS: LEGAL ASPECTS FOR THEIR INTERNATIONALIZATION

Abstract

This paper proposes to analyze the role of innovative startups with a purpose, as an alternative for economic-productive development in the transition towards a triple impact digital economy, a term used in the business field to determine the results of a venture committed to the development of three specific factors: economic growth, social equity and environmental sustainability, thus achieving an identity economy, highlighting the importance of recognizing and addressing biodiversity and the diversity of humanity, in order to be as inclusive and respectful as possible.

To do this, the ecosystem of innovative triple impact startups will be analyzed, identifying the factors that promote the internationalization of this type of emerging entrepreneurship and exploring the legal system of its internationalization process.

Keywords

Startups, triple impact, internationalization, legal system.

INTRODUCCIÓN

Se ha advertido que los nuevos modelos de negocios sostenibles que se basan en la innovación tecnológica para emprender, se encuentran en el ojo del mercado internacional actual, en armonía con los Objetivos de Desarrollo Sos-

[edu/Departments/Economics/Faculty/Glenn_Loury/louryhomepage/teaching/Ec%20237/Akerlof%20and%20Kranton%20\(QJE\)%202000.pdf](http://edu/Departments/Economics/Faculty/Glenn_Loury/louryhomepage/teaching/Ec%20237/Akerlof%20and%20Kranton%20(QJE)%202000.pdf).

⁽⁴⁾ “La grandeza del hombre está en ser un puente y no una meta: lo que en el hombre se puede amar es que es un tránsito y un ocaso...Es tiempo de que el hombre fije su propia meta. Es tiempo de que el hombre plante la semilla de su más alta esperanza” (véase: NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, Ed. Alianza, 2017).

tenible impulsados por las Naciones Unidas en su Agenda Internacional para el año 2030 ⁽⁵⁾.

En este sentido, en el mundo entero se vive hoy un proceso de desarrollo tecnológico, que impulsa, a la par, una manera más ágil y flexible de hacer negocios y cuya dinámica lleva a reformular permanentemente el ecosistema emprendedor, dando cada vez más espacio a las denominadas *startups innovadoras* (emprendimientos emergentes con base tecnológica) que, asimismo, persiguen objetivos no solo de desarrollo económico, sino también social y ambiental y, en muchos casos, utilizan tecnologías basadas en descubrimientos científicos e innovaciones tecnológicas fundamentales que, incluso, tienen su origen en proyectos de investigación científica y estratégica, desarrollados en el ámbito académico.

Obsérvase que, el reporte “Deep Tech: La nueva ola” ⁽⁶⁾, analizó el ecosistema de *startups Deep Tech* en la región de América Latina y el Caribe (ALC), realizando un estudio sobre el ecosistema de innovación en tecnología profunda en la región.

En dicho reporte se identificaron 340 *startups Deep Tech* distribuidas en 14 países de la región, que han obtenido fondeo (inversión) institucional. Asimismo, se informó que, Argentina, Brasil y Chile representan la mayoría de las *startups* (30%, 30% y 19%, respectivamente) y que, estos países cuentan con ecosistemas de capital emprendedor bien desarrollados, con una importante concentración de investigadores especializados en campos relacionados con *Deep Tech* ⁽⁷⁾.

Sin embargo, un gran porcentaje de *startups* están destinadas al fracaso ⁽⁸⁾. Ello, por cuanto, dichos emprendimientos emergentes nacen con un proyecto

⁽⁵⁾ La Agenda 2030 cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, que incluyen, entre otros, la eliminación de la pobreza, la educación, la igualdad de género y la defensa del medioambiente. Véase: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>

⁽⁶⁾ En un trabajo conjunto entre *BID Lab*, *AIR Capital*, *CITES*, *Deloitte*, *Draper Cygnus*, *The Ganesha Lab*, *GridX* y *Lab+* se presentó “*Deep Tech: La nueva ola*”, el primer reporte que dimensiona y analiza el ecosistema de innovación en tecnología profunda, también conocida como *Deep Tech*, en América Latina y el Caribe (véase: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/viewer/Deep-tech-la-nueva-ola.pdf>).

⁽⁷⁾ Las *startups “Deep Tech”* son emprendimientos emergentes con base en avances científicos y tecnológicos significativos. Estos emprendimientos tienen el potencial de ser disruptivos y de canalizar el cambio, a través de la implementación de la inteligencia artificial (IA), la tecnología *blockchain*, la energía solar, la biotecnología, la nanotecnología, la tecnología espacial, entre otras, para abordar eficazmente los grandes retos de la humanidad. Así pues, las *startups Deep Tech* implican un riesgo de investigación y desarrollo significativo. Ello conlleva a una fuerte concentración en la investigación y el desarrollo (I+D), con plazos de desarrollo más largos y una necesidad de inversión en capital más intensa. Sin embargo, con la implementación de la *Deep Tech*, las comunidades más vulnerables podrían beneficiarse enormemente, a través de la creación de nuevos puestos de trabajo, así como del acceso potencial a productos y servicios básicos mejorados (véase: <https://publications.iadb.org/es/deep-tech-la-nueva-ola?gclid>).

⁽⁸⁾ Se estima que 1 de cada 10 *startups* sobrevive, mientras que las otras 9 fracasan durante los primeros años de funcionamiento. Un informe reciente de *Skynova* arroja luz sobre los mayores obstáculos que han llevado a las *startups* al fracaso en el año 2022. El estudio encuestó a 492 fundadores de *startups* y analizó datos de *CB Insights*. La investigación encontró que el 47%

innovador, pero fracasan antes de empezar a ver resultados significativos, ya sea por falta de financiación, por la competencia o por el modelo de negocio planteado desde el inicio del proyecto.

En dicho contexto, algunas formas posibles de crear alianzas sin perder la identidad de las *startups* podrían ser: *Crowdfunding* ⁽⁹⁾, *Venture Clienting* ⁽¹⁰⁾ o *Fondos de Garantía* ⁽¹¹⁾, entre otras.

Así pues, se advierte que, actualmente, vivimos en un mundo de API ⁽¹²⁾, donde todo se conecta y los productos y/o servicios están cada vez más relacionados entre sí, porque estamos cada vez más interconectados en un mercado global y digital.

En este contexto, la transición hacia modelos de negocios colaborativos y sustentables a través del desarrollo de *startups* innovadoras de triple impacto será fundamental, a fin de abordar el desafío de la innovación y la sostenibilidad para lograr pasar de una Industria 4.0 ⁽¹³⁾ a una Industria 5.0 ⁽¹⁴⁾.

de los fracasos de las *startups* en el año 2022 se debieron a la falta de financiación, mientras que la falta de efectivo fue la causa del 44% de los restantes fracasos. La incertidumbre económica, entre otros factores, ha provocado que las inversiones en *startups* norteamericanas se desplomen un 63% en el año 2022 respecto al año anterior. La pandemia del *Covid-19* también contribuyó al 33% de los fracasos de los emprendimientos emergentes en el 2022. Sin embargo, esta cifra es inferior al 59% del año anterior, lo que indica que muchos emprendimientos se han recuperado de lo peor de la pandemia en el año 2022 (véase: <https://www.cnb.com/2023/01/20/top-reasons-why-startups-failed-in-2022-study.html>).

⁽⁹⁾ El *crowdfunding* es un canal de financiamiento alternativo, a través del cual proyectos personales o profesionales de particulares y emprendimientos emergentes pueden ser financiados directamente por multitud de sujetos (incluso pequeños ahorristas). El encuentro entre la demanda (de quienes necesitan fondos) y la oferta (de quienes quieren invertir) se produce en plataformas *online* que brindan información sobre proyectos individuales y gestionan los flujos de dinero (véase: <https://economyapertutti.bancaditalia.it/chiedere-prestito/crowdfunding/?dotcache=refresh>).

⁽¹⁰⁾ El *Venture Clienting* es un nuevo modelo de cooperación entre *startups* y empresas. La empresa no compra acciones de una *startup*, sino que se convierte en cliente (cliente de riesgo) y valida la solución en el campo. Con el *Venture Clienting*, la empresa compra el producto innovador de la *startup*, sin adquirir su capital (ver: <https://www.almacube.com/call4innovation/>).

⁽¹¹⁾ Los sistemas de garantía compuestos por Fondos de Garantías públicos o mixtos y por sociedades de garantía recíprocas privadas, poseen un papel preponderante en el acceso al crédito en favor de las MiPyMEs. En Argentina, el Fondo de Garantías Argentino (FOGAR) es un fideicomiso público nacional que tiene como objetivo la inclusión financiera de PyMEs y emprendedores. Para ello, otorga garantías como herramienta para fomentar y mejorar el acceso al financiamiento, brindando las garantías mediante varios mecanismos en los cuales individuos o MiPyMEs reciben el beneficio de forma automática (véase: <https://www.argentina.gob.ar/produccion/fogar/que-es-el-fogar>).

⁽¹²⁾ API es el acrónimo de *Application Programming Interface* (en español, Interfaz de Programación de Aplicaciones). Una API es un *software* intermediario a través del cual dos aplicaciones pueden comunicarse entre sí.

⁽¹³⁾ El término Industria 4.0 (o *Industry 4.0*) indica una tendencia de automatización industrial que integra algunas nuevas tecnologías de producción para mejorar las condiciones de trabajo y aumentar la productividad y la calidad de producción (ver: <https://www.industria40.it>).

⁽¹⁴⁾ La Industria 5.0 se define comúnmente como una industria colaborativa, es decir, un modelo de negocio que se caracteriza por la cooperación persona-máquina, de modo que es posi-

Resulta menester recordar aquí que, cuando se piensa en la sustentabilidad surgen tres actores fundamentales que interactúan de manera integradora: la sociedad, el medioambiente y la economía. Estos actores, en conjunto, se conocen como triple impacto y su interrelación impulsa el proceso hacia un verdadero desarrollo sostenible ⁽¹⁵⁾.

En este sentido, por ejemplo, la nueva Directiva Europea de Reporte de Sostenibilidad Corporativa —CSRD— (*Corporate Sustainability Reporting Directive*) ⁽¹⁶⁾ innova los métodos de informes del desempeño de sustentabilidad de las empresas europeas. Esta Directiva establece que, a partir del año 2024 ⁽¹⁷⁾, un número cada vez mayor de empresas será evaluado sobre la base de los denominados criterios ESG (los cuales refieren a factores ambientales, sociales y de gobierno corporativo).

En este contexto, con una mirada holística entre el Derecho Comercial y el Derecho Administrativo Ambiental y también otras ramas del derecho, como es el Derecho Internacional Privado, se intenta promover un nuevo ecosistema sostenible hacia una actividad emprendedora resiliente e inclusiva ⁽¹⁸⁾.

ble dar valor agregado a la producción, gracias a productos que satisfagan las necesidades, no solo de los consumidores, sino también del medioambiente (ver: <https://www.italiaonline.it>).

⁽¹⁵⁾ En el informe titulado “Nuestro futuro común” publicado en el año 1987, por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, se definió al “*Desarrollo Sostenible*” como: “*aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las propias*”, el cual se basa en tres pilares fundamentales: sostenibilidad social, económica y ambiental (véase: <https://www.un.org/es/ga/president/65/issues/sustdev.shtml>).

⁽¹⁶⁾ El 5 de enero de 2023 entró en vigor la Directiva Europea de Reporte de Sostenibilidad Corporativa —CSRD— (*Corporate Sustainability Reporting Directive*). Las nuevas reglas garantizarán que los inversores y otras partes interesadas tengan acceso a la información que necesitan para evaluar el impacto de las empresas en las personas y el medioambiente y que los inversores evalúen los riesgos y oportunidades financieros que surgen del cambio climático y otras cuestiones de sostenibilidad (véase: https://finance.ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/company-reporting-and-auditing/company-reporting/corporate-sustainability-reporting_en).

⁽¹⁷⁾ Las primeras empresas deberán aplicar las nuevas normas por primera vez en el ejercicio 2024, para los informes publicados en el año 2025 (véase: https://finance.ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/company-reporting-and-auditing/company-reporting/corporate-sustainability-reporting_en).

⁽¹⁸⁾ La Dra. Silvia C. Nonna, en su artículo “Derecho ambiental sostenible. Breve análisis de la situación normativa en Argentina, Cuba, México y Uruguay”, publicado en el año 2020 en la revista “*Pensar en Derecho*”, señala que: “*El derecho a vivir en un ambiente sano y adecuado que permita desarrollarse hoy asegurando además el ejercicio de ese derecho a futuro no ha sido solamente receptado en instrumentos internacionales sino también en la mayoría de las constituciones de los países. Además, hoy existe un innegable y amplio acceso a la justicia que conlleva la participación de distintos actores comprometidos con la gestión ambiental y una efectiva tutela de derechos. Desde el 2018, con la adopción de la Convención Regional de Escazú, el acceso a la justicia es un pilar fundamental de la democracia ambiental en América Latina y el Caribe. Según el artículo 8 n. 2 de la Convención: ‘Cada Parte asegurará, en el marco de su legislación nacional, el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento: a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental; b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambien-*”

En Argentina no existe una legislación específica sobre *startups* innovadoras aunque, en la práctica, estos negocios emergentes se desarrollan cada vez más y las principales formas jurídicas que podría adoptar un emprendimiento conforme a la legislación vigente son: Sociedad de Responsabilidad Limitada (S.R.L.)⁽¹⁹⁾, Sociedad Anónima (S.A.)⁽²⁰⁾ y Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)⁽²¹⁾. Sin embargo, en los últimos años la constitución e inscripción de este último tipo societario en Argentina se fue obstaculizando progresivamente y, en la actualidad, no se presenta como la opción más viable para el desarrollo de las *startups*.

Esta ponencia parte así, de la valentía, del coraje, que debe desarrollar cada emprendedor al decidir transitar nuevos caminos para hacer negocios⁽²²⁾. El término “coraje” proviene del latín “cor” (corazón)⁽²³⁾ y significa “poner por delante el corazón”, requisito indispensable para innovar y, más aún, para mejorar la realidad a través de la innovación, trazando nuevos senderos de desarrollo económico-productivo, pero esta vez, también más inclusivos y sustentables, pasando de una economía lineal a una economía circular de triple impacto y considerando a los emprendimientos emergentes con propósito dentro de la noción “valor empresa”⁽²⁴⁾.

tales; y c) cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente” (véase: NONNA, Silvia, “Derecho ambiental sostenible: breve análisis de la situación normativa en Argentina, Cuba, México y Uruguay” (2020). Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones. Disponible en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/15/derecho-ambiental-sostenible.pdf>).

