

Doctrina

El derecho internacional privado hoy y sus nuevos desafíos



María Elsa Uzal

Escribana y Abogada (USAL). Doctora en Derecho (UBA). Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho (UBA – Univ. San Isidro “Dr. Plácido Marín” – USAL). Profesora de posgrado DIPr. en diversas universidades del país. Académica titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Factores que han influido en los diversos enfoques exhibidos por el DIPr. a lo largo del tiempo.— III. Los actuales y los nuevos desafíos. La complejidad de los paradigmas de la época.— IV. La particular protección de las situaciones de vulnerabilidad. El medio ambiente. Derecho material uniforme y la cooperación internacional.— V. Los contratos en la era global.— VI. El efecto disruptivo de las nuevas tecnologías. De la segunda revolución industrial al metaverso. Las conductas desviadas y los ciberdelitos.— VII. Las nuevas tecnologías disruptivas: un desafío para el DIPr. — VIII. Como corolario.

I. Introducción

1.1. La situación del DIPr. en un veloz pantallazo

A lo largo de los años hemos enseñado que el DIPr. procura, como rama del derecho, *ordenar normativamente las soluciones justas de los casos iusprivatistas multinacionales*, remarcando que es de insoslayable consideración abordar el estudio conjunto del contexto jurisdiccional que cada situación impone (nacional, internacional o supranacional), pues ese contexto condiciona la solución de fondo del problema a resolver dada la estrecha relación entre jurisdicción y derecho aplicable —relación *ius-forum*— (1).

La complejidad de estos casos ha obligado a la doctrina a una particular reflexión sobre los métodos que han de permitir lograr ese ambicioso objetivo y nos hemos convencido en el tránsito por la Cátedra, de que el pluralismo metodológico y el pluralismo normativo, con su actual enfoque, amplio y flexible, aparecen, al presente, como las herramientas más eficaces para lograr ese propósito.

El pluralismo es el resultado de una síntesis obtenida a través de las diversas respuestas elaboradas a lo largo del tiempo por la doctrina del DIPr. y la jurisprudencia de los tribunales. ¿Cómo se ha llegado a esa síntesis?

Remontando el hilo de la historia, encontramos el unilateralismo abogando por aplicar a los casos con elementos extranjeros las soluciones de la *lex fori*, la ley territorial, a tra-

vés de la delimitación de su ámbito de aplicación espacial, esta línea de ideas se mantuvo visible a través de tiempo, en la versión estatutaria feudal (Azo, Acursio, Aldrico, Hugolino), en el universalismo positivista del s. XIX (von Wachter), en el universalismo espacialista y territorialista del S. XX (Rundstein, Pilenko), en el *forismo* de Albert Ehrenzweig durante la “revolución americana” (2).

De otro lado, en el siglo XIX, con Savigny y su *Sistema del Derecho Romano Actual*, aparece en el escenario, el llamado *conflictualismo clásico*, que partía de la idea de que el derecho privado interno de los países que pertenecen a la “comunidad de naciones civilizadas” era intercambiable y que ante la necesidad de dar respuesta a la internacionalidad del caso, cabía el desarrollo de un consenso internacional, consuetudinario, para la *elección indirecta, de un modo neutral, de un mismo derecho nacional*, para solucionar los casos de la misma naturaleza, a partir de la conexión de una circunstancia relevante en ellos, que guardara estrecha vinculación con la relación jurídica de que se trate, donde podía ubicarse la “sede” (*sitz*) del caso, de modo tal que se justificaba, a través de ella, localizar un derecho “nacionalizara” el caso en un país y le atribuía la solución de su derecho interno. Esta idea, seguida luego por una fuerte corriente (Jitta, Mancini, Laurent, Weiss, Wolff, Goldschmidt) propiciaba que la solución de los casos fuese, una y la misma, cualquiera fuere el país en el que el caso se plantease, lográndose así una *armonía internacional en las soluciones* desde la perspectiva, común y coincidente, de los derechos internos de fuente nacional.

Aparecen así las normas de conflicto, *indirectas, neutrales*, pero con elecciones rígidas, del *derecho internacional privado clásico, similares en los derechos de fuente interna* de los diferentes países. con las que se hacen grandes esfuerzos para lograr soluciones uniformes.

Luego, ante la evidencia de la dificultad de aquella aspiración, en muchos casos ilusoria, pues subsistían soluciones nacionales divergentes que se sumaban al fraccionamiento jurisdiccional, un número creciente de organizaciones internacionales especializadas, abordó la idea de obtener la unificación de soluciones y a través de ellas se fueron elaborando *normas de conflicto uniformes en fuentes de nivel internacional*, mediante intentos de codificación, convenciones especiales y otros instrumentos similares que, con el tiempo y también al son de los movimientos de integración, han generado una proliferación de fuentes normativas, con *diferentes niveles de ordenamientos jurídicos*: horizontales, verticales, bilaterales, multilaterales, *con la debilidad que trae consigo una yuxtaposición de diferentes fuentes y normas, a veces contradictorias*.

Asimismo, el horizonte de soluciones posibles de los casos de la materia se fue enriqueciendo con la especialidad de las *normas materiales*, que prescinden del método de elección, para *crear soluciones directas o de fondo, sustanciales*, especialmente aplicables a los casos previstos (Miaja de la Muela, von Overbeck, Wengler, Kegel). También surgió la apreciación de la existencia de las llamadas, *normas de policía, de aplicación inmediata o internacionalmente imperativas* (Wengler,

(2) Véase VISCHER, F., “General Course of Private International Law”, *Recueil des Cours*, 1992,1-37; EHRENZWEIG, A., “Specific Principles of Private International Law”, *Recueil des Cours*, 1968.



LA LEY A.I.
(Análisis Inteligente)
by TR + Microsoft Copilot
Continúa el A.I. en p. 2

¿Cuáles son los 5 puntos principales de esta doctrina?

1.- La autora explica que el derecho internacional privado busca ordenar normativamente las soluciones justas de los casos iusprivatistas multinacionales, teniendo en cuenta el contexto jurisdiccional que cada situación impone (nacional, internacional o supranacional), y la relación entre jurisdicción y derecho aplicable (relación *ius-forum*). Señala que el pluralismo metodológico y normativo, con su enfoque amplio y flexible, aparece como la herramienta más eficaz para lograr ese propósito y que el pluralismo es el resultado de una síntesis obtenida a través de las diversas respuestas elaboradas a lo largo del tiempo por la doctrina y la jurisprudencia.

2.- Además, hace un recorrido histórico por las distintas concepciones y métodos del derecho internacional privado, desde el unilateralismo hasta el sustancialismo. La autora explica las ventajas y desventajas de cada método, y cómo se fueron elaborando normas de conflicto uniformes en fuentes de nivel internacional, mediante intentos de codificación, convenciones especiales y otros instrumentos similares. Asimismo menciona la aparición de las normas materiales, que prescinden del método de elección, para crear soluciones directas o de fondo, sustanciales, especialmente aplicables a los casos previstos. También se refiere a las normas de policía, de aplicación inmediata o internacionalmente imperativas, con las que los Estados se reservan la facultad de resolver el caso mediante la autoelección de las soluciones del propio derecho interno.

3.- Analiza las principales categorías y conceptos del derecho internacional privado, como las normas de conflicto, las normas materiales, las normas de policía y la relación *ius-forum*. Las normas de conflicto son aquellas que determinan el derecho aplicable a una relación jurídica privada con elementos extranjeros, mediante una conexión o punto de contacto con un ordenamiento jurídico. Las normas materiales son aquellas que establecen directamente el contenido o la solución sustancial del caso, sin remitir a otro

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Disertación de incorporación de la Dra. María Elsa Uzal a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires 13-4-2023.

(1) Coincidíamos en ello con las enseñanzas del Profesor

Dr. Antonio Boggiano, cuya cátedra integramos en UBA muy largos años. Véase: BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional privado”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 16 y ss.; UZAL, María Elsa, “Derecho Internacional Privado”, La Ley, Buenos Aires, p. 1-4.

Nota a fallo

Reflexiones sobre responsabilidad y descentralización

Nicolás Diana

13



CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

Continuación del A.I. de p. 1

ordenamiento jurídico. Las normas de policía son aquellas que expresan un interés público o social tan relevante que prevalecen sobre cualquier otro derecho aplicable al caso. La relación *ius-forum* es la relación entre jurisdicción y derecho aplicable, que condiciona la solución del caso según el foro en el que se plantee.

4.- Identifica los desafíos actuales del derecho internacional privado, como la diversidad de fuentes y niveles de ordenamiento jurídico, la coordinación entre ellos, la armonización o unificación de soluciones, la protección de los derechos humanos y fundamentales, la tutela efectiva del acceso a la justicia, la cooperación judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, la adaptación a los cambios sociales y tecnológicos, y la búsqueda de soluciones justas y equitativas para los casos con elementos extranjeros.

5.- Concluye que el derecho internacional privado es una disciplina dinámica y compleja, que requiere un constante análisis crítico y una actualización permanente. Sostiene que el pluralismo metodológico y normativo es una respuesta adecuada a los desafíos actuales del derecho internacional privado, siempre que se oriente por los principios y valores que inspiren el ordenamiento jurídico global. La autora invita a seguir reflexionando sobre el derecho internacional privado del presente y sus nuevos desafíos.

¿Cuál es el tema jurídico debatido?

El tema jurídico debatido en la doctrina es el derecho internacional privado, que es la rama del derecho que se ocupa de los conflictos de leyes, de jurisdicción y de reconocimiento de sentencias entre sujetos privados de diferentes Estados. El artículo expone los desafíos actuales del derecho internacional privado, como el pluralismo metodológico y normativo, la diversidad de fuentes y niveles de ordenamiento jurídico, y la necesidad de soluciones justas y armoniosas para los casos con elementos extranjeros. Hace un recorrido histórico por las distintas concepciones y métodos del derecho internacional privado, desde el unilateralismo hasta el sustancialismo, y analiza las principales categorías y conceptos de esta disciplina, como las normas de conflicto, las normas materiales, las normas de policía y la relación *ius-forum*.

¿Dónde encontrar más información en línea sobre el tema?

Derecho internacional privado, de Antonio Boggiano.

Es un libro que expone los principios y las normas del derecho internacional privado, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, con especial atención al derecho argentino y al derecho comparado. El libro aborda temas como las fuentes, los métodos, la jurisdicción, el derecho aplicable, los derechos humanos, la integración regional y la cooperación judicial.

[“Fuentes del derecho internacional privado en el sistema jurídico argentino: jerarquía normativa y su interpretación jurisprudencial” de Adriana Margarita Porcelli](#)

Este artículo analiza la jerarquía normativa adoptada por la Constitución y el Código Civil y Comercial, vigente desde agosto de 2015, y la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro de las fuentes del Derecho Internacional Privado argentino.

[“El *forum actoris* en el Derecho Internacional Privado argentino” de Luciana Scotti y Leandro Baltar.](#)

Este artículo aborda el *forum actoris* en el Derecho Internacional Privado argentino.

Zweigert, Phocion Francescakis) y su consecuente elaboración conceptual en la doctrina. Con ellas, los Estados, en cuestiones de especial relevancia, por su interés social, político o económico se reservan la facultad de resolver el caso mediante la *autoelección, de las soluciones del propio derecho interno*, a través de normas de *estructura indirecta, de elección*, pero del propio derecho, por ende, *unilaterales* y no, neutrales.

¿Era posible *con todas ellas construir un mismo sistema de derecho internacional privado*, teniéndolas como parte integrante de las soluciones posibles de los casos iusprivatistas multinacionales?

Esa fue la síntesis que desembocó en el *pluralismo metodológico* plasmado por Henry Batiffol en su memorable *Curso General* de la Academia de La Haya de 1973 (3) y luego en el *pluralismo metodológico y normativo* introducido, laboriosamente, entre nosotros, por Antonio Boggiano, desde la década de los años setenta en el siglo pasado (4).

Es de remarcar que hablamos de pluralismo y no, de pluralidad, pues se alude a la necesaria construcción de un sistema, de un orden y no, de una simple coexistencia de normas, es que se aprehenden las cuestiones de derecho internacional privado, con una multiplicidad de relaciones lógicas, a través de reglas que permiten articular diversos niveles jurídicos (jerárquicas, de causa y efecto, de primacía, de especialidad, de subsidiariedad, de armonización y adaptación, de reenvíos prejudiciales).

De este modo, se presenta el DIPr. como un sistema de reglas ordenadas con pautas de cooperación, convergencia y flexibilización, con consistencia y coherencia, que deben conducir, bajo el enfoque del pluralismo, a un resultado superador de los eventuales conflictos entre diferentes niveles de ordenamientos jurídicos: horizontales, verticales, bilaterales, multilaterales, pero también, entre diferentes niveles de jurisdicciones y de la yuxtaposición de diferentes fuentes y normas.

El logro de esa coherencia sistémica es, pues, uno de los objetivos del DIPr., de ahí que nuestra disciplina que se haya visto transformada así, actualmente, en un ordenamiento entre ordenamientos (5).

Es de reiterar el importante rol que llevan adelante en este esquema de ideas, las organizaciones internacionales especializadas (Conferencia de La Haya, Organización de las Naciones Unidas: Uncitral o CNUDMI, UNIDROIT, CIDIP, OIT, entre muchas otras) que trabajan incansablemente en la unificación de soluciones conflictuales y materiales en diversas áreas del derecho internacional privado, a través de la elaboración de instrumentos internacionales de *hard law* —tratados y convenciones— y de *soft law* —sistematizaciones de Principios, como los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2010-2016), o los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales (2015), las Reglas de Crédito

(3) BATIFFOL, Henry, “Pluralisme des methodes en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1973-II, ps. 83 y ss.

(4) Véase la reseña que efectuamos en UZAL, María Elsa, ob. cit. ps. 4-19.

(5) GAUDEMET-TALLON, H., “Cours Général de Droit International Privé”, *Recueil des Cours*, 2005, ps., 24 y ss.; BATIFFOL, Henry, “Pluralisme des methodes en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1973-II-ps., 83 y ss.; RIGAUX, F., “Droit International Privé”, 1987, ps. 1 a 24; VAN GERVEN, Walter, “Plaidoirie pour une nouvelle branche du droit: le “Droit des conflits d’ordres juridiques” dans le plongement du droit des conflits de règles”, *Recueil des Cours*, 2010-gs, pág.17 y ss.; BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional privado”, *La Ley*, 2017, 6ª ed., t. I, ps. 1 y 2.

(6) Artículo 2602 CCyC. Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, estos pueden intervenir,

Documentado, las Reglas York-Amberes, los Incoterms, Leyes Modelo, Guías de mejores prácticas, Guías de incorporación legislativa para la gestión de instrumentos internacionales elaborados por las mismas organizaciones internacionales, etc.

I.2. La insoslayable valoración del contexto jurisdiccional

En todo este escenario, propio del derecho de fondo, se suma y acompaña como componente central del estudio del DIPr., junto con el enfoque del pluralismo metodológico y normativo, la valoración del contexto jurisdiccional de los problemas a resolver, como factor determinante de la búsqueda de las soluciones de los casos iusprivatistas multinacionales por la ya señalada e inescindible vinculación, *ius-forum*.

Ello ha traído consigo la incorporación del estudio del derecho procesal internacional junto con el derecho internacional privado de fondo, no solo en la clásica consideración de los criterios nacionales de atribución de la jurisdicción internacional, cuanto, en la implementación, cada vez más creciente, de la cooperación internacional, estableciendo esos criterios como mandatos, no ya de fuente interna y sino acordados en la fuente convencional.

La cooperación internacional adquiere cada vez más, un rol relevante en sus diversas formas y grados: *auxilio procesal internacional, cooperación cautelar, reconocimiento y ejecución de sentencias* —véanse arts. 2603, 2604, 2610, 2611 y 2612 CCyC y arts. 517 a 519 CPCyC—.

Además, se advierte una especial preocupación por asegurar el acceso a justicia, a la jurisdicción y por lograr una ampliación de los medios de acceso a justicia. En esa línea de ideas, debe repararse en el foro de necesidad recogido en las previsiones de nuestro art.2602 CCyC (6) y en los principios del *forum non conveniens* del derecho americano, que reposa en las ideas de justicia, economía procesal y conveniencia.

También en la línea de ampliar las vías de solución de conflictos, junto con las jurisdicciones estatales, se hallan, los medios alternativos de solución de controversias: los buenos oficios, la mediación, la conciliación y especialmente, el fortalecimiento del arbitraje (ley 27.449 de arbitraje comercial internacional) (7).

Ha sido determinante también el ámbito convencional en esta materia, la labor de organizaciones internacionales especializadas [Conferencia de La Haya, ONU, UNCITRAL, OEA, CIDIP, UNIDROIT, ASADIP (8), entre otras], así como la actividad legisferante de los organismos competentes dentro de los espacios integrados (UE, Mercosur, ALALC, etc.). La cooperación internacional adquiere un rol relevante, como instrumento muy efectivo para posibilitar la solución de conflictos a través de la cooperación entre autoridades judiciales y administrativas, claro: los mecanismos en

excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantiza el derecho de defensa en juicio y se atiende a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

(7) Véase: UZAL, María Elsa, ob. cit. ps. 343 a 440; Uzal María Elsa La internacionalidad, la arbitrabilidad y el derecho aplicable en la nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. N. Extra 292-2018 ps. 619-645.

(8) Véanse como un muy interesante aporte de soft law: Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS), aprobados por la Asamblea de la ASADIP, en su reunión celebrada en Buenos Aires, el 12 de noviembre de 2016.

(9) Véase en este punto en detalle: KINSCH, Patrick, “Le

materia de cooperación para obtener la restitución de menores en el marco de la *Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* del 25 de octubre de 1980 (arts. 6 y 7); los mecanismos de cooperación judicial de aplicación entre países que han adoptado en su derecho interno las soluciones de la ley Modelo de UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza de 1997, etc.).

II. Factores que han influido en los diversos enfoques exhibidos por el DIPr. a lo largo del tiempo

II.1. El DIPr. ¿es funcional al contexto político y a las condiciones socioeconómicas de su tiempo y del sistema jurídico al que pertenece?

II.1.a. La transición del enfoque clásico. El estado de bienestar

Dentro del enfoque clásico, que distingue derecho público del derecho privado, es claro que el derecho internacional privado, se integra como rama dentro del derecho el derecho privado, sin embargo, aquel criterio tradicional que se resistía, con un criterio minimalista, a cualquier posibilidad de interferencia entre ellos, hoy se ve superado. Es que no puede negarse, pues aparece con evidencia, que el orden jurídico conforma un todo y que las soluciones del derecho privado se ven atravesadas, en mayor o menor medida, por consideraciones de la política y por directivas y lineamientos del derecho público y, aunque no quepa afirmar que “todo es político”, hay una efectiva interferencia de intereses públicos y políticos, en los contenidos del derecho privado y, por ende, en el DIPr. e incluso en sus cuestiones de técnica legislativa.

Es así como, se pueden distinguir los sistemas de derecho internacional privado de los países democráticos que priorizan el apego a la ley y a las decisiones de los jueces, del derecho internacional privado de los de estados totalitarios o fuertemente ideologizados, mucho más tecnocráticos y con fuertes interferencias gubernamentales.

El derecho internacional privado clásico de cuño savigniano, con sus elecciones neutrales y rígidas, que ya describimos, respondía a un modelo apolítico, conceptualista, en el que las nuevas reglas de derecho se desarrollaban a partir de conceptos preexistentes, que sostenía no contaminarse con consideraciones políticas, aunque, es claro, que su estructura respondía a un modelo social liberal subyacente, propio del siglo XIX, basado en la libertad y la tolerancia en las relaciones humanas (9).

Con el devenir del siglo XX, las modificaciones en la vida económica y social, la industrialización, los cambios en la función del estado y su interferencia en la vida civil, las migraciones, los cambios de paradigmas en la vida familiar, entre otros muchos cambios, influyeron en el DIPr. con debates de mayor incidencia política, que se reflejaron a través de transformaciones en la apreciación de los puntos de conexión clásicos para la elección del derecho aplicable (10) y la introducción

rôle du politique en droit international privé (Cours Général)”, *Recueil des Cours*, 2019 T.402 ps., 37 y ss. cuyo esquema general de planteo compartimos en este punto del trabajo.

(10) Por ej. en cuestiones de estatuto personal se pasó, del predominio del punto de conexión domiciliario -propio del feudalismo, de la escuela estatutaria y del Antiguo Régimen- a la nacionalidad (Mancini), pues el nacionalismo era la idea que se promovía en el plano político y como parte del derecho a mantener la identidad cultural y, luego, se pasó a la residencia habitual, punto de conexión que responde a una política de libre circulación de personas y a una idea de no discriminación en razón de la nacionalidad, idea que aparece por primera vez en 1900, para el caso de menores, en 1924 en el caso de apátridas, y es usada recurrentemente por la Conferencia de La Haya, a partir de la Convención de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias respecto de menores

de nuevos desarrollos, al son de las ideas liberales aparece fortalecido el principio de la autonomía de la voluntad, que va a asumir un rol central en el sistema, con la consecuente creación de soluciones materiales, especiales, en los contratos.