⁽¹⁹⁾ El art. 146 de la Ley General de Sociedades (LGS) señala que, en las S.R.L., el capital se divide en cuotas, los socios limitan su responsabilidad a la integración de las que suscriban o adquieran, sin perjuicio de la garantía a que se refiere el art. 150 del mismo cuerpo legal, el cual establece que, los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes.

⁽²⁰⁾ El art. 163 LGS indica que, en las S.A., el capital se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas.

⁽²¹⁾ El art. 34 de la Ley N.º 27.349 de “Apoyo al Capital Emprendedor” establece que, una SAS podrá ser constituida por una o varias personas humanas o jurídicas, quienes limitan su responsabilidad a la integración de las acciones que suscriban o adquieran y que, la SAS unipersonal no puede constituir ni participar en otra SAS unipersonal.

⁽²²⁾ “...De los miedos nacen los corajes; y de las dudas las certezas. Los sueños anuncian otra realidad posible y los delirios otra razón...” (véase: GALEANO, Eduardo, “Celebración de las contradicciones/2” en su *Libro de los Abrazos*, Editorial Siglo XXI, 1993).

⁽²³⁾ Véase: el diccionario Thesavrvs Lingvae Latinae online en: <https://publikationen.badw.de/en/thesaurus/lemmata#30321>.

⁽²⁴⁾ El Dr. Héctor Alegría introdujo la noción de “valor empresa”, integrando a la unidad económica que representan las sociedades, ciertos elementos específicos que tienen significación relevante en todos los ámbitos del quehacer humano, individual y social (véase: ALEGRÍA, Héctor, “La empresa como valor y el sistema jurídico”, 2006, publicado en www.laleyonline.com).

1. INDUSTRIA 5.0 Y LA TRANSICIÓN HACIA UNA ECONOMÍA CIRCULAR DE TRIPLE IMPACTO

En el actual modelo de economía lineal, heredado de la primera revolución industrial (siglo XVIII y principios del siglo XIX) ⁽²⁵⁾ y basado en el paradigma de “tomar-hacer-desechar” ⁽²⁶⁾, se instauró un sistema productivo que utiliza materias primas para fabricar productos, que luego son vendidos, utilizados y finalmente, desechados. Este sistema lineal ha traído graves consecuencias negativas en el medioambiente, como, por ejemplo: el deterioro o agotamiento de los recursos naturales, la contaminación y la acumulación excesiva de los residuos y vertidos.

En este contexto, se hace imprescindible implementar acciones necesarias con miras a alcanzar el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) ⁽²⁷⁾, para lo cual es menester adoptar un nuevo modelo económico más resiliente y adaptable a la escasez de recursos, impulsando la innovación y eficiencia empresarial para lograr un desarrollo económico-productivo más inclusivo y sostenible ⁽²⁸⁾.

Sin embargo, no se puede pensar en sostenibilidad sin hablar de tres actores fundamentales que interactúan de manera integral: la sociedad, el medio ambiente y la economía ⁽²⁹⁾.

La organización de la producción y las dinámicas socioeconómicas han cambiado según las reglas impuestas por la globalización de los mercados, la creciente competencia y la difusión de las tecnologías de la información y la comunicación ⁽³⁰⁾.

⁽²⁵⁾ Véase la obra de ASHTON, Thomas Southcliffe, *La revolución industrial*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1983.

⁽²⁶⁾ Véase el artículo “Regenerar la naturaleza”, publicado por Ellen MacArthur Foundation en: <https://www.ellenmacarthurfoundation.org/es/regenerar-la-naturaleza>.

⁽²⁷⁾ Véase el documento “Evaluation for Agenda 2030. Providing evidence on progress and sustainability”, publicado por The International Development Evaluation Association (IDEAS) en el año 2017: http://web.undp.org/evaluation/documents/Books/Evaluation_for_Agenda_2030.pdf

⁽²⁸⁾ En la misma línea, véase mi ponencia: “Tecnología blockchain y smart contract como nueva forma de contratación internacional en la transición hacia una economía circular”, presentada los días 9, 10 y 11 de noviembre de 2021 en el XXXII Congreso Argentino de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

⁽²⁹⁾ El término “*Triple Bottom Line*” (Triple Línea de Base) fue acuñado en la década de 1990 por el consultor de negocios John Elkington para describir el valor económico, ambiental y social de la inversión que puede acumularse fuera del resultado financiero de una empresa.

⁽³⁰⁾ Peter Thiel (Cofundador de *PayPal*) en su libro: “*De cero a uno. Cómo inventar el futuro*” publicado por primera vez en el año 2018, dice que: “*Mientras las industrias maduras se estancan, la tecnología de la información ha avanzado tan rápido que hoy se ha convertido en sinónimo de la propia ‘tecnología’.* Hoy, más de 1.500 millones de personas disfrutan de acceso instantáneo al conocimiento del mundo utilizando dispositivos de bolsillo. Todos los teléfonos inteligentes de la actualidad tienen mil veces más poder de procesamiento que los ordenadores que guiaron a los astronautas a la luna. Y si la ley de Moore continúa a buen ritmo, los ordenadores

Al mismo tiempo, en el contexto de una economía cada vez más abierta y con el avance de la tecnología, los emprendedores promueven cambios innovadores, utilizando herramientas más flexibles y procesos más dinámicos para su desarrollo empresarial, pero este crecimiento económico de los emprendimientos, tiene hoy el compromiso también de encontrar un propósito que favorezca el cuidado y la mejora del medioambiente y de la sociedad.

De esta manera, las *startups* innovadoras como actividad emprendedora de triple impacto surgen como una alternativa sostenible de producción y consumo, a fin de reducir el impacto negativo sobre el medioambiente, ya que utiliza la tecnología digital como catalizador esencial, promoviendo nuevas formas de organización económica que puedan medirse por el bienestar de las personas, la sociedad y el planeta, creando un verdadero ecosistema emprendedor para un desarrollo económico-productivo inclusivo y sostenible.

Por otro lado, el desarrollo tecnológico ha dado lugar a una *Nueva Era* que podríamos llamar *Digital* ⁽³¹⁾, que está produciendo efectos sociales y económicos en todo el mundo. Estos efectos presentan una nueva economía con tres características específicas: es global, apoya lo intangible (ideas, información y relaciones) y está intensamente interconectada.

Cabe señalar que la Industria 4.0 ⁽³²⁾, vista como una nueva fase de la revolución industrial, que combina técnicas de producción y operaciones avanzadas con tecnologías inteligentes, encuentra su origen, precisamente, en la inteligencia artificial (IA), el desarrollo de *blockchain* y la aplicación de la robótica, entre otros.

Sin embargo, en la actualidad, se habla de la Industria 5.0 ⁽³³⁾ que se presenta como una industria colaborativa, caracterizada por la cooperación persona-

del mañana serán todavía más poderosos” –y así fue– (véase: THIEL, Peter: De cero a uno. Cómo inventar el futuro, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2019).

⁽³¹⁾ En el año 1703 Gottfried Wilhelm Von Leibniz incorporó el concepto denominado “*Digitalización*” en su publicación “*Explication de l’Arithmétique Binaire*”, el cual luego fue desarrollado y complementado por George Boole (1854), Claude Elwood Shannon (1938) y George Stibitz (1940). Con relación a la denominada “*Tecnología digital*”, Claude Shannon integró las ideas de Leibniz y Boole, lo cual dio como resultado la definición de los elementos básicos para la creación de la Tecnología Digital (véase: <https://www.cs.virginia.edu/~evans/greatworks/shannon38.pdf>).

⁽³²⁾ El concepto “*Industria 4.0*” surge en Alemania a comienzos de la década de 2010, acuñado por un grupo multidisciplinario de especialistas convocados por el gobierno alemán para diseñar un programa de mejora de la productividad de la industria manufacturera. El término “*Industria 4.0*” se convirtió en un eje central del Plan Estratégico de Alta Tecnología 2020 del gobierno alemán, y se instaló mundialmente como una de las referencias conceptuales de la Cuarta Revolución Industrial. Conf. el documento “*Industria 4.0: fabricando el futuro*”, publicado por el Banco Interamericano de Desarrollo en el año 2018: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Industria-40-Fabricando-el-Futuro.pdf>; *idem*, JOYANES AGUILAR, L., “Ciberseguridad: la colaboración público-privada en la era de la cuarta revolución industrial (Industria 4.0 versus ciberseguridad 4.0)”, publicado en: <file:///C:/Users/AnaliaSoledad/Downloads/Dialnet-Ciberseguridad-6115620%20.pdf>.

⁽³³⁾ CARRO SUÁREZ, Jorge; SARMIENTO PAREDES, Susana, “El factor humano y su rol en la transición a Industria 5.0: una revisión sistemática y perspectivas futuras”, En-

máquina, de modo que sea posible dar valor agregado a la producción, protegiendo a los consumidores, pero también al medioambiente.

Como se ha dicho *supra*, el sistema de economía lineal ha traído graves consecuencias negativas al medioambiente y, por ello, es imprescindible implementar las acciones necesarias para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible impulsados por las Naciones Unidas en su Agenda 2030, reconociendo también las tres dimensiones del valor que se han señalado en unidades a lo largo de la presente ponencia: social, ambiental y económica.

Por ello, con una mirada holística entre el Derecho Comercial, el Derecho Ambiental Administrativo y el Derecho Internacional Privado, se busca promover el desarrollo sostenible, a través de la implementación de actividades emergentes como las *startups*, que favorezcan el derecho de triple impacto, proporcionando un nuevo ecosistema sostenible hacia una actividad empresarial inclusiva y resiliente.

2. LAS STARTUPS INNOVADORAS

2.1. Origen y Definición

Las *startups innovadoras* son consideradas emprendimientos emergentes con características particulares y diferentes a las sociedades tradicionales, como ser: la flexibilidad, la innovación, el protagonismo del cliente, la incertidumbre, la escalabilidad del modelo, entre otras ⁽³⁴⁾.

Respecto al marco jurídico, las *startups*, generalmente, se constituyen e inscriben bajo el tipo societario de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (es el tipo societario que utilizan las *startups* europeas ⁽³⁵⁾) o las Sociedades por

treencias: Diálogos en la Sociedad del Conocimiento, Vol. 10, N.º 24, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2022. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=457669807011>.

⁽³⁴⁾ Ranjay Gulati dice en su artículo “The Soul of a Startup”, que hay tres dimensiones cruciales en el alma de una nueva empresa: la intención comercial o una razón de ser más elevada; conexiones con clientes inusualmente estrechas; y una experiencia de empleado caracterizada por la autonomía y la creatividad, por la “voz” y la “elección”. Los tres proporcionan significado a las partes interesadas (véase: GULATI, Ranjay, “The Soul of a Startup”, Harvard Business Review 97, N.º 4, July–August 2019, 85–91).

⁽³⁵⁾ Por ejemplo, en Italia, desde 2012 el legislador ha intervenido en más de una ocasión para buscar vías legales que faciliten y fomenten el nacimiento de nuevas iniciativas empresariales, donde también se acepta un capital mínimo para la constitución.

Así, el 18 de octubre de 2012 nació el Decreto Legislativo N.º 179 que contiene “Nuevas medidas urgentes para el crecimiento del país” (el llamado Decreto *Cescita* 2.0), coordinado con la Ley de Conversión del 17 de diciembre de 2012, N.º 221). Una diferencia entre ambos decretos es que el D.L. N.º 179 decía: “un contexto más favorable a la innovación” y el D.L. N.º 221 cambió esas oraciones a: “ecosistema más propicio para la innovación”, lo cual surge una adecuación al tecnicismo actual utilizado en el mundo del emprendedurismo).

Acciones Simplificadas ⁽³⁶⁾ (es el tipo societario que se ha venido utilizando en Argentina, con algunos cambios actuales ⁽³⁷⁾) que se destaca por el desarrollo, producción y comercialización de productos y/o servicios innovadores con alto valor tecnológico ⁽³⁸⁾.

La realidad de las startups tuvo su origen en el mundo de *Silicon Valley* ⁽³⁹⁾. *Peter Thiel* (cofundador de *PayPal*) cuenta en su libro “De cero a uno. Cómo

Podemos ver que, en el período en el que dictó el D.L. N.º 179/2012, es decir, el año 2012, la Unión Europea había emitido una serie de recomendaciones a Italia y una de estas recomendaciones era, que Italia debía implementar, rápidamente, políticas para fomentar el emprendimiento juvenil. Y en este contexto, Italia ha intentado abrir nuevos mercados para fomentar el emprendimiento juvenil mediante la introducción de *startups* innovadoras.

Luego de la legislación indicada anteriormente, se dictaron otros decretos, leyes y sentencias, tales como: *i)* la Ley 17 de diciembre de 2012, N.º 221 (que es la ley de conversión del D.L. N.º 179), *ii)* el Decreto del 26 de abril de 2013 sobre el Libre acceso al Fondo de Garantía, *iii)* el Decreto del 30 de enero de 2014 sobre incentivos fiscales para la inversión en *startups* innovadoras, *iv)* el Decreto del 17 de febrero de 2016 sobre los Métodos de redacción de los estatutos de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de nueva creación innovadoras, *v)* el Decreto Interministerial del 25 de febrero de 2016 que regula los incentivos fiscales a la inversión en empresas de nueva creación innovadoras y los métodos de implementación, *vi)* el Decreto Ministerial del 28 de octubre de 2016 sobre la Aprobación del modelo de modificación de la escritura y del estatuto de las *startups* innovadoras constituidas en línea, *vii)* el Reglamento de la *Consob* sobre *crowdfunding* de acciones (texto en vigor desde el 3 de enero de 2018), *viii)* el Decreto Ministerial del 7 de mayo de 2019 que regula los Métodos para implementar incentivos fiscales para invertir en nuevas empresas innovadoras, *ix)* el Decreto Legislativo del 19 de mayo de 2020, n. 34 (el llamado Decreto de Relanzamiento), *x)* el Decreto Ministerial de 28 de diciembre de 2020 sobre los Métodos para implementar incentivos fiscales bajo el régimen de *minimis* para la inversión en empresas emergentes innovadoras y PYMES innovadoras, *xi)* la Sentencia del 29 de marzo de 2021 N.º 2643 mediante el cual el Consejo de Estado bloqueó la incorporación gratuita en línea de *startups* innovadoras, declarando nulo el Decreto Ministerial del 17 de febrero de 2016, que permitió la constitución de *startups* innovadoras sin escritura pública previa, *xii)* el Decreto Ley del 14 de diciembre de 2021 N.º 183/2021, mediante la cual el Gobierno decidió encomendar la constitución digital tanto de *startups*/PYMES innovadoras como de empresas tradicionales al Consejo Nacional del Notariado, desde la plataforma proporcionada por la empresa *Notartel S.p.A.* (la empresa del Consejo Nacional del Notariado y del Fondo Nacional que ofrece servicios informáticos a los notarios italianos).

⁽³⁶⁾ Desde el año 2017 es posible constituir una Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), según la “Ley de Apoyo al Capital Emprendedor” N.º 27.349, considerada en Argentina como una herramienta ágil para facilitar la formalización de los pequeños empresarios.

⁽³⁷⁾ Las sociedades tipo SAS fueron creadas en 2017 por la Ley N.º 27.349 y votadas por unanimidad por todo el arco político con el objetivo de fomentar la creación de empresas y el emprendimiento en el país. Con ellas, se permitía crear una empresa en 24 horas y de forma digital.

⁽³⁸⁾ Eric Ries, explica que, una *startup* debe ser entendida como una institución humana diseñada para crear un nuevo producto o servicio bajo condiciones de incertidumbre extrema y que, el objetivo de las *startups*, es averiguar qué debe producirse, aquello que los consumidores quieren y por lo que pagarán, tan rápidamente como sea posible (véase: RIES, E. (2009), “Minimum Viable Product: A guide” en: <http://www.Startuplessonslearned.com/2009/08/minimum-viable-product-guide.html>).

⁽³⁹⁾ En el artículo “*Silicon Valley, así nació la capital del emprendimiento mundial*” publicado en la revista “Emprendedores” se relata que, *Silicon Valley* consiguió hacer soñar a miles de jóvenes, que entonces tenían como meta cambiar el mundo a través de la tecnología. Y, en este marco, nacen las primeras *startups*, empresas creadas con los recursos mínimos, con un alto potencial de crecimiento y caracterizadas por su gran componente tecnológico. Es el caso de *Apple*,

inventar el futuro” que, a través del internet de los años noventa, las grandes *startups* de *Silicon Valley* construyeron plataformas para buscar los mejores *website*, herramientas para socializar y compartir contenidos y sistemas de intercambio seguro para poder realizar transacciones comerciales en la red.

Pero también existen otras versiones de lo que ha ocurrido en Silicon Valley. Por ejemplo, el emprendedor italiano *Pierluigi Casolari* en su libro “Da uno a mille. Idee startup per un mondo senza monopoli”, explica que, el relato de *Peter Thiel* es una metáfora de la creación de monopolios de *startups* de innovación.

Así pues, *Casolari* propone fomentar nuevos ecosistemas descentralizados que, a diferencia del mundo descrito por *Peter Thiel*, no se basan en unos pocos “ganadores” que adquieren todo el control y la riqueza, sino de nuevos modelos empresariales, económicos y organizativos que premian la participación, el pluralismo, la descentralización y la autoorganización ⁽⁴⁰⁾.

2.2. Marco jurídico de las startups en Argentina y en el mundo

Con relación al marco jurídico de las *startups*, adviértase que, en Argentina, con fecha 12 de abril del año 2017 entró en vigencia la ley N.º 27.349, a través de la cual se estableció el marco jurídico para el apoyo a la actividad emprendedora en el país y su expansión internacional, así como la generación de capital emprendedor en la República Argentina ⁽⁴¹⁾.

En dicho cuerpo legal, se creó también la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) ⁽⁴²⁾, como un nuevo tipo societario, con el alcance y las características previstas en dicha ley. Se estableció, asimismo, que, supletoriamente, serían

fundada por Steve Jobs y Steve Wozniak en 1976. El final de la década de 1990 y los años 2000 son otros de los grandes saltos de *Silicon Valley* como capital del emprendimiento tecnológico. En esta etapa, se fundan las grandes compañías que han poblado el valle en las últimas décadas: *Google* y *PayPal* (1998), *Tesla* (2003), *Facebook* (2004), entre otros (véase: <https://emprendedores.es/gestion/silicon-valley-historia/>).

⁽⁴⁰⁾ Véase: CASOLARI, Pierluigi, “Da uno a mille. Idee startup per un mondo senza monopoli”, Roma, 2022.

⁽⁴¹⁾ El art. 1º de la ley N.º 27.349 de “Apoyo al capital emprendedor” establece que: “...tiene por objeto apoyar la actividad emprendedora en el país y su expansión internacional, así como la generación de capital emprendedor en la República Argentina. En particular, se promoverá el desarrollo de capital emprendedor considerando la presencia geográfica de la actividad emprendedora en todas las provincias del país, de modo de fomentar el desarrollo local de las distintas actividades productivas. La Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Producción será la autoridad de aplicación de este título”.

⁽⁴²⁾ La SAS es una persona jurídica privada (art. 148 inc. a) Cód. Civ. y Com.) y, en dicho sentido, se considera un sujeto obligado a cumplir las normas imperativas establecidas en el Cód. Civ. y Com. Asimismo, el art. 150 Cód. Civ. y Com. establece que, las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República Argentina se rigen, en primer lugar, “por las normas imperativas de la ley especial —siendo para la SAS la ley 27.349— o, en su defecto, de este Código”, complementado por la ley N.º 19.550, según los arts. 384 de esta última y 5º de la ley N.º 26.994.

de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, en cuanto se concilien con las de la ley N.º 27.349 ⁽⁴³⁾.

Así pues, desde el año 2017 es posible constituir una Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), considerada inicialmente, como una herramienta ágil para facilitar la formalización de los pequeños empresarios.

Sin embargo, con fecha 23 de abril de 2020 entró en vigencia la Resolución General (RG) N.º 17/2020 de la Inspección General de Justicia (IGJ) a través de la cual se establece que, en el plazo máximo de noventa días a partir de la vigencia de dicha Resolución, las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) constituidas sin la firma digital de todos sus integrantes, deberán subsanar tal deficiencia legal, bajo apercibimiento de proceder conforme las normas vigentes.

En dicho sentido, se derogó el art. 2º de la RG IGJ N.º 8/2017 suscripta en fecha 5 de octubre de 2017, el cual establecía, respecto de la forma de constitución de las SAS, que el instrumento constitutivo podía ser un documento electrónico con firma electrónica o digital de sus otorgantes, debiendo el último de los socios en firmar, utilizar firma digital para suscribir y cerrar el documento con todas las propiedades y seguridades que brinda dicha firma digital y si la SAS fuera unipersonal, la firma del socio único debía ser digital ⁽⁴⁴⁾.

Por su parte, con fecha 7 de abril de 2022, la IGJ, a través de la RG N.º 4/2022, reguló las formas en que las SAS debían acreditar que tenían domicilio al momento de la constitución o al cambio de domicilio social ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ Las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) se encuentran reguladas en el Título III, Capítulos I y II de la ley N.º 27.349 de “Apoyo al capital emprendedor”. Respecto a la caracterización, el art. 33 establece: “*Créase la sociedad por acciones simplificada, identificada en adelante como SAS, como un nuevo tipo societario, con el alcance y las características previstas en esta ley. Supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984, en cuanto se concilien con las de esta ley.* Con relación a su constitución, el art. 34 indica que: “*La SAS podrá ser constituida por una o varias personas humanas o jurídicas, quienes limitan su responsabilidad a la integración de las acciones que suscriban o adquieran, sin perjuicio de la garantía a que se refiere el artículo 43. La SAS unipersonal no puede constituir ni participar en otra SAS unipersonal*”. A su vez, el art. 43 señala que: “*Los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes*”.

⁽⁴⁴⁾ Ello, por cuanto, en el subinciso 3) del inciso a) del art. 7º del Anexo A de la RG IGJ N.º 06/2017, se previó la constitución de las SAS por documento electrónico con firma digital de todos sus otorgantes, lo que coincidía con lo establecido en la ley N.º 25.506 sobre Firma Digital y en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), arts. 286 a 288. A su vez, el art. 35 de la ley N.º 27.349 reconoce la posibilidad de constitución de las SAS por instrumento público, o privado con firma certificada en forma judicial, notarial, bancaria o por autoridad competente del Registro Público respectivo. En la misma línea, el mencionado art. 35 indica que, una SAS también puede constituirse por medios digitales con firma digital.

⁽⁴⁵⁾ En dicho sentido, en los considerandos de la RG IGJ 4/2022 se indicó: “Que no obstante que por el inciso 3º, del artículo 36, de la ley 27.349, conocida como Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, se requiere que el instrumento constitutivo de las sociedades por acciones simplificadas (SAS), debe contener como requisito indispensable de dicho instrumento, el domicilio de la sociedad y su sede” y que “[s]i en el instrumento constitutivo constare solamente el domicilio, la dirección de su sede podrá constar en el acta de constitución o podrá inscribirse simultáneamente mediante petición por separado suscripta por el órgano de administración”, es

Asimismo, con fecha 25 de octubre de 2022, la IGJ dictó la RG IGJ N.º 13/2022, sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas, otorgando a dichas SAS un plazo de ciento ochenta días a partir de su publicación para acreditar: i) la existencia y veracidad de la sede social; ii) la solicitud de apertura de todos los libros digitales contables y societarios obligatorios; iii) la presentación de los estados contables correspondientes a los ejercicios económicos finalizados a partir del 2020. Todo ello, bajo apercibimiento de presumir a la SAS como inactiva, dándole aviso a la Administración Federal de Ingresos Públicos y negándole toda inscripción registral hasta tanto no se acredite el cumplimiento de lo solicitado por esta resolución.

A continuación, a través de la RG IGJ N.º 6/2023, se dispuso la regulación de un procedimiento no contemplado con anterioridad para la transformación de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS).

Posteriormente, a través de la RG IGJ N.º 16/2023, que entró en vigencia el pasado 1º de enero de 2024, se establece que las figuras de Sociedad Anónima Unipersonal (SAU) y Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), no corresponden a tipos societarios que encuadren en las condiciones y características requeridas para ser inscriptos como asociaciones profesionales por contrariar el reglamento de asociaciones profesionales dictado por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires.

Todo lo cual, demuestra las dificultades que desde el año 2017 hasta la actualidad, ha debido atravesar el emprendedor emergente que consideraba a la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), como un instrumento jurídico acorde a las necesidades de emprendimientos innovadores, con el objetivo de

de público conocimiento, avalado por decisiones de los tribunales nacionales y provinciales, la frecuente utilización de este nuevo tipo societario para la consumación de actuaciones ilegítimas o extrasocietarias, desvirtuando de esa manera, los fines que tuvo en miras la ley 27.349 para incorporar a las SAS a nuestro ordenamiento societario”. Por otro lado, el art. 1º establece que “[l]a existencia y veracidad del domicilio y sede social de las sociedades por acciones simplificadas (SAS) previstas en la ley 27. 349 se acreditará por la interesada, en oportunidad de constituir la sociedad o inscribir la nueva sede social, mediante alguno de los siguientes instrumentos: a) Acta de constatación notarial; b) Comprobante de servicios a nombre de la misma; c) Título de propiedad o contrato de alquiler o de leasing del inmueble en donde se constituye la sede social; d) Habilitación o autorización municipal equivalente, cuando la actividad de la entidad solicitante se lleve a cabo en inmuebles que requieran de la misma. En el caso que el domicilio de la sede social coincida con el declarado por la persona humana que ejerza la representación legal de la sociedad, se deberá acompañar comprobantes de servicios a su nombre y alguno de los otros instrumentos listados precedentemente”. A su vez, el art. 2º reza que “[l]a Inspección General de Justicia podrá, de oficio y en caso de duda, efectuar, con carácter previo a la inscripción de la sociedad en el Registro Público, las correspondientes visitas de inspección y adoptar las medidas que estime corresponder, a los fines de constatar la veracidad de la sede social denunciada”. Finalmente, el art. 3º manifiesta: “El dictamen de precalificación previsto en los artículos 50 a 54 de la Resolución General IGJ N.º 7/2015 deberá incluir la manifestación expresa, del profesional interviniente que suscribe dicho instrumento, que ha constatado personalmente la veracidad y efectividad de la sede social de la sociedad que pretende su inscripción. El error o falsedad de tal manifestación autorizará, sin más, la aplicación de lo prescripto en el artículo 54, segundo párrafo, de la aludida resolución”.

apoyar proyectos embrionarios, pero prometedores para el desarrollo económico-productivo de nuestro país. Hasta el momento, continúa siendo una cuenta pendiente para el emprendedor emergente de triple impacto.

Ahora bien, en el ámbito internacional, Brasil dispuso su ley de *startups* en el año 2021. Se trata de la Ley Complementaria N.º 182 que fomenta el desarrollo de empresas de tecnología en crecimiento y establece el marco legal para las startups y el emprendimiento innovador ⁽⁴⁶⁾.

En algunos países de Europa, por ejemplo: Italia, desde el año 2012 el legislador ha intervenido en más de una ocasión para buscar estructuras legales a fin de facilitar y fomentar la creación de nuevas iniciativas empresariales, incluso con un capital mínimo para su constitución.

Así pues, el 18 de octubre de 2012, el Decreto Ley N.º 179 ⁽⁴⁷⁾ que contiene “Más medidas urgentes para el crecimiento del país” (el llamado *Decreto Crescita 2.0*), trata el ecosistema más propicio para la innovación, a partir del cual se reguló la vida de las *startups* en Italia.

A través del decreto-ley N.º 179, se establece que, la *startup* innovadora es una sociedad de capital, también constituida en forma de cooperativa, residente en Italia o en otro país de la Unión Europea o en Estados adheridos al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que en estos dos últimos casos la *startup* tenga su lugar de producción o una sucursal en Italia y que su objeto social exclusivo o predominante sea el desarrollo, producción o comercialización de productos o servicios innovadores con alto valor tecnológico.