II.1.b. Las nuevas ideas y la flexibilización. El rol del Estado

Resultado de estas nuevas tendencias, surge a una visión crítica de la rigidez de la norma de conflicto y de la sistemática referencia a ella.

En Estados Unidos, el método conflictualista clásico, seguido por el primer *Restatement of Law of Conflict of Laws* publicado por el American Law Institute en 1934 y en doctrina, muy especialmente, por Joseph Beale, sufrió el embate de una fuerte evolución general de las ideas luego de la Primera Guerra. Junto con el *New Deal* y su programa de políticas intervencionistas (11), una nueva generación de juristas, nuevas designaciones judiciales y la hegemonía intelectual de la *escuela del realismo legal* (Roscoe Pound) sirvieron de marco, promediando el siglo XX, a los embates de la llamada *“revolución americana”* (Lorenzen, Cook, Cavers, Reese), que se alzó *contra el método conflictual tradicional*, tildado de mecánico y formalista, priorizando las estrechas vinculaciones *“del caso”* a resolver, con determinados sistemas jurídicos, más allá del derecho elegido en la norma de conflicto.

En la doctrina aparecen las *conexiones flexibles* (12), *las agrupaciones de conexiones*, como base del criterio de valoración, para hallar las soluciones en los derechos que guardasen las más estrechas relaciones de proximidad con el caso concreto y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos (13), se admitió específicamente, la posibilidad de los Estados de hacer prevalecer *los intereses públicos, sus intereses gubernamentales*, sobre la aplicación de sus leyes, es decir, las razones de significación política (*policy*) frente a las reglas ordinarias de determinación de la ley aplicable. Se adoptó el *método del análisis de intereses*, como método general de solución material del conflicto de leyes, el cual, se ha observado que responde a la evolución política y de pensamiento instalada en la intelectualidad americana y no, a la dinámica interna del derecho internacional privado (14).

Estos procesos de cambio se evidenciaron con fuerza, también, en Europa, donde se extendieron y llevaron, como consecuencia, a la *crisis del conflictualismo* en ese ámbito (De Nova, Kegel) y a la necesidad de introducir un razonable grado de flexibilización en las reglas de conflicto, la Conferencia de La Haya, con su imponente de universalidad, tuvo una significativa participación en la adopción de estos nuevos enfoques (15). Sobreviene como reacción consecuente, la revalorización de un *conflictualismo ampliado*, donde la norma de conflicto neutral conserva su rol de norma general del sistema de soluciones, pero admitiendo la posibilidad de ciertos criterios flexibilizadores (aparecen las *cláusulas escapatorias o de excepción*).

Adquieren relevancia, junto con la autonomía de la voluntad, los principios de razonabilidad y proximidad, que llevan a valorizar los “contactos razonables” del caso con los siste-

mas jurídicos más estrechamente relacionados.

Con el surgimiento del *Estado benefactor o Estado de bienestar*, se sostuvo que debe priorizarse el rol del Estado en el ejercicio de la función pública, a través de la intervención en la economía y en la sociedad, adoptando decisiones y acciones, con el fin de satisfacer las necesidades básicas de la población a través de la redistribución de la riqueza y la inversión del gasto público en la mejora de aspectos sociales, como la educación, la salud, la seguridad social y la protección del trabajo, estas ideas también influyeron en los contenidos del DIPr.

Si bien en el DIPr. clásico, como consecuencia de las soluciones del derecho civil tradicional era reconocida de antaño la protección de la *parte débil* en casos de consentimiento viciado, error, intimidación, fraude, por ejemplo, si bien con pocas reglas de conflicto o materiales específicas (mayoría de edad: arts. 138 y 139 Cód. Civil velezano, por ej.), como consecuencia del *estado de bienestar*, aparece fortalecido en la legislación en general y también en el DIPr. el concepto de *parte débil*, pero ya, como *categoría jurídica*.

Ello se evidenció en el ámbito de la negociación contractual, corrigiendo las relaciones asimétricas, las consecuencias de las condiciones dominantes en el mercado, los déficits de información en los contratos en general; en el ámbito de los contratos de trabajo, de las relaciones laborales multinacionalizadas y en la creciente importancia del ámbito de la protección a los consumidores, en particular, en su rol de consumidores pasivos; entre otros casos.

II.1.c. El rol del orden público

En el DIPr. clásico, aparecía ya el concepto de *orden público*, funcionando como *cláusula general de reserva* de la legislación (Zitelmann), representando el mecanismo de salvaguarda de la *lex fori*.

Es en la noción de *orden público y en su contenido* donde, con mayor claridad *se advierten reflejados los valores culturales: sociales, políticos, económicos que sustentan cada sociedad*, generalmente, a través del conjunto de disposiciones que los expresan en el derecho interno. Y es, precisamente, con base en el sustrato fundamental de esos *criterios nacionales de orden público* que se infieren de normas positivas de la legislación (*orden público interno*), que el DIPr. ha arribado luego, a la elaboración del concepto del *orden público internacional*.

El orden público internacional es entendido como conjunto de principios, identificado con los primeros principios fundamentales que inspiran la legislación de los Estados, de ahí la solución velezana del orden público, presentado como resguardo frente a toda incompatibilidad con el “espíritu de la legislación del foro”, idea a la que aludía el artículo 14, inc. 2 Cód. Civil.

Se trata de una categoría de principios superiores, esenciales, más importantes que las simples reglas de orden público interno que son, a los ojos del foro, de jerarquía o rango superior a la ley extranjera competente y constituyen una *exceptio de summo jure* o *exceptio*

sententia máxima (Vareilles-Sommières), que permite controlar, *por vía de excepción*, la *regularidad internacional sustancial de la ley extranjera competente* —a aplicar al caso o, ya aplicada, en una sentencia, por un juez extranjero—.

De este modo, *esta mirada puesta por un Estado sobre la producción normativa de otro Estado da un giro internacional* a la operación en cuyo contexto se desarrolla y se ha dicho que *no es ilegítimo calificar de internacional la irregularidad que se detectase con motivo de esta mirada en el contenido sustancial*, de fondo de la norma extranjera, cuando, *en su aplicación al caso concreto*, no se ajusta a esos primeros principios. Ello, priva de eficacia a la aplicación de esa ley o a sus efectos, en el caso dado. Se trata de determinar si la ley de un Estado respeta las condiciones que otro Estado establece para su eficacia en el seno del orden jurídico de este último (16).

Así las cosas, toda aplicación de un derecho extranjero y, aun la imitación del uso jurídico extranjero conectado por la norma de conflicto argentina, según la *“teoría del uso jurídico”*, no resulta en modo alguno incondicional. Los jueces argentinos lo aplicarán a condición de que ese derecho y su práctica, participen o respeten el mismo fondo común de principios que constituyen el *“espíritu de la nuestra legislación”*.

De ahí, la expresión del Goldschmidt, cuando señalaba que el orden público funciona, como característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma de conflicto (17), para descartar la aplicación del derecho elegido por la norma de conflicto cuando se le opone, para la solución de un caso o para descartar una sentencia extranjera que se presenta para el reconocimiento y/o ejecución, cuando la solución de fondo recaída en ella contraría esos primeros principios (18).

Esta idea es explicitada, precisamente, en la actual fórmula del art. 2600 CCyC, en el afán de guiar al operador jurídico en su tarea interpretativa (19).

Así entendida, la excepción de orden público es la que define la medida y el límite dentro de los cuales la ley de un Estado extranjero —prevista como aplicable a un caso multinacional por las normas de conflicto— o el contenido de una sentencia extranjera que se presenta para el reconocimiento resultan aceptables para el Estado del foro y su sociedad.

De este modo, *el Estado, a través de sus tribunales interviene en el control del derecho aplicable y también en el control material, de fondo, de las decisiones de los jueces extranjeros*, pues, más allá de esos principios, no será aplicable esa ley ni reconocida o ejecutada esa sentencia, que conduciría a resultados lesivos para el ordenamiento de la *lex fori*.

No se trata, pues, de descartar el derecho extranjero por su contradicción con una norma o disposición particular de la *lex fori*, si no se contradice *un principio* inalienable del ordenamiento jurídico propio. Se ha señalado que en algunos casos es clara la distinción, pero en otros las dificultades son mayores. La primera dificultad, se ha dicho que proviene de la vaguedad de los principios generales

que, en ocasiones, genera dudas respecto de los límites de esos principios (20).

II.1.d. Otras manifestaciones de la interferencia estatal. Las normas de policía o internacionalmente imperativas

Otra manifestación de la política en el DIPr. sobreviene, ya próximos a la síntesis del pluralismo, con las llamadas *normas de policía*, que captan un fenómeno que no es nuevo y había sido advertido desde los orígenes del DIPr. moderno, ya Savigny había percibido que había varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admitía la independencia de la comunidad de derecho entre diferentes Estados. En presencia de estas leyes debía el juez aplicar, exclusivamente, el derecho nacional, aunque el principio legal exigiera la aplicación del derecho extranjero. De ahí sostenía que surgían una serie de excepciones muy importantes, cuya determinación rigurosa era, quizás, la parte más difícil del problema a resolver. Señalaba que ciertas leyes dentro de un Estado eran de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria y se dictaban por motivos de interés general; que, en su aplicación, no admitían libertad de apreciación y que no tenían en cuenta los límites de los verdaderos Estados, por lo tanto, se imponían a los jueces (21).

En la década de los años cuarenta del siglo XX dos autores alemanes, Wengler y Zweigert, sostuvieron que podían ser aplicadas, no solo las normas de policía del foro, sino también las leyes de policía extranjeras (22), pero fue recién en la segunda mitad del siglo pasado que estas normas recibieron el amplio reconocimiento académico y doctrinario, gracias a los trabajos de Phocion Francescakis, quien estudió particularmente esa noción de norma de policía (*loi de police*).

Francescakis observó que en cierta clase de casos con elementos extranjeros los tribunales franceses eludían las normas de conflicto y aplicaban directamente las reglas sustantivas del derecho francés. Estas reglas eran conocidas como *lois de police et de sûreté* (por el art.3 1) del Código Civil francés) o *lois d'ordre public*. Francescakis las denominó *leyes de aplicación inmediata*, describiendo así más precisamente el modo directo en que estas operaban, para diferenciarlas de la noción de territorialidad a la que tradicionalmente se ligaba la noción de ley de policía y también, de la noción de norma de orden público, generalmente vinculada a una postura defensiva del ordenamiento propio, frente a la aplicación aquello que funcionalmente correspondería aplicar (23).

Se trata pues, en palabras de Francescakis, de aquellas *normas cuya observación, los Estados consideran necesarias para salvaguardar su organización política, social y económica*, noción que, si bien parece un tanto vaga, refleja bien los aspectos del derecho positivo en los que coincide, concurrentemente, el hallazgo de este tipo de normas.

Si algún rasgo formal puede identificarse en común es el de que en su ámbito son normas de aplicación necesaria, aunque no se lo diga expresamente y que aparecen inspiradas en rigurosas consideraciones de orden público, aunque no siempre reflejen principios de orden público, pues procuran salvaguardar inte-

(11) El Estado desarrolló un papel esencial en el *New Deal* de la posguerra, pues Roosevelt creía que si el Estado no intervenía, se corría el riesgo de que la situación empeorase.

(12) Véase en especial: COOK-LORENZEN - CAVERS, “A critique of the Choice of Law Problem”, *Harvard Law Review*, vol. 47 (1932), p. 17 y ss.; CURRIE, Brainerd, “Selected essays on the Conflict of Laws”, Durham, Duke University Press, 1963.

(13) Véanse referencias: en *Bradford Electric Light Co vs. Clapper*, 286, U.S., 145, (1932) p. 162; *Alaska Packers Ass. vs. Industrial Accident Commission of California*, 294, U.S. 532

(1935); *Pacific Employers Co vs. Industrial Accident Commission of California*, 306, U.S. 493 (1939).

(14) Véase: KINSCH, Patrick, “Le rôle du politique en droit international privé (Cours Général)”, ob. cit., t. 402 ps., 90 y ss.

(15) Véase: BOGGIANO, Antonio, “The Hague Conference and private international law in Latin America”, *Recueil des Cours*, 1992-II-Vol 233, p. 134 y ss.

(16) Véase: de VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal, “L'exception d'ordre public et la régularité internationale de la loi étrangère”, *Recueil des Cours*, 2014, T. 371 -165 a 267, en particular p.200 y sigtes..

(17) Véase: GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, Depalma, 1985, N° 149, ps. 152 y ss.

(18) Véase: UZAL, María Elsa, ob. cit., ps. 284-286.

(19) El actual art. 2600 de CCyC, sigue la línea velezana, del art. 14 inc.v2 Cód. Civil con una redacción algo más precisa, pero con el mismo sentido y alcance. Bajo el acápite “Orden público”, dice: “Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”.

(20) Véase BOGGIANO, Antonio, ob. cit., t. I, p. 440.

(21) SAVIGNY, M.F.C. de, “Sistema de Derecho Romano Actual”, Góngora y Cía. Editores, Madrid, 1897, t. VI, párr. 349.

(22) ZWEIGERT, “Droit international privé et droit public”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1965, p. 654.

(23) Véase: FRANCESCAKIS, Phocion, “Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leur rapports avec les règles de conflits de lois”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1966, p. 1 y ss.), FRANCESCAKIS Phocion, “Lois d'application immédiate et règles de conflit”, 3 *Rev. Int'le priv. e process*, 691(1967).

reses de la organización social, política y económica del Estado o, intereses públicos, que se estima necesario tutelar.

Integrar estas normas dentro del DIPr. implicó admitir normas internacionales indirectas, pero unilaterales, generalmente de fuente interna, que siempre autoeligen el propio derecho interno para solucionar los problemas especiales que captan en su tipo legal, pero que a la vez se autolimitan a esos solos aspectos en su aplicación. Como consecuencia de ello estas normas son exclusivas y excluyentes del funcionamiento de las normas de conflicto y de toda otra norma material o creada por la autonomía de la voluntad de las partes.

II.1.e. Estado social vs. neoliberalismo. El impacto de la postmodernidad

Desde hace varias décadas vivimos tiempos en los que la idea del Estado social-benefactor, en muchas regiones, se ve fuertemente atravesada por orientaciones de corte neoliberal (von Hayek, Friedman) en sus distintas líneas: las ideas de la economía social de mercado, de la democracia cristiana, de la socialdemocracia —o aun del mismo liberalismo resiliente—. Se trata, dicho con mayor o menor claridad, de una reacción a la intervención del Estado en el funcionamiento de la economía y como garante de una mayor justicia social; se sostiene que debería cumplir, únicamente, sus funciones fundamentales como organismo regente en la organización de la sociedad, bajo el esquema del libre mercado, con principios como la limitación de la intervención estatal y liberación del mercado y del comercio, con flexibilización de restricciones comerciales y de los aranceles en las relaciones comerciales, con políticas fiscales centradas en la reducción del gasto público, la disminución de los impuestos sobre la producción y el aumento de los impuestos al consumo, con flexibilidad en la legislación laboral —punto este, que es una de las mayores críticas al modelo—; políticas monetarias antidevaluatorias; privatización de empresas públicas para recortar el gasto público.

Todo ello ha llevado en amplias zonas del planeta a la búsqueda de una unidad en lo económico, con fronteras más abiertas y mercados comunes cada vez mayores, propios de una economía cada vez más globalizada, que coexisten con regiones que registran algunas formas conservadoras y otras donde se enseñorean los populismos o gobiernos autoritarios o liberales y esas orientaciones se reflejan en el derecho y en el derecho internacional (24).

A estas ideas, se agregan desde mediados del siglo XX y con más fuerza luego de la década de 1980, las ideas de la posmodernidad (Lyotard, Habermas), introducen una nueva serie de paradigmas que penetran y van modificando cada vez más, la sociedad, la actividad humana dentro y fuera de las organizaciones y, por ende, también, el derecho, influyendo en el DIPr. (25).

La economía pasa de ser local, a ser global, mundial. La nueva dinámica global marca fuertemente la política con acciones locales, con un paradigma de pensamiento que intenta disminuir la gravitación de las fronteras entre naciones.

Sin embargo, aunque en la posmodernidad se procuran grandes espacios económicos

comunitarios o integrados, la globalización, no obstante, también se convierte en una actualización de las desigualdades. Se advierte que hay sociedades que refuerzan el regionalismo o que tienden a regresar a las formas de organización económica y política nacionales. Se repiense los principios del estado de derecho, se busca reformular nuevos valores políticos y se cobijan la idea de la democracia deliberativa de Habermas y los populismos; el poder político que anteriormente estaba centralizado pasa a descentralizarse y a desarrollar ideales de cooperación social, surgen las Organizaciones No Gubernamentales (ONG);

Los medios de comunicación masivos aparecen como nuevos ejes de poder; y, debido a su capacidad para influir en las masas, resultan aptos para generar una homogeneización del pensamiento que puede alimentar o ser contraria a una visión crítica del orden establecido.

Las dinámicas de consumo impulsan la producción masiva de bienes y servicios. El surgimiento de internet, la web y las redes sociales impulsaron una serie de cambios tecnológicos y sociales que se traducen en una comunicación instantánea y en una pérdida de la privacidad del individuo a cambio de información.

Existe preocupación por el medio ambiente y una mayor conciencia y evidencia de los cambios generados por la industrialización. Esto ha generado nuevos movimientos dedicados a la protección de los recursos naturales y sus ecosistemas.

En este escenario nos hemos detenido especialmente, pues es en el que se estableció y desde donde evoluciona, en el DIPr., pluralismo metodológico y normativo, que revisa y cambia el concepto la hegemonía de la norma de conflicto, como manera única de pensar las soluciones de los casos iusprivatistas multinacionales.

El pluralismo valora la pluralidad y lo diverso, con reglas flexibilizadoras de la norma de conflicto clásica, admitiendo que el sistema sea integrado a través de otras soluciones normativas (materiales y de policía o internacionalmente imperativas) que conducen a un mismo objetivo: solucionar el caso iusprivatistas multinacional.

Sostiene que todas esas estructuras herramientas integran un mismo sistema enriquecido de DIPr. con un complejo de métodos propios, específicos de cada tipo de norma (de elección, de creación y de autoelección o autolimitación) con los que se las construye y justifica y con métodos auxiliares (de análisis y comparación) provistos, fundamentalmente, por el derecho comparado.

Con todos esos instrumentos se postula la búsqueda de la justicia de la solución del caso, mediante una justicia conflictual, a través de la elección del derecho más justificado para solucionar el caso, una justicia material o sustancial con soluciones de fondo especiales, una justicia correctora con normas del propio derecho que de modo exclusivo y excluyente —excepcional— que desplazan, a priori, a las otras normas del sistema, por motivos o intereses a los que se atribuye valores superiores.

ca, con culto a la individualidad, respeto de la autonomía de la voluntad, a la protección de los derechos de los ciudadanos, ideas de progreso y evolución social basadas en el culto al pensamiento racional, la lógica, el método y la ciencia: en el progreso a través el conocimiento: la ciencia, la economía, la filosofía, el derecho y la política como saberes centrales y propiciaron un cambio de estructuras políticas, un nuevo orden, con conceptos como el Estado-nación y la separación de poderes. La postmodernidad, en cambio, producto de la postguerra, plantea el fracaso de los modelos políticos, económicos y sociales surgidos de la modernidad y que la idea de progreso, a través de cono-

En este sistema tiene cabida, también, el individualismo de las partes que se reconoce en el rol predominante que se atribuye al principio de la autonomía de la voluntad para la elaboración de soluciones de fondo, para la elección del derecho aplicable y para determinar la jurisdicción internacional competente, en aquellas cuestiones que el derecho deja disponibles para la voluntad de las partes, principio que se ha dicho también que obra también como un mecanismo corrector de la justicia del caso, operado por las mismas partes e integrado a la esencia de la solución conflictual o sustancial y a la determinación de los ámbitos de solución de los conflictos (26).

Surgen, ya lo hemos señalado, las cláusulas de excepción o escapatorias y los criterios que atienden a situaciones de mayor proximidad para la determinación del derecho aplicable, como una síntesis que permite armonizar, convencionalmente o en la fuente interna (véanse arts. 2597 y 2653 CCyC), un recurso instrumental para superar la desconfianza frente a la rigidez de las soluciones del conflictualismo clásico, con la admisión de criterios flexibles para facilitar y tornar asequible la justicia de las soluciones, tanto dentro de los sistemas de raíz continental como del common law.

En estos rasgos se advierte la influencia del pensamiento postmoderno que irrumpe en las últimas décadas del siglo XX.

Otra manifestación importante del entrecruzamiento de las ideas de la posmodernidad con el DIPr se advierte en el hecho de que, en este tiempo, se ha destacado en doctrina, por un lado, la relatividad del concepto de orden público y, por otro, la necesidad de apreciarlo en concreto y este doble carácter implica que se examine, en cada caso, si la ley o la decisión extranjeras conllevan consecuencias incompatibles con los principios de orden público del foro.