Una de las particularidades que más destaco de los requisitos para crear una *startup* innovadora italiana es que, parte del equipo debe poseer un doctorado de investigación o debe encontrarse cursando un doctorado de investigación o realizar actividades de investigación.

Este requisito es un gran paso adelante dado por Italia. Este ejemplo muestra la importancia de desarrollar proyecto de investigación estratégico para fomentar el emprendedurismo desde el ámbito académico.

En España, la ley N.º 28/2022 ⁽⁴⁸⁾, del 22 de diciembre de 2022, fomenta el ecosistema de las empresas emergentes y pretende dar un tratamiento

⁽⁴⁶⁾ La Ley complementaria N.º 182/2021, denominada “*Marco Legal para Startups - MLS*”, fue sancionada y publicada en el Boletín Oficial el 1 de junio de 2021 y entró en vigencia el 31 de agosto de 2021. El objetivo de dicho marco legal, es regular y defender los intereses de las *startups* brasileñas y de sus inversores, incentivando la creación y las inversiones en estos emprendimientos emergentes.

⁽⁴⁷⁾ Texto del dec.-ley del 18 de octubre de 2012, N.º 179 (publicado en el suplemento ordinario N.º 194/L del Diario Oficial del 19 de octubre de 2012, N.º 245), coordinado con la Ley de Conversión del 17 de diciembre de 2012, N.º 221 (véase: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2012/12/18/12A13277/sg>).

⁽⁴⁸⁾ En el texto consolidado de la ley N.º 28/2022, se establece que, dicho cuerpo legal facilita a las empresas la adecuación de la política retributiva a tal situación y necesidades, al flexibilizar la generación de autocartera en las sociedades limitadas y mejorar la tributación a la retribución mediante las acciones o participaciones sociales propias de las empresas emergentes a sus trabajadores.

diferenciado a las *startups*, respecto de empresas con modelos de negocios convencionales.

2.3. *Startups innovadoras de triple impacto y su propósito sostenible*

Se reconocen como *startups* de triple impacto, aquellos emprendimientos emergentes que se encuentran fuertemente interconectados con el contexto en el que operan, convirtiéndose en creadoras de valor cuando se desempeñan, justamente, a través de su función económica, pero extienden su impacto sobre el medioambiente y la sociedad.

Un claro ejemplo de *startup* de triple impacto es el emprendimiento denominado *Sirplus*, una *startup* alemana cuyos orígenes se remontan al año 2017. Este emprendimiento innovador de triple impacto compra alimentos que los productores y mayoristas clasifican por diversos motivos y los ofrece a bajo precio a sus propios clientes en su plataforma *online*. Se define así como un supermercado *online* donde los consumidores encuentran alimentos que los productores y mayoristas ya no pueden vender, emprendimiento que permite reducir el desperdicio de alimentos ⁽⁴⁹⁾.

Por su parte, *Kigüi* ⁽⁵⁰⁾ es una aplicación argentina que se lanzó en el año 2022 (y que en pocos meses logró expandirse a México), que busca brindar una solución al desperdicio de alimentos en América Latina.

Funciona en la mayoría de las cadenas de supermercados del país y permite ahorrar hasta un 60% del precio de un alimento, incorporando a los consumidores como el motor del cambio.

Kigüi trabaja con un sistema de *cashback* (devolución de dinero) para recompensar a los consumidores que seleccionan alimentos próximos a vencer ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ En Alemania se desperdician cada año alrededor de 18 millones de toneladas de alimentos. Esto significa que no solo se desperdician los alimentos en sí, sino también los recursos como el CO2 o el agua que se utilizaron para cultivar y producir los alimentos. *Sirplus* busca devolver el exceso de alimentos al ciclo y así garantizar una mayor valorización de los alimentos y, al mismo tiempo, reducir el desperdicio de alimentos (véase: <https://sirplus.de/pages/was-ist-sirplus>). *Raphael Fellmer* (Cofundador de *Sirplus*) es un emprendedor que comenzó su movimiento de triple impacto desde muy pequeño. Cuando se encontraba en la escuela primaria, recaudó dinero para ONG protectoras del medioambiente. En su período escolar, le preocupaba el hecho de que los estudiantes no asumieran la responsabilidad de limpiar las aulas, por lo que entraba a la escuela por la noche para limpiarla. Finalmente, convenció al director para que pusiera la limpieza en manos de los estudiantes e invirtiera el dinero que la escuela se ahorra por la limpieza, a fin de utilizarlo en mejores propósitos. El sistema todavía existe hoy y le ha ahorrado a la escuela millones de euros (véase: <https://www.ashoka.org/es-ar/fellow/raphael-fellmer#accordion>).

⁽⁵⁰⁾ La idea nació como un proyecto de tesis para una maestría en administración de empresas de tres emprendedores.

⁽⁵¹⁾ Luego de instalarla se genera un usuario y se debe cargar el CBU/CVU, alias o datos de la cuenta bancaria en la que se quiera recibir el dinero de las devoluciones. También se puede recibir en cuentas de *Mercado Pago* o en la aplicación “*Belo*”, que permite convertir los pesos en criptomonedas. Una vez instalada, se elige el supermercado y allí se habilitan todos los productos

Por otro lado, *3bee* es una *startup* italiana que utiliza alta tecnología para promover la biodiversidad y la sostenibilidad. Es un emprendimiento de tecnología agrícola que desarrolla sistemas inteligentes de monitoreo y diagnóstico para la salud de las abejas.

A través de sus tecnologías exclusivas, los apicultores pueden monitorear constante y completamente sus colmenas para optimizar la producción, ahorrar tiempo y tratar a sus abejas, previniendo problemas y enfermedades.

En 2 años han desarrollado una red de 10.000 apicultores en toda Italia que ayudan, controlan y utilizan su tecnología ⁽⁵²⁾.

Finalmente, *BeeFlow*, es una *startup* líder en tecnologías de polinización de abejas. Las tecnologías y el conocimiento de polinización de *BeeFlow* ayudan a los agricultores a mejorar el rendimiento de las abejas mientras reducen la tasa de mortalidad de las abejas, que son esenciales para la biodiversidad y la agricultura sostenible, hasta en un 70%. La plataforma tecnológica de *BeeFlow* se basa en una extensa investigación científica sobre cómo la nutrición y el comportamiento de las abejas afectan el rendimiento y la salud de los polinizadores. Incluye algunas tecnologías licenciadas por el CONICET y la UBA/FCEN, como las investigaciones desarrolladas por el Dr. Walter Farina, investigador de estas instituciones con más de 20 años de estudio del cerebro y la comunicación de las abejas. El Dr. Farina lidera el esfuerzo científico de *ToBEE*, una plataforma de tecnologías que entrenan abejas para polinizar flores específicas ⁽⁵³⁾.

Ahora bien, puede advertirse que estos nuevos modelos de emprendimientos emergentes plantean la necesidad de trabajar sobre un acuerdo marco jurídico, que brinde adecuada seguridad jurídica a las transacciones que se desarrollan dentro del mundo digital.

Estos ejemplos demuestran que, una de las claves para el éxito de este tipo de emprendimientos de triple impacto, es que el propósito de vida del propio

disponibles junto con el descuento que se le aplica por rescatarlos. Tras explorar y decidir cuáles productos comprar hay que acercarse al supermercado para adquirirlos y pagarlos normalmente. Luego, se debe cargar cada elemento desde el botón de la cámara de fotos capturando una imagen del *ticket*, del producto y de la fecha de vencimiento. Una vez aprobada la carga, el reintegro estará disponible en el perfil personal en 72 horas (véase: <https://kigui.com.ar/>).

⁽⁵²⁾ Gracias a esta red de apicultores, *3bee* ha creado el programa de investigación, desarrollo y economía circular “*Adopta una colmena*”, para proteger a las abejas con la tecnología *3bee* para “*un mundo con abejas*”. Es un programa que lleva funcionando desde el año 2018 y ya se han adoptado más de 500 colmenas. El procedimiento consiste en: *i)* Adoptar: se adopta una colmena con un *clic*. Se elige en función de la reina, la floración y el significado, *ii)* Monitoreo: se descarga la aplicación, a fin de controlar allí los datos que provienen de los sensores y seguir el crecimiento de la colmena adoptada, *iii)* Recibe: se puede recibir en casa una pequeña parte de la miel de la colmena que se ha monitoreado (véase: <https://www.3bee.com/es/>).

⁽⁵³⁾ Véase: <https://nexciencia.exactas.uba.ar/innovador-modelo-polinizacion-cultivos-abejas-licencia-facultad-ciencias-exactas-naturales-tobee-walter-farina-matias-viel>.

emprendedor ⁽⁵⁴⁾ se vea reflejado en el propósito de la *startup*. Ello se debe a que, cuando una persona logra conectarse, finalmente, con su propio propósito ⁽⁵⁵⁾, indudablemente su misión de vida siempre será mejorar el mundo en el que habita ⁽⁵⁶⁾.

Así, en los últimos años las *startups* innovadoras se han desarrollado significativamente, comenzando primero como una práctica empresarial emergente con una idea innovadora, pero sin una estructura legal adecuada, para luego dar paso al establecimiento de las bases legales para promover y proteger esta actividad, legislación que se encuentra en constante evolución, considerando, además, el carácter innovador de este tipo de empresas.

2.4. Incubadoras y aceleradoras de startups

En el mundo de las *startups* encontramos a las incubadoras, las cuales acompañan a las startups en el proceso de puesta en marcha y crecimiento en la fase que va desde la concepción de la idea hasta la vida de la *startup*.

La figura del *Mentor* es fundamental para las *startups*, el cual se presenta como un profesional que acompaña al emprendedor en la fase inicial del proyecto, compartiendo su propia experiencia en procesos similares al que busca transitar el nuevo emprendedor.

Para desarrollar una incubadora de *startups*, se requieren ciertas características, a fin de lograr un adecuado desempeño, como ser: i) tener estructuras adecuadas para albergar *startups* innovadoras, ii) ser gestionada por personas con experiencia demostrable en el ámbito de los negocios y la innovación, iii) colaborar con universidades, centros de investigación, instituciones públicas y socios, a fin de impulsar redes de vinculación entre estos agentes y las *startups* que incuba.

Por su parte, las aceleradoras se encuentran en la etapa sucesiva de las incubadoras, brindando una sólida red de vinculación estratégica entre los diver-

⁽⁵⁴⁾ “En realidad las cosas verdaderamente difíciles son otras tan distintas, todo lo que la gente cree poder hacer a cada momento. Mirar, por ejemplo...” (véase: CORTÁZAR, Julio, “El perseguidor”, publicado en su libro *Las Armas Secretas*, Ed. Cátedra, 2004).

⁽⁵⁵⁾ “...al hombre se le puede arrebatar todo salvo una cosa: la última de las libertades humanas -la elección de la actitud personal ante un conjunto de circunstancias- para decidir su propio camino...Es esta libertad espiritual, que no se nos puede arrebatar, lo que hace que la vida tenga sentido y propósito” (véase: FRANKL, Víctor E., *El hombre en busca de sentido*, Ed. Herder, 2015).

⁽⁵⁶⁾ El empresario italiano Massimo Mercati en su libro titulado: “*La empresa como sistema vivo*”, brinda una visión en la que la empresa se encuentra fuertemente interconectada con el contexto en el que opera. Explica que, su empresa llamada “*Aboca*”, es una empresa familiar que crea medicamentos con elementos de la naturaleza, extraídos con el debido respeto al medioambiente, desarrollando modelos agrícolas sostenibles e invirtiendo en investigación científica. Massimo Mercati dice que el negocio debe convertirse en un proyecto de vida en el que ya no se puedan distinguir dos morales, una para el trabajo y otra para la vida privada, porque siguiendo los valores espirituales los bienes materiales surgirán por sí solos.

sos actores del ecosistema emprendedor, asesoramiento y apoyo en la búsqueda de financiación e inversores.

2.5. *Spinoffs universitarios*

Es un tipo particular de *startup* que nace en el seno de las universidades, por voluntad de investigadores y/o profesores y/o estudiantes y/o exalumnos universitarios para la vinculación estratégica comercial de los resultados de una investigación académica.

Los datos de los últimos informes elaborados por el *Global Entrepreneurship Monitor* ⁽⁵⁷⁾ arrojan porcentajes cada vez mayores de personas que se encuentran inmersas en un proceso emprendedor, en sus diferentes etapas, ya sea como emprendimiento naciente, nuevo o consolidado, que tienen estudios universitarios ⁽⁵⁸⁾.

3. EL ROL DE LA FINANCIACIÓN EN EL DESARROLLO DE LAS STARTUPS INNOVADORAS

3.1. *El fondo de garantía*

Puede observarse dentro del mercado de las *startups* innovadoras que, estos emprendimientos emergentes nacen con un proyecto innovador, pero muchos de ellos fracasan antes de empezar a ver resultados significativos.

Uno de los problemas más reveladores es que las *startups* no cuentan con los recursos financieros para seguir invirtiendo en el desarrollo de su servicio/ producto.

Para ello existen algunas herramientas como el *Fondo de Garantía* que funciona como una garantía asociada para el acceso al crédito.

En Argentina, la ley N.º 25.300 para el fomento de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, dio origen al Fondo de Garantías Argentino (FoGAR), con el objeto de otorgar garantías en respaldo de las que emitan las sociedades de garantía recíproca y ofrecer garantías directas e indirectas, a fin de mejorar las condiciones de acceso al crédito de las personas que desarrollen actividades económicas y/o productivas en el país.

3.2. *El crowdfunding*

Es un canal de financiación alternativo al que representan los bancos u otros intermediarios financieros. El *crowdfunding* es un canal de financiación a través del cual los proyectos personales o profesionales de particulares y em-

⁽⁵⁷⁾ El *Monitor Global del Emprendimiento* (GEM, por sus siglas en inglés) es una investigación que se realiza con la intención de medir las diferencias entre los niveles de actividad emprendedora de los países participantes.

⁽⁵⁸⁾ Véase: <https://www.gemconsortium.org/report/gem-20202021-global-report>.

prendimientos emergentes pueden ser financiados directamente por multitud de sujetos (incluso pequeños ahorristas). El encuentro entre la demanda (de los que necesitan fondos) y la oferta (de los que quieren invertir) tiene lugar en plataformas *online* que brindan información sobre proyectos individuales y gestionan los flujos de dinero.

3.3. *Ventures Capital*

Se produce cuando una empresa compra una parte de la *startup* y puede ingresar en su órgano de gobierno adquiriendo acciones.

3.4. *Venture Clienting*

Se origina cuando, una empresa no compra acciones de una *startup*, sino que se convierte en su cliente (cliente de riesgo) y valida el productor antes de que la *startup* lo desarrolle. La empresa compra el producto innovador de la *startup*, sin adquirir acciones.

4. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS STARTUPS INNOVADORAS DE TRIPLE IMPACTO

A lo largo de la presente ponencia, se ha ido evidenciando como la internacionalización de las *startups* innovadoras de triple impacto ⁽⁵⁹⁾ se presenta como la clave para que dichos emprendimientos emergentes logren un crecimiento significativo.

Así pues, los emprendedores buscan el crecimiento de sus *startups* y la transformación de dichos emprendimientos en lo que se denomina, *scaleups*.

En este contexto, el término *scaleups* ⁽⁶⁰⁾ se refiere a esfuerzos deliberados para aumentar el impacto de los servicios y/o productos desarrollados por una *startup* con éxito.

⁽⁵⁹⁾ Al hacer referencia aquí a la internacionalización de las *startups* se pretende delimitar su aplicación a aquellos emprendimientos emergentes que operan dentro del ámbito del derecho privado y que tienen establecimientos o proyectan su actividad sobre el territorio de más de un Estado nacional. Al respecto, la Dra. María Elsa Uzal, al referirse a las sociedades multinacionales, transnacionales o internacionales, señaló que, resultaban alcanzadas aquellas sociedades constituidas en el ámbito del derecho privado, en los que se advierte una multilocalización de actividades que ponen en relación (cuando no, en conflicto) los sistemas jurídicos del Estado de origen y de aquellos Estados nacionales donde la sociedad localiza su funcionamiento, Estados que, generalmente, requieren la sumisión a su legislación (véase: Uzal, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Ed. La Ley, 2016).

⁽⁶⁰⁾ Al encontrarse la *startup* en la etapa inicial del ciclo económico, puede sobrevivir con éxito durante los primeros 2 o 3 años y, en función de los factores internos y externos favorables, requiere esfuerzo para cruzar los diferentes hitos en el viaje denominado “*fase de escalamiento*”. Según un informe de *Silicon Valley* del año 2012, el gran volumen de recompensas financieras obtenidas durante la fase de ampliación la convierte en la fase más importante del ciclo eco-

Sin embargo, para lograr ser *scaleup*, es necesario contar con un proyecto de internacionalización y una de las necesidades principales está relacionada con las inversiones nacionales e internacionales que se realizan para, luego, dirigirse a un mercado internacional en concreto.

Así pues, en el proceso de crecimiento de una *startup* hacia la categoría de *scaleup*, focalizar la mirada hacia un mercado internacional se torna imprescindible, sin olvidar que los emprendimientos emergentes con base tecnológica enfrentan grandes desafíos ante condiciones macroeconómicas desafiantes ⁽⁶¹⁾.

No obstante, según el reporte “Deep Tech: La nueva ola”, el ecosistema *Deep Tech* en América Latina y el Caribe se encuentra en pleno despegue, con 340 *startups* de *Deep Tech* respaldadas por financiamiento institucional.

Asimismo, en dicho informe se han identificado 15 fondos y aceleradoras con un enfoque en esta tecnología en la región y se han reconocido 65 fondos (tanto locales como internacionales) que invierten activamente en *startups* de *Deep Tech* en América Latina y el Caribe ⁽⁶²⁾.

Se advierte así que, en la actualidad, gran parte de las *startups* latinoamericanas apelan a la internacionalización para lograr que su emprendimiento emergente escale.

Ahora bien, la pregunta que corresponde hacer a los emprendedores emergentes frente a este panorama es, si su idea de éxito es ser millonarios o hacer un cambio en el mundo en el que habitan. Allí recae la diferencia entre lograr que una *startup* escale a un nivel de *unicornio* ⁽⁶³⁾ o de *cebra* ⁽⁶⁴⁾.

nómico. Establecer una nueva empresa exige desafíos y riesgos que son desconocidos para los empresarios que, a menudo, no logran ampliar el negocio en la etapa inicial del ciclo económico y, por lo tanto, muchos negocios son inútiles y no pueden tener éxito en los primeros doce meses de su operación. Como muchas nuevas empresas no logran escalar ni prosperar en los negocios y la causa del fracaso no está bien estudiada, a diferencia de la causa del éxito empresarial (véase: RIZWANA, M y PADMALINI, S., “From Startup To Scale Up: The Key Challenges” en: <https://www.indianjournalofentrepreneurship.com/index.php/IJOE/article/view/145363>).

⁽⁶¹⁾ La financiación, el elemento vital de los emprendimientos emergentes, ha disminuido drásticamente desde los máximos (índice *High*) de 2021, lo que ha dejado a las *startups* sin efectivo y más propensas al colapso. La financiación global cayó un 34% entre 2021 y 2022. A tres cuartas partes del camino hasta 2023, la financiación solo se situó en 193.600 millones de dólares, menos de la mitad del total de finales del año 2022 (ver: <https://www.cbinsights.com/research/startup-failure-post-mortem/>).

⁽⁶²⁾ Véase: <https://publications.iadb.org/en/deep-tech-new-wave>

⁽⁶³⁾ Las *startups unicornio* son los emprendimientos emergentes que superan la valoración de 1.000 millones de dólares sin tener presencia en la bolsa. Por lo general, las empresas que logran esta valoración de forma muy temprana, deben luchar por conseguir su *product market fit*, es decir, aprovechar la inversión recibida para ajustar su producto en el mercado y encontrar su rentabilidad brindando una solución real y requerida por sus clientes (véase: <https://www.iebschool.com/blog/product-market-fit-comercio-ventas/>).

⁽⁶⁴⁾ Las *startups cebra* son pequeños emprendimientos emergentes con un modelo sostenible y propósitos inclusivos. Estas *startups* buscan crecer y ser rentables, pero, a través del desarrollo de servicios y/o productos cuyo objetivo sea resolver problemas profundos y reparar sistemas sociales.

Adviértase que, dentro del ecosistema de emprendimientos emergentes, el porcentaje de unicornios ha crecido vertiginosamente a lo largo de los años. Sin embargo, las *startups* cebras proponen un éxito a largo plazo, desarrollando, a su vez, modelos de negocios más sostenibles e inclusivos.

Por su parte, el formato de *startup visa* (visa para emprendedores) se presenta como una categoría de visa de reciente creación que ofrece una ruta de visa simplificada que permite a ciudadanos extranjeros ir a un país y empezar allí su emprendimiento emergente.

En los Estados Unidos, por ejemplo, existe el programa “Visas para Startups”⁽⁶⁵⁾, impulsado a través de la Ley Internacional de Emprendedores. Es una visa de emigrante temporal, o una visa de residente permanente condicional (*green card condicional*) que se convierte en la residencia permanente (*green card*) si se cumplen las condiciones luego de dos años de desarrollo del emprendimiento emergente en el país.

Por su parte, en la región de América Latina, Chile⁽⁶⁶⁾ permite la posibilidad de que los emprendedores y fundadores de *startups* puedan solicitar la entrada al país de una *startup*, a través de un programa acelerador para apoyar emprendedores y negocios innovadores. En dicho marco, los emprendedores que se inscriben a dicho programa obtienen una visa por un año.

Frente a este contexto, es posible detectar instrumentos idóneos para organizar condiciones que colaboren con el desarrollo de las *startups* innovadoras de triple impacto dentro de una esfera global, para lo cual es menester analizar el actual proceso de internacionalización de los emprendimientos emergentes con base tecnológica. En segundo lugar, se plantea la conformación de un marco jurídico acorde a las nuevas estrategias de negocios tecnológicos con propósito, buscando para ello los instrumentos legislativos apropiados.

La globalización se presenta así, como un proceso de innovación humana y progreso tecnológico, representado por una creciente integración de las economías de todo el mundo. Asimismo, ésta puede presentar beneficios o ser un peligro para el desarrollo de las *startups*, por las desigualdades que se generan dentro de cada país y entre los distintos países, respecto de las condiciones de vida en cada sociedad⁽⁶⁷⁾. Independientemente de la postura que tomemos, a favor o en contra de la globalización, no podemos ignorar su existencia en la actualidad y es menester buscar nuevas vías que permitan un adecuado progreso de la producción y la economía frente a esta realidad.

En dicho marco, los aspectos jurídicos que una *startup* debería considerar a la hora de analizar la posibilidad de iniciar un proceso de internacionalización

⁽⁶⁵⁾ Véase: <https://usa-esta.net/en/how-to-benefit-from-the-start-up-visa-program/>.

⁽⁶⁶⁾ Véase: <https://startupchile.org/nuestro-impacto/>.

⁽⁶⁷⁾ “Era el mejor de los tiempos, era el peor de los tiempos; la edad de la sabiduría y también, de la locura; la época de las creencias y de la incredulidad; la era de la luz y de las tinieblas; la primavera de la esperanza y el invierno de la desesperación” (véase: DICKENS, Charles, *Historia de dos ciudades*, Ed. Gradifco, 2017).

de su emprendimiento serían: i) Aspectos jurídicos generales del ecosistema emprendedor de desarrollo tecnológico con triple impacto en el mercado donde se proyecta incursionar, ii) Tratamiento tributario, iii) Protección y Gestión de la Propiedad (tutela de determinados activos estratégicos y otros activos relevantes como, por ejemplo, la marca y el *know how*), iv) Desafíos ESG, según el mercado que se analice, v) Aspectos legales del *marketing* y la comunicación digital, vi) Con relación a la jurisdicción, corresponderá analizar si los países de origen y destino han suscrito algún Tratado Bilateral de Protección Recíproca de Inversiones, que permita asegurar al emprendedor un tratamiento no discriminatorio.

Una nueva tecnología siempre redefine el actuar de las sociedades, “innovar es la clave”. En dicho contexto, internet es cada vez más vista como un espacio ideal para hacer negocios. El Comercio Electrónico es considerado como un medio fértil de desarrollo para las *startups* innovadoras de triple impacto, una vez que se logre consolidar una legislación que otorgue seguridad jurídica, consciente de que la accesibilidad y la facilidad de la realización de las transacciones en internet precisa de un entorno que asegure la protección de las partes. Resulta difícil gozar de los beneficios de este medio si no se está seguro de poder realizar una transacción comercial efectiva y jurídicamente protegida.

CONCLUSIÓN

En este contexto, considerando la importancia de la utilización de las nuevas tecnologías a fin de favorecer la transición hacia una economía de triple impacto que acompañe el desarrollo sostenible, el Derecho Internacional Privado debe colaborar en un trabajo conjunto, no solo con los operadores jurídicos pertenecientes a los diversos ámbitos del derecho implicados, sino también a incentivar y participar en políticas conjuntas con los demás actores involucrados, como ser la comunidad académica y los gobiernos.

Las *startups* innovadoras de triple impacto aparecen siempre más desarraigadas al lugar: se buscan ocasiones de inversión de capital, de producción de bienes y servicios, o de venta de productos en lugares lejanos. Pero para hacer frente a los desafíos actuales y aprovechar las oportunidades que se presentan, es necesaria la cooperación entre los diferentes sectores, públicos y privados, nacionales e internacionales, para favorecer el desarrollo de los emprendimientos y fortalecer a la sociedad toda.

Las *startups* se encuentran en condiciones de competir en un mercado nacional e internacional en la medida en que las mismas se organicen de forma adecuada, fortaleciendo la capacidad de reproducir y alimentar en el tiempo la mezcla de los elementos sociales, económicos y culturales que las hacen competitivas.

Por otra parte, el Derecho Internacional Privado será la disciplina que proporcionará soluciones a aquellos casos cuyos elementos presenten contacto con

el territorio de dos o más Estados nacionales, como ser, a los conflictos derivados de aquellas transacciones comerciales y financieras internacionales llevadas a cabo mediante la concertación de los denominados “contratos inteligentes”, que muchas veces se celebran en el margen de pocos segundos y que son los instrumentos más utilizados en el mundo de las *startups* innovadoras.

Así pues, será dicha disciplina la que determinará cuál es el margen para el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, sus límites y la que establecerá, en definitiva, el derecho que deberá aplicarse a los diversos aspectos de la contratación. Ello, de acuerdo con la fuente normativa aplicable al caso en concreto, según cuáles sean los Estados con los que el caso presente contacto (algún Tratado o Convención Internacional o, en su defecto, las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna).

Asimismo, no debe soslayarse la importancia del contexto jurisdiccional, en el que podrá plantearse una eventual controversia originada con causa en la celebración de un contrato de este tipo. ⁽⁶⁸⁾

Por su parte, el comercio electrónico se presenta como instrumento idóneo para lograr un efectivo crecimiento de las *startups* innovadoras con propósito, a través de un comercio virtual, orientado a la exportación de productos y servicios desarrollados por las mismas, capaces de coexistir en un mercado mundial, conjuntamente con empresas de grandes dimensiones, con posibilidades de competencia equitativa. El principal objetivo así es, verificar a través de experiencias concretas, cuáles son los modelos de negocios que pueden ser considerados una herramienta capaz de dotar a las *startups* innovadoras de triple impacto de ventajas competitivas, beneficiando directamente a los emprendimientos emergentes y respaldando los derechos de los consumidores y la protección del medioambiente, en dicho proceso.

En los últimos años, Argentina se ha concentrado en desarrollar el ecosistema adecuado para impulsar el emprendedurismo. Existen distintos organismos, instituciones, tanto del ámbito privado como público que colaboran con esta causa de diversas maneras.

En dicho sentido, la tarea del derecho es analizar la nueva realidad que nos propone una transición hacia una economía circular, abandonando el modelo tradicional que distingue la esfera pública de la privada, las cuestiones estatales de las no estatales; acogiendo el nuevo paradigma propuesto por las nuevas tecnologías, la globalización y la participación de los emprendimientos en un mercado internacional ⁽⁶⁹⁾.