Este examen del caso impone estudiar los lazos de proximidad que este presenta con el foro y, por ende, con el orden público del foro. Si esos lazos son débiles, la excepción de orden público se opondrá raramente; en cambio, si son estrechos, la apreciación deberá ser rigurosa; y si se plantean conflictos con los principios de orden público del foro, habrá razones sobradas para que la excepción de orden público intervenga. Es en esta línea de ideas que se habla de una noción de orden público de proximidad (27).

II.1.f. Las sociedades abiertas. Los espacios integrados. Los ámbitos comunitarios y la “desnacionalización” de DIPr

En ese marco político, además, el derecho internacional contemporáneo, público y privado, debe dar respuestas frente a una realidad sociocultural y económica muy compleja, caracterizada por la tensión de diversos factores, en especial: la general expansión y celeridad de las comunicaciones y la explosión de los avances tecnológicos, cada vez más avanzados, de un mundo en cambio.

Los cambios señalados se aceleraron con la revolución de los mass media y las redes sociales, la instantaneidad de las relaciones cotidianas multinacionalizadas, con contactos en cualquier parte del mundo y, más re-

cientemente, con el creciente impacto de las llamadas “nuevas tecnologías”, todo lo cual ha generado como fenómenos característicos, por un lado, la globalización y por otro, la mundialización. Estos conceptos a veces se utilizan indistintamente, señalándoles solo un diverso origen lingüístico, pero, entendemos que sirven mejor para connotar fenómenos diferentes, aunque complementarios.

La idea de globalización se aplica más bien a categorías económicas, a la globalización del capital, como expansión de procesos productivos de bienes o de prestación de servicios, a la liberalización de los mercados, está presente en la evolución de las empresas multinacionales, el surgimiento de firmas transnacionales y connota procesos que se suscitan de modo simultáneo y sucesivo, que se engloban de modo ampliativo y que desde la década de los noventa del siglo pasado han adquirido dimensiones planetarias.

La mundialización en cambio abarca un concepto más amplio, que desborda la idea de globalización y las meras categorías económicas y derrama sobre ellas otras categorías de carácter político, religioso, cultural, etc., que, con un origen local, desde “mundos” con ideas de unicidad y como consecuencia del intercambio y las comunicaciones, en un juego de interdependencia e interpenetración crecientes, pueden llevar a la idea de una sociedad “mundial” por antonomasia, que es más una totalización imaginaria que efectiva (28).

En el marco descripto, aparecen espacios que procuran ser económicamente integrados, lo cual conlleva, en buena medida, a la superación del “fenómeno de la frontera”, al que aludía la gráfica expresión de Lalive, si bien no desde un punto de vista político en sentido estricto, al menos desde la disposición psicológica con que se enfrentaron y se enfrentan emprendimientos bilaterales, regionales, comunitarios alrededor del mundo (entre otros: CECA - EURATOM - CEE — UE-ASEAN- CEEA o EurAsEC- UEE- UA (Unión Asiática)- CEI- Liga Árabe- OUA- UA (Unión Africana)- Foro de las Islas del Pacífico- CEPAL - ALALC — SELA - ALADI- AP (Alianza del Pacífico)- CELAC- MERCOSUR-UNASUR), para la búsqueda de nuevas fórmulas de internacionalización de actividades, empresas, modalidades de intercambios de bienes y servicios, de recursos financieros.

El DIPr clásico, cuando dirime competencias legislativas en el ámbito del derecho internacional, presupone en su base, la existencia de Estados nacionales que mantienen su soberanía legislativa y jurisdiccional en ámbitos controlados por ellos. La globalización y el fenómeno de la mundialización engloban las acciones, estructuras institucionales y jurídicas propias de nuevos espacios integrados y comunitarizados que superan las fronteras nacionales o traspasan las mismas, para así tener efectos a un nivel más general con reglas de derecho, acordadas y consensuadas de modo uniforme.

En espacios integrados, como ocurre con el Mercosur y otras organizaciones regionales (ALENA, OHADA, etc.), el DIPr resurge como un terreno privilegiado para abordar la organización de la diversidad de fuentes y objetivos y es así que en el ámbito del derecho privado, provee de normas de fuente internacional

(24) Véase en esta línea de ideas: KINSCH Patrick, “Le rôle du politique...”, ob. cit., Recueil des Cours, 2019 t. 402 ps., 164 y ss.

(25) La RAE define el postmodernismo como un movimiento caracterizado por su oposición al racionalismo y por su culto predominante de las formas, el individualismo y la falta de compromiso social. Quizás la idea se comprende mejor si se la opone a los paradigmas de la modernidad. La modernidad (S.XV a XIX) se caracterizó, esencialmente, por proponer el paso de la tradición al cambio, entendido este, como “progreso, a través de la lógica y la razón.” Trajo consigo una visión antropocéntri-

cimiento, no es suficiente para alcanzar el bienestar de la sociedad. Para este pensamiento pesimista, que deconstruye el sistema epistémico moderno, no existe una única verdad, sino que existen diversos modos del saber. La religión, la política, el sistema económico, las dinámicas sociales y la educación son cuestionadas de forma permanente. Se advierte que en los nuevos procesos comunicacionales ya no tiene tanta relevancia el mensaje, sino la forma en la que es presentado y el impacto que pueda tener, más allá de su contenido y que, además, hay una sobreexposición a la información y una tendencia al contenido efímero e irrelevante.

(26) Véase: GAUDEMET-TALLON, H., “Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses”, Recueil des Cours, 312 (2005), 173-267.

(27) UZAL, María Elsa, “Derecho Internacional Privado”, ob. cit., ps. 142 y ss.; GAUDEMET-TALLON, Hélène, “Le pluralisme en droit international privé”, ob. cit., Recueil des Cours, T.312 (2005), 424-425; AUDIT, Bernard, “Droit International Privé”, Paris, Economica, 1991, nº307, p. 263.

(28) Véase: <http://fundacióncartosabascal.or.mx/articulos-interiores/92-globalización-vs-mundialización-diferencia>. UZAL, María Elsa, “Derecho Internacional Privado”, ob.cit., ps. 59-60.

acordadas en el ámbito integrado, pero, a la vez, cumple el rol de establecer un orden entre los diferentes ordenamientos jurídicos, de ordenador entre ordenamientos, ante las nuevas fuentes de derecho, producto de ese nuevo orden plural.

El derecho comunitario, en cambio, presupone conceptualmente el ingreso a una superestructura institucional y jurídica, como la que se observa en la Unión Europea, que resulta de la elaboración órganos supranacionales con personalidad jurídica distinta de los países miembros, a los cuales los Estados partes les han atribuido o transferido poder legislativo y jurisdiccional de tipo supraestatal. Ello determina que el derecho internacional privado de fuente nacional, entre los Estados de la UE, haya devenido en prácticamente inaplicable, pues la UE en sí misma, como un *super estado*, ha elaborado reglas similares a las del DIPr. a través acciones y normativas señaladas como *transnacionales*, propias de la UE, a fin de dirimir los conflictos de leyes dentro del marco comunitario.

Estas normas *transnacionales* que reemplazan al DIPr. de los Estados miembros elaboran leyes comunes uniformes, generalmente recurriendo a la estructura técnica de los llamados *Reglamentos* (29), operándose a través de ellos, que en muchos casos han recogido la letra de convenciones o proyectos de convenciones internacionales del DIPr. elaboradas previamente, una suerte de *comunitarización del DIPr.*, con un creciente número de normas de policía y de seguridad regionales, contenidas en instrumentos que son interpretados de modo uniforme, en último término, por la Corte de Justicia Europea con sede en Luxemburgo.

Esa comunitarización ha determinado, en el ámbito europeo, un consecuente fenómeno de desnacionalización del DIPr., aunque este conserva aún su ámbito propio en los países europeos, en las relaciones de estos con terceros Estados ajenos a ese bloque (30).

Esta reestructuración de ideas ha provocado, ya lo hemos dicho, una expansión de las normas internacionales y la proliferación de conflictos normativos entre ordenamientos diferentes, con una descentralización de fuentes de producción normativa de diferentes niveles, comunitarios, internacionales y nacionales o internos que acompañan a nuevas realidades e identidades socio-económicas, culturales, políticas, religiosas, etc.

II.1.g. El DIPr. "blando". Las fuentes materiales consuetudinarias. "Soft law"

En el siglo XX luego de la primera postguerra, en el horizonte de soluciones del DIPr. irrumpió con fuerza, el denominado "*soft law*", que resulta de instrumentos o reglas sustantivas, de naturaleza normativa, generalmente establecidas y aceptadas, pero que carecen de fuerza obligatoria, pues no son normas

positivas, ni resultan judicialmente exigibles. Algunas organizaciones internacionales, especialmente UNIDROIT y la Conferencia de La Haya, UNCITRAL, Banco Mundial y otras especializadas (IATA, Conferencia de Fletes), ha trabajaron con especial ahínco en sus ámbitos, con técnicas diversas. A veces, orientadas a sistematizar privadamente la regulación de ciertas áreas del comercio internacional, otras, a obtener el progreso y modernización de las legislaciones nacionales internas (a través de la propuesta de *leyes modelo*), otras, en la sistematización de *Reglas y Principios uniformes*, que lucen como una suerte de codificación privada.

Claros exponentes de esta tendencia son las fuentes materiales consuetudinarias del DIPr., los usos y prácticas del comercio internacional elaborados por la interacción de asociaciones empresariales y organismos privados, algunos empleados a escala mundial y en muchos países, reconocidos como la *lex mercatoria*: los Incoterms (*international commercial terms*) elaborados por la CCI en 1936 —versión más reciente 2020— (31); las Reglas y Usos en Uniformes relativos a los Créditos Documentados de la CCI elaboradas en 1933, —hoy reglas UCP 600, de 2007, las Reglas York-Amberes; los contratos formularios y condiciones pre-dispuestas, las reglas IATA, las disposiciones de las Conferencias de Fletes, los *Principios de derecho comercial internacional* de UNIDROIT que desde su primera versión de 1994 se han ido ajustando hasta 2016; los *Principios sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales* de La Haya de 2016; las leyes modelo de UNCITRAL y sus Guías de incorporación legislativa; las Guías de mejores prácticas de La Haya, entre otros instrumentos.

Respecto de la *lex mercatoria*, la disyuntiva para el operador del DIPr. ha sido determinar si, dadas a las características señaladas, puede considerársela un ordenamiento de aceptación universal que requiere aplicación a causa de su propio reconocimiento *de facto* y debido a la insuficiencia del ordenamiento estatal (Goldman) (32), si, por el contrario, no se trata de normas legales, ni forma un ordenamiento que vaya más allá de sus componentes individuales, pues no ha sido elaborada por entidades que puedan reclamar derecho alguno a elaborar leyes (Lagarde) (33) o si lo que realmente importa es comprender el amplio efecto práctico de la ordenación privada y cómo esta encaja en el ordenamiento estatal (Basedow) (34).

La técnica de los *Principios* ha sido un verdadero paradigma de cambio incluso, dentro del ámbito de los instrumentos de *soft law*, son elaborados por grupos de expertos que representan a la mayor parte de los sistemas legales y áreas geopolíticas del mundo, bajo la supervisión y aprobación final de organizaciones intergubernamentales (UNIDROIT, Banco Mundial) y aspiran a proponer reglas de amplio alcance, asimilables a una suerte

de codificación privada de reglas a observar que, en un *mix* de tradición e innovación resultan comparables, por ejemplo, a una parte general de los contratos internacionales. Son elaborados en un lenguaje conciso y en una *lingua franca* legal que evita terminologías particulares y busca facilitar la comprensión de los no abogados.

Pueden ser utilizados como reglas de derecho para gobernar los contratos internacionales y como medio de interpretación para complementar o suplementar en el derecho positivo, las lagunas en los instrumentos legales internacionales uniformes y, también como recurso para complementar y suplementar la interpretación doméstica en los derechos internos (35).

Su incorporación aplicación plantea, sin embargo, las mismas disyuntivas que se le señalaran a la *lex mercatoria*.

Coincidiendo con la línea de ideas de lo que debe hacerse, es establecer el efecto práctico del *soft law* en la ordenación privada y cómo este encaja en el ordenamiento estatal, en nuestro DIPr. la solución aparece clara.

En el Código Civil y Comercial se desechó, expresamente, la solución más laxa del art. 9 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, que acepta la incorporación tácita de los usos (36) y estableció que *los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato*— véase art. 2651 inc. d) CCyC—

Conforme a ello, las reglas de *soft law* no son normas positivas, ni resultan judicialmente exigibles, salvo que la propia ley se refiera a ellas —véase el art. 2652 CCyC cuando se remite, expresamente, a las leyes y usos del país de lugar de cumplimiento o de celebración, para establecer la ley aplicable a los contratos internacionales, en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes; o bien, que sean voluntariamente elegidas o aceptadas por las partes que se refieren a ellas en sus contratos (37), de ahí, que se haya dicho que "la autonomía de la voluntad es la verdadera razón de ser y el límite del *soft law*" (38).

II.1.h. Hacia un esquema de cooperación amplio y flexible

Se advierte así, por un lado, el riesgo de una profundización de la tendencia a la fragmentación de normas internacionales, transnacionales y comunitarias, causada por la existencia de variados subsistemas con lógica propia y fines específicos y por otro, una aceleración de la interdependencia, principalmente, por la globalización, que busca superar las fronteras con sociedades abiertas, espacios sociopolíticos y mercados comunes.

Todo ello lleva, ante la diversidad de fuentes de normas de amplio espectro y de diverso origen, a la *necesidad transitar de un sistema clásico de normas de coexistencia, a un esquema de cooperación amplio y flexible* que impone al intérprete percibir el derecho internacional como un sistema de ordenamiento entre ordenamientos (39) de solución de conflictos entre distintos ordenamientos jurídicos, en el cual la búsqueda de unidad no hace desaparecer la singularidad de las partes que lo constituyen y que él sujeta a principios que organizan los elementos individualmente considerados (40), en un remedo de la teoría de Husserl del "todo y las partes" (41).

En este marco, el *derecho internacional privado devenido en posmoderno* se ve lanzado a la búsqueda de la superación de los riesgos de la fragmentación estableciendo una coordinación flexible de vínculos entre los diversos tipos de fuentes, tarea en la cual entablar el llamado "diálogo entre las fuentes" (42), entre los diversos tipos de fuentes y la justicia, ha de permitir restablecer la coherencia de las soluciones identificando armonías, complementariedades y convergencias.

En esta tarea la *interpretación contra el conflicto*, enfatizada por Wilfred Jenks, brinda una base de armonización que radica en la suposición de que la norma es compatible con el derecho internacional que regía antes de su creación. Se supone que los Estados, cuando la modificación de la producción normativa se consuma, procuran una armonía entre el nuevo y el viejo derecho. Esta es una aplicación del *principio de complementariedad* reiteradamente sostenida por nuestros tribunales, conforme a la cual, parece legítimo presumir que, en principio, las disposiciones de un tratado elaboradas al final de exhaustivas negociaciones, sean armónicas entre sí y no contraríen los tratados previamente celebrados.

Se ha señalado que las interpretaciones contradictorias dificultan la inteligibilidad de lo acordado y amenazan el cumplimiento integral de las finalidades perseguidas, por ello, se presume que los Estados no pretenden involucrarse en enlaces incompatibles con los tratados existentes, salvo si de alguna forma dejan evidente esa intención (43). Esta línea de interpretación sin embargo ha de ser dejada de lado si es evidente esa voluntad del legislador. Se trata siempre, de buscar el equilibrio entre la estabilidad y la evolución.

En materia de fuentes internacionales, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, en vigor desde 1980, de la que Argentina es parte desde 1972 (ley N°19.865), recogió los principios del *ius cogens* y fijó, con claridad, el principio de prelación de fuentes, en su art. 27 (44), al consagrar la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno

Para reparar desajustes y mantener la justicia de solución en el caso concreto, ya lo

(29) Véase: Reglamento (CE) 2015/848 antes 1346/2000 sobre insolvencia internacional; Reglamento (CE) 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); Reglamento (CE) 864/2007 sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II); Reglamento (UE) 1259/2010 sobre cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III).

(30) Véase: ARROYO DIEGO, Fernández, "The progressive evolution of private international law: from state centralization to denationalization and beyond", en *Globalization and private international law IALS*, Symposium, 2017, Moscú, 2019.

(31) Los Incoterms son términos de tres letras que se utilizan en los contratos de compraventa internacional y sirven para detallar las obligaciones de cada una de las partes implicadas en el proceso respecto a la entrega de la mercancía y su logística. Existen dos tipos de Incoterms: por un lado, Incoterms que usan en cualquier tipo de transporte (terrestre, marítimo o aéreo) y, por otro lado, los Incoterms que solo se usan en el transporte marítimo.

(32) Véase: GOLDMAN, Berthold, "La *lex mercatoria* dans les contrats et arbitrage internationaux: réalité et perspectives", *Journal de Droit international privé* (Clunet), 106 (1979), ps. 475-505

(33) Véase LAGARDE, Paul, "Approche critique de la *lex mercatoria*", en: *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982, p. 130 a 139.

(34) Véase BASEDOW, Jurgen, "El derecho de las sociedades abiertas", Legis, Colombia, 2017, ps. 88-89.

(35) Véase BONELL, Michael Joachim, "The law governing international commercial contracts: hard law versus soft law", *Recueil des Cours*, 2016, t. 388, ps. 9-48

(36) Artículo 9.1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo

tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

(37) Véase: DASSER, Félix, "Soft Law in international commercial arbitration", *Recueil des Cours*, vol. 402, 2019, p. 409, cita GABRIEL, H. D "Advantages of Soft Law", p. 658.

(38) BONELL, M. J., "Soft: Law and Party Autonomy: The Case of the UNIDROIT Principles", *Loyola Law Review*, Vol.51 (2), 2005, p. 229.

(39) GAUDEMET -TALLON, H., "Cours Général de Droit International Privé", *Recueil des Cours*, 2005, ps. 24 y ss.; BATIFFOL, Henry, "Pluralisme des méthodes en droit international privé", *Recueil des Cours*, 1973-II-ps. 83 y ss.; RIGAUX, F., "Droit International Privé", 1987, ps. 1 a 24; VAN GERVEN, Walter, "Plaidoirie pour une nouvelle branche du droit: le "Droit des conflits d'ordres juridiques" dans le plongement du droit des conflits de règles", *Recueil des Cours*, 2010, ps. 17 y ss.; BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional privado", La Ley, 6ª ed., t. I, ps. 1-2.

(40) Véase: do AMARAL, Júnior Alberto, "El "diálogo" de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo", *Revista sobre Enseñanza del*

Derecho, año7, N°13,2009, ISSN, 1667-4154, p. 72.

(41) Véase: UZAL, María Elsa, "Derecho Internacional Privado", ob. cit., ps. 59-60; FERNÁNDEZ BEITES, Pilar, "Teoría de todos y partes: Husserl y Zubiri. Signos Filosóficos", vol. IX, N° 17, enero-junio 2007, p. 63-99; BOGGIANO, Antonio, "Teoría jurídica del todo y las partes. Derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, AADI, Córdoba, 2018, T.XXVII, ps. 73 a 107.

(42) Véase: JAYME, Erik, "Identité culturelle et Intégration. Le Droit international privé postmoderne. Cours général", *Recueil des Cours*, T. 251 (1995), ps. 60-251.

(43) Véase: JENKS, Wilfred, "Conflict of law -making treaties", London, *British Yearbook of International Law*, vol. 30-1953, p. 401-453.

(44) Ley N° 19.865 - "Convención de Viena sobre el derecho de los tratados". Artículo 27 El derecho interno y la observancia de los tratados Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

hemos señalado, el DIPr. introduce otros rasgos que también podríamos tildar de *post-modernos*, en tanto permiten revisar la hegemonía rígida del sistema clásico y aún del pluralismo, con criterios de *armonización de las soluciones* de los casos multinacionales, a través de la *adaptación de los derechos eventualmente en conflicto aplicables según las normas previstas para el caso*, como *facultad otorgada a los tribunales* para su utilización, que en nuestro derecho de raíz continental es excepcional y, entendemos, debe ser siempre fundada. Ello se da, por ejemplo, cuando se advierte que las normas de conflicto han elegido de diversos derechos aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso y ante derechos nacionales —que no han sido pensados para funcionar juntos— es factible que el juego del funcionamiento en conjunto entre ellos conduzca a resultados con notorias incongruencias o injusticias en las soluciones —véase el art. 2595 inc. c) CCyC—.

III. Los actuales y los nuevos desafíos. La complejidad de los paradigmas de la época

III.1. Las relaciones personales. Complejidad en el estatuto personal

Ya hemos referido cómo el DIPr. se ha ido adaptando a los signos de los tiempos, cómo ha tratado de dar respuesta metodológica y normativa a los cambios ideológicos, sociales, políticos, económicos, tecnológicos, que se combinan en el escenario de este tiempo.

Cabría hacer una enunciación de esos nuevos y actuales desafíos, sin pretensiones de agotarlos, ni menos, de tratarlos todos.

Quizás, entre los más difíciles están los nuevos paradigmas en materia de derechos humanos, los derechos de las personas, la multiculturalidad y el derecho al respeto de la identidad cultural y religiosa, el derecho del respeto del interés superior de los niños, el derecho a la vida familiar y privada, los problemas que plantean la multiparentalidad, la maternidad subrogada, la filiación por medio de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), las familias ensambladas, entre otros.

El incremento de los intercambios internacionales y las migraciones obligan a la coexistencia de grandes grupos de diferente origen cultural y con distintas costumbres y estilos de vida diferentes a los del país de acogida, a veces dentro de una misma ciudad; esto ha llevado en algunos lugares a una política zonificada, favoreciendo asentamientos separados en aras del orden y la paz social, lo que es rechazado por discriminatorio en otros.

En otro orden de cosas la asimilación o la integración puede dificultarse mucho, cuando los extranjeros quedan por ejemplo sometidos al derecho de familia de un Estado y siguen adhiriendo a costumbres o prácticas que no tiene cabida en el derecho de ese país,

sin un ajuste de las normas y principios aceptados (45).

En estos temas, el DIPr. se enfrenta con la tensión, *igualmente intransigente*, existente tanto entre jurisdicciones de estados que todavía se rigen por normas religiosas, incluso administradas por tribunales religiosos con fuerte impacto del orden público y estados secularizados, liberales y ultratolerantes que permiten gran variedad de diferentes formas de vida familiar a nivel de derecho sustantivo (46).

Hoy se advierte una *bilateralización de las relaciones de familia, con un acercamiento de estilo contractual que parece apoyar la autonomía de las partes en el derecho internacional privado* en cuanto a los regímenes matrimoniales, al divorcio y a las prestaciones alimentarias.

En consecuencia en el DIPr. vinculado al estatuto personal, la ley de la nacionalidad y del domicilio, como criterios de elección del derecho aplicable, se han flexibilizado gradualmente, a fin de acoger la mayor movilidad de estos tiempos en favor la residencia habitual, como punto de conexión alternativo o principal en los diversos institutos de la materia.

La *residencia habitual* plantea un concepto autónomo de los dos anteriores, que no está ligado a la idea de soberanía o fundado sobre la afectividad o la idea de pertenencia, que se desprende de esas consideraciones culturales o geográficas, por conveniencias prácticas. Esta conexión, por su amplitud, se adapta fácilmente a un contexto de gran movilidad internacional, a los cambios fáciles de las diversas situaciones o circunstancias y, supera la desventaja de los criterios tradicionales, que obligan a aplicar leyes extranjeras a individuos que tienen *su centro de vida actual en el Estado del foro* en el momento en que la cuestión se plantea. Aparece *conveniente en categorías de problemas personales y que involucran medidas de protección, obligaciones alimentarias* (47), etc., aunque se da la indeseada consecuencia de que la amplitud de la residencia habitual genera gran incerteza acerca del derecho que ha de regir las relaciones personales e interpersonales de permanencia, con alcance duradero, en un mundo donde los seres humanos están cada vez más vinculados con diferentes estados nacionales (48).

Esta problemática de las relaciones personales ha llevado también a que se utilicen legislativamente normas de conflictos con varios puntos de conexión ya sea alternativos, (ej. art. 2630, 2632, 2633 CCyC), subsidiarios, en cascada o en escalera, de modo que fracasado el primero, se pasa al siguiente (ej. arts. 2613, 2619, 2620 CCyC), o puntos de conexión acumulativos iguales para evitar situaciones claudicantes (art. 2637 CCyC). También se ha sugerido que probablemente el individuo se encuentre en mejor situación que cualquier Estado para decidir qué ley se ajusta a sus necesidades actuales y en el futuro (49), en estos campos.

rarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; 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

III.2. Los derechos humanos. El DIPr. de los derechos humanos

III.2.a. El derecho privado actual está atravesado por una *generalizada valorización del paradigma de los derechos humanos fundamentales*, en particular, dentro del mundo occidental, junto con vertiginosos cambios en las escalas de valores tradicionales en la sociedad y en las estructuras del conocimiento del problema, ello torna muchas veces, inciertas, las categorías jurídicas conocidas, produciéndose una interpenetración entre esos factores en las diferentes ramas del derecho, público y privado, antes bien diferenciadas (50).

En países, como el nuestro y otros, en los que, además, está muy avanzada la llamada *constitucionalización del derecho privado*, con especial referencia a los *derechos del hombre, a los derechos fundamentales y a los tratados de derechos humanos* —especialmente enumerados, con rango constitucional, en nuestro art. 75 inc. 22 CN (51)—, esos principios integran la noción de *orden público y los principios del orden público internacional*, como elemento central de su definición.

Cabe recordar que se ha dicho que, en rigor, cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional a un tratado de DD.HH., *hace un juicio constituyente por autorización de la Constitución misma*, según el cual al elevar a ese tratado a la misma jerarquía que la Constitución estatuye que el tratado no solo es arreglado a los principios de derecho público de la Constitución, sino que no deroga norma alguna de la Constitución, sino que la complementa. Tal juicio constituyente del Congreso Nacional no puede ser revisado por la Corte para declarar su invalidez, sino solo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución. En último análisis tal juicio constituyente del Congreso no implica ni puede introducir reforma alguna de la Constitución pues el tratado no deroga norma alguna de la Constitución y solo complementa los derechos y garantías en ella declarados. Si tal armonía y concordancia debe constatar, es obvio, con mayor razón que el tratado también se ajusta al art. 27 de la Constitución (Boggiano) (52).

De este modo el *DIPr. de los derechos humanos* atraviesa transversalmente todas soluciones que deben ser elaboradas por el legislador, por los tribunales y por los operadores del derecho, al aplicar las normas del DIPr.

Solo hemos de elegir, como ejemplos más que claros, los nuevos problemas que se plantean en el derecho de familia: a raíz del divorcio, las uniones convivenciales y las diferentes formas de matrimonio con las familias ensambladas, los matrimonios poligámicos, los matrimonios entre personas del mismo sexo, el *status* en cuestiones de género, el *status* del niño por nacer, el *status* de los embriones criopreservados y su derecho de acceso a la protección de la justicia, la multi-parentalidad, muchas veces con disociación entre la conyugalidad y la parentalidad, la homoparentalidad, parentalidad colaborativa, los ca-

dos de maternidad subrogada, de filiación por medio de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y todos los problemas jurídicos anejos a esas nuevas realidades, que han dado lugar a variados “fallos disruptivos” en materia de filiación que se registran en la jurisprudencia nacional y comparada (53) muchas veces en procura del reconocimiento de un *status* filiatorio o de nacionalidad, en los que la doctrina ha observado que, muchas veces, se hace profuso y confuso análisis del interés y derechos humanos de involucrados, donde se mezclan los intereses de los niños y de los adultos en determinar la filiación, pero en los que, a veces, “el análisis, en concreto, del interés del niño, asegurando la idoneidad de los que aspiran a ser progenitores, o la estabilidad del vínculo y el compromiso a largo plazo, que se define caso por caso, según el Comité de Derechos del Niño, es, muchas veces, el gran ausente” (Basset) (54).

La persona humana necesita contar con un derecho de familia que, en el DIPr., preserve los elementos culturales de sus sistemas nacionales, que brinde igual tratamiento a leyes distintas y que se sustente *en el reconocimiento universal de la ubicuidad que presentan hoy, estas relaciones jurídicas*, en la idea de que la familia no conoce límites políticos, ni fronteras sociales que la deslocalicen y, menos aún, que violenten el estado personalísimo de sus miembros.

Se ha dicho que el respeto a la identidad de las personas, la protección de la identidad cultural de las minorías que se adscriben a culturas distintas de la que impera en el ámbito local, demanda, necesariamente, encarar la interpretación, del derecho ser diferente (*droit à la différence*) (55), de cara a las declaraciones y pactos de DD.HH. y a la luz de los valores que de estos se desprenden (56).

El reconocimiento del pluralismo es un valor destacado en la postmodernidad, que se refleja en los atributos personalísimos del ser humano, sea en lo relativo a los estilos de vida, a las ideologías, y al respeto de la propia identidad y su justo equilibrio es uno de los principales desafíos de DIPr. actual.

Es en esta instancia que *el diálogo de las fuentes ejerce su impronta, pues en el derecho de familia de raigambre constitucional, los estados, de alguna manera, imponen las reglas y principios del sistema legal, que puede verse desbordado o excedido, cuando los tratados de DD.HH. que revisten jerarquía constitucional, demandan el reconocimiento de otros valores diferenciados, que no coinciden con las culturas locales*, que son marco de contradicciones y que justifican el esfuerzo por adaptar los estándares generales de los derechos fundamentales, sin pretender unificar los DD.HH., sino establecer mínimos patrones internacionales aceptados en los diversos ordenamientos jurídicos, para lograr una articulación entre las soluciones (57).

De ahí la trabajada elaboración de *los nuevos standards de apreciación involucrados en*

(45) Véase en BASEDOW, Jürgen, “El derecho de las sociedades abiertas”, Legiis, Colombia, 2017, p. 51 y ss.

(46) Véase en BASEDOW, Jürgen, ob. cit., p. 217 y ss., la referencia al rechazo de Suecia a la propuesta del Reglamento Roma III sobre divorcio y separación judicial pues no estaba preparada para aceptar ningún tipo de restricciones a la tolerancia de su sistema y un más amplio desarrollo de todo el tema.

(47) Véase: AUDIT, Bernard, “Le droit international privé en quête d’universalité”, *Recueil des cours* 2003, Vol. 305, ps. 306-307.

(48) Véase: BASEDOW, Jürgen, “El derecho de las sociedades abiertas”, ob. cit., p. 220.

(49) *Ibidem*, p. 54

(50) UZAL, María Elsa, ob. cit., ps. 17-8.

(51) Constitución Nacional. Art. 75 inc. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen je-

terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

(52) Véase: Considerando 20 del voto de Boggiano *in re*: “Bulacio...” Fallos CSJN: 327:5668, TR AR/JUR/4261/2004.

(53) A modo de referencia: JFamilia, San Lorenzo, “S.G.E.F. y G.C.E.s/medida autosatisfactiva, JFamilia, San Lorenzo”, 02/07/2012 (Caso Cayetana); *TEDH, Labasse c. Francia; Menesson c. Francia; Paradiso et Campanelli c. Italia; Bangkok court Caso Mitsutoki Shigetate* <https://www.bbc.com/news/world-asia-43123658>. Si bien no es caso de DIPr. véase CNCiv., sala E, “K., D. V. y otros s/ información sumaria”, 30/11/2022. Caso “poliamor registral” sobre triple parentalidad.

(54) Véase el excelente trabajo de BASSET, Úrsula C.,

“Multiparentalidad y el deber de garantía del interés del niño. Cómo evitar una deriva adultocéntrica”, LA LEY 22/03/2023, 3, TR LALEY AR/DOC/594/2023.

(55) Véase: DREYZIN de KLOR Adriana, “El derecho internacional de familia en la postmodernidad”, https://escuelajudicial.pj.poderjudicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/familia/Familia_para_Costa_Rica.pdf, p.20 con cita de DUPUY, R. J., *La culture du système international*. La cité terrestre, France, PUF, 1989.

(56) Véase: DREYZIN de KLOR, Adriana, “El derecho internacional de familia en la postmodernidad”, https://escuelajudicial.pj.poderjudicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/familia/Familia_para_Costa_Rica.pdf, p.20

(57) Véase DREYZIN de KLOR, Adriana, “El derecho internacional de familia”, ob. cit., p- 24, con cita de: DE MIGUEL, Asensio P., “Derechos humanos, diversidad cultural y derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1998, p. 7.

este tipo de casos, solo por mencionar algunos, en el marco de las situaciones citadas como ejemplo: *el interés superior del niño, el respeto a la identidad personal, cultural y religiosa, el respeto a la dignidad humana, el derecho a resguardar el vínculo biológico (58) y a la preservación de la vida privada y familiar (59)* sopesados siempre en términos de proporcionalidad, que demuestran *la complejidad de conciliar los intereses de orden público internacional, con el margen de apreciación y discrecionalidad de los Estados ratificantes de los diversos tratados de derechos humanos, ante conductas que consideran lesivas de su orden público* cuando hay necesidad de dar respuesta a derechos humanos involucrados.

Es que, no puede obviarse, que muchas veces en este tipo de casos multinacionales, se recurre, incluso, al fraude a la ley para eludir el derecho nacional aplicable al caso.

III.2.b. Una respuesta del DIPr. a través del método de reconocimiento de situaciones. Dispensa del fraude

Señalamos, recientemente (60), que casos jurisprudenciales vinculados fundamentalmente con materias particularmente sensibles, como son, aquellos en los que la continuidad, permanencia y estabilidad del *status, estado y capacidad de las personas* aparecen como una necesidad social, o cuando es necesario el *resguardo de los derechos fundamentales de la persona: a la identidad, al matrimonio, a la vida familiar, al estatuto personal, a la nacionalidad, a la ciudadanía*. —piénsese en los ya señalados casos de *maternidad por subrogación o, de gestación por sustitución, de gestación por madre portadora*, se han prestado a problemas de difícil solución, que incluso se prestan, cuando no, a maniobras fraudulentas y de *forum shopping* en búsqueda del derecho más favorable, del tribunal más complaciente o, en definitiva, del resultado querido por las partes, especialmente, en estas épocas de gran movilidad social a nivel internacional—.

Estas situaciones que *involucran derechos fundamentales en los últimos años* han venido a reforzar *la necesidad de superar jurisprudencialmente*, objeciones de orden público nacidas del control de los ordenamientos nacionales, al tiempo de determinar el derecho aplicable o al tiempo de reconocer sentencias o instrumentos extranjeros, y se ha llegado, por esta vía, al *método de reconocimiento de situaciones*.

Este método tiene por objeto que la situación que *involucra derechos fundamentales*, por su naturaleza, pueda escapar a ciertas restricciones y que el Estado en el que se invoque esa situación renuncie a la aplicación de sus reglas de conflicto y a su lógica, para verificar la validez de esas *situaciones constatadas y consolidadas*, en beneficio de la ley que dio origen o al menos que ha dado sustancia a esa situación (61).

También se recurre a él *como complemento* del método de reconocimiento y ejecución de sentencias a través del *exequatur*, sin embargo, no se trata del reconocimiento de una sentencia o de un acto amparado por otro ordenamiento, *sino del reconocimiento de la situación creada en el extranjero*.

El reconocimiento responde, más que a la técnica conflictual, a una asociación con la necesidad social de continuidad y de estabilidad del status jurídico familiar y personal, con la continuidad y permanencia de las situaciones jurídicas, el respeto al interés superior del niño y el respeto a los derechos adquiridos que obliga a una evolución y modernización del sistema de DIPr, en función al respeto a ciertos valores fundamentales, con mecanismos que disponen de la flexibilidad necesaria, como respuesta para salvaguardar esos objetivos. Si bien esto no significa que exista en derecho internacional una obligación de reconocimiento, en la práctica, la aceptación, o no aceptación, de un estado jurídico personal establecido en el extranjero toca casi, necesariamente, esos derechos (62).

No obstante, se ha propuesto preservar la aplicación de las reglas internacionalmente imperativas de la ley designada por la norma de conflicto del foro, frente a una situación constituida legalmente en el extranjero, que se opone a ellas. Pierre Mayer cita el ejemplo de una mujer francesa que contrajera un matrimonio poligámico, legítimamente en Egipto, deduciendo que *no debería ser posible el reconocimiento de ese matrimonio en Francia, en razón de las disposiciones imperativas de la ley francesa aplicables al caso como ley nacional de una de las partes (63)*. Gannagé ve en estos casos, una manifestación de la *resistencia del orden público del foro, de la parte más imperativa de la ley nacional, opuesta al método de reconocimiento (64)*.

Lagarde ha señalado que este método exige *cuatro condiciones* para su recepción (65):

a) *La existencia de una situación válidamente constituida reconocida por tribunales extranjeros que es sometida al reconocimiento de los tribunales nacionales.*

b) *Proximidad de la situación a reconocer con el ordenamiento jurídico de origen.*

Algunos autores (Mansel) han afirmado que este método reconocimiento haría necesario *la elaboración, en cada país, de ciertas "meta-reglas" de conflicto* que permitieran identificar mediante puntos de contacto precisos, el Estado de origen según cuyo derecho debería ser apreciada la validez de esa situación a reconocer.

Otros autores (Piccone) han señalado que debe procederse *haciendo referencia al ordenamiento jurídico competente según lo indicado por la norma de conflicto de la lex fori, en bloc*, considerando sus reglas de competencia, sus normas de DIPr. y el reconocimiento de situaciones, con las incertezas que median para determinar, muchas veces, el ordenamiento jurídico competente, lo cual conduciría a admitir la posibilidad de pluralidad de ordenamientos jurídicos competentes, en caso de reglas de conflicto alternativas, por ejemplo.

Otros autores (Quiñones Escamez) han señalado que más que condiciones positivas de proximidad entre la situación y el orden jurídico que le dio origen, debe consagrarse como principio, *el reconocimiento de la validez de la situación*, excepto prueba de una ausencia de proximidad con el ordenamiento jurídico de origen alegado por la parte que se opone al re-

conocimiento. También, se ha dicho que deben distinguirse los efectos que son asociados a una situación, desde el nacimiento de esta, y los efectos que no se han producido aún; los primeros serían pasibles del método de reconocimiento, mientras que los segundos, que aún no existen, seguirían siendo regulados por la norma de conflicto del foro (66).

c) *No contrariar el orden público del Estado de reconocimiento.*

Andreas Bucher ha señalado que *el elemento decisivo para valorar esta circunstancia es la presencia de un interés de recepción por parte del estado requerido*, interés que cada Estado ha de fijar, situación por situación, para lo que puede recurrir a las cláusulas especiales de orden público.

El orden público que puede aparecer así, como un obstáculo, es en realidad un mecanismo correctivo que preserva la efectividad del método de reconocimiento frente al conflicto de culturas y de valores que estas traen consigo (67).

d) *La situación que debe encuadrar método de reconocimiento: situaciones "cristalizadas".*

Según la expresión de Pierre Mayer solo las situaciones *"cristalizadas"*, por la *intervención de una autoridad pública de un Estado extranjero*, que ha asumido un rol activo en ella y que son fácilmente reconocibles, pueden caer bajo este método.

Es posición mayoritaria en doctrina que ello abarca, sentencias judiciales, cuyo reconocimiento es objeto de un régimen específico (*exequatur*), actos públicos, actos en registros públicos, actas de estado civil, actas notariales. También se ha sostenido que la situación podría alcanzar a situaciones *"sin foro"*, pero cristalizadas u objetivadas por una posesión de estado prolongada (vg. casos de reconocimientos de matrimonios religiosos, nullos según la ley civil) (68).

El *método de reconocimiento de situaciones operado del modo descripto*, y bajo estas condiciones, puede, pues, resultar un instrumento de solución e, incluso, de *dispensa de fraude a la ley*, en casos en que las situaciones creadas y cristalizadas comprometan *derechos fundamentales* cuya tutela adquiera preponderancia el tiempo de valorar y sopesar la jerarquía de los intereses en juego, en el caso concreto.

En nuestro país el art. 2634 CCyC, por ej, consagra el reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero, disponiendo que 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*.

Asimismo se dispone, en el segundo párrafo de la misma norma, que 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 y, en todo caso, *se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño*.

III.3. *Las migraciones. Necesidad de una ética de la alteridad, ¿justicia civil universal?*

El fenómeno de las migraciones no es nuevo: la historia humana ha sido una historia permanente de migraciones muchas veces forzadas (69), con diferentes motivaciones —guerras, epidemias, hambrunas, persecuciones por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, pobreza, intolerancias, abusos, etc.—; nuestro siglo, sin embargo, asiste al acrecentamiento de movimientos forzados de personas en situaciones dramáticas que, como toda situación masiva de esas características, compromete derechos fundamentales.

El derecho internacional, con una visión humanista el problema, ha tratado de orientar el marco jurídico de estos problemas en un plano multilateral y universal a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el ámbito del derecho internacional de los derechos del hombre y del derecho internacional humanitario y, en el ámbito del derecho internacional de los refugiados, a través de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (ONU) y el subsiguiente Protocolo de 1967, la Declaración de Cartagena de 1984, la Convención Internacional sobre la Protección de Derechos todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias de 1990 (ONU), la Convención de Nueva York sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada en 1954 (ONU). Estos instrumentos reflejan, más y más, una idea de bien común mundial que procura conducir, *totus orbis*, a una *conciencia jurídica universal* que permita comprender que se trata de realidades que implican desafíos que no pueden ser solo resueltos a una escala nacional o regional, sino que demandan respuestas generales, pues involucran obligaciones propias de *ius cogens* (70), que obligan no solo a los estados, sino a las sociedades, las instituciones y las personas (71), y que exigen una *ética de la alteridad*, ver a los sujetos como "seres en relación" con el otro y lo otro, es decir, con la necesidad del cuidado del otro interpretado como el "ir con el mayor cuidado hacia el otro".