En dicho contexto, resulta esencial que las *startups* innovadoras identifiquen el propósito que las impulsa a desarrollar un emprendimiento, que con-

⁽⁶⁸⁾ Sobre la importancia del contexto jurisdiccional véase: UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, La Ley, 2016, pp. 194 y ss.

⁽⁶⁹⁾ Fernández Liesa, C. R., “*Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible*”, publicado en: *Anuario español de Derecho Internacional* / VOL. 32 / 2016.

sideran que impactaría de forma positiva en la sociedad, con un servicio y/o producto sólido que, paralelamente, resulte rentable.

Todo ello, sin perder de vista, que el mundo actual no necesita de innumerables unicornios que facturen incansablemente, sino, más bien, nos enfrentamos a un momento crucial para la humanidad, en el cual el rol del emprendedor comprometido es el de descubrir su propósito y conectarse con su verdadero potencial que lo impulse a reconocer servicios o productos que resuelvan problemas o satisfagan alguna necesidad de la sociedad, que generen nuevos —y buenos— empleos, siempre con miras a lograr un impacto positivo en la comunidad y en el medioambiente donde operan.

Así pues, surge claro que, el mundo actual necesita, sin lugar a dudas, más *cebras* y menos *unicornios*.

Como se ha visto a lo largo de esta exposición, cuando se indaga sobre el camino personal de los emprendedores emergentes que decidieron apostar a modelos de negocios resilientes, sustentables y en armonía con la sociedad, puede evidenciarse cómo esas personas han transitado transformaciones personales que los impulsaron a reconocer su propósito de vida.

En dicho sentido, las *startups* innovadoras de triple impacto se presentan como una esperanza y una oportunidad para lograr el cambio que toda la humanidad se merece, desarrollar más y mejores trabajos colaborativos generados a través de redes de oportunidades y valorar la investigación científica, a fin de que la tecnología se encuentre al servicio de un desarrollo económico-productivo más inclusivo y sustentable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEGRÍA, Héctor, La empresa como valor y el sistema jurídico, 2006, publicado en www.laleyonline.com.
- AMIRANTE, Aldo y GENNARO, Rotondo, Strutture sociali e governo del cambiamento nel contesto post-pandemico, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022.
- ASCARELLI, Tullio, Sociedades y Asociaciones comerciales, Ediar, S.A., Editores, Buenos Aires, 1947.
- ASHTON, Thomas Southcliffe, La revolución industrial, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- BAGELLA y PIETROBELLI, Distretti industriali per l'internazionalizzazione: presupposti teorici ed evidenza empirica dall'America Latina. Economia e politica Industriale, N.º 86, 1995.
- BAGRINI M., I distretti industriali. Indicatori per l'internazionalizzazione. Politica Internazionale, N.º 1-2, 1996.
- BECATTINI, Giacomo; RULLANI, Enzo, Sistema locale e mercato globale, in Becattini G., Vaccà S. Prospettive degli studi di Politica Industriale Italiana -Franco Angeli, Milano, 1994.

- BESSONE, Mario, *Mercato finanziario, tutela del risparmio e pubblica vigilanza* en *Rassegna di Diritto Civile*, 2005.
- BIANCHI, P., *Construir el mercado. Lecciones de la Unión Europea: el desarrollo de instituciones y de las políticas de competitividad*, Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Provincia de Buenos Aires, 1997.
- BLANCO ESTÉVEZ, A., “Startups, nuevo foco de las políticas públicas de atracción de talento, know-how y transferencia del conocimiento. El caso de España e ICEX-Investment in Spain”. *Revista de Economía*, N.º 909. Disponible en internet: https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_36/pdfs/39.pdf, 2019.
- BRUNETTI, Antonio, *Trattato del Diritto delle Società*, dott. A. Giuffrè Editore, 1948.
- CAFAGGI, F., *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove slide per diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- CAGNASSO, Oreste, MAMBRIANI, Angelo, *Start up e P.M.I. innovative*, Zanichelli Editore, 2021.
- CASOLARI, Pierluigi, *Da uno a mille. Idee startup per un mondo senza monopoli*, Roma, 2022.
- CEPAL, “Análisis de la experiencia del Instituto de Desarrollo Empresario Bonaerense –IDEB–”, Documento de trabajo N.º 85, 2000.
- COASE, Ronald H, *Impresa, mercato e diritto*, Società editrice il Mulino, Bologna, 1995.
- CORTÁZAR, Julio, *Las Armas Secretas*, Ed. Cátedra, 2004.
- COTTINO, Gastone, *Lineamenti di diritto commerciale*, Zanichelli Editore, 2022.
- DE SABATO, Emanuela, FUGIGLANDO, Federica, *Le Società benefit*, Giuffrè, 2022.
- DICKENS, Charles, *Historia de dos ciudades*, Ed. Gradifco, 2017.
- ELKINGTON, John, *Cannibals with Forks: The Triple Bottom Line of 21st Century Business*, Capstone, Oxford, 1997.
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal- *Derecho Comercial y Económico. Parte General*, Astrea, 1987.
- , *Derecho Comercial y Económico. Formas Jurídicas de la organización de la empresa*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- , *Contratos Asociativos, negocios de colaboración y consorcio*, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- FARIÑA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. R., “Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible”, publicado en: *Anuario español de Derecho Internacional* / VOL. 32 / 2016.
- FERRARESE, Maria Rosaria, *Diritto e mercato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1992.

- FERRI, Giuseppe, *Manuale di Diritto Commerciale*, UTET-Torino, 1975.
- GALEANO, Eduardo, “Celebración de las contradicciones/2” en su Libro de los Abrazos, Editorial Siglo XXI, 1993.
- Galgano, Francesco, *Diritto Civile e Commerciale*, Quarta Edizione, Volume Terzo: L’impresa e le società, Casa editrice Dott. Antonio Milani, 2004.
- GATTO, F.; YOGUEL, G., “Las Pymes argentinas en una etapa de transición productiva y tecnológica” -en Kosacoff, B. El desafío de la competitividad. La industria argentina en transformación, Alianza Editorial, 1993.
- GRAZIANI, Alessandro, *Diritto delle società*, Morano Editore, 1963.
- JULIÁ Igual, J.; MELIA Marti, E.; MIRANDA RIBERA, E., “Rol de la economía social y la universidad en orden a un emprendimiento basado en el conocimiento tecnológico y los valores”. CIRIEC-España Revista de Economía Pública Social y Cooperativa, N.º 98, pp. 31-57. <https://doi.org/10.7203/CIRIEC-E.98.15905>, 2020.
- GULATI, Ranjay, “The Soul of a Startup”, Harvard Business Review 97, N.º 4, July–August 2019, págs. 85–91.
- LIGABUE, L., “El partenariado internacional como oportunidad para el desarrollo de sistemas de pequeñas y medianas empresas en la economía global” en Desde Abajo: Estrategias para la internacionalización de las pequeñas y medianas empresas entre Italia y Argentina, Prometeo, Buenos Aires, 2005.
- MANERO, Miguel Fernando, **“Innovación tecnológica, servicios a las empresas y desarrollo territorial”**, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, Valladolid, 2005.
- MARTONELLI, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa*, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- MIMOLA, Antonio C. *Risanamento delle imprese, mercato e parità di trattamento*, Giuffrè Editore- Milano, 2004.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, Ed. Alianza, 2017.
- NONNA, Silvia, “Derecho ambiental sostenible: breve análisis de la situación normativa en Argentina, Cuba, México y Uruguay” . Disponible en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/15/derecho-ambiental-sostenible.pdf>, 2020.
- OPPO, Giorgio, “Impresa e mercato” en Rivista di Diritto Civile, 2001.
- PERLINGIERI, Pietro, “Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto” en Rassegna di Diritto Civile, 2005.
- RICHARD, Efraín Hugo, “Las relaciones de organización y el Sistema jurídico del derecho privado”, Academia Nacional de derecho y ciencias sociales de Córdoba, Argentina, 2000.
- SCANDIZZO, Pasquale Lucio, *Il Mercato e l’impresa: Le teorie e i fatti*. Trattato di Diritto Commerciale, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002.
- THIEL, Peter, *De Cero a Uno*, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2019.
- UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Ed. La Ley, 2016.

RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

CAIVANO, ROQUE J. - CEVALLOS RÍOS, NATALIA M. *TRATADO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL ARGENTINO*. BUENOS AIRES, LA LEY, 2020 (ISBN 978-987-03-3977-9)

POR LEANDRO M. LEBENSOHN *

El dictado de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional N.º 27.449 (la “Ley de Arbitraje”) conllevó la necesidad de una obra que analice, una por una, sus disposiciones. Esa misión es la que procura llenar el libro reseñado, a través de un estudio pormenorizado de cada uno de los 108 artículos de la Ley de Arbitraje.

Así, se trata de un libro principalmente dirigido a operadores jurídicos que pretendan un conocimiento más profundo de la Ley de Arbitraje. Ante ello, la obra no se distrae en explicar conceptos básicos de arbitraje, sino que mantiene una sofisticación mayor al de un curso introductorio.

Eso nos lleva a destacar dos aspectos medulares. En primer lugar, Caivano y Ceballos Ríos tienen claro, de principio a fin, cuál es el público que leerá su libro. En tal sentido, son conscientes de que la obra será consultada principalmente por abogados con experiencia en arbitraje. Eso hace notoria una gran profusión de citas jurisprudenciales y doctrinarias para permitir profundizar el tema, lo cual seguramente será apreciado por sus lectores.

En segundo lugar, la obra incorpora ciertos aspectos prácticos sumamente útiles, no muy frecuentes en trabajos académicos editados en nuestro país. En tal sentido, corresponde elogiar el cuadro comparativo que introduce cada capítulo del libro, en el cual los autores realizan una comparación entre las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) y las de la Ley de Arbitraje.

Sentado lo anterior, la obra está organizada en veinte capítulos: los primeros dos ofrecen aspectos generales del arbitraje y el tercero, refiere a la Ley Modelo de la CNUDMI. Tras ello, los 17 siguientes se centran rápidamente en la misión específica de la obra: realizar un análisis exegético de la Ley de Arbitraje.

* Abogado, con honores, Facultad de Derecho UBA. LLM, Columbia Law School. Fundador de la Columbia International Arbitration Association. Jefe de Trabajos Prácticos, por concurso, de Derecho Internacional Privado (UBA).

En el capítulo primero, los autores resaltan ciertas nociones generales del arbitraje, destacándose principalmente las citas jurisprudenciales acerca de su reconocimiento constitucional.

A continuación, el foco es puesto en los antecedentes legislativos en la materia y sugiere el rol que debería tener el Congreso (“la ley no crea arbitraje, solo lo reconoce y lo reglamenta”, sostienen los autores como máxima). Posteriormente, los autores bucean en los antecedentes de la fuente de la Ley de Arbitraje: la Ley Modelo de la CNUDMI y recalcan su alto grado de aceptación en la comunidad internacional.

Ya a partir de la página 59, los autores comienzan el análisis exegético de la Ley de Arbitraje y, para ello, respetan el orden de cada uno de los títulos de la mencionada normativa. Así, en el capítulo 4 se tratan los artículos 1° a 6° de la Ley de Arbitraje y se aborda el ámbito de aplicación tanto material como territorial. Posteriormente, se tratan someramente las definiciones y reglas de interpretación.

Seguidamente, hay dos capítulos relativamente cortos: la recepción de comunicaciones y la renuncia al derecho a objetar y, luego, la intervención judicial. Su extensión exigua se debe —razonablemente— al mayor ahondamiento en la cuestión en páginas siguientes del libro, principalmente en el capítulo 18.

Tras ello, es el turno de las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje. Como es sabido, tal cuestión no es tratada por la Ley de Arbitraje, por lo que los autores realizan un completo análisis de las disposiciones de derecho común, principalmente el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el Código Civil y Comercial de la Nación. Luego de referir a tales disposiciones y al derecho comparado, los autores formulan una serie de reflexiones y concluyen que “la arbitrabilidad en el derecho argentino actual es un problema” y que hubieran “deseado que la ley 27.449 se ocupará de sintetizar el tema de la arbitrabilidad para aclarar este enredo”.

Como solución, los autores proponen ciertas reformas al Código Civil y Comercial (arts. 1649 y 1651) y, hasta tanto ello ocurra, someten la cuestión a la prudencia de los jueces al determinar si una materia es o no arbitrable.

A continuación, la obra desmenuza los artículos 14 a 18 y 106 de la Ley de Arbitraje para analizar todo lo referente al acuerdo arbitral. Particular atención merece el examen que los autores realizan de la forma del acuerdo arbitral y su comparación la Ley Modelo de la CNUDMI.

Por su parte, a la hora de analizar la conformación del tribunal arbitral, Caivano y Ceballos Ríos se muestran particularmente didácticos y explican en detalle ciertos aspectos espinosos y actuales como la importancia del deber de revelar. Al respecto, propician un alcance material amplio de la obligación, “dada la amplísima gama de situaciones que puede presentarse en la práctica” (p. 326).

Luego de referencias a la conformación del tribunal arbitral, el foco es puesto en dos cuestiones sobre las que se ha escrito y discutido mucho: la sepa-

rabilidad del acuerdo arbitral y el principio *kompetenz-kompetenz*. Tales temas son tratados con abundantes citas doctrinarias y jurisprudenciales del derecho comparado, resaltando su gradual incorporación en nuestro ordenamiento.

Llega el turno, luego de ello, de un tema cambiante en el arbitraje y que ha evolucionado abruptamente desde hace algunos años en las distintas jurisdicciones: las medidas cautelares en el arbitraje. Como es sabido, la Ley de Arbitraje contiene numerosas disposiciones en la materia, siguiendo en a la versión de 2006 de la Ley Modelo de la CNUDMI, que introdujo un régimen integral en la materia. Es de destacar que, a la hora de analizar las facultades cautelares concurrentes entre jueces y árbitros, los autores resaltan el poder exclusivo de los tribunales arbitrales en ciertas jurisdicciones como Perú y Brasil.

Por su parte, los capítulos 14, 15 y 16 están dedicados al proceso arbitral en sí mismo. En tal marco, se trata una de las grandes cuestiones del arbitraje: cómo congeniar la flexibilidad de las reglas arbitrales con las garantías del debido proceso. “Ello hace que, en los hechos, los árbitros gocen de amplias facultades para dirigir el proceso, lo que constituye una de las características distintivas del arbitraje. Pero esas facultades tampoco son ilimitadas: por un lado, deben sujetarse a las reglas pactadas y, por el otro, respetar los mínimos requerimientos del debido proceso legal”, tal como razonablemente puntualizan (pág. 516).

En tal marco, resulta valioso resaltar como se marcan las diferencias en la producción de la prueba en un proceso local y en un arbitraje internacional. Así, los autores refieren a las Reglas de la IBA (*Internacional Bar Association*) y al derecho comparado para puntualizar las mejores prácticas en la materia.

Por su parte, el capítulo 16 resultará ser medular en la obra y refiere al laudo arbitral en sí mismo. Allí se analizan en detalle los artículos 79 a 89 de la Ley de Arbitraje y se brinda un pormenorizado examen de la resolución más trascendente del proceso arbitral. Además de los requisitos formales, resulta destacable el análisis formulado de la exigencia de motivación y de las consecuencias originadas de su incumplimiento. Al respecto, los autores, tras mencionar distintos precedentes, toman una postura restrictiva, al considerar que no corresponde anular un laudo por falta de motivación salvo cuando “sea inexistente o cuando el defecto en el razonamiento sea tan grave y manifiesto que equivalga a su ausencia” (pág. 659).

Adentrándonos en los capítulos finales, ellos resultarán, probablemente, los más consultados por los abogados. Es que están dedicados a la impugnación judicial y al reconocimiento y ejecución judicial de los laudos.

Como es sabido, la impugnación judicial es uno de los temas más debatidos en el mundo del arbitraje y presenta un novedoso tratamiento en la Ley de Arbitraje. Al respecto, la obra realiza una completa reconstrucción del estado de situación refiriendo a los casos más relevantes resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Asimismo, analiza una por una las causales de nulidad

establecidas en la Ley de Arbitraje, desde un marco tanto teórico como práctico, ofreciendo una perspectiva cabal acerca de su funcionamiento.

Por su parte, en la sección dedicada al reconocimiento y ejecución de laudos, la obra analiza los requisitos establecidos en los artículos 102 a 105 de la Ley de Arbitraje, enfocándose principalmente en las causales de denegación del reconocimiento dispuestas por el art. 104. Efectúa también una completa e interesante referencia a los casos de reconocimiento y ejecución de laudos anulados, justificando que -en ciertos supuestos- no es una “aberración jurídica” (p. 882).

Para finalizar, la obra incorpora un completo listado de la bibliografía consultada, con más de 1400 artículos y libros referenciados.

Tras esto, cerramos esta recensión reafirmando que el libro cumple acabadamente su evidente propósito: realizar un análisis exegético completo y minucioso de la Ley de Arbitraje, dirigido a abogados, jueces y árbitros que tengan un marcado interés y, al menos, cierta experiencia en la materia. El tiempo determinará los laureles que cosechará el libro en el mundo del arbitraje, pero —indudablemente— el Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino puede aspirar a ello gracias a la profundidad de su contenido y la probada solvencia de sus autores.

IUD, CAROLINA D. CONTRATOS INTERNACIONALES EN EL
CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. BUENOS AIRES,
ALBREMATICA, 2019 (ISBN 978-987-8343-07-5)

POR RICARDO ANTONIO PINTOS * Y SERGIO ALEJANDRO REYNOSO **

La Profesora de Derecho Internacional Privado, Carolina Iud, vuelca sus amplios conocimientos y experiencia —tanto científica como profesional— en el área de los negocios internacionales en una obra que ya lleva un cuatrienio entre nuestra literatura iusprivatista internacional, pero que destaca por su plena vigencia. Ello, habida cuenta del universo creciente de casos que, en materia contractual, suelen aparecer conectados con el territorio de dos o más Estados Nacionales, más aún en virtud de los notorios avances tecnológicos experimentados en el presente siglo.

Si bien su título pareciera sugerir un abordaje de la temática limitado exclusivamente a la fuente interna, lo cierto es que en modo alguno se agota en ella, toda vez que a la par del análisis —claro y minucioso, por cierto— del Código Civil y Comercial de la Nación, la obra realiza un tratamiento de la normativa internacional en la materia, como así también de otras fuentes de derecho —no tradicionales, pero de significativa relevancia—, tales como el *soft law* o la llamada *lex mercatoria*.

Luego del prólogo —a cargo del prestigioso jurista Diego Fernández Arroyo— y la introducción —en la que la autora expresa con concisión, pero a la vez exhaustividad, los objetivos de la obra—, el libro nos presenta un total de trece capítulos. Los tres primeros dedicados al sector de la “jurisdicción internacional”; los capítulos V a VIII al “derecho aplicable”; el IX al XII a ciertos contratos en particular (consumo, trabajo, de empresas “vulnerables” y electrónicos); y el último (capítulo XIII) al instituto de la prescripción.

En lo que respecta a la jurisdicción internacional, y de conformidad con la manda constitucional prevista en el art. 75 inc. 22 —replicada por el

* Abogado. Profesor Universitario para la Educación Secundaria y Superior por la Universidad Abierta Interamericana. Docente de Derecho Internacional Privado en las Universidades de Buenos Aires (UBA), Morón (UM) y Abierta Interamericana (UAI).

** Abogado (UBA). Profesor en Ciencias Jurídicas (UBA). Docente de Derecho Internacional Privado en las Universidades de Buenos Aires (UBA) y de Morón (UM).

art. 2601 Cód. Civ. y Com.—, se analizan, en primer lugar, las principales fuentes convencionales —generales y particulares— de las que la República Argentina resulta parte, emanadas de los distintos ámbitos de codificación.

De esta manera, el capítulo I comienza con referencias a la obra montevideana —pionera de la codificación internacional de DIPr y vigente aún entre varios países sudamericanos—, para luego analizar con especial énfasis el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual (Decisión CMC 1/94), instrumento de insoslayable relevancia en la región. Asimismo, se realizan referencias a otros instrumentos internacionales en particular; a saber, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975), la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) y, en materia de contrato de transporte, el Convenio para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo Internacional (Montreal, 1999) y el Convenio de Atenas relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar (1974) y su Protocolo aprobado en Londres en 1976.

Los capítulos II y III, por su parte, se abocan a la jurisdicción internacional desde la fuente interna, en donde destaca el pormenorizado tratamiento dado a la denominada “prórroga de jurisdicción”; esto es, la posibilidad de las partes de elegir el juez o árbitro que habrá de dirimir la controversia, en aquellas materias disponibles, entre las cuales se encuentran, como regla general, los contratos internacionales. Finalmente, el apartado de la obra dedicado a la jurisdicción en la fuente nacional se cierra con el análisis del sistema subsidiario de determinación del juez competente, en donde se analizan no solo los criterios de atribución dados por el art. 2650 Cód. Civ. y Com., sino también los riesgos de la pluralidad de foros y sus mecanismos de superación —litispendencia, *forum shopping*, *forum non conveniens*—, así como el instituto del “foro de necesidad”, recepcionado por primera vez en el sistema de DIPr argentino en el art. 2602 Cód. Civ. y Com.

Idéntica metodología adopta la autora para el tratamiento del derecho aplicable, comenzando por el análisis de las fuentes internacionales (capítulo IV), en donde, sin perjuicio del estudio de las fuentes reguladoras de los contratos internacionales como categoría general y especial, destaca, sin dudas, el análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), instrumento de trascendental importancia para el comercio internacional, y al cual se dedican la mayoría de las páginas del capítulo.

Continuando con la fuente interna, el capítulo V centra su estudio en la autonomía de la voluntad, principio rector en materia de contratos, a los fines de la determinación del derecho aplicable, cuya consagración normativa encontramos en el actual art. 2651 Cód. Civ. y Com. Destaca aquí, a la par del estudio de la autonomía conflictual —expresa y tácita—, el tratamiento concedido a la denominada “autonomía material”. Esta última conlleva la facultad de las

partes de configurar el contenido normativo sustancial del contrato, pudiendo crear disposiciones contractuales que, incluso, desplacen las normas coactivas del derecho elegido o las del derecho designado por el sistema subsidiario. Pero, además, por vía de la autonomía de la voluntad material, cabe la posibilidad de que las partes incorporen al contrato, en virtud de lo dispuesto por el art. 2651, inc. “d”, Cód. Civ. y Com., la llamada *lex mercatoria* o bien reglas jurídicas de *soft law*. Tales cuestiones son abordadas por la autora de manera prolífica y con especial cuidado, constituyendo uno de los apartados más destacables de la obra.

Las normas de derecho subsidiariamente aplicables en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes, previstas en el Cód. Civ. y Com. (arts. 2652 y 2653), son estudiadas en el capítulo VI, con particular foco en los problemas de calificación generados en torno al lugar de cumplimiento, en el cual juega un rol relevante la denominada “teoría de la prestación más característica”, la que también recibe un tratamiento riguroso.

Los capítulos VII y VIII, por su parte, están dedicados al tratamiento de ciertas cuestiones que hacen a la “parte general” de la ciencia del derecho internacional privado, tales como la aplicación y prueba del derecho extranjero, así como sus limitaciones —orden público internacional y normas internacionalmente imperativas—. La incorporación de estas temáticas resulta justificada, especialmente para conocimiento de aquellos que se introducen por primera vez en la disciplina, dada su importancia para la resolución de los casos iusprivatistas multinacionales.

Los últimos capítulos del libro se dedican al tratamiento de ciertos contratos en particular, de significativa relevancia en el ámbito internacional. De esta manera, y sin perjuicio del contrato de compraventa internacional de mercaderías —cuyo abordaje se realiza, como se señaló, en el capítulo IV—, los capítulos IX a XII analizan, sucesivamente, los contratos de consumo, de trabajo, con empresas “vulnerables” —empresas en posición de “debilidad contractual”— y los contratos electrónicos. A este respecto ha de destacarse la decisión de la autora de no limitarse exclusivamente a los contratos de consumo —único contrato en particular regulado por el Código Civil y Comercial en los arts. 2654 y 2655—, sino también de ir más allá, avanzando en el estudio de otras problemáticas frecuentes y de actualidad, resultando especialmente destacable el tratamiento dado a los contratos de trabajo y electrónicos.

Finalmente, el libro concluye con un capítulo XIII, dedicado al instituto de la prescripción, el cual suele recibir un tratamiento autónomo —con normas especialmente dedicadas a la misma— en los sistemas de derecho internacional privado, tanto de fuente interna como convencional. De ahí, su incorporación al capítulo respectivo.

En suma, la estructura referida revela el intento de la autora por proporcionar una obra integral, destinada —según sus propias palabras— a quienes se acercan por primera vez al DIPr en materia contractual. Creemos que dicho

objetivo, está ampliamente cumplido. No obstante, los avezados en la materia se encontrarán también frente a una obra de gran interés, clara, completa, actualizada, y que no escapa al rigor científico que caracteriza a su autora.

Por otra parte, quien acceda a la obra encontrará también una fuente de consulta y conocimiento, no solo de la normativa vigente en nuestro país, sino también de la jurisprudencia y doctrina nacional e incluso del derecho comparado, en particular del derecho comunitario europeo, el cual ha sido inspirador de muchas de las disposiciones consagradas actualmente en nuestro sistema de derecho internacional privado. En suma, un aporte más que significativo a nuestra literatura iusprivatista internacional y de ineludible consulta para todo profesional del derecho que busque aproximarse al ámbito de los contratos internacionales o profundizar sus conocimientos.

PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

La *Revista Jurídica de Buenos Aires*, fundada en 1957 bajo la dirección del Dr. Ignacio Winizky, es una publicación bianual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que contiene trabajos de doctrina de juristas del medio local y del extranjero. En los últimos años se ha adoptado la modalidad de publicar números temáticos, bajo la dirección de un/a coordinador/a, que concentran trabajos sobre una determinada área de estudio, sistematizándolos de modo tal que el/la lector/a pueda acceder a distintas visiones al respecto.

Los trabajos presentados para su publicación deben ser originales, inéditos y no pueden postularse simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Además, deben contener aportes de singular relevancia para la disciplina. Las colaboraciones pueden ser artículos, ensayos o reseñas de libros, referidos a temas jurídicos o afines. Se recibirán textos redactados en español, portugués o inglés, o bien traducciones de trabajos escritos en lenguas extranjeras.

PROCESO DE EVALUACIÓN

Los textos recibidos serán sometidos a evaluación por pares nacionales e internacionales especialistas en la temática, en parte externos a la entidad editora, bajo la modalidad de referato doble ciego: anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación.

El proceso de evaluación consta de tres fases:

1. La Dirección y el Consejo Editorial seleccionarán, de acuerdo con los objetivos de la Revista, aquellos trabajos que resultan relevantes y oportunos para ser sometidos a evaluación y para su posible publicación.

2. Los trabajos escogidos serán enviados (bajo anonimato de los/as autores/as) a un/a evaluador/a externo/a experto/a en la temática. Desde la fecha de recepción, el/la evaluador/a tendrá 30 (treinta) días para evaluar el trabajo y devolverlo junto a su dictamen.

Los posibles resultados de la evaluación por pares son:

- a) Se recomienda su publicación.

b) Se sugieren revisiones o modificaciones para su eventual publicación posterior.

c) No se recomienda su publicación.

3. Los/as autores/as de los trabajos propuestos recibirán información, de parte de la entidad editora, acerca de los resultados del proceso de evaluación. Los/as autores/as que deban realizar modificaciones las realizarán dentro del lapso fijado por la Dirección de la Revista, quien remitirá al/a la evaluador/a correspondiente el texto modificado para su aceptación o rechazo. Una vez que se devuelva la evaluación a la Dirección, se comunicará a los/as autores/as la decisión respecto de la publicación.

REQUISITOS Y ENVÍO

1. La entrega de los artículos para el primer número de cada año se realiza en diciembre del año anterior, mientras que la de los artículos destinados al segundo número se realiza en mayo del año en curso. Todos los artículos deben tener relación con la temática específica propuesta para cada número de la *Revista*.