El art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que *toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluido el suyo, sin embargo, no existe el correspondiente derecho de un extranjero a entrar en el territorio de un Estado parte o de residir en él, es decir, que ningún Estado está obligado a admitir extranjeros, ello depende de su legislación nacional sobre inmigración y emigración, sobre desempleo, población, etc.* Es que, más allá del derecho internacional de los refugiados, la regulación de las migraciones está menos desarrollada a nivel internacional y ese derecho puede provenir de otros contextos: contratos laborales, derecho a la reagrupación familiar, etc. (72).

(58) Véase Convención de los derechos del niño, art. 8.

(59) *Standard* que aparece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica: art. 11, inc. 2 y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: art. 8.1. y que ha permitido fundamentar el razonamiento jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(60) Nos hemos ocupado de este tema como sigue en nuestro trabajo: UZAL, María Elsa, "Fraude. Jurisdicción y derecho aplicable en DIPr.: Partes de un caleidoscopio. El método de reconocimiento de situaciones y otros enfoques posibles", LA LEY, 2022-F, 51.

(61) LAGARDE, Paul, "La méthode de la reconnaissance. Est elle l'avenir du droit international privé?", *Recueil des Cours*, 2014, t. 371, p. 25

(62) Véase: BARATTA, Roberto, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", *Recueil des Cours*, 2010, T. 348, ps. 463-7.

(63) Véase; MAYER, Pierre, "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé", en *Droit international privé; esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 571.

(64) Véase: GANNAGÉ, Léna, "Les méthodes du droit international privé", *Recueil des Cours*, 2011, t. 357 p. 440.

(65) LAGARDE, Paul, "La méthode de la reconnaissance", Ob. cit., *Recueil des Cours*, 2014, t. 371, ps. 27 a 41;

UZAL, María Elsa, "Fraude. Jurisdicción y derecho aplicable en DIPr.: Partes de un caleidoscopio. El método de reconocimiento de situaciones y otros enfoques posibles", ob. cit.

(66) Véase: GANNAGÉ, Léna, "Les méthodes...", ob.cit., *Recueil des Cours*, 2011, T. 357, ps. 448-449.

(67) *Ibidem*, ps. 430-482 -espec. 438-439- y ss. donde se describen los conflictos entre las culturas europeas y musulmanas.

(68) LAGARDE, Paul, ob. cit. *Recueil des Cours*, 2014, T. 371, p. 39 y citas de Pierre Mayer y Mansel; PAMBOUKIS, C., "La renaissance-méthamorphose de la méthode de la reconnaissance", *Recueil des Cours*, 2008, p. 515 y s.

(69) RUIZ DE SANTIAGO, J., "Aspectos jurídicos de los movimientos forzados de personas", *Recueil des Cours*, 2017, Vol. 394, p. 458.

(70) El artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados define el *Ius Cogens* como el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Las normas de *ius cogens* no pueden ser derogadas, salvo por otra norma del mismo rango.

(71) Véase; RUIZ DE SANTIAGO J., ob. cit., p. 459.

(72) Véase sobre el tema: BASEDOW, Jürgen, "El derecho de las sociedades abiertas", *Legis*, Colombia, 2017, ps. 47-48

Desde el punto de vista del DIPr, hoy, *el migrante se encuentra regido en cuanto a su estatuto personal por los derechos y obligaciones que caben a todo extranjero según la legislación de DIPr. vigente en la materia en el país de acogida, tanto de fuente convencional como interna y lo mismo ocurre con el refugiado, cuyos derechos, además, están especialmente reconocidos en el Estatuto de los Refugiados y con (el apátrida) y su respectivo Estatuto.*

Entre los derechos garantizados, se encuentra también, es claro, el derecho al acceso a la jurisdicción. En este punto, es interesante referir que, recientemente se ha planteado en el ámbito europeo, ante el TEDH, en esta materia, la pretensión de un migrante de que se le reconozca el derecho a abrir una *jurisdicción civil universal*, solicitando de aplicación *el foro de necesidad* e invocando el sistema de protección internacional de los derechos humanos (DH) establecido por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (CEDH), en el caso *Naït-Liman v. Switzerland (TEDH Gran Sala de 15-3-2018)*.

En este fallo, un nacional de Túnez demandó, en Suiza, al Ministerio de Interior tunecino y a la República de Túnez, una reparación por el daño moral causado por actos de tortura sufridos en 1992 en Túnez, por parte de fuerzas de seguridad de ese país norafricano dirigidas por el Ministro de Interior; en fechas en las que el demandante era nacional de Túnez y residía habitualmente en Italia, donde fue detenido por la policía italiana y entregado a las autoridades de Túnez. El TEDH decidió que los Estados vinculados por el Convenio de Roma no están obligados a establecer la jurisdicción civil de sus tribunales, por acciones cometidas, en terceros Estados, por parte de los órganos de estos últimos. A la luz de la práctica legislativa, judicial y convencional relativa a la jurisdicción civil universal y al foro de necesidad, la Gran Sala llega a la conclusión de que la decisión de los tribunales suizos de última instancia, de no considerarse competentes con relación a la mencionada demanda, era correcta, por entender que no se vulneraba el art. 6.1 del CEDH, dado que no existía suficiente vínculo de conexión entre los hechos que sustentaron la demanda y las autoridades administrativas o judiciales suizas, como exige el art. 3 de la “Ley Federal de Derecho Internacional Privado” (LDIP), en el que se regula el denominado foro de necesidad (*forum necessitatis*) para abrir su jurisdicción, y que el resultado de tal decisión era conforme con las obligaciones internacionales en vigor para Suiza, tanto consuetudinarias como convencionales. Se ha dicho, aisladamente, sin embargo, que cabría entrever en ese fallo que, invocando el *foro de necesidad*, se podría defender que la *jurisdicción civil universal* se vincule a la *jurisdicción penal universal*.

(73) Véase sobre el fallo: FERRER LLORET, Jaume, “La Jurisdicción Civil Universal ante el derecho internacional -y su relación con la jurisdicción penal universal-: A propósito de *Naït-Liman vs. Switzerland*” *jaume.ferrer@ua.es Revista General de Derecho Europeo* 47 (2019) El 8 de julio de 2004, *Naït-Liman*, un nacional de Túnez -que era residente habitual en el país helvético desde 1993, había obtenido de las autoridades suizas el reconocimiento de la condición de asilado desde el 8 de noviembre de 1995 y al que se le concedería posteriormente la nacionalidad suiza el 20 de noviembre de 2007-, presenta una demanda civil contra Túnez y contra A.K., Ministro de Interior tunecino, ante el Tribunal de Primera Instancia del Cantón de Ginebra, que es desestimada por este órgano judicial al considerar que carece de jurisdicción territorial y que no es de aplicación el foro de necesidad porque no existe suficiente conexión entre los hechos cometidos en 1992 y las autoridades administrativas o judiciales suizas, como así se exige en el citado art 3 de la LDIP. El 16 de noviembre de 2005 el demandante presenta apelación ante el Tribunal de Justicia del Cantón de Ginebra, que es rechazada por este último al apreciar la existencia de inmunidad de

coincidimos en este punto con la idea de que los desarrollos en este ámbito deben adoptarse, en todo caso, en un marco convencional internacional y no, por cada Estado de forma unilateral a través de su legislación y jurisprudencia internas (73).

IV. La particular protección de las situaciones de vulnerabilidad. El medio ambiente. Derecho material uniforme y la cooperación internacional

IV.1. Cabe señalar y lo hemos sostenido repetidamente, que la internacionalidad, en sí misma, es un factor de vulnerabilidad y que es por ello, que en los casos iusprivatistas multinacionales las situaciones se ven agravadas, potenciadas, cuando se ven involucrados personas, sean mujeres u hombres —ambos géneros—, niños, adultos mayores, personas con capacidades diferentes, migrantes, personas sujetas a trata, sujetos sintientes, etc. que, ya de por sí, por estar en esa condición merecen especial atención del DIPr, aunque, generalmente, los derechos nacionales aparecen insuficientes para brindar adecuada y efectiva respuesta a este tipo de problemas, de difícil prevención y más difícil solución.

El mejor recurso técnico actualmente al alcance del DIPr. para aproximarse a un mejor encuadre y tratamiento, que dé una más justa y efectiva solución a este tipo de situaciones, como *desiderata*, pasa por elaborar convenciones de derecho material uniforme con especiales y específicas *respuestas sustanciales a estas cuestiones y con mecanismos de cooperación internacional a través de órganos especializados administrativos y/o judiciales que, de modo conjunto y complementario, permitan y garanticen la aplicación práctica de esas soluciones.*

De estas convenciones se deben extraer siempre y en todo caso los principios protectoras rectores de los derechos y obligaciones que generan las distintas formas de vulnerabilidad, *debiendo insistirse en la efectiva implementación y control de los mecanismos de cooperación, única forma de obtener la efectividad de los resultados buscados.*

Sirvan como ejemplo, entre otros: la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980

jurisdicción en favor de los demandados, ya que los actos de tortura han sido cometidos en el ejercicio de autoridad soberana (iure imperii), citando a ese respecto la Sentencia de la Gran Sala de 21 de noviembre de 2001, *Al-Adsani v. The United Kingdom* (app. 35763/97) (ECLI: CE: ECHR: 2001:1121JUD003576397). Presentada apelación ante el Tribunal Federal Supremo, es rechazada mediante Sentencia de 22 de mayo de 2007, en la que se mantiene que los tribunales suizos carecen de jurisdicción territorial (los demandados no están domiciliados ni tienen su residencia habitual en Suiza y ni los hechos ni sus consecuencias tienen lugar en Suiza); y no es de aplicación el foro de necesidad al no poder apreciarse la existencia de suficiente relación con la jurisdicción suiza. El caso es planteado ante el TEDH, en *Naït-Liman v. Switzerland*, recae sentencia de 21 de junio de 2016, la Sala del Tribunal de Estrasburgo, por cuatro votos contra tres, concluye que la decisión de los tribunales suizos de no considerarse competentes con relación a la mencionada demanda -en última instancia mediante Decisión del Tribunal Federal Supremo de 22 de mayo de 2007-, por entender que no existe suficiente vínculo de conexión entre los hechos que sustentan la de-

sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos, el Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre el Cbro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia y el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, Convención de las Naciones Unidas de Palermo, del 15 de noviembre de 2000, contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos complementarios: Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. El Consejo de Derechos Humanos aprobó los Principios Rectores de la ONU sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos por equilibrio y consenso a través de su Resolución 21/11, en setiembre de 2012 (74).

IV.2. La vulnerabilidad también puede predicarse respecto del nuestro planeta, debido a la violenta agresión al medio ambiente y la protección de su necesario equilibrio. Son numerosas las *convenciones internacionales de DIPr. que armonizan soluciones materiales, de derecho sustantivo, con estos objetivos (75)*, y en esta materia las consecuencias de estos desbordes medioambientales se han canalizado en el ámbito de la responsabilidad civil, la responsabilidad por hechos ilícitos, los daños compensatorios, las responsabilidades tarifadas, la responsabilidad social empresaria, las reglas de conducta y transparencia, etc.

En septiembre de 2015, los líderes mundiales adoptaron un conjunto de metas globales para acabar con la pobreza, proteger el planeta y garantizar la prosperidad, que se plasmaron en la *Agenda 2030 de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible*.

Esa finalidad está desglosada en 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS), cada uno de los cuales tiene metas específicas. El *sexto* ODS contempla la meta de garantizar la *disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento* para todos. El *séptimo* de los objetivos de desarrollo sostenible trata de garantizar *el acceso a energía asequible, sostenible, segura y no contaminante*. El ODS número *trece*, fue diseñado en concordancia con el Acuerdo de París. Se enfoca en *fortalecer la acción por el clima*, la capacidad de adaptación a los riesgos vinculados al clima y los desastres naturales y plantea sumar medidas relacionadas al cambio climático en las políticas, planes y estrategias nacionales. El ODS *catorce* plantea *prevenir y reducir sensiblemente la contaminación marina* de todo tipo. El ODS *quince*, propone promover la *gestión sostenible de todos*

manda y las autoridades administrativas o judiciales suizas, como exige el art. 3 de la “Ley Federal de Derecho Internacional Privado” (LDIP) que regula el denominado foro de necesidad (*forum necessitatis*) y que tal decisión no vulnera el art. 6.1 del CEDH. A solicitud del demandante, el 28 de noviembre de 2016, el caso fue enviado a la Gran Sala de conformidad con el artículo 43 del CEDH, según la decisión adoptada por un panel de esta. La Gran Sala, con la Sentencia del 15 de marzo de 2018, llega a la misma conclusión que la alcanzada en la mencionada Sentencia de la Sala, por una mayoría mucho más holgada de quince votos contra dos; fallo al que se acompañan dos Opiniones Disidentes (Jueces Dedov y Serghides). Ferrer Lloret sostiene que, *Naït-Liman* constituye la aportación más importante que hasta la fecha ha realizado el TEDH al debate sobre la jurisdicción civil universal -y también sobre la posible aplicación de la institución del foro de necesidad como vía judicial para que las víctimas de las violaciones graves de los DH, en este caso de torturas, cometidas en Estados extranjeros por sus órganos, puedan obtener una reparación por el daño sufrido ante los tribunales de otro Estado-. En el marco, claro está, de las obligaciones jurídicas internacionales

los tipos de bosques. Para ello se plantea poner fin a la deforestación, recuperar los bosques degradados y aumentar la reforestación a nivel mundial, *luchar contra la desertificación y rehabilitar las tierras y los suelos degradados*.

El DIPr en nuestro Código Civil y Comercial, hoy, da respuesta general, pero bastante adecuada a esta problemática a través del tratamiento de la responsabilidad civil, en sus arts. 2656 y 2657. Allí, abre el acceso a la jurisdicción, contemplando incluso, los supuestos de daños o ilícitos a distancia y los daños escalonados, que se producen en un país, pero que producen daños o efectos dañinos en otros. En estos supuestos, no solo se responde, en lo jurisdiccional, con el criterio general del juez del domicilio del demandado, sino también, con los criterios de admitir la competencia internacional del juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño, al que se atribuye una competencia global para conocer en esos daños cualquiera sea el lugar donde ellos se produzcan (*tesis de la ubicuidad*) y con la posibilidad de recurrir a los tribunales de los lugares donde el hecho ilícito produjo sus efectos dañinos directos, foro indisponible de quién es la víctima, el dañado, admitiendo la jurisdicción territorial en ese país sobre los efectos directos e indirectos que de esos mismos daños puedan producir (*tesis del mosaico*), resultando la responsabilidad total, en ese caso, del conjunto de esas acciones (art. 2656 CCyC).

En cuanto al derecho aplicable, la primera fuente siempre estará dada por las convenciones internacionales vigentes, si las hay. En casos no previstos por esas fuentes, en nuestro país, el Código Civil y Comercial conecta como derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil, el *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*. Esto es, *el país donde se produce el daño del que deriva la obligación* entendiendo que este criterio es el que mejor permite determinar una ley que las partes pueden prever razonablemente (76).

No obstante, con un criterio flexibilizador, nuestro DIPr. en el Código Civil y Comercial, también recoge hoy el criterio de la *lex communis*, que prevé que, 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, siguiendo un criterio que estima, gravitatorio, ponderar los *factores o contactos comunes de proximidad del derecho aplicable con el caso* (véase art. 2657).

El DIPr, sin embargo, debe continuar ahondando y profundizando en estas, cada vez más evidentes, situaciones de vulnerabilidad,

que asumen los Estados partes en el CEDH. Al TEDH le corresponde interpretar y aplicar los preceptos de este tratado internacional, en particular su art. 6.1, en este caso a los efectos de valorar si los tribunales suizos están obligados a declararse competentes ante demandas civiles por violaciones de los DH cometidas en vínculos de conexión entre los hechos que se cometen en 1992 y las autoridades administrativas o judiciales suizas; sin que las circunstancias personales posteriores del demandante (residencia habitual en Suiza, reconocimiento de la condición de refugiado por las autoridades del país transalpino, y posterior adquisición de la nacionalidad suiza) deban tenerse en cuenta.

(74) Poner fin a la pobreza en todas sus formas es el primero de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Se señalan tres tipos de pobreza: Pobreza por precariedad. Pobreza por exclusión o exclusión por pobreza. Pobreza por discriminación cultural.

(75) Véase: UZAL, María Elsa, ob. cit., ps. 667-678.

(76) Véase: BATIFFOL-LAGARDE, “Droit International Privé”, T. I, ps. 468-472, citado en UZAL, María Elsa, ob. cit., ps. 657-661.

a través de las organizaciones internacionales especializadas, para buscar respuestas que conduzcan, también aquí, *totus orbis*, a una *fluyente conciencia jurídica universal* que comprenda de qué se tratan estas realidades, que involucran obligaciones propias de *ius cogens* (77) y que comprometen, no solo a los Estados, sino a todos, en la colaboración que requieren los mecanismos de cooperación internacional para efectivizar soluciones.

V. Los contratos en la era global

V.1. Ya hemos tenido oportunidad de abordar este tema (78), explayándonos en él y a parte de lo dicho nos remitimos a continuación. Basta recordar aquí que, *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, basta precisar la importancia de la letra de cambio, por ejemplo. La *revolución industrial* hace surgir al productor y a la empresa industrial, pero los sigue viendo y tratando, desde el derecho, con la óptica antigua del comerciante, que compra y revende bienes, aunque ahora, después de haberlos transformado. Para Galgano, el crecimiento de la economía industrial “se desarrolla entonces en un espacio vacío de derecho. Se alimenta del progreso tecnológico y de la inversión de capitales y tiene una escasa necesidad de regulación jurídica”, acorde con una filosofía que confía en la capacidad de autorregulación espontánea del mercado (Adam Smith, Quesnay, Turgot) (79).

Hoy en día, transitamos *la etapa postindustrial 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 han conducido, 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 contractuales uniformes, que constituyen, precisamente, los *contratos de los mercados globalizados* (80).

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 y la compraventa en particular; se organizan e integran grupos societarios mul-

tinacionales 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.

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 que componen intereses entre particulares, aparece 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 hablaba Powers, 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, en todo caso, de los órganos del Estado que en cada caso resulten competentes en razón de territorio (81).

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 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 de la materia contractual.

V.2. Las disyuntivas de la globalización: uniformidad o armonización. La deslocalización

Se ha dicho 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 interpretaba Galgano, cuando asociaba 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* (82).

Sin embargo, es un hecho que *las transacciones económicas resultan cada vez más deslocalizadas, se desnacionalizan, especialmente en ámbitos de derecho comunitario, perdiendo vínculos claros con una legislación en particular*, se requieren en consecuencia, nuevas técnicas para los conflictos de leyes con el fin de poder abordar el número creciente de conexiones multilaterales y los tribunales perciben que, *para el tratamiento en justicia de estos casos multinacionales*, no es suficiente demarcar ámbitos de competencias jurisdiccionales estatales, *es necesario fomentar la cooperación internacional entre los tribunales de los diferentes estados involucrados* (83).

El derecho de los contratos, conforme al panorama trazado, 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, reglas, costumbres y prácticas uniformes; todos *recursos tendientes a la aproximación de los sistemas jurídicos* identificando sus límites y explicando sus diferencias. Especialmente relevante es, la *comunitarización del DIPr. de los contratos* operada en Europa, a través de la regulación contenida en el *Reglamento (CE) 595/2008 sobre la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales* (Roma I).

La adopción de una u otra alternativa, uniformidad o armonización, depende del grado de desenvolvimiento económico-cultural y las tradiciones legales de cada Estado o grupo de Estados, 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 (84).

En esta área se ha promovido en las últimas décadas *la elaboración de un cuerpo de “principios comunes del derecho de los contratos europeos” (85)* 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 el jurista danés 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*.

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, definiciones y reglas modelo de Derecho privado europeo que pretenden servir como preludeo 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; esa es la finalidad esencial de los *Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales (86)* de que persiguen proporcionar a los operadores, particulares

(77) El artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados define el *ius cogens* como el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Las normas de *ius cogens* no pueden ser derogadas, salvo por otra norma del mismo rango

(78) UZAL María Elsa, ob. cit., ps. 463 a 528; -véase es-

pecialmente, ps. 463 a 475.-

(79) Véase: GALGANO, Francesco, “Lex mercatoria...”, ob. cit., nro. 1, ps. 9 a 11.

(80) *Ibidem*, p. 12-13.

(81) McLEHN - POWERS, “Il villaggio globale”, Bolonia, 1999.

(82) Véase: UZAL, María Elsa, “Desafíos y tendencias en

materia de contratos internacionales”, R.E.D.C.O. 2005-B-719-735.

(83) Véase sobre el tema: BASEDOW, Jürgen, “El derecho de...”, ob. cit., p. 52

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

(85) Véase: 52001DC0398. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo /* COM/2001/0398 final

(86) La OHADAC (Organización para la Armonización del Derecho Comercial en el Caribe) nace con ocasión de una conferencia celebrada en Pointe-à-Pitre (Guadalupe) el 15 de mayo de 2007, organizada por el CARICOM, las Cáma-

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 (87), por lo tanto, no cabe abandonar la vía de los instrumentos materiales especiales, internacionalmente acordados, sumada a los acuerdos de índole conflictual.