2. Cada número deberá contener una presentación por parte del/de la coordinador/a.

3. Los artículos deben tener como mínimo 6000 palabras y como máximo 10000, sin incluir la bibliografía.

4. Los originales deberán cumplir los requisitos aquí enumerados y observar las pautas de estilo y cualquier consulta que surja deberá remitirse a la Dirección de la Revista o al Departamento de Publicaciones.

5. Los trabajos se presentarán ante la Dirección de la Revista a través del/de la coordinador/a por correo electrónico. El archivo deberá contener, respecto de cada trabajo, los siguientes datos: nombre del artículo, nombre del/de los autor/es, fecha de finalización del documento y fecha de entrega. Los archivos deben estar en una versión actualizada de formato Word, preferentemente en sus últimas versiones.

6. Junto al artículo, los/as autores/as deberán aportar un resumen biográfico que incluya: nombre/s y apellido/s completo/s, profesión, cargo actual, afiliación institucional (con indicación del país y la ciudad donde se radica la institución), nacionalidad, teléfono, dirección postal y electrónica. Cada trabajo que se publique incluirá, al menos, una dirección de e-mail de alguna/o de sus autores/as.

PAUTAS DE ESTILO

1. El texto debe presentarse en tamaño de página A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, derecho e izquierdo de 3 cm. Debe emplearse fuente Times New Roman, tamaño 12. El interlineado debe ser simple y cada párrafo tendrá una sangría de primera línea de 1 cm. No deben emplearse espacios adicionales antes o después de los párrafos. En las notas a pie de página se colocará sangría de primera línea de 1 cm, se empleará Times New Roman, tamaño 10 y el interlineado será también simple. El texto y las notas deben estar justificados.

2. El **título** del trabajo deberá expresarse en el idioma del artículo, en mayúscula y centrado.

3. Si el artículo presentado es una traducción, esto deberá indicarse en la primera nota al pie con formato símbolo *, a continuación del título, de acuerdo con la siguiente estructura y completando los datos señalados en el modelo:

* Publicado originalmente como <título en inglés> en <fuente de donde fue extraído el artículo original>. Traducción al español realizada por <nombre y apellido del/de la traductor/traductora, cargo o profesión, lugar donde estudia o trabaja>.

4. El nombre del autor debe ubicarse debajo del título del artículo, seguido de “Por”, alineado a la derecha y en mayúscula. Allí debe incluirse una nota a pie con formato símbolo * (o ** en caso de contar con la nota del caso del punto 3) donde debe consignarse el cargo o profesión del/de la autor/a y una breve referencia académica indicando cargo docente (si corresponde) e institución. Asimismo, pueden incluirse agradecimientos del/de la autor/a.

5. A continuación debe incluirse un **resumen** del trabajo que no exceda de 250 palabras (en notas y trabajos breves bastará con 100 palabras) y un **listado de cinco palabras clave**. Los títulos “Resumen:” y “Palabras clave:” serán en negrita y su texto en cursiva y ambos con sangría de primera línea de 1 cm. Deberán expresarse en el idioma del artículo.

6. Inmediatamente después, debe colocarse la traducción al inglés del título del artículo en mayúscula, centrado y debajo de este el resumen traducido al inglés (Abstract) junto con las palabras clave (Keywords) con similar pauta de estilo.

7. Las fuentes empleadas deberán especificarse correctamente mediante el empleo de **referencias bibliográficas**, así como en el **listado de bibliografía**. Deberán seguirse las siguientes indicaciones:

7.1. Las citas directas que superen (aproximadamente) los 330 caracteres se escribirán en párrafo aparte, separadas por un espaciado superior y uno inferior del cuerpo, sin interlineado, en tipografía redonda (sin comillas ni cursivas), justificadas y con sangría de 2.5 cm, izquierda y derecha. Las citas directas con menos de 330 caracteres, en cambio, respetarán el formato del cuerpo del texto, consignándose entre comillas y en tipografía redonda.

7.2. Se deberán incluir a pie de página las notas y referencias bibliográficas. Estas deberán realizarse de la siguiente manera: los apellidos del/de la autor/a irá en mayúscula, el nombre en minúscula, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido de la ciudad de publicación (en castellano), la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Si se trata de un artículo, el título irá entre comillas y el nombre de la revista en cursiva. Si se trata del capítulo de un libro colectivo, el título irá en comillas, seguido del apellido y nombre de las/os editores/as del volumen, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido del lugar de publicación, la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Los textos provenientes de páginas web deberán indicar luego del título la indicación de la procedencia y la fecha de última consulta.

A modo de ejemplo:

Libros

FOUCAULT, Michel, *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

Artículos de Revistas

MUÑOZ BRAVO, Tomás, “Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, N° 119, México, UNAM, mayo-agosto de 2014, pp. 87-116.

Capítulos de libros

BOTHE, Michael, “The WHO Request”, en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

Material de internet

ZEGVELD, Liesbeth, “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, disponible en <<http://www.cicr.org>> (consultado el 4/2/2007).

7.3. Al final del documento se incluirá un listado de bibliografía, incluyendo todas las fuentes consultadas para la elaboración del trabajo presentado, conforme a las pautas de estilo mencionadas.

8. Elementos complementarios:

8.1. Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y numerarse consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.). Deben estar acompañadas por la fuente y el título. Los archivos originales en formato Microsoft Excel o en programas de gráficos deberán enviarse adicionalmente en un archivo digital separado.

8.2. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los requisitos de numeración, fuente y título mencionados. Deberán tener una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando no fueran obra del/de la autor/a del artículo, se requiere que se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.

8.3. En el caso que sea necesario, los elementos complementarios que integran el documento serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con la Dirección de la Revista.

9. Los títulos y subtítulos del texto deben respetar la siguiente jerarquía:

TÍTULO GENERAL (Mayúscula y centrado)

Por NOMBRE AUTOR

Resumen:

Palabras clave:

TÍTULO GENERAL EN INGLÉS (Mayúscula y centrado)

Abstract:

Keywords:

INTRODUCCIÓN (Mayúscula y centrado)

1. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

1.1. *Subtítulo (cursiva, sin sangría y en minúscula)*

1.1.1. *Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)*

1.1.2. *Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)*

2. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

CONCLUSIONES (Si hubiera, mayúscula, centrado)

BIBLIOGRAFÍA (Mayúscula, centrado)

DERECHOS DE PUBLICACIÓN

El envío de un trabajo para su publicación implica, por parte de su autor/a, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la Revista. Los originales entregados no serán devueltos.

Los/as autores/as, al postular un trabajo para su publicación, ceden todos los derechos de distribución y difusión de los contenidos de los mismos al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA). La recepción de un trabajo para su evaluación no implica asumir un compromiso de publicación.

Para enviar trabajos, realizar consultas sobre las pautas de estilo o acercar sus dudas, puede contactarnos a: dpublica@derecho.uba.ar

GUIDELINES FOR THE SUBMISSION OF ARTICLES

The “Revista Jurídica de Buenos Aires”, created in 1957 under the direction of Dr. Ignacio Winizky, is a biannual publication of the School of Law of the University of Buenos Aires, which comprises the works of national and foreign scholars. In the last years, each issue —under the direction of different coordinators — has focused on specific subject areas, collecting relevant articles and systematizing them, thus allowing the reader to be familiarised with diverse views.

Works submitted for publication must be original, previously unpublished and not under consideration for publication elsewhere. In addition, they should make a particularly relevant contribution. Articles, essays and book reviews on legal and related issues are welcome. They may be written in Spanish, Portuguese or English. Translations are also considered.

EVALUATION PROCESS

All works will be subject to double blind peer review conducted by national and international experts in each subject, some of them acting as external reviewers. Authors and reviewers remain anonymous during the evaluation process.

The evaluation process has three stages:

1. The Director and Editorial Board will decide, in accordance with the journal’s objectives, which articles are relevant and appropriate for evaluation and possible publication.
2. The selected articles will be sent — preserving the author’s anonymity — to an external reviewer with expertise in the subject. Since the reception of the article, the reviewer will have 30 (thirty) days to evaluate it and communicate his/her opinion.

The possible results of the peer reviewing process are:

- a) Recommendation of publication.
- b) Suggestion of revisions or modifications for possible publication.
- c) Recommendation of rejection.

3. The author/s of the articles will receive information from the editors on the results of the evaluation process. Those authors who are required to revise or modify the submitted text must comply with the time frame established by the Director of the journal, who will send the modified article to the peer reviewer for its acceptance or rejection. Once the peer reviewer has provided his/her opinion to the Director, the final decision will be informed to the author/s.

REQUIREMENTS AND SUBMISSION

1. The submission of articles to be published in each year's first issue of the journal will take place in December of the previous year. The submission of articles to be published in the second issue will take place in May. All works must be related to the specific subject area of each issue.

2. Each issue will have a presentation by its coordinator.

3. Articles must have between 6,000 and 10,000 words, without including bibliography.

4. Manuscripts must comply with this list of requirements and with the style guidelines. Any inquiry can be addressed to the Director of the journal or to the Department of Publications.

5. Articles must be submitted to the journal's Director via email to the issue's coordinator. The document must contain the following information: title, author/s' name, date of completion and date of submission. It is recommendable to use the latest versions of Microsoft Word.

6. Along with the manuscript, the author/s must also submit a **short bio** including: name, surname, profession, current position, institutional affiliation (including city and country of the institution), nationality, telephone, address and email. All published works will include the email address of at least one of the authors.

STYLE GUIDELINES

1. The page size of the document must be A4, with top and bottom margins 2,5 cm and side margins 3 cm. Times New Roman font, size 12 must be used. Single line spacing must be used, and the first line in each paragraph shall have 1 cm indentation. No additional space before or after each paragraph should be included. Footnotes shall also have 1 cm indentation in the first line, employing Times New Roman, size 10, and single line spacing. The text and footnotes must be justified.

2. The article's **title** must be in the language employed in the article, in capital letters and centred.

3. If the submission is a translation, it must be indicated in the first footnote using the symbol * after the tile, and the following structure must be employed, completing the relevant information:

*Originally published as <title in the original language> in <source of the original piece>. Translation into Spanish/English/Portuguese by <name and surname of the translator, profession or current position, institutional affiliation>.

4. The author/s' name should be centred under the title of the article, after the word "By", aligned to the right and in capital letters. A footnote should be placed there, using the symbol * (or ** in case the piece also includes the footnote mentioned in guideline 3), which must include the author/s' current position or profession and a brief academic reference, including current academic position (if any) and institutional affiliation. Acknowledgments may be included there.

5. Afterwards, an **abstract** of no more that 250 words (in the case of short articles, abstracts can be of 100 words) and **five keywords** must be included. The titles "Abstract" and "Keywords" must be in **bold** and the text of the sections in *italics*. Both sections must use 1 cm indentation in the first line. They shall be in the language employed in the article.

6. Immediately after, the piece shall include a translation into Spanish of the article's title, in capital letters and centred. Underneath, the abstract and the keywords should be translated into Spanish, employing the same style guidelines as in the original language.

7. The sources employed for the article must be correctly included in **bibliographical references** and in the **list of bibliography**. The following indications are to be followed:

7.1. Direct Quotations that are 330 characters or more must be included in a new paragraph, separated by double space from the previous and following text of the main body. It shall use single line spacing, be written in normal font (without quotation marks nor italics), justified, and with 2.5 cm left and right indentation. Direct quotations under 330 characters will have the same format as the main body, with quotations marks and without italics.

7.2. Notes and bibliographical references must be included as footnotes. Bibliographical references must include, in the following order: surname of the author/s in capital letters, name in lower case letters, book titles in italics without quotation marks, city of publication (in Spanish), editorial house, year of publication, page number/s. If it is an article, the title will be between quotation marks and the name of the journal in italics. If it is a book by multiple authors, the title of the chapter will be between quotation marks, followed by surname and name of the volume's editors, book title using italics without quotation marks, followed by city of publication, editorial house, year of publication, and

page number/s. When citing articles from websites, the domain and date of last access shall be included after the title.

For example:

Books

FOUCAULT, Michel. *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

Articles in Journal

MUÑOZ BRAVO, Tomás “Política migratoria en Argentina como respuesta a Las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, num. 119, México, UNAM, may.-aug. 2014, pp. 87-116.

Book Chapters

BOTHE, Michael. “The WHO Request”, in BOISSONDE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

Websites

ZEGVELD, Liesbeth. “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, available at <<http://www.cicr.org>> (last access 4-02-2007).

7.3. At the end of the document, a list of bibliography shall be included, listing all sources consulted for the drafting of the article, in accordance with the aforementioned style guidelines.

8. Additional elements:

8.1. Tables and figures must be included within the text and be consecutively numbered (figure 1, chart 1, etc.). They must be accompanied by their source and title. Original files in Microsoft Excel format or graphics programs should also be sent as separate digital files.

8.2. Photographs and images must comply with the same requirements and have a resolution of 300 dpi or higher. When they do not belong to the author of the article, an authorization for its reproduction by the rights holder is required.

8.3. If necessary, additional elements which are a part of the document will be submitted in the format agreed upon with the Director of the journal.

9. Titles and subtitles must respect the following format:

TITLE (Capital letters and centred)

By NAME OF AUTHOR/S

Abstract:

Keywords:

TITLE IN SPANISH (Capital letters and centred)

Resumen:

Palabras clave:

INTRODUCTION (Capital letters and centred)

1. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

1.1. Heading (italics, no indentation, lower case letters)

1.1.1. Heading (italics, no indentation, lower case letters)

1.1.2. Heading (italics, no indentation, lower case letters)

2. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

CONCLUSIONS (If any, in capital letters and centred)

BIBLIOGRAPHY (Capital letters and centred)

PUBLICATION RIGHTS

The submission of a manuscript for publication entails the author/s' authorization to reproduce it in any media or form, whenever the journal considers it appropriate, except in the case of express withdrawal.

By submitting an article for publication, the author/s assign/s all the rights of distribution and public display of its contents to the Department of Publications of the School of Law of the University of Buenos Aires. The reception of a manuscript does not entail any publication commitment.

For further information, inquiries and to submit manuscripts, please contact us: dpublica@derecho.uba.ar.