VI. El efecto disruptivo de las nuevas tecnologías. De la segunda revolución industrial al metaverso. Las conductas desviadas y los ciberdelitos

VI.1. 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 (88).

De la tecnología analógica de la *Segunda revolución industrial* (89), se pasa, promediando el siglo XX, a la *Tercera Revolución Industrial* (90), 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*) (91).

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 (92); 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 automatización y el intercambio de datos; los *big data*; el internet de las cosas (IoT) (93); el *Internet Of Robotic Things* (IORT) (94); las cadenas de bloques (95); 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 (96); 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 adhieren (97); las criptomonedas (98); los *tokens* y la *tokenización* de activos (99); 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*, vg. 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* (100).

VI.2. El metaverso merece un párrafo aparte.

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 ella misma, 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

De otro lado, el *metaverso* se basa, principalmente, no solo en una red de comunica-

ción entre individuos, sino, en una serie de nuevas tecnologías basadas en diferentes metodologías de explotación e implantación de datos, pivotando de forma satelital alrededor del IOT e IORT.

Todo el Metaverso se tiene que analizar jurídicamente de forma que nos permita comprender mejor el alcance de la explotación de datos, que se puede generar, de forma externa mediante el *Internet Of Things* (IOT) y el *Internet Of Robotic Things* (IORT). El IOT y el IORT y el uso de sistemas de redes sociales automatizados y semiautomatizados lleva a una *Sociedad Red*, que es una sociedad cuya estructura social se basa en datos obtenidos a través de sistemas de redes de información y dentro de ella hay redes sociales automatizadas.

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 cubrir 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 (101).

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 (102). 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

ras de Comercio y de Industria del Caribe, el Consejo Regional de Guadalupe y la Cámara de Comercio e Industria de Pointe-à-Pitre, como una institución cuyo objetivo esencial consiste en la aproximación, armonización o unificación del Derecho mercantil en el marco geográfico de los países caribeños. En junio de 2010 OHADAC fue el centro de atención del Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional celebrado en La Habana, que concluyó con la “Declaración de la 12 Habana”, una formalización del afán de promocionar y avanzar en la idea de la armonización del Derecho comercial en el Caribe. El marco de las prioridades establecidas por la OHADAC, finalmente condujeron en 2013 a cuatro propuestas normativas, centradas en los ámbitos contractual, societario, arbitral y de Derecho internacional privado, cuyos objetivos finales son diversos. Los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales tienden a responder a las necesidades de armonización en el primero de los ámbitos señalados. Los trabajos de elaboración del borrador se iniciaron en septiembre de 2013 por un grupo de profesores encabezados por el Profesor Sánchez Lorenzo de la Universidad de Gana-da y concluyeron a finales de diciembre de 2014. El contexto territorial de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales afecta a una treintena de Estados independientes y a más de cuarenta territorios diferentes y a un nutrido número de organizaciones internacionales en torno al Caribe. Ciertos países pertenecen a la Comunidad del Caribe (CARICOM) o al CARIFORO, a la Asociación de Estados del Caribe (AEC), a la Organización de Estados del Caribe Oriental (OECO), o al Grupo de Río y a la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CALC). Buena parte de los territorios continentales e insulares se incardinan en la familia jurídica romano-germánica, y su Derecho contractual es tributario de la tradición jurídica francesa y española. El *common law* rige en las islas caribeñas en virtud de diversos títulos y orígenes históricos. El método de recepción del *common law* variaba según que los territorios se sujetasen en virtud de acuerdo (*settlement*) o por derecho de conquista o cesión. Esta asimetría en las influencias y tradiciones jurídicas reaparece en las fuentes internacionales del Derecho contractual, que también deben ser consideradas en el marco de una estrategia de armonización jurídica regional. En consecuencia, la diversidad de la región caribe-

ña imponía un reto bien conocido en el marco de la unificación del Derecho contractual, tanto en Europa como a nivel mundial, cuya prueba de fuego era alcanzar un texto que se muestre igualmente aceptable desde una cultura del *common law* y de los sistemas romano-germánicos.

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

(88) Piénsese en los ermitaños modernos, los *hikikomori* de Japón, por ejemplo, solitarios que se retiran de todo contacto social y no abandonan su casa en años, aunque no es solo un fenómeno de ese país, sino que se extiende a otros países del mundo, en varios continentes.

(89) 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).

(90) 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.

(91) 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, Tik-Tok-), la computación en la nube (i.Cloud) y las nuevas plataformas de juegos (Fortnite). y el blockchain.

(92) 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.

(93) 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.

(94) 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 interconectada 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).

(95) 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 de BIELLI, Gastón E.; ORDÓÑEZ, Carlos y BRANCIFORTE, Fernando, “Colección Blockchain y Derecho”, La Ley, Buenos Aires, 2022, t. I, p. 13 - citando a Andreas Antonopoulos, citado por Favier Dubois y Favier Dubois Eduardo M., “Criptomonedas, patrimonio y derechos de los acreedores”, LA LEY, 2021-F, 2.

(96) Véase: MIRASSOU CANSECO, Carlos - HADAD, Andrés O., “Nuevo paradigma contractual: los smart contracts”, TR 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 *on line*, agosto 2021 IUS-DC3288485A; 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.

(97) 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/1frKps48jFYSYHoH-e2690b4_90yXD18x/view. Una DAO 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 DAOs es establecer una empresa o una organización que pueda funcionar plenamente sin una gestión jerárquica.

(98) Véase: FAVIER DUBOIS Eduardo M., “Criptomonedas, patrimonio y derechos de los acreedores”, LA LEY, 2021-F, 2.

(99) AGUINSKY, Ariel, “La tokenización de activos” - en la obra colectiva de BIELLI, Gastón E.; ORDÓÑEZ, Carlos y BRANCIFORTE, Fernando, “Colección Blockchain y Derecho”, La Ley, Buenos Aires, 2022, t. II, 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”.

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

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

(102) *Ibidem*.

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. Se ha dicho que el principal problema jurídico del 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 (103).

VI.3. En los entornos descriptos, es obvio que también se registran conductas desviadas en sus diversos grados: desde el *data-mining* desviado (104), *spam*, *garbage mails*, *zoom bombing*, *sexting*, *cybergrooming*, *cyberbullying*, *cyberstalking* (105), *ciberviolencia*, *fake news*, *discursos de odio* y *las diversas formas de ataques cibernéticos* que obligan a la prevención y protección de derechos personalísimos (106), frente a la, cada vez más amplia, gama de ciberdelitos: *skimming* (clonación de tarjetas), estafas con tarjetas de crédito, *pharming* (robo de información confidencial), *phishing* (fraudes informáticos con el tráfico de datos), *revenge porn* (pornovenganza), *cybergrooming* (acoso con intenciones sexuales al que se ve sometido un menor de edad por parte de un adulto), *sexting* o *sextorsión*, sabotajes informáticos, extorsiones *on line*, lavado de activos con criptomonedas, ciberterrorismo (107) que comprometen los bienes jurídicos protegidos por la ley penal, obligando a pensar en una reforma integral de la ley penal que contemple debidamente la tipificación de la cibercriminalidad.

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 adquirirán incluso, sentimientos y hasta cierta conciencia propia.

Estos planteos constituyen indudables desafíos para el derecho.

VII. Las nuevas tecnologías disruptivas: un desafío para el DIPr.

VII.1. *La desmaterialización, la deslocalización y la transnacionalización del entorno de realidad*

Ya se han señalado las dificultades que la globalización ha provocado en el DIPr. en diversos sectores de la disciplina y, en particular, en los contratos internacionales y referimos que *las transacciones económicas resultaban cada vez más deslocalizadas, perdiendo vínculos claros con una legislación en particular.*

Las modernas tecnologías, creaciones y manifestaciones del espíritu y de la inteligencia humanos, vienen a proporcionar, funda-

mentalmente, 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.*

VII.2. *La comprensión del “caso”. La índole del soporte y la equivalencia funcional de los hechos. Las soluciones de fondo*

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 (108).

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 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 las normas jurídicas que permitan decidir el encuadramiento buscado.*

A modo de ejemplo: *¿Qué son las criptomonedas?*, ¿son moneda, aunque no tenga curso legal, pese a no estar emitidas por un Estado soberano, ni tener valor nominal, son moneda extranjera, en su caso, o, son un título valor?; ¿son bienes inmateriales porque no son cosas o, son asimilables a las cosas, al hallarse su disponibilidad expresada en una clave privada y por ser fungibles o por ser perceptibles?; ¿o se trata de una nueva categoría: un *bien mueble digital*, susceptible de ser almacenado en forma digital o de ser equiparado a un *software*?; ¿sus tenencias generan derechos personales sobre los saldos en cripto o generan derechos reales sobre las claves privadas que dan acceso a ese saldo? (109).

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.

Puede haber, según las cuestiones, *calificaciones autónomas o autárquicas* que capten conceptualmente esas nuevas figuras, con *definiciones* dadas por el propio legislador en fuentes de derecho interno o internacional que contemplen esas nuevas figuras, en instrumentos vigentes, no, que hayan avanzado sobre estas nuevas realidades y las hayan definido.

En caso contrario, con *“carácter provisiona”* —como diría Boggiano, usando palabras de Falconbridge— (110), el intérprete puede aproximarse al caso, encuadrando los hechos que percibe, con las categorías jurídicas del derecho privado propio (*lex fori*) y con las calificaciones de los términos o las *equivalencias funcionales* que advierte que este le proporciona.

Sin embargo, necesariamente, un entorno deslocalizado y, por ende, multinacionalizado, lo debe llevar a controlar ese encuadramiento, si es que lo encuentra, *ensanchándolo con las categorías jurídicas y las calificaciones que pueda haber de esos mismos hechos, en los derechos de los otros posibles entornos conectados al caso de manera relevante*, a fin de confirmar —o no— aquella inicial calificación *lex fori* o hallar otros *equivalentes funcionales* que aquellos entornos le propongan, de modo que con todo ello, pueda decidir *la duda de subsunción* (111), optando por una *definición del problema, que le permita encuadrarlo dentro de una categoría jurídica.*

Este camino, es el que le permitirá llegar a normas de derecho de su sistema, en el mundo real, aplicables para resolverlo, en las

fuentes convencionales o nacionales vigentes.

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 *armar 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) CCyC).

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.*

Se pueden citar como ejemplos: el *Proyecto de Principios UNIDROIT sobre activos digitales y derecho privado*, en el que se están elaborando propuestas de principios, de calificaciones autónomas y de normas de conflicto y algunas soluciones materiales; *la Resolución del Parlamento Europeo del 12/2/2017*, con recomendaciones a los legisladores, para crear una Agencia Europea de Robótica e Inteligencia artificial; para establecer un código de conducta ética en esta materia para regular responsabilidades por los impactos de la robótica en el medio ambiente, la salud, etc., de acuerdo con las normas legales y de seguridad de aplicación; para elaborar una Carta de Robótica; para crear un estatuto de la persona electrónica y un Registro Europeo de Robots inteligentes (112).

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, vg. 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.

Cabe prevenir, 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.*

Es que este nuevo entorno digital debe llevar a considerar atentamente la *admisibilidad de aquellas manifestaciones de autonomía de la voluntad que pueden surgir de cláusulas contractuales predispuestas en plataformas electrónicas, no siempre encriptadas digitalmente, que plantean operaciones, que pueden ser hechas, con eventual intervención de chatbots (113), o que ponen en jaque el verdadero concierto de la autonomía de voluntades, cuando el debido consenti-*

(103) *Ibidem*.

(104) La minería de datos o *data mining* es un proceso técnico, automático o semiautomático, que analiza grandes cantidades de información dispersa para darle sentido y convertirla en conocimiento.

(105) *Cyberstalking* es el acoso, espionaje o persecución que se da a una persona o grupo usando Internet u otro dispositivo electrónico. Este acoso puede darse con investigación constante de información sobre la persona, acusacio-

nes falsas, espionaje, amenazas, robo de identidad, y daño a la información o el equipo que la almacena.

(106) Véase sobre el tema: TOBIAS, José W., “Los derechos personalísimos, los avances científicos y las nuevas tecnologías, en Las nuevas tecnologías y el derecho”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2022, p. 1-21 y ss.

(107) ABOZO, Gustavo, “Ciberdelitos”, El Dial libros p. 7 a 505.

(108) Véase: UZAL María Elsa, ob. cit., ps. 25 a 39.

(109) Véase: DE LAS MORENAS, Gabriel, “Criptomonedas como desafío al derecho patrimonial. Aspectos obligacionales, procesales y concursales”, TR LA LEY AR/DOC/2621/2021; FAVIER DUBOIS, Eduardo M., “Criptomonedas, patrimonio y derechos de los acreedores”, ob. cit.

(110) Véase: BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional Privado”, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires,

2006, t. I, ps. 412-413.

(111) Véase: UZAL María Elsa, ob. cit., ps. 88 a 93.

(112) 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. 106 y ss.

(113) 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

miento, es reemplazado por rápidos “clics,” con los que se aceptan condiciones generales y particulares predispuestas en plataformas o contratos por la red, que son aceptados sin leerlos siquiera, en la buena parte de los casos.

A ello se puede sumar como problema la autenticidad de la elección de derecho aplicable o de las convenciones de las que surgen soluciones materiales provenientes de contratos predispuestos, aceptados del mismo modo que ya hemos señalado. Todo ello, debe ser valorado por el juzgador, atendiendo a los hechos 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.

VII.3. La desnacionalización y el contexto jurisdiccional

El enfoque precedente, sin embargo, exige situar al operador jurídico en un contexto espacial 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 se *desnacionalizan*, muchas veces, no solo por los hechos del caso, sino por la naturaleza de su soporte, pueden suscitarse complejos problemas de jurisdicción internacional que exijan, necesariamente, de la cooperación internacional.

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

Sin embargo, las características de los problemas descritos 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, ya por la diferente posición negociadora de las partes, en particular, respecto de los consumidores y, también, ante los costos de ciertas tecnologías

b) La “*desmaterialización*” de los objetos, derivada de los documentos digitales, la *tokenización* de activos y las realidades virtuales (metaverso), ponen jaque 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, al ser reemplazado por rápidos “clics,” con los que se aceptan condiciones generales y particulares predispuestas en plataformas o contratos por la red, que son aceptados sin leerlos siquiera, en la mayor parte de los casos.

d) El *anonimato* de los titulares de los negocios, basados en el *blockchain* y en las plataformas descentralizadas, impiden localizar al co-contratante, 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 las personas y de las empresas, domicilios inciertos y servidores en “la nube” que ponen en entredicho el principio domiciliario y la residencia habitual, 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*, también lo hemos referido ya, 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, que se suman a ese mismo problema en la elección de derecho aplicable o que surgen de soluciones materiales provenientes de ese mismo tipo de contratos.

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.*

Ya hemos señalado que, en diversos ámbitos más allá de las prevenciones formuladas, el contrato asume el rol regulador de la ley y mediante la autonomía de la voluntad de las partes pueden pactarse, 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 TIC’s de la mejor manera posible y más efectiva, para llevar a cabo soluciones en casos de reclamos o disputas. Tribunales, muchos privados, de este tipo existen en varios países (Perú México, Colombia, España; 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 compras en línea, *online*, por ejemplo, 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 (114).

mento 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

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 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 lograrlas.

VIII. Como corolario

El derecho internacional privado y el derecho procesal internacional suman a los hoy, ya complejos, problemas propios de la materia los desafíos de nuevas y complejas realidades que están exigiendo respuestas, que aún deben ser construidas y que interpelan a los operadores del DIPr.; pero estos tienen a su alcance los recursos: métodos, principios e instrumentos para dar adecuadas respuestas, pues no olvidemos que el DIPr. y sus operadores, resignificando la tan feliz expresión poética de Mme. Hélène Gaudemet Tallon, acostumbran a ser como:

“funambules sur l’arc-en-ciel”, esto es, como “equilibristas sobre el arco iris”.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1848/2023

Más información

Palmero, Virginia, “El sistema ODR: ¿una solución viable?”, LA LEY 17/07/2023, 1, TR LALEY AR/DOC/1529/2023

Scotti, Luciana B., “El retardo injustificado de justicia a la luz de un caso de restitución internacional de niños/as y adolescentes”, LA LEY 04/07/2023, 3, TR LALEY AR/DOC/1500/2023

Libro recomendado

Manual de Derecho Internacional Privado
Autora: Luciana, Scotti
Edición: 2ª, 2019
Editorial: La Ley

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.

servicios de marketing, venta y posventa de las empresas para relacionarse con la clientela

(114) La Red Europea de Centros del Consumidor (ECC-Net) y la Comisión Europea trabajan sobre ADR trans-

fronterizos. 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 Regla-

mutual sin referir cuáles fueron concretamente los deberes legales inobservados por el Estado Nacional o el ente descentralizado a cargo de la fiscalización de las cooperativas y mutuales, y su nexo de causalidad con los daños y perjuicios invocados por el actor; máxime ante situaciones fácticas y jurídicas como las de la causa, vinculadas a la crisis de 2001, donde nadie ha salido indemne.

3. - La sentencia que responsabilizó al Estado Nacional por el deficiente control de una asociación mutual y lo condenó a restituir los ahorros en dólares que el actor había depositado en ella es arbitraria, pues no precisa de qué modo se habría consumado una omisión antijurídica en ese control que justifique la condena dictada, limitándose a efectuar afirmaciones dogmáticas sobre la labor del INAES al concluir que su estado de insolvencia

se debió a que dicho organismo no cumplió con sus funciones legales (del voto del juez Rosenkrantz).

CS, 04/07/2023. - Yancovich, Sergio Fabio c. Estado Nacional s/acción meramente declarativa de derecho.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/85875/2023]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <https://www.laley-next.com.ar/> o en Preview]

Nota a fallo

Responsabilidad extracontractual del Estado

Emergencia económica. Asociaciones mutuales. Ahorros en moneda extranjera.

1. - La sentencia que responsabilizó al Estado por el deficiente control de una asociación mutual y lo condenó a restituir ahorros en dólares que el accionante había depositado en ella es arbitraria. Se fundó en consideraciones genéricas fincadas en el desenlace falencial de dicha

2. - Las competencias asignadas a un ente estatal para ejercer el poder de policía, de carácter eminentemente administrativo —en el caso, una asociación mutual—, que se traduce en el deber de fis-

Reflexiones sobre responsabilidad y descentralización



Nicolás Diana

Abogado y Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA).

SUMARIO: I. Proemio.— II. Algunas ideas no vinculantes.— III. El tiempo, los hechos y el derecho.— IV. A modo de colofón.

I. Proemio

En momentos, como en el actual, donde la realidad judicial pasa más en clave política y proyección electoral (1), el fallo que anotamos (2) nos invita a reflexionar jurídicamente ya no sobre lo evidente (3) en cuanto a la responsabilidad del Estado, sus principios y régimen aplicable antes y después de la innovación con vocación de permanencia, provocada con la sanción de la ley 26.944 (4) y la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación desde el 1 de agosto de 2015 (5).

Adelantamos así, en un *obiter* del voto concurrente del Dr. Rosenkrantz (6), un aporte sobre un aspecto central en lo que hace a la teoría de la organización administrativa, en general, y la distribución del poder en el Estado, en particular, en lo que respecta a la descentralización administrativa y sus efectos jurídicos sobre el Estado, la imputación subjetiva y el factor de atribución de responsabilidad por omisión.

El carácter estático “de la dogmática tradicional del Derecho de la organización contrasta con una variedad de fenómenos que se han ido produciendo en la práctica de la organización y que se han reflejado en la legislación” (7). No obstante, resulta siempre necesario y enriquecedor “alcanzar puntos de equilibrio y unificar las categorías jurídicas en el camino de construcción del edificio dogmático, porque, en caso contrario, las clasificaciones no tienen mayor sentido” (8). Ello, sin perder de vista que “las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, son útiles o inútiles: Sus ventajas y desventajas están sujetas al interés que guía a quien las formula y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables” (9).

Al decir de Borges, la realidad no suele coincidir con las previsiones (10).

II. Algunas ideas no vinculantes

Probablemente, lo fundamental y más difícil sea transmitir, tanto en la docencia

como en la academia, a colegas y estudiantes, “...experiencias que les permitan apreciar, comprender y actuar conforme a la máxima de que lo decisivo en todo caso es siempre lograr percibir y relacionar todos los hechos, seleccionando la información relevante y pertinente y distinguiendo la que lo es en menor medida, o carece por último de importancia. Por ello tal vez quepa abundar un poco más en el sustento teórico de la necesidad de conocer bien los hechos. La importancia determinante de los hechos ha sido expuesta reiteradamente por la doctrina y sin duda por la experiencia” (11).

Esto así, por cuanto lo que distingue a un buen de un mal trabajo jurídico, incluimos arbitrariamente entre ellos a las sentencias judiciales, “no es tanto el argumento propiamente normativo, conceptual, etc., sino su profundidad en escudriñar las circunstancias de hecho, para resolver si corresponden encuadrarlas en una u otra de las tantas categorías que el derecho tiene. Así como lo más importante en un caso de derecho son los hechos, así también lo que más interesa en una sentencia es cómo percibe y argumenta o razona los hechos. Pero no debemos tampoco suponer que la descripción que el fallo hace es necesariamente completa o adecuada. La realidad está siempre fuera del fallo” (12).

En ese campo, en el de la transmisión del conocimiento (jurídico), el lugar que ocupan los conceptos “no está exento de los inconvenientes que tienen las palabras de los lenguajes naturales”; así, pues, la identificación de los hechos, actividades o cosas es una condición necesaria (13), pero no suficiente, para determinar su alcance y contenido. El derecho, al decir de Jéze, es esencialmente una reglamentación de competencias, el “poder de querer un efecto jurídico”.

Detrás de la acción —y, agregamos, la omisión— siempre hay un poder jurídico (14), cuyo ejercicio es obligatorio e improrrogable para el ente (15).

En efecto, la sentencia del Máximo Tribunal federal en comentario atiende, princi-

palmente, al alcance y presupuestos para la admisibilidad de la responsabilidad del Estado por omisión antijurídica en el ejercicio del denominado “poder de policía” (16) (*u.gr.* frente a una obligación legal y expresa).

Así, pues, la mayoría recordará que, según la legislación vigente al momento en que ocurrieron los hechos (anterior a agosto de 2014) (17), regían los presupuestos jurisprudenciales derivados de la responsabilidad extracontractual del Estado, en tanto existencia de (i) una falta de servicio, (ii) un daño cierto en cabeza del titular de la pretensión y (iii) una relación de causalidad directa entre la conducta u omisión estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (18).

Agregando que, “solo le puede haber responsabilidad al organismo oficial si incumplió el deber legal que le imponía obstar el evento lesivo, puesto que una conclusión contraria llevaría al extremo de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera” (19) y que “las competencias asignadas a un ente estatal para ejercer el poder de policía, de carácter eminentemente administrativo, que se traduce en el deber de fiscalizar a la entidad sujeta a su control, no pueden ser entendidas como una garantía contra la insolvencia de las personas sujetas a esa fiscalización” (20).

III. El tiempo, los hechos y el derecho

Hasta aquí, más allá de la disquisición temporal sobre el régimen legal aplicable al campo de la responsabilidad del Estado, no vemos una diferencia sustancial con lo establecido —jurisprudencia federal mediante— en el art. 3º de la ley 26.944 en materia de actividad ilegítima por omisión irregular del Estado “cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.”

Sin embargo, de la lectura del relato de la decisión que se anota, surge que la resolución del tribunal de alzada recurrida por queja ante la Corte Suprema (21), contempló

dos supuestos de responsabilidad del Estado antagónicos: (i) por actividad legislativa (legítima) y (ii) por omisión de las obligaciones de fiscalización del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES) (22), en tanto habrían contribuido al estado falencial de una asociación mutual bajo su supervisión y regulación. Inobservancia de un supuesto deber de fiscalización morigerado, en el caso, por los efectos de la crisis de 2001, de carácter general para la sociedad argentina en su conjunto, de la cual nadie (23) o muy pocos, excepcionalmente, salieron indemnes.

De este modo, el voto del Dr. Rosenkrantz se hace cargo de que:

(a) la sentencia recurrida había atribuido al Estado Nacional responsabilidad por falencias en el ejercicio de funciones de contralor que estaban en cabeza de una persona jurídica diferente que no ha sido demandada;

(b) las normas legales y reglamentarias aplicables en el caso establecieron que el control público y la superintendencia de las asociaciones mutuales correspondía al INAES, “que cuenta con personería jurídica propia y diferente al Estado Nacional”;

(c) por ello, el daño alegado no resultaba directamente atribuible al Estado Nacional sujeto demandado en estas actuaciones, sino eventualmente al INAES, no integrado en la litis originariamente y

(d) la sentencia cuestionada tampoco indicó el modo en que el INAES habría consumado una omisión antijurídica en el control de la actuación de la Asociación Mutual Supervisores Ferroviarios (24).

Para luego recordar que “las competencias asignadas a un ente estatal para ejercer el poder de policía, de carácter eminentemente administrativo, que se traduce en el deber de fiscalizar a la entidad sujeta a su control, no pueden ser entendidas como una garantía contra la insolvencia de las personas sujetas a esa fiscalización” (25).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Al respecto, ver las decisiones en las causas CSJ N° 687/2023, “Partido por la Justicia Social c/ Tucumán, Provincia de s/amparo” (9-V-23); CSJ N° 561/2023, “Evolución Liberal y otro c/ San Juan, Provincia de s/amparo” (1-VI-23) y CSJ N° 1300/2023, “Biasi, Vanina Natalia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de certeza” (11-VII-23), en materia de competencia originaria e interpretación de cuestiones de derecho público local.

(2) CSJN, “Yancovich, Sergio Fabio c/ Estado Nacional s/acción meramente declarativa de derecho”, 04/07/2023.

(3) Recomendamos la lectura del voto de la mayoría integrada por los Dres. Rosatti, Maqueda y Lorenzetti, en especial, considerando 5º.

(4) B.O. 08/07/14; sancionada en 02/07/14 y promulgada de hecho el 07/08/2014.

(5) B.O. 08/10/2014. En especial, los arts. 1.764 a 1.766, y la norma transitoria cuarta, dispuesta por el art. 9º de la ley 26.994 de aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación.

(6) Ver considerando 4º, voto del Dr. Rosenkrantz.

(7) SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática”, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 256.

(8) BALBÍN, Carlos F., “Tratado de derecho administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2015, 2ª ed. act. y amp., t. II,

p. 132.

(9) CARRIÓ, Genaro, “Notas sobre derecho y lenguaje”, Buenos Aires, 1965, p. 72; citado por GORDILLO, Agustín, “Principios generales del derecho público (1978)”, en Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, FDA, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., t. 9, *Primeros manuales*, Libro II, cap. I-9.

(10) BORGES, Jorge Luis, “El milagro secreto”, en Obras Completas, Emecé, Buenos Aires, 1974, p. 509.

(11) GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, FDA, Buenos Aires, 2013, t. 1, Parte general, 1ª ed., cap. I-27.

(12) GORDILLO, Agustín, “Introducción al derecho”, La Ley, Buenos Aires, 2007, cap. V-22/23.

(13) NINO, Carlos Santiago, “Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)”, México, UNAM, 1989, 1ª ed., 1ª reimp., p. 9.

(14) JÉZE, Gastón (García Oviedo, Carlos trad.), “Los principios generales del derecho administrativo”, Reus, Madrid, 1928, trad. de la 2ª ed. francesa, p. 35.

(15) Cfr. art. 3º del decreto ley 19.549/1972.

(16) No ahondaremos sobre las críticas sobre la utilización del concepto para el ejercicio por parte de la Administración de competencia en materia de regulación, control y fiscalización de derechos individuales *vis-à-vis* la invocación del instituto del poder de policía. Nos remitimos y hacemos propia la postura en GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, FDA, Buenos

Aires, 2014, 1ª ed., t. 2, La defensa del usuario y del administrado, Sección, III, cap. V, p. 217. Donde se advierte que, ello no implica afirmar “...que el Estado o la administración carezcan en absoluto de facultades para limitar los derechos individuales en pro del bien común, sino que decimos que esas facultades no pueden subsumirse en un concepto común que luego tenga vigencia jurídica autónoma y pueda a su vez fundamentar nuevas facultades y nuevas limitaciones. Por lo tanto, nuestro planteo tiende a demostrar que es errado fundar una limitación a un derecho individual tan solo en ese concepto, pues él a su vez es inexacto: La limitación deberá, pues, fundarse concretamente en las disposiciones legales o constitucionales y demás principios jurídicos aplicables, pero no en esa «noción» de «poder de policía». No estamos, como postula dicho autor, ante una cuestión meramente semántica.

(17) En el caso, se encontraba “fuera de discusión que el INAES ejerció las facultades de contralor de las que se encuentra investido, puesto que retiró la autorización para funcionar que había otorgado a la AMSF y dispuso su liquidación por medio de la resolución 2090/2008” (considerando 8º, voto del Dr. Rosenkrantz).

(18) Considerando 5º, voto de la mayoría, con cita de Fallos, 328:2546; 341:1555.

(19) *Ibidem*, con cita de Fallos, 329:2088 y 332:2328.

(20) *Ibidem*, con cita de Fallos, 335:1939.

(21) La Cámara Federal de Apelaciones de Paraná había confirmado, por mayoría, la sentencia de primera instan-

cia “que tuvo por constatados «los recaudos de procedencia exigidos para responsabilizar al Estado por su actividad legislativa lesiva» en razón de «a especialísima situación de desigualdad en la que se ubica la actora» y, sobre esa base, condenó al Estado Nacional a pagar, en el plazo de treinta días, la suma de U\$S 151.162,40 al tipo de cambio oficial, vendedor, conforme cotización al día del pago del Mercado Único y Oficial de Cambios, más intereses, en concepto de restitución de los ahorros que el actor había depositado en la Asociación Mutual Supervisores Ferroviarios (AMSF)” (cons. 1º, voto de la mayoría).

(22) Con cita de Fallos, 329:5913 (*in re* “Massa”). El INAES, por imperio del dec. 420/1996 y modif., es sucesor del Instituto Nacional de Acción Mutual, organismo descentralizado, creado por el art. 1º del dec.-ley 19.331/1971.

(23) *Ibidem*, con cita de Fallos, 327:4495.

(24) El art. 3º del decreto 420/1996 asignó al INAES, “...el cumplimiento de los objetivos y la responsabilidad de la aplicación de lo establecido en las Leyes N° 19.331, 20.321, 20.337, 23.427 y 23.566, y las demás obligaciones y derechos emergentes de las normas que actualmente rigen los Institutos Nacionales de Acción Cooperativa y de Acción Mutual, con los alcances determinados en el presente decreto, y de toda otra norma referida a la actividad cooperativa y/o mutual que pudiera dictarse en el futuro.”

(25) Considerando 8º, *in fine*, voto del Dr. Rosenkrantz, con cita de Fallos, 335:1939.

En este punto, la lectura atenta del voto reseñado (26) nuevamente nos lleva a repasar las notas relevantes que implica la descentralización como técnica de organización administrativa, en tanto dota al nuevo ente que integra el sector público nacional (27) de personalidad jurídica propia y diferente a la del Estado Nacional.

Todos los entes estatales descentralizados, señala Gordillo, tienen algunas características básicas comunes: (a) personalidad jurídica propia, pueden actuar por sí mismos, en nombre propio, estando en juicio como actores o demandados, celebrando contratos en su nombre, etc.; (b) cuentan o han contado con una asignación legal de recursos, o sea, que tienen por ley la percepción de algún impuesto o tasa, reciben sus fondos regularmente del presupuesto general o los han recibido en el momento de su creación, aunque después se manejen exclusivamente con los ingresos obtenidos de su actividad; (c) su patrimonio es estatal; (d) tienen la facultad de administrarse a sí mismos; (e) son creados por el Estado y f) persiguen un fin

público (*v.gr.* administrativos, comerciales, industriales, etc.) (28).

La descentralización, como técnica, “plantea siempre una relación entre sujetos estatales, es decir, se trata de una relación interadministrativa”, que “trasunta en la realidad una manera encubierta de mantener la unidad del poder estatal, en la medida en que existen vínculos entre la entidad y la Administración central que, aunque no revisten una relación jerárquica típica entre órganos, permiten desplegar un control bastante intenso sobre la entidad descentralizada, llamado *control administrativo o de tutela*” (29).

En ese marco, más allá de la ausencia, en el presente caso, de la debida y oportuna integración de la litis con el INAES como sujeto demandado y, por tanto, resultando abarcado por el supuesto del art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cabría contemplar una proyección a futuro. Esto así, ante el grado de control de tutela y, por ende, la responsabilidad del Estado en clave al mayor o menor grado de descentra-

lización administrativa o morigeración del control de tutela; y, sobre todo, su participación y definición en el proceso de toma de decisiones del ente dotado de personalidad jurídica, más la existencia o no de un deber normativo de actuar en uno u otro modo.

IV. A modo de colofón

Como señalamos al principio, el fallo anotado es una decisión que nos invita a pensar más allá de lo cotidiano y coyuntural.

En el análisis jurídico de un caso “resulta necesario que las emociones y los valores no sean producto de una reacción instintiva sino transvasados a través de una reflexión puntual, antes de estudiar las normas de detalle” (30).

La sentencia nos confirma la ilusión sobre la corriente suposición de que “los criterios que presiden el uso de las palabras que empleamos para hablar acerca de la realidad están totalmente determinados” (31). Las sentencias nos hablan sobre una porción de la realidad, un recorte de ella, una porción

interpretada y sesgada de un mero reflejo que, las más de las veces, no llegamos a percibir en forma directa, sino a través de un relato interesado hacia un fin determinado: hacer justicia.

La realidad se desenvuelve en la historia y el derecho ocupa en ella un lugar de relevancia como práctica y disciplina social con utilidad colectiva. Justamente, entre “las prácticas sociales en las que el análisis histórico permite localizar la emergencia de nuevas formas de subjetividad, las prácticas jurídicas, o más precisamente, las prácticas judiciales están entre las más importantes” (32).

“Nosotros percibimos los hechos reales e imaginamos los posibles (y los futuros)” (33). Lo importante es no perder el interés y la fe por seguir soñando e ilusionándonos con la relevancia del derecho como herramienta social y su carácter dinámico, no estático, al igual que la realidad de la cual forma parte.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1847/2023

(26) Considerando 4º, voto del Dr. Rosenkrantz.

(27) Cfr. art. 8º de la ley 24.156.

(28) GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, FDA, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., t. 1, Parte general, cap. XIV-2/5.

(29) CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administra-

tivo”, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, 8ª ed. act., t. I, ps. 266 y 269/270, con cita de RIVERO, Jean, “Droit Administratif”, Dalloz, París, 1968, ps. 283/287; VEDEL, Georges, “Droit Administratif”, Presses Universitaires de France, París, 1968, p. 563 y ss.

(30) GORDILLO, Agustín, “El método en un caso de de-

recho: hechos, valoración, normas”, RAP, Buenos Aires, 1998.

(31) CARRIÓ, Genaro, “Sobre los lenguajes naturales”, La Ley, Sup. Esp. Técnica Jurídico red.esc. y sent. 2006 (Marzo), 01-01-06.

(32) FOUCAULT, Michel, “La verdad y las formas jurídi-

cas”, Gedisa, Barcelona, 1996 (Lynch, Enrique, trad.), p. 17.

(33) BORGES, Jorge Luis, “Historia de la eternidad”, en Obras Completas, Emecé, Buenos Aires, 1974, p. 363.

Jurisprudencia

Impuesto a las ganancias

Cuestionamiento de las normas que impiden aplicar el ajuste por inflación en forma total. Medida cautelar. Ausencia de peligro en la demora. Cuestión compleja.

1. - La medida cautelar tendiente a cuestionar la razonabilidad de las normas que impiden aplicar de manera total el mecanismo de “ajuste por inflación” para determinar el pago del impuesto a las ganancias —deducción de una sexta parte del impuesto— debe ser rechazada, ya que no se advierte la existencia de un peligro en la demora con la intensidad necesaria, pues si bien el apelante hizo hincapié en el informe del contador público que daría cuenta de que el tributo sin aplicarse el ajuste por inflación resultaría confiscatorio, no puede soslayarse, además, que la cuestión reviste una entidad de por sí compleja, sustentada en cuestiones de carácter fáctico-jurídico, sobre las que no cabe pronunciarse en el restringido marco de conocimiento propio de un proceso cautelar.
2. - La inaplicabilidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas —en el caso, que impiden aplicar de manera total el ajuste por inflación—, así como el examen de la configuración de un supuesto de confiscatoriedad, constituyen cuestiones que deberán ser analizadas a la luz del debate y la prueba que se produzca durante la sustanciación del proceso principal.
3. - El informe contable acompañado logra reflejar el grado de absorción de la renta real que provoca la exposición de los estados contables y balances al ajuste por inflación contable, sin que se concrete lo propio, en forma integral, con el ajuste por inflación impositivo. Sin embargo, no permite discriminar, su-

mariamente, si dicho impacto toma en cuenta el ajuste dinámico en forma debida. Tampoco autoriza a pasar por alto que la actora bien pudo proceder conforme a las normas de diferimiento aplicables a los ejercicios iniciados a partir de enero de 2019, lo que claramente descartó de realizar. Nótese que conforme resulta de los estados de situación patrimonial” y “de resultados” anejados al mencionado informe, la actora liquidó el tributo correspondiente en los hechos deduciendo directamente el 100% del ajuste de inflación impositivo, en vez del 1/6 autorizado (del voto del Dr. Castellanos).

4. - No se verifica el peligro que la demora en resolver el litigio pudiera acarrear, desde que la presentación de las declaraciones juradas con aplicación del ajuste por inflación para los períodos fiscales concluidos en los años 2020 y 2021 determinó que la actora se beneficiara con la depreciación nominal de las diferencias dejadas de ingresar, en virtud del envilecimiento del signo monetario producido durante el tiempo transcurrido. No debe perderse de vista que ya han pasado dos y tres años desde el nacimiento de la obligación tributaria controvertida y que los datos emergentes de la variación del índice inflacionario han tenido una incidencia innegable sobre la cuantía de la deuda (del voto del Dr. Castellanos).

CFed. Salta, Sala I, 05/07/2023. - Pussetto Salta S.A. c. AFIP s/ inc. apelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/92773/2023]

Costas

Por el orden causado (art. 68, segundo párrafo del CPCyC).

2ª Instancia. - Salta, julio 5 de 2023.

Resultando: 1) Que vienen las presentes actuaciones en virtud de la impugnación de referencia en contra de la resolución del 06/12/2022 por la que se denegó la medida cautelar solicitada por Pussetto Salta SA en contra de la Dirección General Impositiva - Administración Federal de Ingresos Públicos (DGI-AFIP).

2) Que en la resolución apelada se rechazó la pretensión cautelar de la actora, por cuanto se consideró que el otorgamiento de la medida importaría adentrarse a resolver el fondo del juicio ya que, en definitiva, ello implicaría decidir anticipadamente sobre la razonabilidad o no de los arts. 106 y 194 de la ley 20.628 de impuesto a las ganancias, respecto de los cuales Pussetto Salta SA se agravio de que le impiden aplicar de manera total el mecanismo de “ajuste por inflación” para determinar el pago del tributo (deducción de una sexta parte del impuesto).

Asimismo, en la resolución se afirmó que el examen de constitucionalidad de una norma, como lo que se dijo requería el actor, es una cuestión compleja y su tratamiento excede el estrecho marco de conocimiento que permite un proceso cautelar.

Además, se consideró que no se encontraba corroborado el efecto confiscatorio del impuesto a las ganancias sobre las utilidades de Pussetto Salta SA, ya que la certificación contable que se acompañó con el escrito de demanda fue confeccionada unilateralmente por la actora.

Por ello, se concluyó que la controversia a dilucidar requería de una amplitud de debate y prueba que excedía el limitado marco del proceso cautelar, no surgiendo acreditado en el grado requerido, el requisito de la verosimilitud del derecho.

Por último, en cuanto al peligro en la demora, en la resolución se afirmó que el re-

caudo no fue acreditado, así como tampoco la irreparabilidad posterior de la lesión ni la imposibilidad material del demandante para continuar trabajando.

3) Que en su recurso la actora se agravio de que en la resolución se descartó la existencia de la verosimilitud del derecho invocado, pues el apelante consideró que ese extremo debía tenerse como acreditado a partir de lo resuelto en el caso “Candy” Fallos: 332:1571, en el que se reconoció la aplicación del ajuste por inflación cuando se acredita con una prueba contable la confiscatoriedad del impuesto sobre el patrimonio del contribuyente, tal como alegó quedó verificado en las presentes actuaciones. En consecuencia, aludió que no hay cuestión compleja de inconstitucionalidad como se afirmó en la sentencia, ya que tanto el Tribunal Címero como distintas Cámaras Federales hicieron lugar a este tipo de planteos.

En cuanto a la certificación contable, que en el decisorio se dijo que carecía de verosimilitud porque fue confeccionada de manera unilateral, contestó que dicha prueba no fue cuestionada por la DGI-AFIP por lo que, en consecuencia, debe presumirse que acredita *prima facie* la confiscatoriedad del impuesto a las ganancias.

Sostuvo que la medida cautelar no coincide con el objeto de la pretensión de fondo, ya que simplemente busca resguardar los efectos de una eventual sentencia favorable, pues mientras que el objeto de la demanda es que se ponga fin a la situación de incertidumbre que ocasionan los arts. 106 (últimos dos párrafos) y 194 de la ley 20.628, declarando eventualmente su inconstitucionalidad, la pretensión cautelar solo busca suspender cualquier procedimiento administrativo de liquidación de la deuda en los montos pretendidos por la AFIP hasta tanto se resuelva el fondo del litigio.

Por último, entendió que la ley 26.854 no prevé entre los recaudos para la admisibili-

dad de una medida cautelar el peligro en la demora. No obstante, indicó que tal requisito si fue acreditado ya que en el supuesto de que el organismo recaudador continúe con el procedimiento administrativo podría llegar a cobrar una deuda que además de inexistente le ocasionaría daños innecesarios a la compañía, quien luego debería iniciar un proceso de repetición.

4) Que la demandada solicitó el rechazo del recurso con costas a su contraria por entender que la resolución del 06/12/2022 efectuó un debido análisis de los hechos y el derecho expuestos por las partes, advirtiéndose la falta de concurrencia de la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y demás requisitos que justifican el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, además de coincidir con el fondo de su pretensión.

Considerando:

El doctor *French* dijo:

1) Que una medida de no innovar —como la solicitada en el caso— se halla condicionada por lo que establecen los arts. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 15 de la ley 26.854 en cuanto requiere —con estricta apreciación de los requisitos de admisión—, la acreditación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita; el peligro en la demora, que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, efectivizarse; y finalmente la correspondiente contracautela.

En ese sentido, el art. 15 de la ley 26.854 que regula el régimen de medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional, agrega una serie de recaudos que, a la hora de evaluar la suspensión de un acto estatal, ya sea un acto administrativo, un reglamento o una ley, habrán de valorarse en cada caso concreto con prudencia para evitar el abuso de los procesos de cautela, lo que dio, fundamento al dictado de esa norma.

Así, la referida disposición prevé, en lo pertinente, que “la medida de no innovar procederá cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: (a) se acredite sumariamente que la ejecución de la conducta material que motiva la medida, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; (b) la verosimilitud del derecho invocado; (c) la verosimilitud de la ilegitimidad de una conducta material emanada de un órgano o ente estatal; (d) la no afectación de un interés público; y (e) que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles.

Bajo ese marco normativo, en lo atinente al primer presupuesto (*fumus boni iuris*), debe entenderse como la posibilidad de existencia del derecho invocado y no como una incontrastable realidad, que solo podrá ser alcanzada al tiempo de dictar la sentencia de mérito, (conf. Morello, A.M. y otros “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, T. II-C, p. 494, 1986), pues la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

Asimismo, el inc. “a” del citado artículo de la ley 26.854 requiere acreditar un *periculum in mora*, lo que significa que la procedencia de la medida se justifica a fin de evitar que el pronunciamiento judicial

de fondo llegue demasiado tarde, pues lo que se tiende a impedir es que durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes sus efectos, o dicho de otro modo “evitar perjuicios graves de imposible reparación ulterior”.

De tal manera y, a contrario de lo alegado por la actora, el requisito del peligro en la demora está previsto en la citada ley de medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado, además, como se indicó, de preverlo el inc. 2 del art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, por lo que el agravio de Pussetto Salta SA sobre el punto resulta improcedente.

En ese sentido, quien procura el dictado de una protección cautelar de esta naturaleza, debe realizar esfuerzos para comprobar de manera objetiva el peligro en la demora que podrían provocar las disposiciones estatales impugnadas (Fallos: 349:3492).

Así, debe tenerse presente también la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establece la presunción de validez que debe reconocerse a los actos de las autoridades públicas, lo que obliga a una severa y prudente apreciación de las circunstancias del caso y de los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar (Fallos: 316:2922; 318:489; 320:1027; 322:2139; 342:645 y esta Cámara —antes de su división en salas— en “Boggione, Alberto Pedro y Ramón Alberto Boggione SH c. AFIP - DGI” del 21/11/2008; “Act. Rel. David Néstor Michel c. Fisco Nacional”, del 25/09/2008; “Incidente medida cautelar en Ojeda, Alejandro Mario c. AFIP”, sent. del 11/02/2014, y esta Sala I en “Agua Potable y Saneamiento de Jujuy Sociedad del Estado c. AFIP s/ medida cautelar”, sent. del 10/06/2019, entre otros).

Asimismo, deben ponderarse los principios reiteradamente sostenidos por el Tribunal Cintero que imponen examinar con criterio estricto las medidas cautelares que impiden la percepción de las rentas públicas, en tanto estas resultan indispensables para el funcionamiento del Estado y el sostenimiento de los intereses de la comunidad (Fallos: 312:1010; 331:2889; 340:1129).

A lo que corresponde añadir que la Corte Suprema estableció que medidas cautelares como las requeridas no proceden, en principio, respecto de actos legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, por lo que no basta para sustentar la verosimilitud del derecho la mera argumentación de que la norma impugnada afectaría los derechos de la actora, sin demostrar claramente de qué modo se produciría un gravamen en el caso concreto, partiendo de considerar que una medida que suspende la vigencia de una parte esencial de la norma tiene una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes por lo que la procedencia debe ser evaluada con criterio especialmente estricto (Fallos: 335:1213; 326:2741 y esta Cámara —antes de su división en Salas—, en “Monterrico SA c. AFIP-DGI s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, sent. del 03/07/2014).

2) Que, en los términos descriptos, cabe señalar que no se advierte la existencia de un peligro en la demora con la intensidad necesaria, pues si bien el apelante hizo hincapié en el informe de contador público que daría cuenta que el tributo sin utilizarse el ajuste por inflación resultaría confiscatorio, no puede soslayarse además que la

cuestión traída a conocimiento del Tribunal reviste una entidad de por sí compleja, sustentada en cuestiones de carácter fáctico-jurídico, sobre las que, como bien se afirmó en primera instancia, no cabe pronunciarse en el restringido marco de conocimiento propio de un proceso cautelar.

En tales condiciones, la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas, así como el examen de la configuración de un supuesto de confiscatoriedad, constituyen cuestiones que deberán ser analizadas a la luz del debate y la prueba que se produzca durante la sustanciación del proceso principal.

En definitiva, en virtud de la naturaleza de las cuestiones planteadas, se evidencia que para determinar la verosimilitud del derecho invocado, necesariamente habría que avanzar sobre los presupuestos sustanciales de la pretensión que, precisamente, constituyen el objeto de la acción, es decir, habría que adelantar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, en “Clama SA c. EN-AFIP-Ley 20.628 s/ inc. apelación”, sent. del 02/08/2022), lo que vulneraría el derecho de defensa y la garantía del debido proceso, resultando, por ello, inadmisibles el análisis del planteo por esta vía (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, en “Bouzat, Gabriel c. EN-AFIP - Ley 27.605 s/ proceso de conocimiento”, sent. del 08/07/2021; y esta Sala I en “Frigorífico Los Alisos SRL y otro c. AFIP-DGI s/ contencioso administrativo —Varios— Expte. 38280/2018/CA1” del 14/02/2020; “Macedo Lagrotteria, María Carolina c. AFIP-DGI - Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, sent. del 28/10/2021; y “Douthat, Carlos Guillermo y otro c. AFIP—DGI - Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, sent. del 08/11/2021).

3) Que, por otro lado, tampoco se advierte por ahora la existencia de un peligro particularizado y concreto en la demora que el cobro del tributo tendría en la actividad de la empresa (Fallos: 343:1337).

Al respecto, debe recordarse que este requisito exige la probabilidad de que la tutela jurídica que, eventualmente, la actora obtenga mediante el pronunciamiento de fondo a dictarse en el caso no pueda en los hechos realizarse. Lo cual implica que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo resulten prácticamente inoperantes o se presente durante el proceso un daño de imposible o muy dificultosa reparación.

Por consiguiente, el hecho de que la peticionante no haya logrado acreditar que el alegado daño que pudiera producirse por lo menos por ahora torne el pronunciamiento a dictarse como de imposible cumplimiento, o que la mentada pretensión fiscal se erija como una amenaza cierta y actual, resulta determinante del rechazo de la tutela cautelar pretendida (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, en “MetLife Seguros de Retiro SA c. EN - AFIP - DGI s/ Inc. apelación”, sent. 09/06/2015), debiéndose recordar que las cautelares crean un estado jurídico provisional susceptible de revisión y modificación en cualquier etapa del juicio al variar los presupuestos determinantes de la traba, o al aportarse nuevos elementos de juicio que señalen la procedencia o improcedencia de su mantenimiento (esta Cámara —antes de su división en Salas— en “Rodríguez Patiño José Alfredo c. AFIP s/ ordinario”, sent. del 19/05/2009 y esta Sala I, en “Agua Potable y Saneamiento de Jujuy Sociedad del Es-

tado c. AFIP s/ medida cautelar”, sent. del 10/06/2019) y, por lo tanto, sin que ello signifique de manera alguna emitir opinión acerca de la cuestión de fondo involucrada, atendiendo a que “las medidas cautelares tienen un contenido meramente preventivo: no juzgan ni prejuzgan sobre el derecho del peticionante” (Couture, Eduardo J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 326; y esta Sala I, en “La Unión Del Norte SAICAF y otros c. AFIP - DGI s/ contencioso administrativo - varios”, sent. del 23/10/2018), por lo que me inclino por rechazar el recurso de apelación de Pussetto Salta SA y, en consecuencia, confirmar la resolución de primera instancia de fecha 06/12/2022, con costas por el orden causado en la medida que no obstante el resultado adverso, la actora pudo creerse válidamente con derecho a litigar (art. 68, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Así voto.

El doctor *Castellanos* dijo:

1) Adhiero a la solución postulada en el voto que abre este Acuerdo, sin perjuicio de permitirme explicitar de manera independiente las razones que determinan mi convicción, en razón de un criterio que, si bien participa de los fundamentos esgrimidos por mi colega para confirmar la decisión del juez de grado, discurre sobre una base argumental parcialmente diversa. Para ello, me habré de servir de la prolija y completa descripción ya realizada acerca de los antecedentes que conforman la materia aquí debatida.

A tal fin, entiendo que el fin perseguido por la actora con su petición cautelar no es otro que producir una modificación en la situación tributaria que pesa sobre ella y, de ahí, que quepa adjudicar a la medida en ciernes una connotación cautelar “innovativa”, que busca producir un efecto concreto fuera del ámbito del proceso y con prescindencia del devenir que presenten las actuaciones administrativas o judiciales que se estén intentando de manera coetánea (García Pullés, Fernando R., “Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo”, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 63).

En razón de tal finalidad y, por imperativo de la presunción de legitimidad de los actos impugnados, su procedencia merece un temperamento restrictivo de recepción, a efectos de no desnaturalizar o desvirtuar los fines superiores involucrados en la atención del interés general que persigue la administración y la consecuente necesidad de atender a su financiamiento.

De allí entonces que, en la especie, no pueda soslayarse una exigente valoración de los recaudos establecidos por el art. 13 de la ley 26.854, en orden a demostrar la verosimilitud del derecho invocado, la ilegitimidad de la disposición atacada, la gravedad e irreparabilidad de los perjuicios que pretende aventar la medida, la reversibilidad de los efectos de la medida y la no afectación del interés público.

2) Ahora bien, una necesaria aproximación a la cuestión sustantiva del conflicto impone, ciertamente, reparar en la concreta petición articulada, la que procura la convalidación provisoria de la presentación de las declaraciones juradas del impuesto con aplicación del ajuste por inflación para los períodos fiscales concluidos en los años 2020 y 2021. Consecuente con ello, se peticionó asimismo la suspensión del trámite de determinación de oficio iniciado por el organismo fiscal contra la actora.

Para sustentar tal pedido, la actora invocó la provocación de un perjuicio econó-

mico determinado por la confiscatoriedad del gravamen, en razón de la absorción de una porción sustancial de la renta para el caso de liquidarse el tributo conforme a la ley.

3) Sobre tal base, corresponde examinar primeramente si se verifica el primero de los presupuestos exigidos por el ordenamiento —verosimilitud—, lo que en la especie se vincula con la ilegitimidad de la forma de liquidación del tributo que reclama la AFIP.

Es dable puntualizar que ello supone claramente anticipar el análisis de la cuestión de fondo, aunque sin contar con la producción probatoria que la cuestión demanda, sino únicamente con un informe 'de parte', el que da cuenta que sin computar el ajuste por inflación impositivo el tributo determinado absorbería el 84% de la utilidad del ejercicio cerrado en el año 2020 y el 80 de la ganancia registrada en el 2021.

En efecto, el informe acompañado logra reflejar el grado de absorción de la renta real que provoca la exposición de los estados contables y balances al ajuste por inflación contable, sin que se concrete lo propio, en forma integral, con el ajuste por inflación impositivo.

Sin embargo, no permite discriminar, sumariamente, si dicho impacto toma en cuenta el ajuste dinámico en forma debida. Además, tampoco autoriza a pasar por alto que, en definitiva, la actora bien pudo proceder conforme a las normas de diferimiento aplicables a los ejercicios iniciados a partir de enero de 2019, lo que claramente descartó de realizar. Nótese que conforme resulta de los estados de situación patrimonial y "de resultados" anejados al mencionado informe, la actora liquidó el tributo correspondiente en los hechos deduciendo derechamente el 100% del ajuste de inflación impositivo, en vez del 1/6 autorizado.

4) Pero a más de ello, cabe señalar que tampoco se verifica el peligro que la demora en resolver el litigio pudiera acarrear, desde que la presentación de las declaraciones juradas en la forma reseñada determinó que la actora se beneficiara con la depreciación nominal de las diferencias dejadas de ingresar, en virtud del envilecimiento del signo monetario producido durante el tiempo transcurrido. Es que no debe perderse de vista que ya han pasado dos y tres años desde el nacimiento de la obligación tributaria controvertida y que los datos emergentes de la variación del índice inflacionario han tenido una inci-

dencia innegable sobre la cuantía de la deuda.

En efecto, según el propio informe acercado por la actora, las diferencias eran del orden de los veintisiete millones de pesos para el ejercicio 2020 y de cincuenta y dos millones en el 2021. Tales montos, a la fecha de las respectivas liquidaciones, representaban tan solo el 4% y el 7% del valor de los bienes de cambio —mercaderías— existentes según el informe de estado de situación patrimonial de la empresa. Empero, al día de hoy, atento el tiempo transcurrido y a la incidencia que el efecto inflacionario, cabe presuponer, ha provocado en el valor de los bienes en cuestión —automóviles—, la incidencia de la deuda sobre dicho rubro del patrimonio resulta ciertamente menor.

De ello se sigue que, lejos de evidenciarse un peligro en la demora, pareciera que el transcurso del tiempo hubo irrogado a la actora un claro beneficio, que los eventuales intereses —e incluso, multas— difícilmente estarían en condiciones de compensar.

No debe perderse de vista que es deber de los tribunales fallar atendiendo a las circunstancias existentes al momento de la

decisión (Fallos: 303:347) y ha de subsistir el interés que justifique el pronunciamiento (Fallos: 329:4370), extremos que a la luz de las particularidades destacadas, bien pueden reputarse ausentes. Y ello, sin dejar de poner de relieve que la materia resulta signada por el principio "solve et repete", pues lo pretendido es precisamente excepcionar tal regla por vía del pretendido temperamento cautelar.

5) Por consiguiente, en función de las consideraciones desarrolladas, voto por rechazar el recurso articulado, con costas de Alzada en el orden causado, en razón de las particularidades de la cuestión controvertida y la forma en que se resuelve (Art. 68 segundo párrafo Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En mérito de lo expuesto el Tribunal, resuelve: I. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora el 14/12/2022 y, en consecuencia, Confirmar la resolución de primera instancia de fecha 06/12/2022. Con costas por el orden causado (art. 68, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese, publíquese en los términos de las acordadas CSJN 15 y 24 de 2013 y devuélvase. — *Santiago French.* — *Alejandro A. Castellanos.*

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaria N° 15, sito en Libertad 731 7° piso de esta ciudad, informa que JUAN SALVADOR ACOSTA COLMENARES de nacionalidad venezolana con DNI 96.039.546 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 29 de junio de 2023
Juan Carlos Gavalda, sec.
LA LEY: I. 08/08/23 V. 09/08/23

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaria N° 20, sito en Libertad 731, 9° piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de la Sra. CARDOZO DOMÍNGUEZ, GÉNESIS ADRIANA de nacionalidad venezolana con DNI 95.856.876 según Exp. N° 1786/2022 "CARDOZO DOMÍNGUEZ, GÉNESIS ADRIANA s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA". Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 1 de junio de 2023
Matías M. Abraham, sec.
LA LEY: I. 08/08/23 V. 09/08/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaria N° 15, sito en Libertad 731 7° piso de esta ciudad, informa que JUNIOR RAFAEL BOLÍVAR LINARES de nacionalidad

venezolana con 95.340.006 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 19 de octubre de 2022
Juan Martín Gavalda, sec.
LA LEY: I. 08/08/23 V. 09/08/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaria N° 15, sito en Libertad 731 7° piso de esta ciudad, informa que MIGUELÁNGEL ANTONIO OLIVARRIETA de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.852.597 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 14 de abril de 2023
Juan Martín Gavalda, sec.
LA LEY: I. 08/08/23 V. 09/08/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 1, secretaria N° 1, sito en Libertad 731 9° piso de esta ciudad, informa que el/la Sr/a. EFRAÍN ANTONIO BATTISTI HERNÁNDEZ de nacionalidad Venezuela con DNI N° 95.573.926 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 16 de junio de 2023
Emiliano J. Wigutow, sec.
LA LEY: I. 08/08/23 V. 09/08/23

678/2022. SANTOS PÉREZ, FREDDY BENITO s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 2, Secretaria N° 4 interinamente a mi cargo, de Capital Federal, informa que SANTOS PÉREZ, FREDDY BENITO, DNI N° 95.670.546, solicitó la declaración de Carta de Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días en un plazo de quince días.

Buenos Aires, 28 de febrero de 2023
Constanza Belén Francinques, sec.
LA LEY: I. 08/08/23 V. 08/08/23

7121/2022. ARVELO ACUÑA, DAVID YOJAN s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11 a cargo del Dr. Alejandro J. Nobili, secretaria N° 21 a mi cargo, sito en Libertad 731 7° piso de Capital Federal, hace saber que DAVID YOJAN ARVELO ACUÑA de nacionalidad venezolana con D.N.I. N° 95.748.898 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 21 de junio de 2023
María Victoria Tripiccio, sec.
LA LEY: I. 08/08/23 V. 08/08/23

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en

lo Civil y Com. Fed. N° 11, Secretaria N° 21, sito en Libertad 731, 7° piso, de esta Capital, hace saber que ALIAKSEY PAULAVETS, cuyo DNI es el N° MP4818256, nacida en Ciudad de Osipovichi - Región Moguiliov - República de Bielorrusia, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 4 de julio de 2023
Alejandro J. Nobili, juez fed.
LA LEY: I. 08/08/23 V. 08/08/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11 a cargo del Dr. Alejandro J. Nobili, secretaria N° 21 a mi cargo, sito en Libertad 731 7° piso de Capital Federal, hace saber que ANTHONY LEONEL ALGUERA DOMÍNGUEZ de nacionalidad cubana DNI N° 95.809.712 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 21 de abril de 2023
María Victoria Tripiccio, sec.
LA LEY: I. 08/08/23 V. 08/08/23

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civil y Com. Fed. N° 11, Secretaria N° 22, sito en Libertad 731, 7° piso, de esta Capital, hace saber que la Sra. DANIELA CAROLINA CHANCIN NAVA cuyo DNI es el N° 95.852.353, de nacionalidad venezolana, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Mi-

nisterio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 15 de septiembre de 2022
Laura G. Sendón, sec.
LA LEY: I. 08/08/23 V. 08/08/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. Javier Pico Terrero, Secretaria N° 13, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que el Sr. JOSÉ FERNANDO QUINTERO LUCENA, con DNI 95.551.272, nacido el 17 de junio de 1989 en San Cristóbal, Estado Táchira, Venezuela, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicho concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 11 de julio de 2023
M. Candelaria Rebaudi Basavilbaso, sec. ad hoc
LA LEY: I. 08/08/23 V. 08/08/23

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civil y Com. Fed. N° 11, Secretaria N° 21, sito en Libertad 731, 7° piso, de esta Capital, hace saber que KONSTANTIN ARTEMYEV, cuyo DNI es el N° 762410711, nacida en Región de Perm, Ciudad de Ocher, Rusia, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 6 de julio de 2023

Alejandro J. Nobili, juez fed.
LA LEY: I. 08/08/23 V. 08/08/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. Javier Pico Terrero, Secretaria N° 13, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que la Sra. AURA FELIZ, con DNI 95.152.522, nacida el 14 de julio de 1985 en Santo Domingo, República Dominicana, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 6 de julio de 2023
Fernando G. Galati, sec. fed.
LA LEY: I. 08/08/23 V. 08/08/23

12511/2021. LEÓN MARTÍNEZ, IVANA CHIQUINQUIRA s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 2, Secretaria N° 3 interinamente a mi cargo, de Capital Federal, informa que LEÓN MARTÍNEZ, IVANA CHIQUINQUIRA, DNI N° 95.929.387, solicitó la declaración de Carta de Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 18 de octubre de 2022
Luciana Montorfano, sec.
LA LEY: I. 07/08/23 V. 07/08/23

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores:

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Guadalupe Grande
Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Érica Rodríguez
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreutersley



linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



TRLaLey



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444